

Projet de loi

modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

Avis du Conseil d'Etat

(31 janvier 2012)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 2 août 2011, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de l'Economie et du Commerce extérieur. Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, une version coordonnée du texte de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel et le texte de la directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE (ci-après « la directive 2009/73/CE »).

L'avis de la Chambre des salariés et l'avis de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'Etat en date respectivement du 19 octobre 2011 et du 7 novembre 2011.

L'avis de la Chambre des métiers est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 22 décembre 2011.

Par lettres du 19 octobre 2011 et du 21 décembre 2011, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a encore, à la demande du ministre de l'Economie et du Commerce extérieur, rappelé l'urgence que le projet de loi sous avis revêt pour le Gouvernement.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen vise à modifier la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel en vue de transposer la directive 2009/73/CE. La loi du 1^{er} août 2007 précitée transposait en droit luxembourgeois 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. La directive 2003/55/CE, précitée, définissait déjà les modalités d'organisation et de fonctionnement du secteur du gaz naturel, l'accès au marché, les critères et procédures applicables en ce qui concerne les appels d'offres et les autorisations de transport, de distribution et de fourniture, ainsi que l'exploitation des réseaux. La directive 2009/73/CE vise à instaurer des règles communes en matière de transport, de distribution, de fourniture et de stockage de gaz naturel. Elle s'applique principalement au gaz naturel, au gaz naturel liquéfié, au biogaz et au gaz issu de la biomasse.

Dans l'exposé des motifs, les auteurs du projet de loi présentent les principales dispositions de la directive 2009/73/CE qu'il y a lieu de

transposer en droit national. La directive 2009/73/CE a pour objectif de parfaire le marché intérieur du gaz naturel en mettant en place un accès non discriminatoire aux réseaux et un niveau comparable de surveillance réglementaire dans chaque Etat membre.

Le projet de loi ne comporte pas moins de 36 articles portant modification de la plupart des 65 articles de la loi de 2007 ou complétant cette loi par de nouveaux articles.

Finalement, le Conseil d'Etat note qu'il a été saisi du projet de loi sous examen cinq mois après le délai de transposition de la directive 2009/73/CE. En outre, le tableau de concordance entre les dispositions de la directive et les mesures de transposition n'était pas joint, contrairement aux instructions en la matière rappelées encore dans la circulaire de la ministre aux Relations avec le Parlement du 9 août 2011 (cf. point 2. Procédure de saisine du Conseil d'Etat et transposition des directives européennes).

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} est à omettre alors qu'il ne fait que répéter l'intitulé et ne comporte aucune disposition normative. Les articles subséquents sont à renuméroter.

Article 2

L'article sous examen ajoute des définitions supplémentaires à celles figurant à l'article 1^{er} de la loi actuelle de 2007 ou modifie les définitions existantes, conformément aux définitions figurant à l'article 2 de la directive 2009/73/CE.

Quant au paragraphe 1^{er}, il y a lieu de citer le règlement (CE) auquel il est fait référence de manière complète pour écrire:

« (...) règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie ».

En ce qui concerne le paragraphe 1^{er}*bis*, il y a lieu d'écrire: « « autorité de concurrence »: le Conseil de la concurrence institué par la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence; ». Cependant, afin de faciliter la lecture du texte, le Conseil d'Etat fait observer que la définition de l'autorité de concurrence est à qualifier d'abréviation. Le but de la définition n'est pas de permettre l'emploi d'une formule abrégée. L'ajout d'une formule du genre « dénommé ci-après « ... » », ou « désigné ci-après par « ... » », à la suite de la première mention au dispositif de l'autorité ou de l'organisme visés, est dès lors à recommander.

Dans cet ordre d'idées, pour ce qui est du nouveau paragraphe 1^{er}*ter* de l'article 1^{er} de la loi de 2007, l'occasion pourrait être saisie de supprimer la « définition » d' « autorité de régulation » et de « régulateur », afin de ne retenir que le seul concept d'autorité de régulation conformément à l'article 39 de la directive 2009/73/CE dans la suite du dispositif. Comme pour l'autorité de concurrence, l'ajout d'une formule du genre « dénommé ci-

après « ... » », ou « désigné ci-après par « ... » », à la suite de la première mention au dispositif de l'autorité visée, est dès lors à recommander.

Le Conseil d'Etat suggère que, dans la logique du paragraphe 1^{er}*bis*, il serait indiqué de se référer à la loi modifiée du 30 mai 2005 portant organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

En ce qui concerne le paragraphe 27*bis*, il y a lieu de se référer à la loi nationale qui a transposé l'annexe I, section C, points 5, 6 ou 7 de la directive 2004/39/CE. En l'occurrence, il s'agit de l'article 1^{er}, 9), tirets 4, 5 ou 6 de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers.

En ce qui concerne le paragraphe 28*bis*, il convient de citer la directive (CE) à laquelle il est fait référence de manière complète pour écrire:

« (...) directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE ».

De l'avis du Conseil d'Etat, le paragraphe 3 peut être omis, alors qu'il se réfère au concept de client éligible qui n'est plus défini, l'article 22 de la loi actuelle étant supprimé. Si les auteurs du projet de loi entendent consacrer le principe que tous les clients peuvent acheter le gaz auprès du fournisseur de leur choix, il faut le dire dans une disposition de la loi et non pas indirectement par le biais de la définition du client éligible qui n'a plus de sens alors que tous les clients disposent désormais de la même liberté.

Article 3

L'article 3 complète la loi de 2007 par un article 1^{er}*bis* nouveau qui reprend la disposition de l'article 1^{er}, paragraphe 2 de la directive 2009/73/CE qui étend les règles qu'elle établit au biogaz et au gaz issu de la biomasse ou à d'autres types de gaz, dans la mesure où il est techniquement possible de les injecter et de les transporter en toute sécurité dans le réseau de gaz naturel.

Article 4

L'article 4 doit être lu en relation avec l'article 31, point 8 du projet de loi qui modifie l'article 51, paragraphe 13 de la loi de 2007. Il s'agit d'une des modifications majeures du projet sous examen. Dans le respect des articles 39 et suivants de la directive 2009/73/CE, la loi sous examen supprime l'approbation par le ministre des décisions prises par l'autorité de régulation. Le projet sous examen remplace le mécanisme d'approbation par une procédure permettant au ministre de demander à l'autorité de régulation de reconsidérer sa décision. D'après l'article 51, paragraphe 3 de la loi de 2007, tel que cet article est complété par la loi sous examen, la demande de reconsidération retarde la publication de la décision. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la compatibilité de ce mécanisme de demande de reconsidération avec la directive 2009/73/CE qui exige l'indépendance de l'autorité de régulation et ne prévoit pas des procédures par lesquelles le Gouvernement ou l'administration peuvent intervenir dans le processus décisionnel de l'autorité de régulation. Certes, l'article 41, paragraphe 4,

lettre b), ii) permet à l'autorité de régulation d'agir « en étroite concertation (...) avec les autres autorités nationales concernées » ou de considérer les « orientations générales édictées par le gouvernement ». Cette possibilité ne concerne toutefois pas « les missions et compétences de régulation ». Les auteurs du projet expliquent avoir repris un dispositif prévu en France dans la législation sur l'organisation du marché de l'électricité sans toutefois faire état, dans le commentaire, de textes précis¹. Le Conseil d'Etat ignore si la

¹ Code de l'énergie:

Art. L. 341-3. Les méthodologies utilisées pour établir les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont fixées par la Commission de régulation de l'énergie. Le gestionnaire du réseau public de transport et le gestionnaire du réseau public de distribution issu de la séparation juridique imposée à Electricité de France par l'article L. 111-57 adressent, à la demande de la Commission de régulation de l'énergie, les éléments notamment comptables et financiers nécessaires afin que cette dernière puisse se prononcer sur l'évolution en niveau et en structure des tarifs.

La Commission de régulation de l'énergie fixe également les méthodologies utilisées pour établir les tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de ces réseaux.

La Commission de régulation de l'énergie se prononce, s'il y a lieu à la demande des gestionnaires des réseaux publics de transport ou de distribution d'électricité, sur les évolutions des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, ainsi que sur celles des tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de ces réseaux. Elle peut prévoir un encadrement pluriannuel d'évolution des tarifs et des mesures incitatives appropriées, tant à court terme qu'à long terme, pour encourager les gestionnaires de réseaux de transport et de distribution à améliorer leurs performances, notamment en ce qui concerne la qualité de l'électricité, à favoriser l'intégration du marché intérieur de l'électricité et la sécurité de l'approvisionnement et à rechercher des efforts de productivité.

La Commission de régulation de l'énergie prend en compte les orientations de politique énergétique indiquées par l'autorité administrative. Elle informe régulièrement l'autorité administrative lors de la phase d'élaboration des tarifs. Elle procède, selon les modalités qu'elle détermine, à la consultation des acteurs du marché de l'énergie.

La Commission de régulation de l'énergie transmet à l'autorité administrative pour publication au *Journal officiel* de la République française, ses décisions motivées relatives aux évolutions, en niveau et en structure, des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, aux évolutions des tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux et aux dates d'entrée en vigueur de ces tarifs.

Dans un délai de deux mois à compter de cette transmission, l'autorité administrative peut, si elle estime que la délibération de la Commission de régulation de l'énergie ne tient pas compte des orientations de politique énergétique, demander une nouvelle délibération par décision motivée publiée au *Journal officiel* de la République française.

Art. L. 452-3. La Commission de régulation de l'énergie délibère sur les évolutions tarifaires ainsi que sur celles des prestations annexes réalisées exclusivement par les gestionnaires de ces réseaux ou de ces installations avec, le cas échéant, les modifications de niveau et de structure des tarifs qu'elle estime justifiées au vu notamment de l'analyse de la comptabilité des opérateurs et de l'évolution prévisible des charges de fonctionnement et d'investissement. Ces délibérations, qui peuvent avoir lieu à la demande des gestionnaires de réseaux de transport ou de distribution de gaz naturel ou des gestionnaires d'installations de gaz naturel liquéfié, peuvent prévoir un encadrement pluriannuel de l'évolution des tarifs ainsi que des mesures incitatives appropriées à court ou long terme pour encourager les opérateurs à améliorer leurs performances liées, notamment, à la qualité du service rendu, à l'intégration du marché intérieur du gaz, à la sécurité d'approvisionnement et à la recherche d'efforts de productivité.

Dans ses délibérations, la Commission de régulation de l'énergie prend en compte les orientations de politique énergétique indiquées par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie. Elle informe régulièrement les ministres lors de la phase d'élaboration de ces tarifs. Elle procède, selon des modalités qu'elle détermine, à la consultation des acteurs du marché de l'énergie.

La Commission de régulation de l'énergie transmet aux ministres chargés de l'énergie et de l'économie ses délibérations motivées relatives aux évolutions en niveau et en structure des tarifs d'utilisation des réseaux de transport, de distribution de gaz naturel et d'utilisation des installations de gaz naturel liquéfié, aux évolutions des tarifs des prestations annexes réalisées exclusivement par les gestionnaires de réseaux ou d'installations, ainsi que les règles tarifaires et leur date d'entrée en vigueur. Ces délibérations sont publiées au *Journal officiel* de la République française.

Dans un délai de deux mois, à compter de la réception de sa transmission, chacun des ministres concernés peut, s'il estime que la délibération de la Commission de régulation de l'énergie n'a pas tenu compte des orientations de politique énergétique indiquées, demander une nouvelle délibération, par décision motivée publiée au *Journal officiel* de la République française.

Commission européenne a été consultée et a donné son accord ni si d'autres Etats membres ont institué des régimes similaires.

Le Conseil d'Etat doit émettre une opposition formelle à l'égard de l'ensemble des dispositions du projet de loi qui investissent le ministre d'un droit très large de demander à l'autorité de régulation de reconsidérer sa décision, y compris et notamment dans l'exercice des missions prévues à l'article 41 de la directive 2009/73/CE.

Si les auteurs entendent maintenir la possibilité, permise par la directive, d'une prise en considération des orientations de politique énergétique du Gouvernement, il faudra modifier le dispositif légal prévu. Il y aura, d'abord, lieu de limiter cette prise en considération aux actes de l'autorité de régulation qui ne sont pas couverts par l'article 41 de la directive 2009/73/CE. A noter qu'en France sont visées les décisions motivées relatives aux évolutions, en niveau et en structure, des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité/de gaz naturel liquéfié, aux évolutions des tarifs des prestations annexes réalisées à titre exclusif par les gestionnaires de réseaux. La loi luxembourgeoise ne semble pas envisager ce type de décisions. Il y aura ensuite lieu de préciser l'obligation, pour l'autorité de régulation, de considérer les orientations de politique énergétique pour ensuite prévoir le droit pour le ministre de demander par une décision motivée une reconsidération.

Articles 5 et 6

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 4.

Article 7

L'article 7 modifie l'article 10, paragraphe 3, dernière phrase de la loi de 2007 en remplaçant la formule « respectent les principes de l'indépendance, de la transparence, du caractère contradictoire, de l'efficacité, de la légalité, de la libre adhésion des parties à une solution extrajudiciaire du litige et de leur droit de se faire assister ou représenter » par les mots « respectent, dans la mesure du possible, les principes énoncés dans la recommandation 98/257/CE de la Commission européenne ».

Cette modification est justifiée par la disposition du paragraphe 1^{er}, lettre f) de l'annexe I de la directive 2009/73/CE qui reprend les principes énoncés dans la recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation sont à respecter « quand cela est possible ».

Le Conseil d'Etat s'interroge sur le libellé de la modification qui est dépourvu de toute valeur normative. L'imprécision de la directive 2009/73/CE est reprise littéralement dans la loi nationale de transposition et la recommandation de respecter certains principes est continuée à l'autorité de régulation qui en fera ce qu'elle voudra. Il est vrai que le choix opéré par les auteurs du projet de loi n'est pas contraire à la directive. Il est également vrai que le défaut d'une référence quelle que vide de sens qu'elle soit à la recommandation expose le Luxembourg à des critiques de la part de la Commission européenne. Aussi, le Conseil d'Etat ne s'oppose-t-il pas à la

démarche choisie par les auteurs du projet de loi, même s'il considère, dans une logique juridique, que le texte proposé est dépourvu de signification.

Article 8

Sans observation.

Article 9

L'article 9 modifie l'article 12 de la loi de 2007 en vue d'assurer la conformité du texte de loi avec la directive 2009/73/CE.

L'article sous examen ajoute un nouveau paragraphe 8 à l'article 12 de la loi de 2007. Ce paragraphe 8 vise la mise en place de guichets uniques permettant de « fournir aux consommateurs l'ensemble des informations nécessaires concernant leurs droits, la législation en vigueur et les voies de règlement des litiges à leur disposition en cas de litige ». Il renvoie à des « centres d'information générale des consommateurs ». Si ces termes ont leur origine dans la directive 2009/73/CE, encore faut-il préciser ce qu'il faut entendre par les « centres d'information générale des consommateurs ». Cette notion étant étrangère au droit luxembourgeois, le Conseil d'Etat ne saurait accepter son introduction par le biais d'une loi sectorielle, sans préciser le régime de tels centres, la manière dont ils fonctionnent et dont ils sont financés.

En attendant l'organisation et la mise en place d'un tel centre d'information générale des consommateurs, le Conseil d'Etat propose de terminer le nouveau paragraphe 8 après le mot « litige », alors que la directive 2009/73/CE n'impose pas que les guichets uniques fassent partie des tels centres.

Article 10

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 4.

Article 11

Sans observation.

Article 12

L'article 12 introduit dans la loi de 2007 un nouvel article 13*bis*.

Les paragraphes 1^{er} et 2 de cet article transposent les dispositions des paragraphes 1^{er} à 3 et du paragraphe 7 de l'article 44 de la directive 2009/73/CE sur la conservation par les fournisseurs d'informations au profit des autorités nationales et européennes.

Le paragraphe 3 concerne un problème tout à fait différent, à savoir l'information du public et la protection des consommateurs par la communication de l'aide-mémoire du consommateur d'énergie, conformément à l'article 3, paragraphe 12 de la directive 2009/73/CE. Le Conseil d'Etat propose de faire de ce paragraphe un article particulier à insérer dans la section VI du chapitre II portant l'intitulé « Obligations de service public et protection des consommateurs ».

Article 13

Sans observation.

Article 14

L'article sous examen modifie les dispositions de l'article 16 de la loi de 2007 portant sur les missions du commissaire du Gouvernement à l'Energie dans le suivi de la sécurité d'approvisionnement. Ces modifications s'expliquent par la nécessité d'adapter la loi de 2007 à la directive 2009/73/CE et par le souci de préciser certaines règles du mécanisme actuel de suivi. Le Conseil d'Etat considère qu'il convient d'harmoniser les dispositions de l'article 16, paragraphe 1^{er} de la loi de 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel et celles de l'article 11, paragraphe 1^{er} de la loi du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité tel que modifié par l'article 11 du projet de loi n° 6316. Il note que pour le marché du gaz, le rapport du commissaire du Gouvernement à l'Energie est établi annuellement, alors que pour ce qui concerne le marché de l'électricité son rapport doit être établi tous les deux ans.

Article 15

Sans observation.

Article 16

Sans observation, sauf la suggestion de placer l'adjectif « respectifs » à la fin de la phrase.

Article 17

Sans observation.

Article 18

L'article sous examen porte suppression de l'article 22 de la loi de 2007 aux termes duquel « tous les clients finals son désignés comme clients éligibles ». L'article 18 du projet de loi doit être vu en relation avec l'article 2 du projet qui modifie l'article 1^{er}, paragraphe 3 de la loi de 2007 en disposant que « tous les clients sont des clients éligibles ».

Le Conseil d'Etat relève une confusion des concepts entre client, client final et client éligible et s'interroge sur la portée propre de ces concepts. Dans la logique de l'article 22 de la loi de 2007, appelé à disparaître, tous les clients finals sont libres d'acheter le gaz chez le fournisseur de leur choix, ce qui permet de penser que des limitations sont admises pour les clients non finals. Or, d'après l'article 1^{er}, paragraphe 3 de la loi de 2007, tel qu'il est modifié par l'article 1^{er} de la loi en projet, tous les clients sont éligibles, ce qui signifie qu'il n'y a dès lors plus de clients non éligibles. Aucune distinction n'est opérée entre clients finals et clients grossistes. Le Conseil d'Etat considère qu'il est inutile de maintenir le concept de client éligible. S'il y a lieu de consacrer le principe que tous les clients ou que seuls les clients finals sont libres de s'approvisionner auprès

du fournisseur de leur choix, il faut insérer une disposition correspondante dans la loi de 2007. Une telle disposition normative n'a pas sa place dans les définitions de l'article 1^{er}.

Si le concept de client éligible, par opposition à celui qui ne le serait pas, est supprimé, il faut adapter les autres dispositions de la loi de 2007 qui continuent à utiliser le concept de client éligible. Le Conseil d'Etat renvoie en particulier à l'article 23, paragraphe 1^{er}.

Article 19

L'article 19 porte modification de l'article 23 de la loi de 2007. Ces textes soulèvent encore la même problématique de la distinction entre catégories de clients et sur la liberté de s'approvisionner.

Comme indiqué ci-dessus, le terme de client éligible est maintenu au paragraphe 1^{er}, malgré la suppression de l'article 22.

Le nouveau paragraphe 4 rappelle le principe de la liberté de s'approvisionner pour « tous les clients » sous une double réserve, l'accord du fournisseur et le respect de ce dernier de certaines obligations légales. La logique inhérente à cette disposition peut surprendre, alors que la liberté contractuelle du client est sujette à certains critères dans le chef du fournisseur; il aurait été plus logique de mettre l'accent sur la liberté de fournir du gaz et sur les conditions que doit remplir le fournisseur. Le Conseil d'Etat a toutefois constaté que les auteurs se sont bornés à copier le texte de l'article 3, paragraphe 5 de la directive 2009/73/CE.

Le nouveau paragraphe 5 reprend les dispositions de l'article 3, paragraphe 6 de la directive 2009/73/CE.

Article 20

Sans observation.

Article 21

L'article 21 modifie l'article 28 de la loi de 2007 en vue de mettre la législation luxembourgeoise en conformité avec l'article 36, paragraphes 6 et 8 de la directive 2009/73/CE.

Article 22

L'article 22 du projet de loi apporte des modifications à l'article 29 de la loi de 2007.

Les paragraphes 1^{er}, 2 et 5 de l'article sous examen soulèvent encore une fois le problème du droit du ministre de demander à l'autorité de régulation de reconsidérer sa décision.

La suppression du paragraphe 4 de l'article 29 de la loi de 2007 qui prévoit que l'autorité de régulation peut fixer les tarifs d'office est expliquée par les auteurs du projet de loi par la possibilité dont disposera désormais l'autorité de régulation, au titre du nouveau paragraphe 3, de fixer des tarifs provisoires. Le commentaire de l'article sous examen ne fait pas de

référence à une disposition de la directive 2009/73/CE qui interdirait des tarifs fixés d'office. Il est vrai que l'article 41, paragraphe 10 de la directive 2009/73/CE prévoit expressément une fixation provisoire des tarifs. Un tarif provisoire devra nécessairement être remplacé par un tarif définitif; or, alors que la disposition actuelle du paragraphe 4 vise une « décision finale concernant les tarifs fixés d'office », le texte du paragraphe 3 tel qu'il est modifié reste muet sur la durée des tarifs provisoires ou sur leur remplacement par des tarifs définitifs et l'auteur de ces tarifs définitifs. L'article 29, paragraphe 2 de la loi de 2007 prévoit un calcul des tarifs par les gestionnaires, ce qui signifie que le tarif provisoire pourra durer une année, quitte à pouvoir être remplacé par un nouveau tarif provisoire.

L'article 29, paragraphe 5 de la loi de 2007 est modifié pour tenir compte de l'article 41, paragraphe 8 de la directive 2009/73/CE.

Article 23

Sans observation.

Article 24

L'article 24 insère dans la loi de 2007 un article 31*bis* nouveau qui transpose l'article 11 de la directive 2009/73/CE relatif à la certification concernant des pays tiers.

Le commentaire rappelle que, en vertu de l'article 49, paragraphe 6 de la directive 2009/73/CE, l'article 9 relatif à la dissociation des réseaux de transport et des gestionnaires de réseaux de transport ne s'applique pas au Luxembourg. La certification des gestionnaires opérée en application de l'article 10 se réfère à l'article 9 qui n'est applicable au Luxembourg. Le commentaire relève que le Luxembourg doit toutefois opérer une communication à la Commission des gestionnaires de réseaux de transport aux fins de publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. Le Conseil d'Etat n'a pas trouvé la disposition de la loi en projet qui règle cette question.

Le Conseil d'Etat demande à ce que les paragraphes 2 et 3 de l'article 31*bis* nouveau soient inversés afin de tenir compte de la chronologie des notifications.

Au paragraphe 8 du nouvel article 31*bis*, le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations faites à l'endroit de l'article 4 sur le pouvoir du ministre pour demander que l'autorité de régulation reconsidère sa décision.

Article 25

Sans observation.

Article 26

L'article 26 modifie l'article 33 de la loi de 2007.

En ce qui concerne le point 1 de l'article sous examen, le Conseil d'Etat s'interroge sur la limitation de l'accès gratuit et rapide aux données de consommation aux seuls clients non résidentiels au sens de l'article 1^{er} de

la loi de 2007. Les auteurs du projet de loi indiquent vouloir transposer le paragraphe 1^{er}, lettre h) de l'annexe I de la directive 2009/73/CE. Or cette annexe vise les clients, sans distinguer entre clients résidentiels et non résidentiels.

Les modifications apportées à l'article 33 de la loi de 2007 par les paragraphes 2 et 3 de l'article 26 sont destinées à tenir compte des dispositions de l'article 13, paragraphe 2 et de l'article 41, paragraphe 6, point b) de la directive 2009/73/CE.

Le Conseil d'Etat note que, contrairement à l'article 27, paragraphe 4 de la loi relative à l'organisation de l'électricité précitée, tel que modifié par l'article 21 du projet de loi n° 6316, l'article sous examen n'introduit aucune référence à la réglementation sur la protection des données à caractère personnel dans l'article 33 de la loi de 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

Article 27

L'article 27 introduit dans la loi de 2007 un nouvel article 34*bis* destiné à transposer l'article 7, paragraphe 4 de la directive 2009/73/CE. Sur les entreprises communes qui peuvent être établies entre gestionnaires de réseaux de transport dans le cadre de la coopération régionale, le nouvel article reproduit fidèlement les dispositions de l'article 7, paragraphe 4 de la directive 2009/73/CE, sauf à préciser l'objectif de la coopération qui viserait à « garantir la compatibilité des cadres réglementaires entre les régions ». Ces termes sont repris du paragraphe 1^{er} de l'article 7 précité. Ce paragraphe vise toutefois les obligations, non pas des gestionnaires de réseau de transport, mais des Etats et des autorités de régulation qui « renforcent la cohérence de leur cadre juridique, réglementaire et technique » en vue de promouvoir la coopération régionale. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'en rester au respect strict du texte de la directive et d'omettre, en ce qui concerne les gestionnaires de réseaux de transport, des obligations qui incombent aux entités de droit public.

L'article 34*bis* fait référence aux « régions » sans autre précision. Il résulte cependant de l'article 7 de la directive 2009/73/CE que sont visées les entités infra-étatiques existant dans les différents Etats membres de l'Union européenne. Il conviendra dès lors de préciser le terme « régions » en ce sens par l'ajout des termes « des Etats membres de l'Union européenne ».

A la dernière phrase de ce nouvel article 34*bis*, les auteurs du projet de loi ont transposé les termes « les cadres chargés du respect des engagements » par « la personne ou l'organisme chargé du respect des engagements ». Dans la mesure où la notion d'« organisme » fait plutôt référence à une entité extérieure au gestionnaire de réseau de transport, alors qu'en utilisant la notion de « cadres », la directive 2009/73/CE renvoie à une personne interne au gestionnaire, le Conseil d'Etat propose de mentionner « la personne ou l'organe » qui devrait être chargé du contrôle indépendant du respect des engagements.

Article 28

L'article 28 du projet de loi complète (non pas « rajoute » comme indiqué dans le projet de loi) l'article 35 de la loi de 2007 par un nouveau paragraphe 7 destiné à transposer en droit national le paragraphe 2 de l'annexe I de la directive 2009/73/CE. Ce paragraphe, articulé en cinq longs alinéas, porte sur les points suivants: l'installation d'un système dit intelligent de mesure de la consommation, la concertation entre gestionnaires de réseaux de gaz et d'électricité dans le cadre d'un système central commun, le rôle de l'autorité de régulation, le calendrier de mise en place et la question des frais.

L'obligation de mettre sur pied un système intelligent de mesure est énoncée à l'annexe I de la directive 2009/73/CE. La création d'un système commun, dont l'utilité n'est pas en cause, est un choix des auteurs du projet de loi. Le texte proposé n'est pas clair sur la question pourtant essentielle des personnes responsables de la mise en place de ce système commun pour les opérateurs du secteur du gaz au titre de la loi en projet et les opérateurs du secteur de l'électricité au titre de la loi du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (v. projet de loi n° 6316). Comment intégrer les opérateurs d'autres vecteurs, comme l'eau et la chaleur? Quel est le rôle de l'autorité de régulation dans la mise en place et dans le contrôle du fonctionnement du système commun? Les auteurs du projet de loi se sont limités à énoncer les objectifs sans préciser les responsabilités.

L'alinéa 2 relatif à une concertation entre gestionnaires de réseaux de gaz et gestionnaires de réseaux d'électricité en vue d'une « solution optimale » se résume à un souhait ou à une déclaration d'intention politique.

L'alinéa 3 détermine certaines compétences de l'autorité de régulation. En ce qui concerne le droit pour le ministre de demander à l'autorité de régulation de reconsidérer sa décision, le Conseil d'Etat renvoie à ses interrogations déjà émises.

L'alinéa 4 relatif au calendrier de mise en application du nouveau système de comptage soulève des interrogations sérieuses. Certes, annexe I de la directive 2009/73/CE n'impose aucune date limite, laissant aux Etats la mission de fixer un calendrier. Le projet sous examen renvoie à un règlement grand-ducal tout en retenant une date butoir dans l'hypothèse où aucun règlement n'est adopté. Ce système est inacceptable alors qu'il n'appartient pas à un règlement grand-ducal de reporter éventuellement cette date à un moment postérieur à celui visé dans la loi même. Le Conseil d'Etat propose, à l'instar de ce qui a été fait dans d'autres lois, de retenir une date dans la loi, en disposant que les gestionnaires installent un compteur intelligent au plus tard à partir de cette date, qui peut être celle proposée du 1^{er} janvier 2014, tout en prévoyant qu'un règlement grand-ducal peut fixer une date antérieur.

Article 29

L'article sous examen modifie l'article 37 de la loi de 2007.

Le point 1 ajoute, au premier tiret, à l'article 37, paragraphe 2, point c) une nouvelle phrase selon laquelle « Pour exécuter ces tâches, le gestionnaire de réseau de distribution dispose des ressources nécessaires,

tant humaines que techniques, financières et matérielles » reprise de l'article 26, paragraphe 2, point c), de la directive 2009/73/CE. Si une phrase de ce genre se conçoit dans une directive qui assigne à l'Etat des objectifs tout en lui laissant la liberté des moyens pour les atteindre, sa reproduction, telle quelle, dans la loi nationale de transposition est dépourvue de portée. Ce point illustre un problème plus général ayant trait à la transposition des directives qui se résume de plus en plus souvent à la reproduction littérale de la directive dans une loi nationale. En vertu de la directive, le Luxembourg assume une « obligation de résultat » vis-à-vis de la Commission. Comment l'Etat peut-il sanctionner un opérateur qui ne s'est pas doté des ressources techniques et humaines suffisantes?

Le deuxième tiret du point 1 de l'article 29 du projet de loi sous examen complète le paragraphe 2, point d) de l'article 37 par une phrase selon laquelle « la personne ou l'organisme chargé du respect des engagements du gestionnaire de réseau de distribution est totalement indépendant et a accès à toutes les informations du gestionnaire de réseau de distribution et des entreprises liées éventuelles dont il a besoin pour l'exécution de sa tâche ». Cette phrase est copiée littéralement de l'article 26, paragraphe 2, point d) de la directive 2009/73/CE. Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses observations ci-dessus.

En outre, à l'instar de ce qu'il a indiqué à l'article 27 de la loi en projet, le Conseil d'Etat propose de mentionner « la personne ou l'organe » au lieu de « la personne ou l'organisme » qui devrait être chargé du contrôle indépendant du respect des engagements du gestionnaire du réseau ou du gestionnaire du réseau combiné.

Le point 2 de l'article sous examen remplace le paragraphe 3 de l'article 37 de la loi de 2007 pour transposer l'article 26, paragraphe 3 de la directive 2009/73/CE. Les auteurs du projet de loi ont repris le texte de la directive sauf à investir l'autorité de régulation de la mission de veiller au respect des règles de concurrence. Selon le Conseil d'Etat, il serait plus logique d'attribuer cette compétence à l'autorité de concurrence visée à de multiples reprises dans le projet de loi.

Le point 3 de l'article 29 n'appelle pas d'observation.

Article 30

L'article 30 modifie l'article 38 de la loi de 2007.

Le paragraphe 1^{er}, premier tiret, de l'article 29 sous examen n'appelle pas d'observation.

Le second tiret du paragraphe 1^{er} est destiné à transposer dans la loi luxembourgeoise l'article 16, paragraphe 1^{er}, deuxième phrase de la directive 2009/73/CE. Les auteurs ont reproduit à la lettre la disposition de la directive y compris les termes « notamment » et « tels que » utilisés par la directive pour illustrer la portée des obligations incombant à l'opérateur.

Le paragraphe 2 de l'article 30 de la loi sous projet ajoute un nouveau paragraphe 3 à l'article 38 de la loi de 2007 en vue de transposer l'article 16, paragraphe 3, et l'article 27, paragraphe 2 de la directive 2009/73/CE. Le texte omet d'indiquer qui veille au respect de l'obligation de rendre

publiques certaines informations et qui décide en cas de contestation sur la nature sensible ou non des informations commerciales en cause. Le Conseil d'Etat comprend qu'il doit s'agir du gestionnaire. Ne devrait-il pas s'agir de l'autorité de concurrence?

Article 31

L'article 31 du projet de loi modifie l'article 51 de la loi de 2007.

Les points 1 et 2 de l'article sous examen remplacent les paragraphes 4 et 5 de l'article 51 de la loi de 2007 sur les compétences et missions de l'autorité de régulation, conformément aux articles 40 et 41 de la directive 2009/73/CE.

Les points 3 à 6 complètent l'article 51 en vue de tenir compte des dispositions de l'article 41 de la directive 2009/73/CE.

A la lettre d) du paragraphe 1^{er} de l'article 51 de la loi de 2007, il y a lieu d'écrire « promouvoir l'adéquation des réseaux et, conformément aux objectifs généraux de politique énergétique, l'efficacité énergétique ... » afin de transposer fidèlement l'article 40, lettre d) de la directive 2009/73/CE.

Le point 7 ajoute à l'article 51 un paragraphe 12 qui est censé transposer l'article 47 de la directive 2009/73/CE relatif aux conditions de concurrence équitables. Cet article comprend deux types d'obligations pour les Etats membres, une obligation de fond et une obligation de forme. Sur le fond, les Etats doivent garantir la conformité des mesures visant à assurer une concurrence équitable avec le droit européen et avec les principes de non-discrimination de transparence et de proportionnalité. L'obligation de procédure consiste dans la notification des mesures à la Commission européenne qui a le pouvoir de « statuer ». Ce mécanisme revient à conférer à la Commission le pouvoir de contrôler les mesures nationales.

L'article 31, point 8 du projet de loi ajoute à l'article 51 de la loi de 2007 un nouveau paragraphe 13 portant sur la demande du ministre de reconsidérer les décisions de l'autorité de régulation. Le Conseil d'Etat renvoie aux considérations qu'il a déjà formulées sur cette procédure.

En ce qui concerne le libellé du projet de loi, le Conseil d'Etat relève qu'il y a lieu de remplacer le terme « Communauté » par celui de « Union européenne » aux points a) et b) du point 1 de l'article sous examen.

Au point 2, la lettre l) doit commencer par « surveiller l'apparition (...) ». La lettre l) utilise le terme « régulateur ». La lettre m) doit commencer par « respecter la liberté contractuelle (...) ». Il y a encore une référence au « droit communautaire » et aux « politiques communautaires ». *In fine*, le Conseil d'Etat propose le texte qui suit:

« (...) compatibles avec le droit de l'Union européenne et conformes aux politiques de l'Union européenne » (suppression de « communautaire(s) »).

Le Conseil d'Etat note que le projet de loi n° 6316 modifiant la loi de 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité prévoit à l'article 35 une modification de l'article 54 de ladite loi de 2007 en introduisant une

référence à la lutte contre les abus de position dominante. Cette référence figurait déjà dans le paragraphe 7 de l'article 51 de la loi de 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel. Le Conseil d'Etat saisit toutefois l'occasion de rappeler une considération qu'il fait dans l'avis de ce jour sur le projet de loi n° 6316. Dans cet avis, il souligne que la compétence pour sanctionner un abus de position dominante revient, au niveau européen, à la Commission européenne, et, au niveau national, à l'autorité de concurrence. Il va de soi que les critères d'un abus de position dominante devront être identiques, que l'on l'analyse dans un but préventif en application de l'article 54, paragraphe 4 de la loi de 2007 ou en application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 82 du Traité instituant la Communauté européenne) ou de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

Article 32

L'article 32 introduit dans la loi de 2007 un nouvel article 51*bis* qui concerne la coopération régionale, l'échange d'informations et la collaboration entre l'autorité de régulation et les autres autorités de régulation régionales ou avec l'agence de coopération des régulateurs de l'énergie. Ce nouvel article transpose l'article 42 de la directive 2009/73/CE.

Article 33

Le Conseil d'Etat renvoie à ses considérations quant à la compatibilité avec la directive 2009/73/CE du mécanisme de demande de reconsidération des décisions de l'autorité de régulation.

Article 34

L'article 34 modifie le texte de l'article 59, paragraphe 1^{er} de la loi de 2007 qui détermine le droit des usagers d'introduire auprès de l'autorité de régulation une réclamation contre une entreprise de gaz naturel. Les auteurs exposent qu'il s'agit d'assurer la conformité de la loi de 2007 avec le texte de l'article 41, paragraphe 11 de la directive 2009/73/CE.

Or, le texte de l'article 59, paragraphe 1^{er} de la loi de 2007, tel qu'issu de la loi en projet, ne correspond pas sur tous les points à celui de l'article 41, paragraphe 11 de la directive 2009/73/CE. En effet, la directive ne vise pas des « réclamations » contre des entreprises de gaz, mais consacre le droit pour « toute partie ayant un grief à faire valoir contre un gestionnaire (...) de s'adresser à l'autorité de régulation qui, agissant en tant qu'autorité de règlement du litige, prend une décision dans un délai de deux mois après la réception de la plainte ». Le terme de réclamation est à remplacer par celui de plainte ou par une formule calquée sur le texte de la directive.

Les auteurs du projet de loi ont estimé devoir insérer la précision que le droit de « réclamation » existe « sans préjudice des recours de droit commun ». Le paragraphe 15 de l'article 41 de la directive 2009/73/CE prévoit que les plaintes visées aux paragraphes 11 et 12 ne préjugent pas de l'exercice des voies de recours prévues par le droit « communautaire » ou national. Le Conseil d'Etat a du mal à saisir la portée de cette disposition. Au niveau de la directive, il s'agit d'une formule standard destinée à sauvegarder ce qu'il est convenu d'appeler « l'autonomie procédurale

nationale » dans une matière harmonisée. Au niveau de la loi de 2007, le Conseil d'Etat s'interroge sur la portée et la nécessité de l'ajout. S'il s'agit de consacrer le droit de l'usager d'agir contre une décision de l'autorité de contrôle, la formule est non seulement superflue, mais n'a pas non plus sa place dans une disposition qui consacre le droit de réclamation. S'il s'agit de consacrer les recours de droit commun, notamment du droit des contrats, que peut exercer un usager contre son fournisseur, la formule est encore superflue, alors que la voie de « réclamation » particulière prévue à l'article 59 de la loi de 2007 ne saurait porter atteinte au droit commun des actions en justice. Logiquement, il y aurait lieu d'abandonner cet ajout. Il n'y aura pas de contradiction avec la directive alors que les voies de recours du droit commun s'appliquent à l'évidence. S'agissant d'une formule destinée à sauvegarder les droits procéduraux des Etats, il n'y a pas lieu de la reprendre formellement en droit national.

Article 35

L'article sous rubrique ajoute un article *59bis* à la loi de 2007 qui permet à toute partie lésée par une décision de l'autorité de régulation de saisir celle-ci d'une demande de réexamen. Il s'agit, d'après les auteurs du projet, de tenir compte de l'article 41, paragraphes 12 et 15 de la directive 2009/73/CE.

Le mécanisme de demande de réexamen est un type de recours gracieux tel qu'il est connu en droit administratif luxembourgeois. Le Conseil d'Etat note que la directive 2009/73/CE introduit cette prérogative au profit de « toute personne qui a le droit de présenter une plainte » ce qui vise à l'évidence les usagers, et non les opérateurs économiques. Faute d'explication dans le commentaire des articles qui est, sur ce point comme sur les autres, des plus sommaires, le Conseil d'Etat ignore si les auteurs ont entendu étendre ce droit aux opérateurs économiques qui s'estimeraient lésés par une décision prise par l'autorité de régulation. Le libellé du texte permet de tirer cette conclusion. Une telle extension n'est pas imposée par la directive, mais ne serait pas davantage contraire à celle-ci.

Le texte proposé reprend encore la formule relative au respect des voies de droit nationales, conformément à l'article 41, paragraphe 15 de la directive 2009/73/CE. Le Conseil d'Etat renvoie aux observations formulées à l'endroit de l'article 34.

Article 36

L'article 36 modifie l'article 60 de loi de 2007 relatif aux sanctions administratives en vue de transposer les dispositions de l'article 41, paragraphes 4 et 16 de la directive 2009/73/CE.

Le Conseil d'Etat invite les auteurs à mettre à profit le présent projet de loi pour mettre le dispositif luxembourgeois en conformité non seulement avec le droit européen, mais aussi avec les dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il note qu'est sanctionnée « une violation des obligations professionnelles » sans qu'une référence soit effectuée à des dispositions précises de la loi de 2007. Or, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le type de sanctions administratives prévues à

l'article 60 de la loi de 2007 relèvent du domaine pénal et leur application est soumise au principe de légalité des incriminations et des peines. Le Conseil d'Etat se permet d'insister sur la nécessité d'indiquer avec précision les dispositions dont le non-respect est sanctionné. Conformément au texte de l'article 41, paragraphe 4 de la directive 2009/73/CE, il y a lieu de viser les « les obligations qui incombent aux entreprises de gaz naturel en application des articles (...) de la loi ou des décisions juridiquement contraignantes applicables de l'autorité de régulation ou de l'Agence (...) ». Le Conseil d'Etat relève encore l'éventail très large des sanctions allant du simple avertissement à une amende d'un million d'euros. Il conçoit la difficulté de fixer des critères de gravité des infractions, mais tient à exprimer ses doutes les plus sérieux quant à la conformité d'un tel mécanisme avec le principe de la légalité des peines qui exige également une précision de la peine par rapport au type d'infraction et la proportionnalité entre la peine et la gravité de la violation de la loi.

Le nouveau paragraphe 4 de l'article 60 est repris de l'article 41, paragraphe 4 de la directive 2009/73/CE.

Le paragraphe 16 de l'article 41 de la directive 2009/73/CE impose la publication de la décision sous réserve de la préservation de la confidentialité des informations commercialement sensibles. La modification apportée au paragraphe 4 de l'article 60 transpose la directive.

*

Finalement, selon le Conseil d'Etat, il y a lieu de supprimer l'alinéa qui porte sur la formule de promulgation, figurant dans la version dactylographiée reçue par le Conseil d'Etat. Le redressement en question a déjà été pris en compte dans le document parlementaire (*n° 6317*).

Ainsi délibéré en séance plénière, le 31 janvier 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Pour le Président,
La Vice-Présidente,

s. Viviane Ecker