

Projet de loi

relatif au mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique modifiant :

- 1) la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et**
- 2) la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel**

Avis du Conseil d'État

(19 décembre 2020)

Par dépêche du 31 juillet 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de l'Énergie.

Le texte du projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche d'évaluation d'impact, d'une fiche financière ainsi que d'un texte coordonné de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel que le projet de loi sous rubrique tend à modifier.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 16 novembre et 30 novembre 2020.

Le Conseil d'État regrette que le texte coordonné ne soit pas conforme à la circulaire du ministre aux Relations avec le Parlement du 28 janvier 2016 aux termes de laquelle le Conseil d'État entend se voir transmettre à l'avenir « des textes coordonnés dans lesquels les modifications seront indiquées en caractères gras et les passages de texte en vigueur à modifier ou à supprimer resteront visibles tout en étant barrés ». En effet, le texte coordonné joint reprend des modifications qui ne correspondent pas à celles opérées par le projet de loi sous avis, mais bien aux modifications proposées par le projet de loi n° 7266 (N° CE 52.738)¹.

Par dépêche du 3 décembre 2020, il a été demandé au Conseil d'État d'accorder un traitement prioritaire au projet de loi, en raison d'une procédure d'infraction pendante devant la Commission européenne pour non-transposition de la directive que le projet de loi entend pour partie transposer.

¹ Projet de loi modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (doc. parl. n° 7266).

Considérations générales

Le projet de loi sous avis a pour objet la mise en œuvre d'un cadre légal du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique pour une deuxième période allant du 1^{er} janvier 2021 au 31 décembre 2030.

La directive (UE) 2018/2002 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 modifiant la directive 2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique a fixé aux États membres de l'Union européenne un nouvel objectif cumulé d'économies d'énergie au stade de l'utilisation finale pour l'ensemble de la période d'obligation 2021-2030, équivalent à de nouvelles économies annuelles d'au moins 0,8 pour cent de la consommation d'énergie finale.

Cette initiative européenne s'inscrit dans la stratégie pour l'union de l'énergie telle que prévue dans la communication de la Commission européenne du 25 février 2015 intitulée « Cadre stratégique pour une Union de l'énergie résiliente, dotée d'une politique clairvoyante en matière de changement climatique ». Elle va dans le sens des engagements pris par l'Union européenne et le Luxembourg dans le cadre de l'Accord de Paris sur le changement climatique de 2015 faisant suite à la vingt-et-unième conférence des parties à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques.

Le projet de loi sous examen rentre dans la dimension « efficacité énergétique » du plan national intégré en matière d'énergie et de climat du Luxembourg pour 2021-2030 adopté par le Gouvernement en vertu du règlement (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat².

Par rapport au mécanisme d'obligations actuellement en vigueur, le régime projeté apporte, selon les auteurs du projet de loi, plusieurs modifications importantes :

- 1° « une révision des objectifs d'économies d'énergie (en concordance avec les objectifs nationaux définis dans le plan national intégré énergie et climat (PNEC)) » ;
- 2° « la mise en place d'une option de rachat « buy out » ; la possibilité de rachat par une partie obligée d'une partie ou de la totalité de ses obligations, ceci notamment dans le but de permettre aux acteurs à faible part de marché de s'acquitter de ses obligations par simple rachat » ;
- 3° « la définition de pénalités libératoires en cas de non-atteinte des objectifs pour la deuxième période du mécanisme d'obligations ; les résultats de la première période ont montré que les sanctions pour les manquements aux obligations d'économies d'énergie ne sont pas dissuasives, le présent projet de loi apporte ainsi en outre des modifications au niveau des conséquences à donner à ces manquements afin de créer un effet

² Règlement (UE) 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 sur la gouvernance de l'union de l'énergie et de l'action pour le climat, modifiant les règlements (CE) n° 663/2009 et (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, les directives 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE et 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil, les directives 2009/119/CE et (UE) 2015/652 du Conseil et abrogeant le règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil.

dissuasif et un « level playing field » pour toutes les parties obligées par l'introduction d'un système de pénalités libératoires ».

La transposition de la directive (UE) 2018/2002 précitée en droit national est effectuée par différents textes, l'essentiel de la matière étant couvert par le projet de loi sous objet et le projet de règlement grand-ducal pris en vertu des articles 48^{ter}, paragraphes 2 et 8, à insérer par le projet de loi dans la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après « loi relative à l'organisation du marché de l'électricité ») et 12^{ter}, paragraphes 2 et 8, à insérer par le projet de loi dans la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel (ci-après « loi relative à l'organisation du marché du gaz »).

Le Conseil d'État note que le délai de transposition de la directive précitée est venu à échéance le 25 juin 2020.

Examen des articles

Le texte est divisé en deux chapitres, l'un (articles 1^{er} à 4) consacré aux modifications apportées à la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité, l'autre (articles 5 à 8) aux modifications apportées à la loi relative à l'organisation du marché du gaz. Quant au fond, les modifications proposées pour les deux secteurs énergétiques sont identiques de sorte que l'examen du Conseil d'État se concentre sur les articles du premier chapitre, ses observations ayant également valeur pour les articles correspondants du second chapitre.

Articles 1^{er} et 5

Les modifications proposées ont trait aux articles 1^{er} des lois précitées relatives à l'organisation du marché de l'électricité et à l'organisation du marché du gaz naturel qui établissent une liste de définitions permettant de définir leur champ d'application respectif.

Le projet de loi sous avis précise la définition du Fonds climat et énergie et ajoute dans la définition de la « partie obligée » une référence, respectivement au nouvel article 48^{ter} de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité (article 4 du projet de loi) et au nouvel article 12^{ter} de la loi relative à l'organisation du marché du gaz (article 8 du projet de loi).

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec ces modifications dont la seconde constitue une nécessité en vue de l'application du mécanisme d'économie d'énergie pour la nouvelle période 2021-2030.

Le Conseil d'État donne néanmoins à considérer que dans la perspective de l'entrée en vigueur prochaine de la loi relative au climat³, laquelle abroge la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, les renvois opérés à cette dernière loi par la loi en projet devront être adaptés en conséquence.

³ Projet de loi relative au climat et modifiant la loi modifiée du 31 mai 1999 portant institution d'un fonds pour la protection de l'environnement (doc. parl. n° 7508).

Articles 2 et 6

Les auteurs du projet de loi sous avis entendent également insérer aux dispositions qui traitent des obligations de service public et du mécanisme de compensation, à savoir à l'article 7, paragraphe 5, de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et à l'article 11, paragraphe 6, de la loi relative à l'organisation du marché du gaz, des références respectivement aux nouveaux articles 48^{ter} et 12^{ter}. Tout comme pour la période 2015-2020, les obligations découlant du mécanisme d'efficacité énergétique mis en place pour une seconde période sont donc considérées comme des obligations de service public, les charges induites pouvant être compensées totalement ou en partie par des contributions de l'État dans le cadre fixé par le droit européen.

Articles 3 et 7

Les auteurs du projet de loi précisent que le mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique introduit en 2015⁴ et inscrit aux articles 48^{bis} de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et 12^{bis} de la loi relative à l'organisation du marché du gaz couvre la période allant du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2020. Cette précision peut paraître redondante, dans la mesure où l'article 48^{bis}, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité, l'article 12^{bis}, alinéa 1^{er}, de la loi relative à l'organisation du marché du gaz et l'article 2 du règlement grand-ducal modifié du 7 août 2020 relatif au fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique fixent l'objectif cumulé d'économie d'énergie à atteindre dans une période allant du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2020.

Le Conseil d'État relève toutefois que cette période ne correspond pas à celle déterminée par la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE. L'article 7, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de cette directive, dans sa teneur modifiée par l'article 1^{er}, point 3, de la directive (UE) n° 2018/2002 précitée, fixe un objectif « au moins équivalent à la réalisation, chaque année du 1^{er} janvier 2014 au 31 décembre 2020, de nouvelles économies d'énergie correspondant à 1,5 [pour cent] en volume des ventes annuelles d'énergie ».

Le Conseil d'État s'explique cette modification de la période d'obligation par le retard de plus d'un an pris par le Luxembourg dans la transposition de la directive 2012/27/UE, qui aurait dû se faire le 5 juin 2014 au plus tard. S'il peut comprendre le souci du Gouvernement de ne pas imposer rétroactivement aux fournisseurs d'électricité et de gaz des obligations de réduction d'énergie, le cas échéant assorties de sanctions administratives, le Conseil d'État estime toutefois préférable de ne formuler aucune précision quant au champ d'application dans le temps des dispositions visées et, partant, il suggère d'omettre les articles 3, point 1^o, et 7, point 1^o.

⁴ Article 14 de la loi du 19 juin 2015 modifiant - la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité ; - la loi modifiée du 30 mai 2005 portant 1) organisation de l'Institut Luxembourgeois de Régulation ; 2) modification de la loi modifiée du 22 juin 1963 fixant le régime des traitements des fonctionnaires de l'État. (doc. parl. n° 6709) ; et article 5 de la loi du 19 juin 2015 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel (doc. parl. n° 6710).

La seconde modification des articles 48*bis* de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et 12*bis* de la loi relative à l'organisation du marché du gaz concerne le régime de l'amende d'ordre en cas de non-réalisation des volumes annuels d'économies d'énergie. La sanction devient libératoire à l'instar de ce qui est prévu pour la période 2021-2030 dans le cadre des articles 48*ter* et 12*ter* introduits dans les lois précitées par les articles 4 et 8 du projet de loi. D'après les auteurs du projet de loi, « ceci a été fait dans le souci de pouvoir clôturer définitivement la période 1 et de ne pas mettre les parties obligées dans la situation d'entamer la période 2 avec d'importants déficits ».

Dans la mesure où il s'agit d'un régime plus doux pour les parties obligées que celui en vigueur, le Conseil d'État peut marquer son accord à cette modification.

Articles 4 et 8

Les articles sous examen introduisent les articles 48*ter* de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et 12*ter* de la loi relative à l'organisation du marché du gaz, ayant pour objet de définir le régime du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique pour la période allant du 1^{er} janvier 2021 au 31 décembre 2030.

Ces dispositions fixent la limite supérieure de l'objectif global cumulé d'économies d'énergie exprimé en termes de consommation d'énergie finale à 13 750 GWh au lieu de 6 185 GWh pour la première période. Le Conseil d'État note une augmentation sensible de ce plafond, ce qui rejoint les efforts accrus déployés au niveau international pour lutter contre le changement climatique. L'objectif global cumulé est fixé par règlement grand-ducal en fonction des critères fixés par la loi.

Le Conseil d'État constate par rapport au régime des articles 48*bis* de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et 12*bis* de la loi relative à l'organisation du marché du gaz un raccourcissement des périodes de comblement du déficit annuel et de la comptabilisation des excédents ou des surplus.

Si cette dernière modification réduit la flexibilité accordée aux fournisseurs d'électricité, l'introduction d'une option de rachat (ou « buy-out option ») autorisée par l'article 7*bis*, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la directive (UE) n° 2018/2002 précitée, leur permet d'opérer un choix.

Les dispositifs sous avis établissent en leur paragraphe 6 les critères, sur la base desquels le prix de rachat, exprimé en euros par mégawattheure, sera déterminé chaque année, à savoir les frais engagés par les parties obligées pour la réalisation des économies d'énergie au cours de l'année civile révolue et le coût estimé pour atteindre des économies d'énergie similaires à celles qui n'ont pas été atteintes par les parties obligées. Le Conseil d'État comprend, dès lors, que le prix de rachat sera calculé sur la base de ces critères et de données prédéterminés, de sorte que le ministre ne disposera d'autres prérogatives que celles de constater et publier le montant du prix de rachat. Le pouvoir réglementaire que les auteurs du projet de loi semblent, par l'emploi des termes « le ministre fixe », conférer au ministre, est par

conséquent tout au plus superflu, en raison de la base juridique suffisante⁵ offerte par le dispositif sous avis. Afin d'écartier toute ambiguïté quant au rôle du ministre dans la détermination du prix de rachat, le Conseil d'État demande que les dispositions sous avis soient formulées de manière impersonnelle, et propose que l'article 48^{ter}, paragraphe 6, alinéa 2, à insérer dans la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et l'article 12^{ter}, paragraphe 6, alinéa 2, à insérer dans la loi relative à l'organisation du marché du gaz soient libellés comme suit :

« Le ~~ministre fixe annuellement~~ le prix de l'option de rachat, exprimé en euros par mégawattheure, est calculé annuellement sur la base des données relatives aux frais engagés de l'année révolue visés au paragraphe ~~(5)~~ et le coût estimé pour atteindre des économies d'énergie similaires à celles qui n'ont pas été atteintes par les parties obligées. Il est et le communiqué par le ministre dans les 30 jours après réception de la notification prévue au paragraphe ~~(4)~~ aux parties obligées pour l'année en cours. »

Le Conseil d'État relève que tant les fonds perçus au titre du rachat que ceux perçus à titre de pénalités sont versés intégralement au Fonds climat et énergie ce qui apporte une brèche supplémentaire dans la règle de la non-affectation des recettes de l'État à une certaine dépense.

Il est encore précisé que désormais les parties obligées ne sont pas admises à participer à des initiatives financées par l'intermédiaire du Fonds climat et énergie pour les activités réalisées en exécution de leur obligation légale d'économie d'énergie.

Le Conseil d'État note un relèvement substantiel du plafond des pénalités prévues aux paragraphes 8 des dispositions sous examen. La pénalité est exprimée en euros par mégawattheure, sur la base du prix pour l'option de rachat majoré de 25 pour cent. Par conséquent, elle variera chaque année en fonction du prix de rachat, sans toutefois pouvoir dépasser 100 euros par mégawattheure. C'est le régulateur qui prononce la pénalité. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec ce mécanisme de sanction. Cependant, pour les mêmes raisons que celles exposées à l'endroit des paragraphes 6, l'intervention du ministre dans la fixation de la pénalité est dépourvue d'apport normatif. Partant, le Conseil d'État demande qu'il n'y soit pas fait mention et propose que l'article 48^{ter}, paragraphe 8, alinéa 2, à insérer dans la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et l'article 12^{ter}, paragraphe 8, alinéa 2, à insérer dans la loi relative à l'organisation du marché du gaz soient libellés comme suit :

« Le ~~ministre détermine pour chaque année~~ le montant de la pénalité, exprimé en euros par mégawattheure, est déterminé pour chaque année sur la base du prix pour l'option de rachat majoré de 25 pour cent. Le montant de la pénalité ne pourra cependant dépasser 100 euros par mégawattheure. »

Enfin, le paragraphe 9 des deux nouvelles dispositions confère une base légale à un règlement grand-ducal qui fixe les modalités de fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique. Il précise les différents points visés. Cette liste correspond à celle actuellement inscrite aux articles 48^{bis} de la loi relative à l'organisation du marché de l'électricité et

⁵ Cour cass., arrêt du 1^{er} juillet 1999, n° de rôle 23/99.

12bis de la loi relative à l'organisation du marché du gaz en vigueur, à l'exception du dernier point qui concerne les modalités de fonctionnement ainsi que le calcul annuel du prix de l'option d'achat nouvellement introduite. Le Conseil d'État s'interroge toutefois, en raison des précisions inscrites dans les dispositions légales en projet et relatives à la détermination du prix de rachat, quant à la pertinence d'une délégation au Grand-Duc du pouvoir de fixer les modalités de fonctionnement ainsi que le calcul annuel du prix de l'option de rachat. Le Conseil d'État constate que le projet de règlement grand-ducal qui sera pris sur la base des dispositions sous avis⁶ ne contient aucune disposition à cet égard.

Observations d'ordre légistique

Observations générales

Les numéros des articles et des paragraphes à insérer ne sont pas à rédiger en caractères gras.

Intitulé

L'intitulé du projet de loi sous avis prête à croire que le texte de loi en projet comporte tant des dispositions autonomes que des dispositions modificatives. Comme la visée de la loi en projet sous examen est toutefois entièrement modificative, il y a lieu de reformuler l'intitulé de manière à ce qu'il reflète cette portée. En outre, l'énumération des actes à modifier se fait en ayant recours à des numéros suivis d'un exposant « ° » (1°, 2°, 3°,...). Le terme « et » est à remplacer par un point-virgule. L'intitulé n'est pas à faire suivre d'un point final, étant donné que les intitulés ne forment pas de phrase.

Suite aux observations qui précèdent, l'intitulé est à reformuler comme suit :

« Projet de loi portant modification :
1° de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité ;
2° de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel ».

Article 1^{er}

À la phrase liminaire, il y a lieu d'écrire « loi modifiée ».

Au point 1°, il convient d'employer l'intitulé de citation de l'acte auquel il est fait renvoi pour écrire « l'article 22 de la loi modifiée du 23 décembre 2004 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre ». Cette observation vaut également pour l'article 5, point 1°.

Article 4

À l'article 48ter, paragraphe 8, alinéa 3, à insérer dans la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, il convient

⁶ Projet de règlement grand-ducal portant modification du règlement grand-ducal modifié du 7 août 2015 relatif au fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique (N° CE 60.315).

d'écrire « Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ». Cette observation vaut également pour l'article 8, concernant l'article 12^{ter}, paragraphe 8, alinéa 3, à insérer dans la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel.

Article 5

À la phrase liminaire il y a lieu d'écrire « L'article 1^{er} de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 [...] ».

Article 8

L'article sous revue est à terminer par des guillemets fermants.

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 19 décembre 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu