

Projet de loi

modifiant

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

Avis complémentaire du Conseil d'État

(31 mars 2023)

Par dépêche du 10 janvier 2023, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État une série d'amendements parlementaires au projet de loi sous rubrique, adoptés par la Commission de l'Environnement, du Climat, de l'Énergie et de l'Aménagement du territoire.

Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire explicatif des modifications opérées et d'un texte coordonné du projet de loi reprenant les amendements proposés.

Par dépêche du 23 janvier 2023, le président de la Chambre des députés a fait part de l'existence d'erreurs matérielles dans la version du texte coordonné transmis par la dépêche du 10 janvier 2023.

L'avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données a été communiqué au Conseil d'État en date du 24 janvier 2023.

Considérations générales

Les amendements parlementaires du 10 janvier 2023 ont pour objet de répondre aux observations et oppositions formelles formulées par le Conseil d'État dans son avis du 22 février 2022 et de compléter le projet de loi par de nouvelles dispositions visant à apporter certaines précisions. Il est également procédé à la mise en œuvre du règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) 2017/1938 et (CE) n° 715/2009 en ce qui concerne le stockage de gaz.

Examen des amendements

Amendement 1

L'amendement 1 vient modifier l'article 1^{er}, point 1°, du projet de loi afin de « clarifier », selon ses auteurs, que la définition d'acteur du marché, tel que reprise littéralement par l'article 1^{er}, point 1^{quater}, de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, de l'article 2, point 25, du règlement (UE) 2019/943 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 sur le marché intérieur de l'électricité (refonte),

distingue trois types d'acteurs du marché : ceux qui participent à l'agrégation, ceux qui sont des gestionnaires de la participation active à la demande et ceux qui fournissent des services de stockage de l'énergie.

Si le but de cette clarification est compréhensible, on peut s'interroger si le changement du terme « aux » en « de » améliore la lisibilité du texte. Il est suggéré d'écrire :

« « acteur du marché » : toute personne physique ou morale qui produit, achète ou vend de l'électricité, qui participe à l'agrégation ou qui est un gestionnaire de la participation active de la demande ou ~~aux~~ **de qui fournit des** services de stockage de l'énergie, y compris la passation d'ordres, sur un ou plusieurs marchés de l'électricité, y compris des marchés de l'énergie d'équilibrage. »

Amendement 2

L'amendement 2 entend adapter la définition d'autoconsommateur d'énergie renouvelable agissant de manière collective de l'article 1^{er}, point 1*sexies*, de la loi précitée du 1^{er} août 2007 afin d'élargir la notion aux groupes formés d'un producteur et d'autres utilisateurs qui consomment l'électricité produite par le producteur.

Le Conseil d'État souligne que la notion d'autoconsommateur est spécifique et que le fait d'y intégrer des personnes qui ne peuvent être qualifiées comme tel suivant les définitions retenues par l'article 2, points 14 et 15, de la directive (UE) 2018/2001 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte) constitue une transposition incorrecte de la directive. En effet, l'article 2, point 15, de cette directive précise que ces groupes sont constitués d'au moins deux autoconsommateurs, notion qui implique la production par l'autoconsommateur de l'énergie qu'il consomme. Le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Le Conseil d'État ne voit pas d'obstacle à ce qu'une définition spécifique de la notion de « groupe d'utilisateurs agissant de manière collective » soit insérée dans la loi par un nouvel amendement qui devra également prévoir le régime applicable.

Amendement 3

L'amendement 3 procède à la modification de la notion d'accord d'achat d'électricité définie à l'article 1^{er}, point 1*decies*, de la loi précitée du 1^{er} août 2007. Cette définition constitue une transposition de l'article 2, point 17, de la directive (UE) 2018/2001. Contrairement à l'amendement 2, la modification des termes repris de la directive ne prête pas à conséquence, car, d'une part cette reformulation n'est pas exclue par la directive (qui n'utilise d'ailleurs pas par la suite la notion dans le corps du texte) et, d'autre part, la définition n'exclut pas le recours à un intermédiaire pour effectuer l'achat.

Le Conseil d'État suggère d'écrire au lieu de « via un tiers », « par l'intermédiaire d'un tiers ».

Amendement 4

L'amendement 4 modifie la définition de communauté énergétique de l'article 1^{er}, point 7*bis*, de la loi précitée du 1^{er} août 2007, notion qui regroupe les caractéristiques des notions de « communauté énergétique citoyenne » de l'article 2, point 11, de la directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte) et de « communauté d'énergie renouvelable » de l'article 2, point 16, de la directive (UE) 2018/2001 précitée.

Les auteurs expliquent que l'ajout à la première phrase de critères permettant de définir les personnes morales concernées, lesquels critères s'apparentent aux critères retenus généralement pour définir les PME dans les textes européens, tient compte des observations du Conseil d'État dans son avis du 22 février 2022.

En outre, l'amendement supprime toute référence aux « autorités locales », termes que les directives précitées distinguent des PME. Le Conseil d'État se demande dès lors si les termes « personnes morales » couvrent ainsi toutes les personnes morales, même celles de droit public comme les communes. La définition donnée laisse penser que tel n'est pas le cas, car il est fait référence aux membres et actionnaires de ces personnes. Le Conseil d'État exige de reprendre la mention des autorités locales sous peine d'opposition formelle pour transposition incorrecte des directives (UE) 2019/944 et (UE) 2018/2001 précitées.

Amendements 5 et 6

Sans observation.

Amendement 7

L'amendement 7 introduit un nouvel article 1^{er}, point 12°, dans le projet de loi afin de transposer l'article 2, point 18, de la directive (UE) 2018/2001 précitée, qui définit la notion d'échange de pair à pair. Les termes « participants au marché » sont remplacés par ceux de « acteurs du marché tiers ». Cette différence ne nuit pas à la compréhension du texte. Le Conseil d'État préfère toutefois une transposition littérale de la directive.

Amendements 8 à 19

Sans observation.

Amendements 20 à 22

Les amendements 20 à 22 visent à répondre aux observations et à l'opposition formelle soulevées par le Conseil d'État dans son avis du 22 février 2022 à l'encontre de l'article 6 (ancien article 5) du projet de loi. Les modifications opérées suppriment les divergences soulevées avec le texte de l'article 26 de la directive (UE) 2019/944 qu'il s'agit de transposer, de telle sorte que l'opposition formelle peut être levée.

Amendements 23 à 26

Sans observation.

Amendement 27

L'amendement 27 modifie l'article 9 du projet de loi afin d'élargir le champ d'application de l'article 8^{quater}, paragraphe 1^{er}, de la loi précitée du 1^{er} août 2007 en autorisant les communautés d'énergie renouvelable à disposer et à partager au sein de la communauté de l'énergie produite à partir d'unités de production mises à disposition au moyen d'un crédit-bail. Ce faisant les auteurs interprètent l'article 16, paragraphe 3, lettre e), de la directive (UE) 2019/944 et l'article 22, paragraphe 2, de la directive (UE) 2018/2001 en ce sens que le terme de « propriété » couvre également ce type de droit de jouissance contractuel à plus long terme.

Le Conseil d'État s'interroge si la directive permet une telle interprétation, dans la mesure où, comme le laisse entendre la notion de « contrôle » à l'article 2, point 56, de la directive (UE) 2019/944, les notions de propriété et de jouissance sont considérées séparément par la directive. Dans le contexte plus spécifique des communautés énergétiques, l'article 2, point 11, de la directive (UE) 2019/944 définit toutefois celles-ci en tant qu'entités juridiques autorisées à « prendre part » à la production d'énergie. Dans cette optique, la notion de « propriété » au sens des directives (UE) 2019/944 et (UE) 2018/2001 serait vue sous un angle plus économique que juridique, de telle sorte que la transposition de la notion dans le cadre du système juridique national permettrait d'inclure des droits qui ne sont pas strictement des droits de propriété. Au regard de ces développements, le Conseil d'État considère que le texte proposé est en phase avec la directive.

Le Conseil d'État estime que les auteurs des amendements auraient également pu envisager l'extension du régime à d'autres formes de droits de jouissance conventionnels ou de droits réels.

Amendements 28 et 29

Sans observation.

Amendement 30

L'amendement 30 insère un nouvel article 12 au projet de loi ayant pour objet d'ajouter une section X au chapitre 2 de la loi précitée du 1^{er} août 2007 relative aux projets à caractère expérimental. Il s'agit de permettre à des porteurs de projets à caractère expérimental de bénéficier de dérogations temporaires à certaines prescriptions contenues dans les règlements et décisions pris par le régulateur, lorsque celles-ci sont nécessaires pour la poursuite du projet.

L'article 3, lettre l), du règlement (UE) 2019/943 énonce comme un des principes du fonctionnement du marché de l'électricité la nécessité que « les règles du marché rendent possible le développement de projets de démonstration en sources d'énergie, technologies ou systèmes durables, sûrs et à faible intensité de carbone qui doivent être réalisés et utilisés au bénéfice de la société ». Selon l'article 2, point 24, du règlement (UE) 2019/943 ces projets de démonstrations consistent en des projets qui « démontre[nt] une

technologie inédite dans l'Union et représentant une innovation importante dépassant largement l'état de la technique ». La possibilité pour les États membres de prévoir certaines dérogations pour les projets de démonstration de technologies innovantes, après approbation de l'autorité de régulation, est explicitement prévue en ce qui concerne la responsabilité en matière d'équilibrage par l'article 5, paragraphe 2, lettre a), du règlement (UE) 2019/943. Par contre, ni le règlement (UE) 2019/943, ni la directive (UE) 2019/944 ne prévoient, ni interdisent une attribution générale dans le chef des autorités de régulation pour accorder aux projets expérimentaux des dérogations aux règlements et décisions pris en exécution du droit applicable. Des dérogations spécifiques sont par contre envisagées, telle que la dérogation que peuvent accorder les autorités de régulation au bénéfice des unités de production classées comme technologie émergente, au sens des articles 66 et suivants du règlement (UE) 2016/631 de la Commission du 14 avril 2016 établissant un code de réseau sur les exigences applicables au raccordement au réseau des installations de production d'électricité¹.

Les auteurs de l'amendement évoquent notamment l'existence en France de dispositions similaires à celle qu'ils proposent d'introduire. Depuis la loi française n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, la Commission de régulation de l'énergie et l'autorité administrative disposent en effet, chacun pour ce qui les concerne, du pouvoir d'accorder² « des dérogations aux conditions d'accès et à l'utilisation des réseaux et installations pour déployer à titre expérimental des technologies ou des services innovants en faveur de la transition énergétique et des réseaux et infrastructures intelligents ».

L'article 8*septies*, paragraphe 4, alinéa 2, nouveau, prévoit que le régulateur détermine les données à partager avec les « acteurs de la recherche ». Il convient de souligner que ce partage de données est susceptible de porter sur des données à caractère personnel, envers lesquelles le régulateur n'est pas responsable de traitement. Il conviendrait ainsi de le préciser.

L'article 8*septies*, paragraphe 5, nouveau prévoit que les utilisateurs concernés seront contactés par courrier par le porteur de projet afin de pouvoir faire l'usage de leur faculté de ne pas être inclus dans le périmètre des dérogations. On peut se demander comment le porteur de projet est amené à disposer des données à caractère personnel (noms, adresses...) des utilisateurs du réseau « impactés ». Qui communique ces données ? Qui détermine la liste des utilisateurs du réseau concernés et comment le fait-il ?

La disposition sous revue ne fournit pas de réponse à ces questions de traitement de données personnelles, alors que ni le porteur de projet ni le régulateur n'ont, à la connaissance du Conseil d'État, accès à ces données à caractère personnel. Le Conseil d'État donne à considérer que si, dans le cadre de l'application de la disposition sous avis, des données à caractère personnel seront transférées à une autorité publique autre que le responsable du traitement initial pour une finalité différente de celle pour laquelle ces données ont été collectées, cette autorité devra vérifier les conditions

¹ Dérogation qui peut porter sur l'ensemble des dispositions du règlement à l'exception de l'article 30 concernant la notification opérationnelle des unités de production d'électricité de type A.

² La procédure d'octroi de ces dérogations est détaillée dans la délibération N°2020-125 de la Commission de régulation de l'énergie en date du 4 juin 2020 portant décision sur la mise en œuvre du dispositif d'expérimentation réglementaire prévu par la loi relative à l'énergie et au climat.

alternatives de l'article 6, paragraphe 4, du RGPD qui permettent le traitement ultérieur des données³. Il souligne également que l'utilisation de données collectées pour une finalité différente de celle pour laquelle ces données ont été collectées constitue une restriction à la vie privée, au sens de l'article 11, paragraphe 3, de la Constitution⁴, dont les conditions et critères doivent être déterminés par la loi.

Par ailleurs, le Conseil d'État rend attentif à ce que le traitement de ces données reste en lien avec l'objectif de recherche scientifique et de statistique. Il rappelle⁵ que le traitement de données à ces fins doit être entouré de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée et être conforme au régime prévu par les articles 63 à 65 de la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données qui ont spécifiquement trait aux traitements de données à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques.

Amendements 31 à 37

Sans observation.

Amendement 38

L'amendement 38 modifie l'article 22, point 13°, du projet de loi (20, point 11°, du projet initial), lequel modifie l'article 27, paragraphe 13, de la loi précitée du 1^{er} août 2007, à la suite de l'opposition formelle pour transposition incorrecte de l'article 33 de la directive (UE) 2019/944 formulée par le Conseil d'État dans son avis du 22 février 2022. Les modifications opérées par l'amendement 38 permettent au Conseil d'État de lever son opposition formelle.

Amendements 39 à 54

Sans observation.

Amendement 55

L'amendement 55 complète l'article 45 du projet de loi (40 du projet initial) par un nouveau point 4°, ayant pour objet d'insérer les articles 14^{ter} et 14^{quater} nouveaux dans la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel. Il s'agit selon les auteurs de mettre ainsi en œuvre l'article 1^{er}, point 2, du règlement (UE) 2022/1032 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant les règlements (UE) 2017/1938 et (CE) n° 715/2009 en ce qui concerne le stockage de gaz, lequel introduit notamment dans la directive (UE) 2017/1938 les articles 6^{quater} sur les accords de stockages et le mécanisme de partage de la charge pour les États membres sans installations de stockage souterrain de gaz et

³ Avis du Conseil d'État n° 53.126 du 11 juin 2019 sur le projet de loi concernant la limitation de la portée de certains droits et obligations dans le cadre du règlement général sur la protection des données et portant : 1. exécution, en matière de surveillance du secteur financier et des assurances, du règlement (UE) 2016/679 [...] (doc. parl. n° 7373³, p. 4).

⁴ Article 20 de la Constitution révisée.

⁵ Avis du Conseil d'État, (n° CE 60.516) du 16 juillet 2021, sur le projet de règlement grand-ducal prescrivant un recensement général de la population, des logements et des bâtiments du Grand-Duché au 8 novembre 2021.

6quinquies concernant la surveillance et le contrôle de l'application des obligations de stockage des acteurs du marché.

Dans ce cadre, l'article 14^{ter} nouveau de la loi précitée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel fait obligation aux fournisseurs de mettre en place des accords avec des gestionnaires d'installation de stockage souterrain pour un volume minimal de 15 % du volume de gaz fourni en moyenne par an les 5 dernières années. Ces accords et ces volumes doivent être documentés et transmis au ministre pour permettre à ce dernier d'effectuer ses contrôles.

L'article 14^{quater} nouveau de la loi précitée du 1^{er} août 2007 confère au ministre le pouvoir de prononcer des sanctions administratives. Il convient de souligner que l'article 6^{quinquies}, paragraphe 5, du règlement (UE) 2022/1032 précité qu'il s'agit de mettre en œuvre prévoit la possibilité, parmi les mesures nécessaires pour faire respecter les obligations de stockage par les acteurs de marchés, de leur infliger des sanctions et amendes suffisamment dissuasives. Ces sanctions doivent respecter le principe de proportionnalité. Le Conseil d'État note toutefois à cet égard que la disposition contient des garanties procédurales, dont l'obligation pour le ministre de motiver sa décision, qui sont de nature à écarter l'arbitraire et à permettre une application raisonnée et proportionnée de l'éventail des sanctions du paragraphe 1^{er}.

Le Conseil d'État estime toutefois que la disposition sous avis qui prévoit la sanction d'« interdiction temporaire allant jusqu'à un an d'effectuer certaines activités liées à son autorisation de fourniture » est d'une imprécision telle qu'elle risque d'exposer le fournisseur à l'arbitraire administratif. L'imprévisibilité de la loi qui en résulte est, en outre, contraire à l'article 14 de la Constitution⁶, de sorte que le Conseil d'État doit s'opposer formellement à l'article 14^{quater}, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, lettre d) nouvelle, de la loi précitée du 1^{er} août 2007.

Le paragraphe 2 permet à toute personne ayant un intérêt « justifié » de dénoncer un manquement au ministre. Ce critère d'intérêt justifié est flou, car ce signalement peut servir de nombreux intérêts, à commencer par celui des entreprises concurrentes. Le Conseil d'État rappelle que le ministre peut en toute hypothèse se saisir de tout manquement à la loi et propose de modifier la première phrase en indiquant seulement :

« Le ministre procède à la recherche des manquements visés au paragraphe (1). »

Le paragraphe 5 évoque la possibilité d'un recours administratif sans autres précisions. Le Conseil d'État exige⁷, sous peine d'opposition formelle, que la loi indique qu'il s'agit d'un recours en réformation contre les décisions prises par le ministre, et ce au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁸. Il y a donc lieu de reformuler le paragraphe 5 sous avis comme suit :

⁶ Troisième avis complémentaire du Conseil d'État, (n° CE 60.148ac3) du 16 juillet 2021, sur le projet de loi portant modification : 1° du Code pénal ; 2° du Code de procédure pénale ; [...] (doc.parl. n° 7533¹³), p.2-5.

⁷ Avis du Conseil d'État, (n° CE 60.250) du 22 mars 2022, sur la proposition de loi relative aux investissements étrangers au Luxembourg, (doc. parl. n° 7578¹), p.10 et 11.

⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Silvester's Horeca Service c/ Belgique* du 4 mars 2004.

« (5) Les décisions prises par le ministre en vertu du paragraphe (4) sont susceptibles d'un recours en réformation devant le tribunal administratif. »

Amendement 56

Sans observation.

Amendement 57

L'amendement 57 se conforme à la demande sous peine d'opposition formelle soulevée par le Conseil d'État dans son avis du 22 février 2022 et procède à la suppression de l'article 41 du projet de loi initial, qui formulait des dispositions transitoires. Le Conseil d'État est dès lors en mesure de lever son opposition formelle.

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Lorsqu'on se réfère au premier article, paragraphe ou alinéa, ou au premier groupement d'articles, les lettres « er » sont à insérer en exposant derrière le numéro pour écrire « 1^{er} ».

Amendement 11

À l'article 1^{er}, point 26° nouveau, dans sa teneur amendée, il y lieu de remplacer le point final par un point-virgule.

Amendement 32

À l'article 18, point 2°, dans sa teneur amendée, à l'article 17, paragraphe 5, deuxième phrase, et à l'instar de la première phrase du texte à modifier, il y a lieu de remplacer le terme « ces » par le terme « ses ».

Amendement 35

À l'article 20, point 6°, lettre a), dans sa teneur amendée, à l'article 20, paragraphe 6, alinéa 3 nouveau, il convient de viser le « Journal officiel de l'Union européenne ».

Amendement 38

À l'article 22, point 13°, dans sa teneur amendée, au point 8°, à l'article 27, paragraphe 13, alinéa 13, le Conseil d'État demande d'écrire « soumises ».

Amendement 41

À l'article 24, dans sa teneur amendée, à l'article 28^{ter}, paragraphe 4, première phrase, il convient d'omettre la virgule avant le terme « détenues ».

Amendement 42

À l'article 25, point 2° nouveau, dans sa teneur amendée, à l'article 29, paragraphe *2bis*, alinéa 2 nouveau, il y a lieu d'insérer une virgule entre les termes « l'article 17 » et les termes « les installations ».

Amendement 53

À l'article 42 nouveau, il convient d'ajouter une virgule après les termes « lettre e) » et de terminer l'article par un point final.

Amendement 54

À l'article 44 nouveau, à l'article *74bis* nouveau, paragraphe 2, il y a lieu d'omettre le terme « à » entre les termes « gaz naturel » et les termes « une procédure d'attribution ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 15 votants, le 31 mars 2023.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Christophe Schiltz