

DÉCISION ILR/E19/5 DU 05 MARS 2019

**CONCERNANT LA SOCIÉTÉ ELECTRABEL S.A. RENDUE DANS LE CADRE DU
MÉCANISME D'OBLIGATION EN MATIÈRE D'EFFICACITÉ ÉNERGÉTIQUE
POUR L'ANNÉE 2015**

La Direction de l'Institut Luxembourgeois de Régulation,

Vu la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité ;

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

Vu le règlement grand-ducal du 7 août 2015 relatif au fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu la convocation en date du 13 décembre 2018 par lettre recommandée à la société Electrabel S.A., ayant son siège social au boulevard Simon Bolivar 34, B-1000 Bruxelles, RPM n° d'entreprise 0403.170.701 ;

Entendus Monsieur Julien LADRIÈRE, représentant la société Electrabel S.A., ainsi que Maître Pierre-Yves THOUMSIN, avocat inscrit à l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, mandataire de la société Electrabel S.A., en leurs observations orales respectives lors de l'audition du 17 janvier 2019 ;

I – Les textes applicables

La loi du 19 juin 2015 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel a notamment introduit un mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique tel qu'il est prévu à l'article 7 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique. L'obligation en matière d'efficacité énergétique incombe à tous les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel fournissant de l'énergie à des clients finals situés sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, désignés communément par la dénomination de « parties obligées » conformément à l'article 1^{er}(31bis) de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après la

« Loi Électricité »), respectivement à l'article 1^{er}(30bis) de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel (ci-après la « Loi Gaz »).

Aux termes du paragraphe 1^{er} de l'article 48bis de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12bis de la Loi Gaz, l'ensemble des parties obligées doivent atteindre dans la période allant du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2020 un objectif cumulé d'économies d'énergie de 5.993.000 MWh, tel que fixé par l'article 2 du règlement grand-ducal du 7 août 2015 relatif au fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique.

L'objectif cumulé d'économies d'énergie représente le volume global d'économies d'énergie à réaliser par l'ensemble des parties sur la période allant du 1^{er} janvier 2015 jusqu'au 31 décembre 2020. Suivant l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er} de l'article 48bis de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12bis de la Loi Gaz :

« Le volume d'économies d'énergie à réaliser par chaque fournisseur est fonction de la part de marché de fourniture aux clients finals qu'il détient. »

Les parties obligées ont la liberté quant au choix des mesures d'efficacité énergétique qu'elles peuvent mettre en œuvre afin d'atteindre leurs obligations d'économies d'énergie. Le règlement grand-ducal du 7 août 2015 relatif au fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique prévoit un catalogue de mesures standardisées décrivant les différentes actions que les parties obligées peuvent mettre en œuvre. Il établit en outre la méthode de calcul applicable aux mesures spécifiques.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 48bis de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12bis de la Loi Gaz :

« Les parties obligées peuvent remplir leurs obligations en réalisant directement ou par l'intermédiaire de tiers les économies d'énergie dont le volume annuel individuel est arrêté par le ministre conformément aux dispositions prévues au paragraphe (5). Les volumes annuels individuels d'économies d'énergie sont communiqués aux parties obligées respectives de la manière suivante: a) les volumes annuels prévisionnels seront communiqués aux parties obligées au plus tard un mois avant le début de l'année à considérer; b) les volumes définitifs leur seront communiqués au plus tard le 31 mai de l'année en cours. »

Aux termes du paragraphe 3 de l'article 48bis de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12bis de la Loi Gaz :

« Au 31 mars de chaque année, les parties obligées rendent compte au ministre des économies d'énergie réalisées au cours de l'année civile révolue. Le ministre transmet dans les 30 jours au régulateur les preuves documentaires des économies d'énergie réalisées par les différentes parties obligées ainsi que son avis sur la réalisation des volumes d'économies d'énergie annuels.

À la fin d'une année donnée, les parties obligées peuvent afficher un déficit inférieur ou égal à 40 pour cent, et à partir du 1^{er} janvier 2018 inférieur ou égal à 20 pour cent, de leur volume annuel d'économies d'énergie. Le déficit doit être comblé au cours des quatre années suivantes. Tout excédent d'économies d'énergie réalisé pendant une année donnée pourra être comptabilisé pour une ou plusieurs des trois années suivantes et des quatre années précédentes. »

L'article 48bis, paragraphe 4, de la Loi Électricité, respectivement l'article 12bis, paragraphe 4, de la Loi Gaz, sur le fondement desquels l'Institut Luxembourgeois de Régulation peut prononcer une sanction pécuniaire sont ainsi rédigés :

« Sous réserve des dispositions du paragraphe (3), des amendes d'ordre sont infligées par le régulateur conformément à l'article 60 aux parties obligées n'ayant pas réalisé leurs volumes annuels d'économies d'énergie. L'amende ne pourra dépasser 2 euros par MWh. Le paiement d'une amende d'ordre ne dispense pas de la réalisation des volumes d'économies d'énergie manquants au cours de l'année civile suivante. »

II - Faits et procédure

Attendu que les faits et le déroulement de la procédure peuvent être résumés comme suit :

Par courrier du 26 mai 2015, le ministre ayant l'Énergie dans ses attributions (ci-après le « ministre ») a notifié à la société Electrabel S.A. le volume d'économies d'énergie à réaliser en 2015, à savoir 8.150 MWh.

Par courriel du 21 mars 2016, la société Electrabel S.A. a notifié au ministre les économies d'énergie réalisées au cours de l'année 2015, notification transmise par le ministre à l'Institut en date du 22 juin 2016. Le résultat de la vérification sommaire du ministre, communiqué à la partie obligée par courrier du 6 juin 2016, démontre que la société Electrabel S.A. n'a déclaré aucune économie d'énergie au titre de l'obligation pour l'année 2015.

Conformément au paragraphe 4 de l'article 48bis de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12bis de la Loi Gaz, la partie obligée qui n'a pas réalisé ses volumes annuels d'économies d'énergie est susceptible d'une sanction administrative sous forme d'amende d'ordre ne pouvant dépasser 2 euros par MWh non réalisé.

Au vu de ce qui précède et en considération des faits, qui sont susceptibles de constituer un manquement aux obligations professionnelles prévues par la Loi Électricité, respectivement par la Loi Gaz, l'Institut Luxembourgeois de Régulation a ouvert à l'encontre de la société Electrabel S.A. une procédure contradictoire prévue à l'article 65 de la Loi Électricité, respectivement à l'article 60 de la Loi Gaz, pouvant donner lieu à une sanction administrative sous forme d'une amende.

Attendu que les observations orales présentées par la partie obligée lors de l'audition du 17 janvier 2019 peuvent être résumées comme suit :

La société Electrabel S.A. a fait état de l'impossibilité matérielle et opérationnelle pour atteindre ses objectifs en matière d'efficacité énergétique à des coûts raisonnables. En particulier, les interventions de la société Electrabel S.A. auprès de ses clients n'ont pas abouti au résultat escompté.

Par ailleurs, la société Electrabel S.A. a fait remarquer le manque de transparence quant aux volumes disponibles pour l'acquisition d'économies d'énergie auprès d'autres parties obligées, rendant de ce fait cette alternative plus difficile.

Enfin, la société Electrabel S.A. a regretté le fait que la loi du 19 juin 2015 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, ait soumis les parties obligées à une obligation d'économies d'énergie de manière rétroactive avec effet au 1^{er} janvier 2015, alors que les contrats de fourniture d'électricité et de fourniture de gaz naturel étaient déjà conclus, mettant de ce fait une obligation à charge de la société Electrabel S.A., sans possibilité de répercussion sur ses prix.

II - Droit

L'article 48bis, paragraphe 4, de la Loi Électricité, respectivement l'article 12bis, paragraphe 4, de la Loi Gaz dispose comme suit :

« Sous réserve des dispositions du paragraphe (3), des amendes d'ordre sont infligées par le régulateur conformément à l'article 65 [60] aux parties obligées n'ayant pas réalisé leurs volumes annuels d'économies d'énergie. L'amende ne pourra dépasser 2 euros par MWh. Le paiement d'une amende d'ordre ne dispense pas de la réalisation des volumes d'économies d'énergie manquants au cours de l'année civile suivante. ».

- Le principe de la légalité des peines impliquant celui de la non-rétroactivité de la peine

Aux termes de l'article 14 de la Constitution, « *Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi.* ». La Cour constitutionnelle a implicitement admis que le principe de la légalité des peines consacré par l'article 14 de la Constitution ne s'applique pas exclusivement à la matière pénale. Elle considère « *qu'il ressort de ce texte que pour être prononcée une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité, et au jour de la commission du fait et à celui de la décision qui l'inflige* » (Cour const. 22 mars 2002, Mémorial A, n° 40).

L'amende d'ordre prévue à l'article 48bis, paragraphe 4, de la Loi Électricité, respectivement à l'article 12bis, paragraphe 4, de la Loi Gaz, ne peut dès lors être infligée pour des manquements antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi qui a instauré le mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique. La loi du 19 juin 2015 modifiant la Loi Électricité et la Loi Gaz est entrée en vigueur le 4 juillet 2015. En conséquence, une amende ne peut être infligée pour la période antérieure au 4 juillet 2015 sous peine de méconnaître le principe de la légalité des peines et celle de la non-rétroactivité.

L'amende d'ordre ne peut donc être infligée que pour les faits commis après la date d'entrée en vigueur de la loi du 19 juin 2015 modifiant la Loi Électricité et la Loi Gaz. Il appartient à l'Institut Luxembourgeois de Régulation de déceler ces faits et de constater si ces faits constituent une violation des obligations professionnelles résultant de l'article 48bis de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12bis de la Loi Gaz.

- Preuves documentaires

Conformément au paragraphe 3 de l'article 65 de la Loi Électricité, respectivement au paragraphe 3 de l'article 60 de la Loi Gaz

« En cas de constatation d'un fait susceptible de constituer un manquement visé au paragraphe (1), le l'autorité de régulation engage une procédure contradictoire dans laquelle la personne concernée a la possibilité de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites ou verbales. »

Conformément au paragraphe 3 de l'article 48*bis* de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12*bis* de la Loi Gaz,

« Au 31 mars de chaque année, les parties obligées rendent compte au ministre des économies d'énergie réalisées au cours de l'année civile révolue. Le ministre transmet dans les 30 jours au régulateur les preuves documentaires des économies d'énergie réalisées par les différentes parties obligées ainsi que son avis sur la réalisation des volumes d'économie d'énergie annuels. »

Le dossier transmis par le ministre comprend les pièces suivantes :

1. Copie du courrier du 26 mai 2015 adressé à la société Electrabel S.A. portant notification du volume d'économies d'énergie à réaliser en 2015, à savoir 8.150 MWh
2. Copie du courrier du 6 juin 2016 adressé à la société Electrabel S.A. dans lequel le ministre constate que la partie obligée n'a déclaré aucune économie d'énergie au titre de son obligation d'énergie et qu'elle présente pour l'année 2015 un déficit de 8.150 MWh par rapport à son obligation annuelle d'économies d'énergie, respectivement de 4.890 MWh par rapport à son obligation annuelle minimale légalement autorisée

Le régulateur constate sur base des documents à sa disposition que la partie obligée a notifié ses mesures d'économies d'énergie pour l'année 2015 endéans le délai légal. Néanmoins, il résulte des mêmes documents que la société Electrabel S.A. n'a pas réalisé le volume d'économies d'énergie défini pour l'exercice 2015. Il y a lieu de préciser que les courriers du ministre, qui déterminent le volume d'économies d'énergie effectivement réalisé pour l'année 2015, ne constituent que de simples actes préparatoires et ne revêtent aucun caractère décisionnel (Trib. Adm. 11 juillet 2017, n° 38671 du rôle).

- ***L'exigence du caractère dissuasif de la sanction administrative***

Aux termes de l'article 13 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique,

« Les États membres déterminent le régime de sanctions applicables en cas d'infraction aux dispositions nationales adoptées en vertu des articles 7 à 11 et de l'article 18, paragraphe 3, et prennent les mesures nécessaires pour en garantir l'application. Les sanctions prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. »

L'article 48*bis* de la Loi Électricité, respectivement de l'article 12*bis* de la Loi Gaz, a instauré un mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique dont les objectifs individuels sont fixés annuellement et soumis à un contrôle annuel a posteriori par le ministre. La non-réalisation des objectifs annuels individuels peut être sanctionnée par une amende d'ordre pour l'année en question.

Outre la finalité répressive, l'amende visée par l'article 48*bis*, paragraphe 4, de la Loi Électricité, respectivement l'article 12*bis*, paragraphe 4, de la Loi Gaz, poursuit un objectif de dissuasion. La finalité dissuasive de l'amende assure l'efficacité dans l'application annuelle du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique.

En tenant compte de la durée qui s'est écoulée entre les faits reprochés en 2015 et la clôture définitive du contrôle de l'exercice 2015 par le ministre en juin 2018 (communiquée à l'Institut en date du 9 octobre 2018 seulement), l'amende n'a plus d'effet dissuasif et perd de ce fait toute efficacité.

Il résulte de ce qui précède qu'en vertu du principe de la légalité des peines et de celui de la non-rétroactivité de la peine, une sanction pécuniaire ne peut être prononcée pour la période antérieure à la loi du 19 juin 2015 modifiant la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel ;

Que, pour le surplus, toute amende prononcée pour l'année 2015 n'a plus d'effet dissuasif à l'égard de la partie obligée, privant ainsi la sanction de son efficacité ;

Qu'il convient, dès lors, de dire, que dans ces conditions, il n'y a pas lieu de prononcer une sanction pécuniaire pour l'année 2015 ;

PAR CES MOTIFS

La Direction de l'Institut Luxembourgeois de Régulation, statuant de manière contradictoire :

dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer à l'encontre de la société Electrabel S.A. une sanction administrative sous la forme d'une amende pour l'année 2015 ;

dit que la décision sera notifiée à la société Electrabel S.A. et publiée sur le site internet de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

Conformément à l'article 48*bis*, paragraphe 4, de la Loi Électricité, respectivement l'article 12*bis*, paragraphe 4, de la Loi Gaz, un recours en réformation est ouvert contre la présente décision, à introduire devant le Tribunal Administratif de Luxembourg par ministère d'avocat à la Cour, au plus tard dans les trois mois qui suivent la notification de la présente décision.

Pour l'Institut Luxembourgeois de Régulation

La Direction

(s.) Michèle Bram
Directrice adjointe

(s.) Camille Hierzig
Directeur adjoint

(s.) Luc Tapella
Directeur