



Projet de loi n°7876 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 de la concurrence

N° 2022-AV-05

(28/06/2022)

1. Contexte général

Aux termes de l'article 29 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : la « loi relative à la concurrence »), le Conseil de la concurrence (ci-après : le « Conseil ») détient une mission consultative, libellée de la manière suivante :

« Art. 29. Missions consultatives

Le Conseil émet un avis, d'initiative ou à la demande du ministre, sur toute question concernant la concurrence.

Le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de loi ou de règlement

- 1) portant modification ou application de la présente loi;*
- 2) instituant un régime nouveau ayant directement pour effet:*
 - a) de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives;*
 - b) d'établir des droits exclusifs dans certaines zones;*
 - c) d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.*

Les dispositions du présent article sont sans préjudice de consultations du Conseil de la concurrence prévues par d'autres lois ou règlements. »

La mission consultative du Conseil constitue un instrument essentiel pour toute autorité de concurrence. Elle complète son action répressive et corrective contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises, par une évaluation des projets de loi et des projets de règlements grand-ducaux au regard des principes de concurrence indispensables au bon fonctionnement d'une économie sociale de marché. Ses avis participent aussi à la politique de communication du Conseil sur les avantages que la concurrence apporte à la compétitivité de l'économie nationale, à la protection des consommateurs et au bien-être général. Comme le projet de loi sous avis introduit des dispositions en lien avec le droit de la concurrence, l'article 29 de la loi relative à la concurrence est d'application. Conformément à sa mission, le Conseil s'en tient à ne commenter que les aspects entrant dans son champ de compétences.

2. Remarques générales sur le fonctionnement du marché de l'électricité luxembourgeois

2.1 Les mécanismes de la formation des prix de l'électricité

Au moment de la rédaction du présent avis, la flambée spectaculaire des prix de l'énergie en Europe fait couler beaucoup d'encre et génère de nombreuses interrogations sur l'indépendance énergétique de l'Union européenne (ci-après : « UE »).

Dans le cadre de sa communication en date du 13 octobre 2021 intitulée « *Lutte contre la hausse des prix de l'énergie: une panoplie d'instruments d'action et de soutien* »¹, la Commission européenne attribuait les principales causes de cette hausse à une demande mondiale de gaz accrue, à une baisse saisonnière de la production des énergies renouvelables et à une hausse du prix européen du carbone.

Le Conseil européen pour sa part constatait, au second semestre 2021, que le prix du gaz mondial avait connu une hausse de plus de 170% et qu'il ne devrait pas diminuer avant le printemps de l'année 2022. À côté des principales causes liées à une augmentation de la demande par rapport à l'offre, le Conseil européen citait aussi « *les tensions géopolitiques croissantes* »², entretemps devenues un conflit armé, comme facteur contribuant à cette hausse.

Cette hausse parabolique des cours du gaz a ainsi déjà pulvérisé les prévisions du Plan national intégré en matière d'énergie et de climat (ci-après : « PNEC »), adopté en mai 2020, qui tablait sur une hausse progressive d'environ 62 % jusqu'en 2040³.

Selon le régulateur luxembourgeois, l'intégralité du gaz naturel consommé au Grand-Duché de Luxembourg est importée, en majeure partie depuis la Belgique et l'Allemagne. Quant à l'Europe, elle importe près de 70 % de son gaz naturel⁴.

En Europe, la production des gisements de gaz diminue continuellement depuis des années, en particulier au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. La dépendance de l'UE envers le gaz naturel⁵ sera donc encore plus accentuée dans les années à venir à défaut de découvrir de nouveaux gisements sur le sol européen ou d'accélérer considérablement la transition énergétique.

Depuis 2014, l'Union européenne tente de compenser cette insuffisance avec des importations de Gaz Naturel Liquéfié (ci-après : « GNL ») pour concurrencer le gaz naturel de gazoduc, principalement russe.⁶ Or, il n'existe pas d'infrastructure spécifique au GNL au Grand-Duché de Luxembourg, ce qui ne permet pas d'avoir un accès au GNL, pour l'utiliser immédiatement sur le territoire national comme source d'énergie concurrente du gaz naturel.

Les événements récents constituent un défi pour la transition énergétique telle qu'envisagée jusqu'ici. En effet, le gaz, s'il est combiné avec des énergies renouvelables, est considéré dans

¹Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, 13 octobre 2021, COM(2021) 660 final : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0660&from=EN>.

²Voir le lien suivant : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/energy-prices/>.

³Voir PNEC : <https://environnement.public.lu/content/dam/environnement/actualites/2020/05/Plan-national-integre-en-matiere-d-energie-et-de-climat-du-Luxembourg-2021-2030-version-definitive-traduction-de-courtoisie.pdf>, page 173.

⁴Voir le lien suivant : https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-datasets/-/t2020_rd320.

⁵L'effet combiné de l'augmentation de la consommation de gaz et de la diminution de la production amène la Commission européenne à prévoir que, d'ici 2050, l'Union devra importer ceteris paribus 87 % de ses besoins en gaz, contre 70 % à ce jour. Voir : La sécurité énergétique dans la politique extérieure de l'Union européenne, page 10 :

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649334/EPRS_IDA\(2020\)649334_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649334/EPRS_IDA(2020)649334_FR.pdf).

⁶Ibid., page 14.

l'UE⁷ comme une énergie de transition, qui permet de réduire les émissions de gaz à effet de serre par rapport au charbon dans la production d'électricité. Ainsi, le prix de l'électricité sur le marché de gros européen est directement lié au prix du gaz naturel. En cas d'augmentation de la demande d'électricité, particulièrement en hiver lorsqu'il faut absorber des pics de consommation, le coût du kilowattheure (ci-après : « kWh ») supplémentaire dépend de la source d'énergie utilisée pour alimenter les centrales électriques en renfort.

Dans un système de production mixte, le réseau électrique utilise successivement les différentes sources de production disponibles en fonction de leur coût marginal. C'est le coût de production de la dernière source utilisée qui fixe le prix de l'électricité sur le marché de gros. Ce mécanisme est appelé le *merit order*⁸.

Les unités de production à coûts marginaux bas telles que l'éolien et le solaire se situent tout à l'avant du *merit order*. Suivent les centrales hydrauliques et la biomasse. Interviennent ensuite les unités nucléaires. Dans une situation où les prix des émissions de CO₂ et du charbon sont bas, les centrales au charbon passent devant les centrales au gaz. Si les prix du gaz sont bas et les prix des émissions de CO₂ sont élevés, les centrales au gaz passent devant les centrales au charbon dans le *merit order*.

Le prix final de l'électricité sur le marché de gros n'est donc pas une moyenne des coûts de production, mais il est déterminé par le prix de la dernière source utilisée au moment de son achat. Dans le cas des pics de production, le prix final est déterminé par les sources utilisées par les centrales de renfort, à savoir : le gaz, le charbon ou le nucléaire.

Le Luxembourg importe près de 80% de son énergie électrique, et ce principalement d'Allemagne⁹. Or, avec la fermeture programmée de ses dernières centrales nucléaires à la fin 2022¹⁰, entre 12 et 14% de la production allemande devront ainsi être compensés par les autres sources mobilisables. À moins d'augmenter sa production ou ses importations d'électricité de sources bon marché, il est à prévoir que les prix de l'électricité en provenance d'Allemagne resteront à moyen terme à un niveau élevé à cause d'un recours conséquent aux sources fossiles par les centrales de renfort, en particulier le gaz : « *Trotz des steigenden Anteils erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung werden allerdings weiterhin neue Kraftwerke auf Basis konventioneller Energieträger – vornehmlich Erdgas – projektiert.* »¹¹ Partant, avec les incertitudes qui planent sur l'Europe concernant la continuité des livraisons de gaz russe, le calendrier pour le « *Kohleausstieg*¹² » pourrait subir des ajustements, ce qui aurait des impacts négatifs et sur les prix de l'électricité et sur le climat.

⁷https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_2.

⁸<https://www.febeg.be/fr/merit-order>.

⁹ <https://gouvernement.lu/dam-assets/documents/actualites/2021/10-octobre/29-ilr-bilan-electricite-gaz/Infographie.pdf>

¹⁰<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/energiewende/energie-erzeugen/ausstieg-aus-der-kernkraft-394280>.

¹¹<https://www.umweltbundesamt.de/daten/energie/kraftwerke-konventionelle-erneuerbare#weitere-entwicklung-des-deutschen-kraftwerksparkes>.

¹²<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/kohleausstieg-und-strukturwandel.html>.

Tableau 1 : comparaison des sources du mix électrique entre le Luxembourg et l'Allemagne (2020)

Source	Luxembourg ¹³	Allemagne
Energie fossile	26,9 %	40,9 %
Nucléaire	7,3%	12,1%
Renouvelable	64,3%	47% ¹⁴

Source : Institut Luxembourgeois de Régulation.

A noter que le mix énergétique peut toujours varier en fonction de nombreux facteurs, comme notamment les conditions climatiques. Au troisième trimestre de l'année 2021, la part du nucléaire comptait pour 14,2% de l'énergie électrique produite en Allemagne, principale source d'approvisionnement du marché luxembourgeois, soit une progression de près de 2% par rapport à la même période de l'année 2020. Le charbon comptait pour 31,9% avec une progression de 5,5% en un an, tandis que la part du gaz naturel restait stable en fournissant 14,4% du mix électrique. Les sources renouvelables, qui sont moins réactives pour les besoins des pics de production, ont contribué à hauteur de 43,1%, avec une baisse de production de près de 4% par rapport à la moyenne de l'année 2020.¹⁴

Le Conseil n'approfondira pas davantage son analyse du marché de l'électricité allemand, mais il est fort probable que le marché luxembourgeois continuera à être impacté par les évolutions de ce marché. En effet, les prix pour les clients résidentiels luxembourgeois ont déjà, en dehors de toute tension géopolitique, augmenté de 10% en 2020 par rapport à 2019, à cause de l'augmentation des composantes « *Energie et fourniture* » (15%), « *Taxes et obligations de service public* » (10%) et « *Frais réseaux* » (7%).¹⁵

Dans ce contexte tendu, une concurrence plus dynamique sur le marché luxembourgeois peut toujours contribuer à amortir en partie l'impact de la hausse des prix sur le consommateur final, nonobstant une marge de manœuvre limitée par le mécanisme de la formation des prix au niveau des marchés de gros européens, qui contribue toutefois à son tour à une meilleure résilience en matière de sécurité de l'approvisionnement pour les Etats membres du marché intérieur de l'UE.¹⁶

2.2 Les fournisseurs d'électricité au Luxembourg

D'après les informations recueillies sur le site internet¹⁷ du régulateur, il existe à ce jour 6 fournisseurs autorisés à vendre « *au détail* » aux consommateurs l'électricité qu'ils ont achetée aux producteurs ou sur le marché de gros.

Selon les données publiées par le régulateur, la répartition du marché de détail d'électricité par segments de clients se présentait comme suit en 2015¹⁸ :

¹³ Autres sources d'énergie et sources d'énergie non identifiables : 1,5%.

¹⁴https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/12/PD21_572_433.html;jsessionid=3AA4A5F927A99C3DA246674BF0F8FA24.live732.

¹⁵Voir page 9 : <https://assets.ilr.lu/energie/Documents/ILRLU-1685561960-923.pdf>.

¹⁶<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018SC0376&from=EN>.

¹⁷<https://web.ilr.lu/FR/Particuliers/Electricite/Informations-utiles/Les-acteurs-du-marche/Pages/default.aspx>.

¹⁸<https://assets.ilr.lu/energie/Documents/ILRLU-1685561960-242.pdf>.

Tableau 2 : Répartition du marché de détail d'électricité par segments de clients - 2015

Fournisseur	Secteur résidentiel	Secteur professionnel (1)
Eida ¹⁹	0,45%	/
Electris	1,33%	4,94%
Enovos	74,19%	58,18%
LEO	13,90%	27,62%
NordEnergie	2,67%	2,01%
Steinergy	0,97%	/
Sudstrom	6,47%	5,14%
Autres ²⁰	/	2,11%

(1) Le secteur industriel n'a, par sa spécificité, pas été repris dans ce tableau.

Source : Institut Luxembourgeois de Régulation

Le Conseil constate que le marché de détail est largement dominé en termes de parts de marché par Enovos Luxembourg S.A., détenu à 74,52% par des actionnaires publics²¹. La même tendance est observée dans le cas de la plupart des acteurs sur le marché luxembourgeois de l'énergie où des actionnaires publics participent au capital des principaux fournisseurs d'électricité directement et indirectement au travers de l'actionnaire Enovos Luxembourg S.A. qui détient 100% de LEO S.A., 33,33% de NordEnergie S.A. et 50% de Steinergy S.A.

Additionnées, toutes les participations publiques directes et indirectes s'élèvent à 71,30 % du capital des acteurs du marché de la fourniture d'électricité.

Le Conseil constate que le secteur de la distribution d'électricité est en général robuste. L'année 2020 marquée par les « lock-downs » successifs présente les chiffres suivants pour le secteur :

- tdes réserves en capital (hors réserve légale) : 84.989.499,00 €
- total des résultats de l'exercice : 50.329.731,60 €
- total des dividendes distribués : 23.150.647,39 €

3. Est-ce possible d'endiguer la spirale haussière, voire ramener les prix à des niveaux meilleur marché?

Le Conseil se limitera sous ce titre à évaluer les pistes de réflexion basées sur les marchés et le jeu de la concurrence, sans aborder les options de politique sociale ou économique.

Selon le régulateur²², la plupart des fournisseurs de clients résidentiels actifs au Grand-Duché de Luxembourg se sont approvisionnés en 2020 essentiellement de manière suivante :

- approvisionnement par des contrats à terme bilatéraux hors bourse : 92% en moyenne ;

¹⁹Arrêt de la fourniture d'électricité par Eida en décembre 2021.

²⁰ArcelorMittal Energy, Eida, Steinergy, Electrabel.

²¹Etat, collectivités locales, établissements publics, entreprises publiques.

²²Voir le lien suivant : <https://assets.ilr.lu/energie/Documents/ILRLU-1685561960-923.pdf>, page 46.

- contrats à court terme sur les marchés spot : 3% en moyenne ;
- contrats à termes supérieurs à 1 mois sur les marchés boursiers : 5% en moyenne.

En 2020, le prix de l'électricité au Luxembourg était de près de 35% inférieur au prix allemand et près de 29% inférieur au prix belge, pour se situer à un niveau inférieur de 7% par rapport à la moyenne des Etats membres de l'UE. Le prix français, avec une forte proportion d'énergie nucléaire à coût marginal bas, n'était que près de 5% inférieur au prix luxembourgeois, alors même que la France connaît un système de prix réglementés permettant aux pouvoirs publics de moduler l'évolution du prix « consommateur » face à la volatilité du prix sur les marchés de gros.

Tableau 1 : Prix de l'électricité par type d'utilisateur en €/kWh pour les ménages de taille moyenne

Pays/Région	2019	2020
Allemagne	0,3088	0,3043
Autriche	0,2034	0,2111
Belgique	0,2839	0,2792
France	0,1778	0,1893
Luxembourg	0,1798	0,1986
Pays-Bas	0,2067	0,1427
Union européenne – 27 pays	0,2170	0,2134

Source : Eurostat²³

En comparaison avec d'autres Etats membres géographiquement proches du Luxembourg, il appert que la stratégie d'achat des fournisseurs luxembourgeois ne permet certes pas d'éviter des hausses des prix, mais a permis de maintenir des prix nettement en deçà des niveaux de prix de la plupart des pays voisins. Les prix luxembourgeois ont été comparables aux prix pratiqués en France, qui compte sur un vaste parc nucléaire à bas coût marginal de production.

Les contrats à long terme (hors bourse), privilégiés par les fournisseurs luxembourgeois, sont négociés sur les marchés *over the counter* (ci-après : « OTC »). Il s'agit du cas où des intermédiaires mettent des parties en relation pour échanger de l'électricité, principalement via des contrats cadres. Des transactions directes entre deux parties sont toutefois aussi possibles. Les prix sont confidentiels et non transparents vis-à-vis des autres acteurs du marché, même s'ils répondent tout de même, dans leur contexte, eux aussi à une logique de l'offre et de la demande.²⁴

Ainsi, l'entrée sur le marché de nouveaux acteurs proposant l'approvisionnement en provenance de sources découplées du marché boursier des énergies semble présenter un potentiel de flexibilité intéressant pouvant influencer positivement sur le jeu de la concurrence et sur les prix.

Toutefois, selon le PNEC, « le Luxembourg se caractérise également par une grande dépendance énergétique (...). Par conséquent, le Luxembourg ne dispose que de peu de moyens

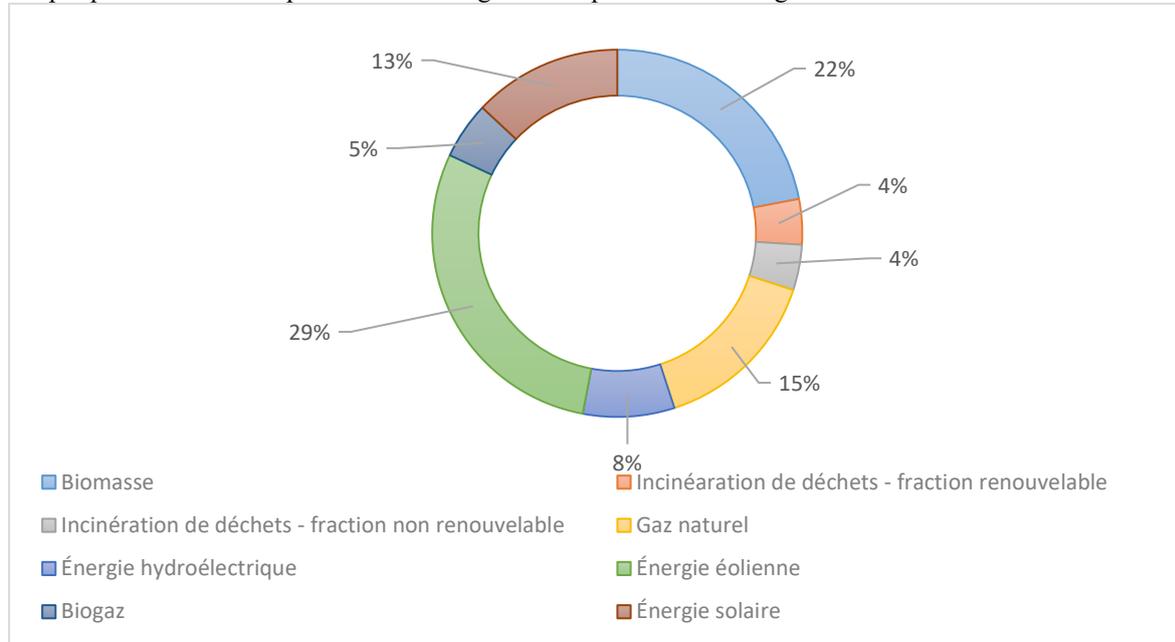
²³ <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/ten00117/default/table?lang=fr>

²⁴ <https://www.next-kraftwerke.be/fr/plateforme-de-connaissances/types-de-marches-de-lelectricite/>.

pour influencer la sécurité d’approvisionnement à l’aide de mesures nationales. »²⁵ La production nationale d’électricité en 2020²⁶ a permis de couvrir près de 19,3% de la consommation nationale totale.

En 2020²⁷, les sources de l’énergie électrique produite au Luxembourg se répartissaient comme suit :

Graphique 1 : Sources de production d’énergie électrique – Luxembourg – 2020



Source : Institut Luxembourgeois de Régulation

L’énergie éolienne dominait le parc de production luxembourgeois, contribuant à hauteur de 29% à la production nationale. L’énergie à partir de la biomasse ou du bois de rebut contribuait à hauteur de 22%, le solaire à hauteur de 13% et le gaz naturel à hauteur de 15 % de l’électricité.

Pour 2040²⁸, le PNEC prévoit le scénario suivant dans le mix de la production nationale : 46,46 % d’énergie éolienne ; 10,63% de biomasse et de biodéchets ; 29% de solaire et 7,20% de gaz naturel.

²⁵Voir le PNEC, page 16.

²⁶<https://gouvernement.lu/dam-assets/documents/actualites/2021/10-octobre/29-ilr-bilan-electricite-gaz/Infographie.pdf>.

²⁷Voir le rapport ILR 2021 sur l’année 2020, page 33.

²⁸Ibid., page 164.

Tableau 2 : Production brute d'électricité au Luxembourg à l'horizon 2040 (projections) en GWh (1)

Source	2016		2020		2030		2040	
Biogaz	74	10,69 %	56	5,76 %	68	3,52 %	62	2,47 %
Gaz	220	31,79 %	220	22,61 %	200	10,36 %	180	7,17 %
Biomasse/biodéchets	67	9,68 %	192	19,73 %	271	14,03 %	267	10,63 %
Hydroélectrique (2)	104	15,03 %	93	9,56 %	100	5,18 %	107	4,26 %
Éolien	127	18,35 %	161	16,55 %	676	35,01 %	1.167	46,46 %
Photovoltaïque	100	14,45 %	251	25,80 %	616	31,90 %	729	29,02 %
Total	692		973		1.931		2.512	

(1) gigawattheure

(2) hors centrale de pompage

Source : Plan national intégré en matière d'énergie et de climat

Le Conseil constate que la proportion de gaz naturel dans la production d'énergie électrique nationale diminuera de près de moitié au profit de l'énergie de sources renouvelables. Cela pourrait permettre d'augmenter la concurrence au niveau des fournisseurs OTC dans l'établissement du mix d'énergie électrique commercialisé au Luxembourg, à condition que celle-ci soit en majorité injectée dans le réseau et non autoconsommée. Si par contre elle devrait être plutôt autoconsommée, elle permettrait effectivement de réduire l'impact des fluctuations des prix des marchés de gros sur les autoconsommateurs. Toutefois, les clients finals n'ayant pas la possibilité de s'équiper en panneaux photovoltaïques ou n'ayant pas accès à une communauté énergétique resteraient plus exposés à ces fluctuations. Ils pourront en principe profiter des effets indirects de l'injection de l'énergie éolienne « planifiée », qui elle, ne se prête que difficilement, en raison du coût d'investissement et de la chronophagie des procédures administratives, à des projets d'autoconsommation pouvant être mis en place à court terme par des autoconsommateurs-clients finals sur le territoire national.

4. Le secteur de l'énergie, un secteur économique à statut particulier

4.1. Le cadre juridique de l'UE

Le 30 novembre 2016, la Commission européenne a présenté le paquet « Une énergie propre pour tous les Européens » qui comporte une série de propositions visant à réorganiser le marché de l'énergie suivant les engagements pris par la signature de l'accord de Paris sur le climat et à maintenir la compétitivité de l'Union européenne dans le contexte des changements apportés sur les marchés mondiaux de l'énergie dus à la transition vers l'énergie propre.

Ce paquet a abouti, entre autres, à l'adoption de la directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables. Cette directive a été transposée en droit national pour ce qui concerne le secteur de l'électricité par la loi du 3 février 2021 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

Ce paquet comprend également 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 (ci-après : la « Directive »). La Directive présente les règles communes applicables à la

production, au transport, à la distribution et au stockage de l'électricité. Elle aborde également les aspects liés à la protection du consommateur, afin de créer au sein du marché intérieur des marchés de l'électricité intégrés, concurrentiels, axés sur les consommateurs, souples, équitables et transparents.

Plus précisément, la Directive clarifie et renforce les droits existants des consommateurs, prévoit des règles spécifiques pour les agrégateurs, introduit les communautés énergétiques citoyennes, actualise les règles concernant l'accès aux données, propose un cadre réglementaire dans le domaine de l'électromobilité, renforce la capacité de réponse des gestionnaires de réseaux de distributions et de réseaux de transport, et enfin, prévoit une coopération entre les régulateurs nationaux de l'énergie et les régulateurs voisins.

Le Conseil se félicite de cette initiative du législateur européen, qui une fois mise en œuvre, pourra contribuer à redynamiser le marché de l'électricité luxembourgeois en ouvrant la voie à de nouvelles sources d'énergie et de nouveaux services plus flexibles aux consommateurs permettant de mieux contrôler leur consommation et leurs dépenses. S'agissant de l'outil de comparaison mis à disposition des consommateurs par le régulateur sur la plateforme www.calculix.lu, le Conseil recommande d'y intégrer l'autoconsommation (existante ou souhaitée) en tant que paramètre de détermination du profil de consommation.

Tout comme les services postaux, les services de distribution et de fourniture d'eau et les services de traitement des eaux usées ou le traitement des déchets, le secteur du gaz et le secteur de l'électricité sont définis par le droit de l'UE comme des « *services d'intérêt économique général*²⁹ ». Contrairement aux services d'intérêt économique général dits classiques³⁰, certaines missions particulières de service public confiées aux prestataires dans les secteurs du gaz et de l'électricité sont directement définies par les textes sectoriels de l'UE.

4.2. Les obligations de « service universel »

Pour le secteur de l'électricité, la Directive concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (ci-après : la « Directive ») définit, en son article 27, le service universel comme suit :

« Les États membres veillent à ce que tous les clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises bénéficient d'un service universel, à savoir le droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix compétitifs, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires. Pour assurer la fourniture d'un service universel, les États membres peuvent désigner un fournisseur de dernier recours. Les États membres imposent aux gestionnaires de réseau de distribution l'obligation de raccorder les clients à leur réseau aux conditions et tarifs fixés conformément à

²⁹Voir la Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, article 17.

³⁰Attribution d'une mission de service public au moyen d'un ou de plusieurs actes, dont la forme est déterminée par l'État membre concerné qui définit la nature exacte de la mission attribuée au prestataire désigné suite à une procédure de mise en concurrence.

la procédure définie à l'article 59, paragraphe 7. La présente directive n'empêche pas les États membres de renforcer la position sur le marché des clients résidentiels ainsi que des clients non résidentiels petits et moyens en promouvant les possibilités d'agrégation volontaire en vue de la représentation de cette catégorie de clients. »

Ainsi, l'appellation « *service universel* » peut être considérée comme un « *service public européen* », puisque c'est le droit communautaire qui fixe un contenu minimal du service public que les États membres sont obligés de garantir sur leur territoire. Notons au demeurant que la directive est très souple concernant la mise en œuvre de ce service universel. À ce titre, le mode de désignation du fournisseur du dernier recours dans le cadre du service universel est soumis à des conditions de forme de mise en concurrence peu contraignantes, à condition d'être transparentes et non-discriminatoires.

La procédure pour la fourniture du dernier recours proposée par le législateur luxembourgeois dans le projet de loi est la suivante : « *Le régulateur désigne, suivant des critères transparents, non discriminatoires et publiés, tous les trois ans pour une période de trois ans et pour une zone donnée comme fournisseur du dernier recours, une entreprise d'électricité disposant des autorisations nécessaires pour opérer sur le marché de l'électricité luxembourgeois.*³¹ »

Le fournisseur du dernier recours se substitue au fournisseur contractuel, pendant une durée limitée, lorsque ce dernier est en situation de défaillance. Le plus récent incident de défaillance date du 13 décembre 2021, lorsque le régulateur a dû adopter une déclaration de défaillance de fourniture d'électricité d'un fournisseur et le déclenchement de la fourniture du dernier recours³². Depuis 2014, ce fut toujours le même fournisseur qui fut chargé de la fourniture de dernier recours sur une base trisannuelle conformément aux critères retenus dans le règlement modifié E07/09/ILR du 12 décembre 2007, à savoir :

- le fournisseur dispose des autorisations nécessaires pour opérer sur le marché de l'électricité luxembourgeois ;
- le fournisseur dispose de structures d'approvisionnement adéquates et est outillé pour fournir les différents types de clients ;

Est alors désigné comme fournisseur du dernier recours, le fournisseur qui fournit le plus grand nombre de points de fourniture. Lorsque ce fournisseur ne répond pas à un des deux premiers critères, est à désigner comme fournisseur du dernier recours le fournisseur qui fournit le plus grand nombre de points de fourniture au niveau national et qui répond aux deux premiers critères.

Les conditions tarifaires de la fourniture du dernier recours sont ensuite approuvées par le régulateur sur base d'une proposition du fournisseur désigné en tenant notamment compte des

³¹Paragraphe (2) de l'article 3 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

³²Communiqué ILR du 13.12.2021 <https://assets.ilr.lu/energie/Documents/ILRLU-1685561960-941.pdf>.

coûts des fournitures non programmées³³, donc non-prévues à l'avance dans les contrats d'approvisionnement ordinaires pour fournir les clients contractuels.

Comme la fourniture du dernier recours est une activité à caractère exceptionnel, limitée dans la durée et garantissant la sécurité de l'approvisionnement au consommateur résidentiel en cas de défaillance de son fournisseur contractuel, le Conseil n'approfondira pas davantage son analyse. Toutefois, pour inciter le consommateur à se tourner vers une fourniture concurrentielle sur le marché régulé, le Conseil suggère que le fournisseur défaillant ou le fournisseur du dernier recours fournisse au consommateur les données actualisées nécessaires³⁴ pour qu'il puisse aisément utiliser le comparateur en ligne mis à disposition par le régulateur.

Concernant le fonctionnement du service universel, le paragraphe (7) de l'article 2 du texte coordonné du projet de loi sous avis dispose que « *le ministre peut demander à tout moment aux fournisseurs de justifier les conditions pécuniaires de leurs fournitures destinées aux clients résidentiels. A cette fin, les fournisseurs mettent à la disposition du ministre, dans un délai de trente jours suivant sa demande, toutes les pièces lui permettant d'apprécier le bien-fondé desdites conditions. Un règlement grand-ducal peut déterminer les modalités de fixation des conditions pécuniaires de la fourniture intégrée dans le cadre du service universel après avoir constaté que celles appliquées par un fournisseur s'avèrent non raisonnables, ou de nature à faire obstacle au développement de la concurrence, ou encore traduisent un fonctionnement insatisfaisant du marché.* »

De l'avis du Conseil, puisque notamment « *les conditions, tarifs et formules de prix* »³⁵ de la fourniture de dernier recours sont soumises à une procédure d'acceptation par le régulateur, il est peu probable que ce dernier approuve des conditions tarifaires déraisonnables ou passe sous silence des comportements faussant la concurrence ou posant des obstacles au bon fonctionnement du marché. Alors que cette disposition ne fait pas partie des dispositions amendées ou nouvellement introduites par le projet de loi sous avis, le Conseil tient néanmoins à rappeler que la loi relative à la concurrence charge le Conseil de rechercher et de constater les infractions au droit de la concurrence tels que les ententes et les abus de position dominante et qu'il peut, le cas échéant, ordonner la cessation de tout comportement qui viole la loi (éventuellement sous peine d'astreinte) et prononcer des sanctions financières sous forme d'amendes pouvant atteindre jusqu'à 10% du montant du chiffre d'affaires mondial annuel hors taxes à l'encontre des entreprises qui ont adopté un comportement prohibé par la loi. Par voie de conséquences, en rappelant les dispositions prévues à l'article 54 de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative au marché de l'électricité, le Conseil demande à être systématiquement informé de tout soupçon fondé d'un comportement violant les articles 3 à 5 de la loi relative à la concurrence et/ou 101 à 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : « TFUE »).

³³Paragraphe (4) de l'article 3 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

³⁴Type de compteur, consommation annuelle moyenne kWh, type de relevé (gaz), puissance en kilowatt (gaz).

³⁵Paragraphe (4) de l'article 3 et article 57 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

4.3. Les obligations de « service public »

Les obligations de service public définies à l'article 9 de la Directive donnent une large marge de manœuvre aux Etats membres pour définir la portée de leur service public national au-delà des standards minimaux du service universel. Ainsi, en vertu du paragraphe (2) de l'article 9 de la directive, « *En tenant pleinement compte des dispositions pertinentes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et en particulier de son article 106, les États membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité, dans l'intérêt économique général, des obligations de service public qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et le prix de fourniture, ainsi que la protection de l'environnement, y compris l'efficacité énergétique, l'énergie produite à partir de sources renouvelables et la protection du climat.* »

À l'inverse du service universel, les Etats membres peuvent décider de n'imposer aucune obligation de service public aux entreprises du secteur de l'électricité sur leur territoire. Toutefois, le législateur luxembourgeois a opté pour une approche très large en retenant que : « *Dans l'intérêt économique général, ainsi que dans celui de l'approvisionnement des clients finals, les entreprises d'électricité sont soumises à des obligations de service public.* »³⁶ Ainsi, toute entreprise disposant des autorisations nécessaires pour opérer sur le marché de l'électricité luxembourgeois est en général tenue de fournir un service public. Toutefois, la compétence d'attribution des missions particulières de service public est déléguée par le législateur au pouvoir exécutif qui peut ainsi, par voie de règlements grand-ducaux, déterminer « *les activités ainsi que les entreprises d'électricité auxquelles elles s'imposent* »³⁷.

4.3.1. Le mécanisme de compensation

La première obligation de service public est imposée aux entreprises du secteur de l'électricité sujettes au mécanisme de compensation³⁸ et consiste en l'obligation de rachat de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou moyennant cogénération à haut rendement.

Selon le régulateur, « *ce mécanisme de compensation a été introduit afin d'éviter toute situation concurrentielle désavantageuse d'une entreprise d'électricité tenue de respecter les OSP³⁹ par rapport à d'autres entreprises d'électricité et afin de répercuter les charges induites par l'exécution de ces OSP sur les différentes catégories de consommateurs.*

La contribution au mécanisme de compensation, dont les montants sont fixés annuellement par un règlement ILR⁴⁰, est perçue auprès de chaque consommateur et sert à répartir équitablement entre tous les consommateurs les coûts d'achat supplémentaires que les gestionnaires de réseau

³⁶Paragraphe (1) de l'article 7 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

³⁷Ibid.

³⁸Règlement grand-ducal du 31 mars 2010 relatif au mécanisme de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité.

³⁹Obligations de Service Public.

⁴⁰Institut Luxembourgeois de Régulation.

sont tenus de déboursier en vertu des contrats de rachat d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ou cogénération à haut rendement et bénéficiant d'une rémunération garantie. »⁴¹

4.3.2. Efficacité énergétique

Une autre obligation de service public dont sont tenues les entreprises du secteur de l'électricité concerne le mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique introduit par le règlement grand-ducal du 7 août 2015 relatif au fonctionnement du mécanisme d'obligations en matière d'efficacité énergétique.

D'après l'agence Myenergy, « *les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel, appelés parties obligées, proposent des prestations de services, en accompagnant et en conseillant les consommateurs pour l'implémentation de mesures d'efficacité énergétique.* »⁴²

Les parties obligées, donc soumises à l'obligation de service public, sont les fournisseurs d'électricité et de gaz naturel actifs sur le territoire luxembourgeois. Pour initier des mesures d'efficacité d'énergie, il est loisible aux parties obligées de développer des services en régie propre ou de les sous-traiter.

Le Conseil entrevoit dans le cadre de la mise en place de services d'efficacité d'énergie une potentielle dynamique d'intégration verticale par les fournisseurs d'énergie qu'il conviendra de sensibiliser à leurs obligations en matière de concentrations d'entreprises. À cet égard, le Conseil renvoie à sa décision 2019-R-01 du 15 mars 2019 relative à une plainte formulée par la Fédération des Artisans contre le rachat par le groupe Encevo S.A. de la société Paul Wagner & Fils S.A. concluant qu'il n'était pas en mesure d'agir en l'espèce, sans qu'il ne puisse toutefois en être déduit que des comportements comparables dans le futur ne puissent donner lieu à une analyse pour violation potentielle du droit de la concurrence européen et luxembourgeois.⁴³

Le Conseil donne encore à considérer qu'aux termes de la Communication de la Commission du 31 mars 2021⁴⁴ relative à l'article 22 du règlement concentrations⁴⁵, la Commission encourage désormais les Etats membres à demander à la Commission européenne d'examiner une opération de concentration qui n'est pas de dimension européenne, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des Etats membres qui en formulent la demande.

⁴¹<https://web.ilr.lu/FR/Professionnels/Electricite/Acteurs/Energie-renouvelable-et-Cogeneration-a-haut-rendement/Mecanisme-de-Compensation>.

⁴²<https://www.myenergy.lu/fr/particuliers/lois-et-reglements/mecanisme-d-obligations>.

⁴³<https://conurrence.public.lu/content/dam/conurrence/fr/decisions/classements/Decision-2019-R-01-Version-unique.pdf>.

⁴⁴Communication concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires (2021/C 113/01) publiée au Journal officiel de l'Union européenne en date du 31 mars 2021 (C 113/1).

⁴⁵Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj>.

Point essentiel, la Commission confirme également dans sa Communication que le renvoi demeure possible lorsque l'État membre requérant n'a pas mis en place de régime national spécifique de contrôle des concentrations, ce qui est le cas actuellement pour le Grand-Duché de Luxembourg. Le Conseil de la concurrence est ainsi davantage incité à faire usage de ces dispositions.

Le Conseil note que les dispositions du projet de loi sous avis soumettent seulement les gestionnaires de réseau de transport ou de distribution qui font partie d'une entreprise intégrée verticalement, à certaines obligations spécifiques de séparation juridique⁴⁶ et de séparation comptable⁴⁷. Le régulateur est chargé de surveiller les entreprises verticalement intégrées dont fait partie un gestionnaire de réseau afin que ce dernier ne puisse pas tirer profit de son intégration verticale pour fausser la concurrence.⁴⁸ Lorsqu'une violation est constatée dans le chef d'une entreprise verticalement intégrée ou d'un gestionnaire de réseau de transport, l'amende d'ordre (à infliger par le régulateur) peut aller jusqu'à dix pour cent du chiffre d'affaires annuel de la personne concernée.⁴⁹

Toutefois, une conformité structurelle et comportementale d'une concentration aux dispositions du projet de loi sous avis, ne met pas les entreprises parties à cette concentration à l'abri d'une éventuelle imposition de mesures au titre du contrôle européen des concentrations⁵⁰ qui lui vise en particulier à éviter de manière *ex ante* des opérations de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante.

Dans le contexte des mesures de relance économique « *post-covid19* », le règlement grand-ducal⁵¹ du 19 août 2020 a introduit un mécanisme temporaire de compensation du service d'intérêt économique général en matière d'efficacité énergétique en vue de renforcer les activités d'économies d'énergie entre le 1^{er} juin 2020 et le 31 décembre 2020, sur base de l'article 106, paragraphe 2⁵², du TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public.

L'objet de ce règlement grand-ducal était de mettre en place un mécanisme temporaire de compensation consistant à faire supporter par l'État le surcoût engendré par un service d'intérêt général presté par les fournisseurs de gaz et d'électricité afin que ces derniers continuent à s'investir dans la mise en œuvre de mesures d'efficacité énergétique dans la période « *post-covid19* ».

⁴⁶Article 37 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

⁴⁷Articles 40 et 41 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

⁴⁸Article 32 (2bis) du texte coordonné du projet de loi sous avis.

⁴⁹Article 65 (1) du texte coordonné du projet de loi sous avis.

⁵⁰Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁵¹<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2020/08/19/a704/jo>.

⁵²Article 106, paragraphe 2 TFUE : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.* ».

Ainsi, en application de l'article 3 du règlement grand-ducal du 19 août 2020, tous les fournisseurs sans distinction « *introduisant leur demande d'autorisation de fourniture conformément à l'article 46 de la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité et à l'article 5 de la loi modifiée du 1er août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel se verront confier le mandat de gestion du SIEG*⁵³ (...) au moment de la délivrance de l'autorisation de fourniture avant le 31 décembre 2020. »

En vertu de l'article 6 du règlement grand-ducal, la prise en charge par l'État du surcoût du SIEG est limitée⁵⁴ à un montant maximal de 2.000.000 euros pour la période concernée, pour l'ensemble des parties obligées, ce qui a amené le Conseil d'Etat⁵⁵ à s'interroger sur les modalités du calcul d'une marge raisonnable pour l'entreprise concernée.

A cet égard, le Conseil estime que, même si une mise en concurrence préalable dans le cadre d'un service d'intérêt économique général n'est pas obligatoire pour respecter les conditions établies par l'arrêt Altmark⁵⁶, une procédure de mise en concurrence offre une meilleure sécurité juridique tout en stimulant la concurrence et l'innovation et en garantissant que le service est fourni au moindre coût pour la collectivité. Une mise en concurrence serait d'autant plus pertinente que d'après les informations à la disposition du Conseil, il est prévu pour la deuxième période (2021-2023)⁵⁷ de flexibiliser le mécanisme au niveau des mesures et programmes standardisés en matière d'économies d'énergie.

Finalement, le Conseil recommande aussi d'observer le considérant 21⁵⁸ de la Directive invitant les Etats membres à consulter la Commission européenne lorsqu'ils prennent des mesures d'organisation de leur marché de l'électricité.

4.3.3. Fourniture par défaut

S'agissant de la fourniture par défaut⁵⁹, le Conseil y reviendra au sein de ses commentaires sur les dispositions du projet de loi sous avis.

⁵³Service d'Intérêt Economique Général.

⁵⁴En fonction des coûts éligibles engagés par l'entreprise.

⁵⁵Avis du Conseil d'Etat n°60.236 du 17 juillet 2020 :

<https://conseil-etat.public.lu/fr/avis/2020/08072020/17072020/60236.html>.

⁵⁶Cour de Justice des Communautés Européennes, 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

⁵⁷Page 8 et suivantes du rapport d'activités 2020 du département de l'énergie : <https://gouvernement.lu/dam-assets/fr/publications/rapport-activite/minist-energie-amenagement-territoire/departement-energie/2020-rapport-activite-de.pdf>.

⁵⁸Considérant (21) : Différents types d'organisation de marché coexistent sur le marché intérieur de l'électricité. Il convient que les mesures que les États membres pourraient prendre pour garantir des conditions de concurrence équitables soient fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général. Il convient de consulter la Commission sur la compatibilité de ces mesures avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et avec d'autres dispositions du droit de l'Union.

⁵⁹Article 4 du texte coordonné du projet de loi sous avis.

5. Objet du projet de loi sous avis

La Directive complète la directive 2009/72/CE, qui a déjà été transposée en droit national par la loi du 3 février 2021 modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (ci-après : « loi de 2021 »).

Le projet de loi sous avis a pour principal objectif de transposer les nouveaux éléments de la Directive qui ne figurent pas encore dans la loi de 2021.

Les principales nouveautés intéressant le Conseil sont les suivantes :

- clarification des concepts introduits par la loi de 2021 concernant les « *autoconsommateurs d'énergies renouvelables* »⁶⁰, « *autoconsommateurs d'énergies renouvelables agissant de manière collective* »⁶¹, et la « *communauté d'énergie renouvelable* » en les alignant avec les concepts plus larges du « *client actif* »⁶² et de la « *communauté énergétique citoyenne* » consacrés par la Directive et en fusionnant la « *communauté d'énergies renouvelable* » avec celle de la « *communauté énergétique citoyenne* » pour retenir un concept plus général de la « *communauté énergétique* »⁶³ ;
- transposition des modifications majeures dans le domaine de la mobilité électrique ;
- création d'un cadre pour l'exécution d'activités accessoires des gestionnaires de réseau ;
- introduction de nouveaux concepts, services et activités économiques qui visent à flexibiliser le marché de l'énergie électrique, tant du côté de l'offre que de la demande, comme notamment le « *partage d'énergie électrique* »⁶⁴, la « *participation active de la*

⁶⁰ Article 1^{er}, paragraphe (1quinquies) du texte coordonné du projet de loi sous avis : « *autoconsommateur d'énergies renouvelables* » : un autoconsommateur qui produit de l'électricité renouvelable, et qui peut stocker ou vendre l'électricité renouvelable qu'il a lui-même produite, à condition que ces activités ne constituent pas, pour l'autoconsommateur d'énergies renouvelables qui n'est pas un client résidentiel, son activité professionnelle ou commerciale principale;

⁶¹ Article 1^{er}, paragraphe (1sexies), *ibid.* : « *autoconsommateurs d'énergies renouvelables agissant de manière collective* » : les membres d'un groupe d'au moins deux utilisateurs du réseau, dont au moins un est un autoconsommateur d'énergies renouvelables, qui agissent de manière collective conformément au paragraphe (1quinquies) et qui occupent un même immeuble se trouvant derrière un même point de raccordement;

⁶² Article 1^{er}, paragraphe (7ter), *ibid.* : « *client actif* » : un client final, ou un groupe de clients finals agissant conjointement, qui consomme ou stocke de l'électricité produite dans ses locaux, ou qui vend l'électricité qu'il a lui-même produite ou participe à des programmes de flexibilité ou d'efficacité énergétique, à condition que ces activités ne constituent pas son activité commerciale ou professionnelle principale. Les points d'injection et de prélèvement des locaux en question sont raccordés au réseau d'un seul gestionnaire de réseau de distribution et la distance qui sépare les deux points d'injection ou de prélèvement les plus éloignés n'excède pas 100 mètres;

⁶³ Article 1^{er}, paragraphe (7bis), *ibid.* : « *communauté énergétique* » : une personne morale dont les membres ou actionnaires sont des personnes physiques, des PME ou des autorités locales, y compris des communes et dont les statuts précisent que son principal objectif est de proposer des avantages communautaires environnementaux, économiques ou sociaux à ses membres ou actionnaires ou aux territoires locaux où elle exerce ses activités, plutôt que de générer des profits financiers;

⁶⁴ Article 31^{ter}, *ibid.* : « *partage d'énergie électrique* » : allocation à granularité quart-horaire d'électricité produite au sein de clients actifs agissant conjointement ou d'autoconsommateurs d'énergies renouvelables agissant de manière collective ou au sein d'une communauté énergétique à d'autres clients actifs ou autoconsommateurs agissant de manière collective ou membres d'une communauté énergétique ;

demande et l'agrégation »⁶⁵, le «*service de flexibilité*»⁶⁶, les «*services de flexibilité de marché*»⁶⁷ et le «*stockage d'énergie*»⁶⁸.

6. Commentaires du Conseil

Les commentaires qui suivent ne concernent que les modifications apportées à la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité⁶⁹ (ci-après : «*Loi électricité* »). Par voie de conséquence, en ce qui concerne les modifications prévues par le projet de loi au regard de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative au marché de gaz naturel, le Conseil ne les commentera pas, estimant qu'elles n'ont pas d'effets significatifs sur la concurrence.

6.1 Commentaires vis-à-vis du fonctionnement des réseaux de fourniture et de distribution d'énergie

6.1.1. Article 4 du projet de loi sous avis, modifiant l'article 4 la Loi électricité relatif au fournisseur par défaut

Il convient de rappeler qu'un fournisseur par défaut est le fournisseur attribué à un client qui consomme de l'électricité à un point de fourniture, mais qui n'a pas encore conclu de contrat de fourniture avec le fournisseur de son choix. Le commentaire de l'article 4 du projet de loi n°5605, devenu la «*loi du 1^{er} août 2007 1) relative à l'organisation du marché de l'électricité;(...)* » précisait que «*cette situation peut se présenter notamment lorsque, lors d'une mise en service d'un nouveau raccordement, le client n'a pas encore conclu de contrat de fourniture ou en cas d'emménagement dans un immeuble dont le raccordement n'a pas été mis hors service par l'occupant précédent.* ».

Jusqu'en 2020, le régulateur désignait pour chaque zone le fournisseur ayant le plus de clients en tant que fournisseur par défaut. Le commentaire de l'article 4 du projet de loi sous avis,

⁶⁵Article 31^{quater}, *ibid.* : «*participation active de la demande* » : le changement qu'apporte le client final à sa charge d'électricité par rapport à son profil de consommation habituel ou actuel pour réagir aux signaux du marché, y compris à des variations de prix de l'électricité en fonction du moment ou des incitations financières, ou pour réagir à l'acceptation de l'offre du client final de vendre, seul ou par le biais de l'agrégation, une réduction ou une augmentation de la demande à un prix déterminé sur un marché organisé ;

⁶⁶Article 47^{sexies}, *ibid.* : «*service de flexibilité* » : un service fourni par un acteur du marché basé sur la modulation des profils d'injection ou de prélèvement en réaction à un signal externe qui peut être lié à un prix de l'électricité ou à une activation. Les paramètres utilisés pour caractériser la flexibilité peuvent inclure la hauteur de la puissance modulée, la durée, le taux de changement, le temps de réponse et la localisation ;

⁶⁷Article 47^{septies}, *ibid.* : «*services de flexibilité de marché* » : des services de flexibilité qui répondent à des signaux commerciaux provenant des marchés de l'électricité. Ces services englobent tous les services de flexibilité qui ne sont pas des services de flexibilité technique ;

⁶⁸Article 49^{ter}, *ibid.* : «*stockage d'énergie* » : dans le système électrique, le report de l'utilisation finale de l'électricité à un moment postérieur à celui auquel elle a été produite, ou la conversion de l'énergie électrique en une forme d'énergie qui peut être stockée, la conservation de cette énergie et la reconversion ultérieure de celle-ci en énergie électrique ou son utilisation en tant qu'autre vecteur d'énergie.

⁶⁹Telle qu'elle a été modifiée par la loi de 2021.

précise : « *Ainsi, le fournisseur qui était historiquement lié au gestionnaire de réseau concerné était aussi désigné comme fournisseur de défaut dans cette même zone* »⁷⁰.

Le Conseil découvre par l'intermédiaire du commentaire du même article que le régulateur a, lors de la dernière désignation des fournisseurs par défaut en 2020, « *choisi d'organiser un appel à candidature à l'issue duquel le candidat offrant la stratégie de communication et la structure de prix la plus adaptée à informer le client sur le fonctionnement du marché et à l'inciter à rapidement choisir un fournisseur serait désigné en tant que fournisseur par défaut* ».

En 2020, le Grand-Duché était subdivisé en 5 zones de fourniture :

1. Les réseaux de transport et de distribution gérés par la société Creos Luxembourg S.A. ;
2. Le réseau de distribution géré par la société Hoffmann Frères S.à r.l. et Cie S.e.c.s. ;
3. Le réseau de distribution géré par la société Sudstrom S.à r.l. & Co S.e. c.s. ;
4. Le réseau de distribution géré par la Ville de Diekirch ;
5. Le réseau de distribution géré par la Ville d'Ettelbruck.

Au 1^{er} juin 2020, suite à l'appel à candidatures du régulateur, les entreprises suivantes ont été désignées comme fournisseurs par défaut :

1. Electris par Hoffmann Frères Energie et Bois s.à r.l. dans le réseau géré par Hoffmann Frères Energie et Bois s.à r.l. (à Mersch) ;
2. Enovos Luxembourg S.A. dans le réseau géré par Creos Luxembourg S.A. ;
3. NordENERGIE S.A. dans le réseau de la Ville d'Ettelbruck ;
4. NordENERGIE S.A. dans le réseau de la Ville de Diekirch et
5. Sudstrom S.à r.l. et Co S.e.c.s. dans le réseau géré par Sudstrom S.à r.l. et Co S.e.c.s. (à Esch-sur-Alzette).

Ce nouveau mode de désignation, qui a ouvert la fourniture par défaut à la concurrence, a par la suite été entériné selon les principes de « *non-discrimination* » de « *transparence* » et de « *publicité* » par la loi de 2021 modifiant la Loi électricité.

L'article 4 de la Loi électricité, qui ne transpose aucune disposition de source européenne, se voit réaménagé dans le cadre du projet de loi sous avis. Les auteurs estiment que « *malgré l'obligation de stricte neutralité pour le fournisseur par défaut, ce rôle peut être considéré comme attractif pour un fournisseur souhaitant augmenter sa visibilité.* »

Le nouvel article 4 du projet de loi sous avis est dès-lors rédigé comme suit : « *(Ibis) Le régulateur lance, au moins tous les trois ans, une procédure d'appel public à candidature pour la désignation d'un fournisseur par défaut dans une zone donnée, qui est ouverte à tout fournisseur disposant des autorisations nécessaires pour opérer sur le marché de l'électricité luxembourgeois. L'appel public à candidature est assorti d'un cahier des charges qui contient notamment les modalités procédurales applicables, les critères de sélection ainsi que le prix à facturer pour la fourniture par défaut et, le cas échéant, la formule d'évolution de ce prix. Ce prix ou formule de prix tient compte des coûts élevés des fournitures non programmées. Le régulateur désigne, pour une période de trois ans et pour une zone donnée, comme fournisseur par défaut, le fournisseur qui remplit les critères de sélection et s'engage à reverser au*

⁷⁰Voir page 46 du projet de loi sous avis : ad Article 4, 1^{er} alinéa.

régulateur le montant unitaire le plus élevé pour chaque mégawattheure d'électricité fournie dans le cadre de la fourniture par défaut. »

Le Conseil comprend qu'il est de la volonté des auteurs d'assurer la continuité de la fourniture, sans que les fournisseurs ne puissent en tirer un avantage concurrentiel pour développer un modèle d'affaires permanent autour de la fourniture par défaut, tout en incitant les clients, notamment grâce à l'application d'une tarification renchérie, à choisir un autre produit sur le marché concurrentiel.

Lors de la dernière désignation des fournisseurs par défaut en 2020, le régulateur s'est borné, pour ce qui est des prix, à évaluer, sur base du dossier de candidature du fournisseur « *dans quelle mesure les modalités de facturation, y compris la structure de prix appliquée à la fourniture par défaut, contribuent à inciter le client à conclure un contrat de fourniture d'électricité et à informer le client du fonctionnement du marché.* »⁷¹ Or, dans la nouvelle mouture de cette disposition, « *ce sera désormais le régulateur qui définira le prix à payer par le client tout en tenant compte des coûts plus élevés de ce type de fourniture.* »⁷².

Partant, cette nouvelle rédaction constitue, selon le Conseil, une intervention publique qui aura pour effet d'exclure à l'avenir toute concurrence par les prix dans le cadre de l'appel à candidatures.

En outre, il appert que les interventions publiques dans la fixation des prix pour la fourniture d'électricité, encadrées par l'article 5 de la Directive, ne sont admises que si elles visent à protéger les « *clients résidentiels vulnérables ou en situation de précarité énergétique* »⁷³ et qu'elles :

- a) poursuivent un objectif d'intérêt économique général et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif d'intérêt économique général ;
- b) sont clairement définies, transparentes, non discriminatoires et vérifiables ;
- c) garantissent aux entreprises d'électricité de l'Union un égal accès aux clients ;
- d) sont limitées dans le temps et proportionnées en ce qui concerne leurs bénéficiaires ;
- e) n'entraînent pas de coûts supplémentaires pour les acteurs du marché d'une manière discriminatoire.

Le Conseil est d'avis qu'au moins deux de ces conditions ne sont pas réunies, d'une part (1) la fourniture par défaut s'adresse sans distinction à tous les clients résidentiels y compris ceux qui ne sont ni vulnérables, ni en situation de précarité énergétique et d'autre part (2) le texte de la loi en projet ne précise pas quel est l'objectif d'intérêt économique général poursuivi, ni si les mesures à mettre en place pour l'atteindre sont proportionnées à cet objectif.

Par conséquent, le Conseil s'oppose au principe de la fixation des prix éliminant toute concurrence par les prix dans le cadre des appels à candidature pour désigner les fournisseurs par défaut. Le Conseil recommande de recourir à une procédure de sélection incluant entre autres le critère « *prix* » pour l'évaluation des candidatures, voire d'aménager un mécanisme tacite de cession de contrat (résiliable sans préavis) entre le consommateur « *déménageant* » d'un point de consommation et le consommateur « *emménageant* » à cette adresse. De cette manière, le bénéficiaire de la fourniture par défaut pourrait d'emblée profiter d'une tarification

⁷¹ Appel public à candidature en vue de la désignation comme fournisseur par défaut pour une zone donnée (27 février 2020) : <https://assets.ilr.lu/energie/Documents/ILRLU-1685561960-746.pdf>, page 4.

⁷² Voir les commentaires de l'article 4 du projet de loi.

⁷³ Voir paragraphe (3) de l'article 5 de la directive 2019/944 UE.

compétitive tout en gardant le loisir de comparer les offres et de choisir librement un autre fournisseur.

6.1.2. Article 18 du projet de loi sous avis, modifiant l'article 20 de la Loi électricité

Le paragraphe (7) de l'article 18, qui modifie le paragraphe 5ter de l'article 20 de la Loi électricité, introduit une exemption des frais variables pour l'utilisation du réseau pour l'énergie électrique partagée par un autoconsommateur, s'il s'agit exclusivement d'énergie renouvelable et si le partage se fait à l'intérieur d'une zone géographiquement limitée.

Ainsi, le deuxième alinéa du paragraphe 5ter prendra la teneur suivante : « *L'électricité renouvelable qu'un autoconsommateur d'énergie renouvelable a lui-même produite et qui reste dans ses locaux, y compris après une période de stockage, ne peut pas être sujette à des tarifs d'utilisation du réseau, sans préjudice de la possibilité pour le régulateur de prévoir dans la méthode visée au paragraphe (1) des tarifs pour rémunérer la puissance mise à disposition de l'autoconsommateur par le réseau. Cette disposition s'applique également à l'électricité renouvelable produite et partagée au sein d'une communauté énergétique entre des points de fourniture qui sont tous raccordés au réseau basse tension d'un seul gestionnaire de réseau de distribution et dont la distance séparant les deux points d'injection ou de prélèvement les plus éloignés n'excède pas 300 mètres. Elle s'applique de même à l'électricité renouvelable produite et autoconsommée par un utilisateur du réseau visé à l'article 8ter, paragraphe (4) dans la mesure où la distance qui sépare les points de fourniture concernés n'excède pas 100 mètres ou encore par des autoconsommateurs d'énergies renouvelables agissant de manière collective visés à l'article 8ter, paragraphe (5).* »

Le commentaire de l'article afférent⁷⁴ donne les précisions suivantes :

« *En résumé les frais variables pour l'utilisation de réseau ne sont pas dus dans les cas suivants :*

- *Pour l'électricité renouvelable autoconsommée sur le même site par un autoconsommateur d'énergie renouvelable ;*
- *Pour l'électricité renouvelable partagée entre autoconsommateurs d'énergies renouvelables agissant de manière collective qui occupent un même immeuble ;*
- *Pour l'électricité renouvelable partagée au sein d'une communauté énergétique pour autant que les points de fourniture des membres de la communauté sont tous raccordés au réseau basse tension d'un seul gestionnaire de réseau de distribution et que la distance qui sépare les deux points d'injection ou de prélèvement les plus éloignés concernés n'excède pas 300 mètres ;*
- *Pour l'électricité renouvelable produite et autoconsommée par un seul utilisateur du réseau qui détient plusieurs points d'injection ou de prélèvement pour autant que la distance qui sépare ses deux points d'injection ou de prélèvement les plus éloignés n'excède pas 100 mètres ;*
- *Pour l'électricité renouvelable partagée entre trois utilisateurs du réseau au maximum raccordés au réseau basse tension d'un seul gestionnaire de réseau de distribution lorsque la distance qui sépare les deux points d'injection ou de prélèvement les plus éloignés n'excède pas 100 mètres ;*

⁷⁴Voir pages 51 et 52 du projet de loi.

- *Pour l'électricité renouvelable partagée au sein d'une communauté d'énergie renouvelable qui a été constituée en vertu de la loi du 3 février 2021 modifiant la loi du 1er août 2007 et avant la mise en vigueur de la présente loi. »*

Les auteurs justifient cette mesure « *pour des raisons de simplification de la facturation par le fournisseur respectif* » et « *afin de promouvoir le partage d'électricité renouvelable au sein d'une communauté énergétique et au sein d'une autoconsommation collective* »⁷⁵.

S'agissant de la facturation, le régulateur considère « *que l'introduction des compteurs intelligents permet des systèmes tarifaires plus avancés et que ces systèmes tarifaires peuvent bénéficier d'un contrôle programmable de la puissance maximale prélevée moyennant les compteurs intelligents* »⁷⁶. Le Conseil conclut qu'au vu des solutions technologiques disponibles, une facturation détaillée et automatisée des coûts variables ne devrait dès lors pas poser de difficultés particulières.

Cette nouvelle approche constitue ainsi un changement de paradigme qui consistait sous l'empire du règlement ILR/E17/78 à « *faire contribuer équitablement* » les autoconsommateurs dépendant du réseau aux coûts fixes et variables du réseau.

Si le Conseil peut comprendre l'objectif final visé par les auteurs, il se doit cependant de souligner que cette exemption fixe ainsi le prix de la partie variable des frais de réseau à 0 €. Selon le régulateur, les bénéficiaires peuvent ainsi « *économiser environ 16 ct par kWh autoconsommé, soit une économie supérieure au tarif d'injection réglementé qui est applicable pour les nouvelles installations de production d'électricité.* »⁷⁷

Or, ces frais variables « *exemptés* », qui augmenteront avec l'essor des installations d'autoconsommation, seront donc forcément répartis sur les autres utilisateurs du réseau, à savoir les autres acteurs du marché et clients finals, y compris ceux qui sont précaires ou vulnérables et les petites et moyennes entreprises.

À cet égard, le Conseil renvoie à la lettre e) du paragraphe 1^{er} de l'article 16 de la Directive qui dispose que « *les communautés énergétiques [citoyennes] sont soumises à des procédures et à des redevances non discriminatoires, équitables, proportionnées et transparentes, y compris pour ce qui est de l'enregistrement et de l'octroi d'autorisations, ainsi qu'à des redevances d'accès au réseau transparentes et non discriminatoires qui reflètent les coûts conformément à l'article 18 du règlement (UE) 2019/943 de façon à ce qu'elles contribuent de manière adéquate et équilibrée au partage du coût global du système.* »⁷⁸.

De l'avis du Conseil, le paragraphe (7) de l'article 18 du projet de loi sous avis, qui modifie le paragraphe 5ter de l'article 20 de la Loi électricité présente un risque de ne pas transposer correctement la lettre e) du paragraphe 1^{er} de l'article 16 de la Directive et recommande de le reformuler.

⁷⁵Ibid.

⁷⁶Institut Luxembourgeois de Régulation - Règlement ILR/E17/78 du 1er décembre 2017 portant modification du règlement modifié E16/12/ILR du 13 avril 2016 fixant les méthodes de détermination des tarifs d'utilisation des réseaux de transport, de distribution et industriels et des services accessoires pour la période de régulation 2017 à 2020 et abrogeant le règlement E12/05/ILR du 22 mars 2012 - Secteur électricité.

⁷⁷Voir le lien suivant : <https://assets.ilr.lu/energie/Documents/ILRLU-1685561960-923.pdf>, page 8.

⁷⁸Idem pour les clients actifs.

6.1.3. Article 30 du projet de loi sous avis insérant un nouveau paragraphe (4bis) à l'article 46 de la Loi électricité

L'article 30 de la loi sous avis insère un nouveau paragraphe (4bis) à l'article 46 de la Loi électricité qui constitue un régime dérogatoire aux autorisations de fourniture d'énergie électrique avec la teneur suivante : « *Les demandes d'autorisation qui sont sollicitées par des clients actifs ou des communautés énergétiques, lorsque ceux-ci peuvent démontrer que la fourniture d'électricité ne constitue pas leur activité commerciale ou professionnelle principale et que leur objectif premier n'est pas de rechercher le profit, ne doivent pas obligatoirement comporter les éléments visés sous d), f) et h) du paragraphe (4) précédent.* »

Ces deux catégories d'acteurs sont dispensées de verser à leur demande d'autorisation, les pièces documentant leurs capacités de production et sources d'approvisionnement ou des informations relatives à leurs capacités techniques, économiques et financières ou encore une preuve d'être légalement établies dans un des États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen ou en Suisse, à condition de pouvoir démontrer que la fourniture ne constitue pas leur activité commerciale ou professionnelle principale et que leur objectif premier n'est pas de rechercher le profit.

Les exigences de ce régime d'autorisation sont certes moindres que celles prévues par le régime normal d'autorisations de fourniture d'énergie, mais il n'est pas établi à travers le commentaire de l'article en quoi la procédure d'autorisation est « *nécessaire* » et « *proportionnée* » au sens de l'article 9 de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur⁷⁹. Ainsi le Conseil se demande si un simple régime de « *notification* » ne permettrait pas d'atteindre les mêmes objectifs.

6.2 Commentaires vis-à-vis de l'électromobilité

6.2.1. Aides à la mobilité électrique et à l'infrastructure de charge

Pour réaliser ses ambitions de transition vers une énergie plus propre, la Commission européenne compte également sur l'électromobilité.

En effet, sa communication en date du 20 juillet 2016 intitulée « *Stratégie européenne pour la mobilité à faibles émissions* » souligne, d'une part, la nécessité de décarboner le secteur des transports en réduisant ses émissions et d'autre part, la contribution importante que peut apporter l'électromobilité à la réalisation de ces objectifs⁸⁰.

⁷⁹Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, article 9 (1) : « *Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies :*

a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ;
b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ;
c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle ».

⁸⁰Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie européenne pour une mobilité à faible taux d'émissions*, 20 juillet 2016, COM/2016/0501 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX%3A52016DC0501>.

L'accent porté sur l'électromobilité se ressent sur le marché luxembourgeois. « *Au Luxembourg, le secteur de l'automobile a vu décoller ses chiffres de l'électromobilité ces dernières années. En 2020, 5.158 voitures électriques et hybrides rechargeables ont été immatriculées au Luxembourg. En tout, 9.441 véhicules électriques circulent sur le territoire national.* »⁸¹

Afin d'inciter les utilisateurs à opter pour l'électromobilité, le Gouvernement a mis en place, à partir d'août 2020, un régime de primes renforcé pour les véhicules à zéro ou faibles émissions. Ayant bénéficié d'une première prolongation en 2021 jusqu'au 31 mars 2022, ce régime de primes a été une nouvelle fois prolongé, pour une durée de deux ans⁸².

À noter qu'en complément de ce régime d'aides, de nouvelles mesures ont été inscrites dans le projet de loi n°7925 relative au régime d'aides en faveur des entreprises investissant dans des infrastructures de charge pour véhicules électriques⁸³.

La première mesure met en place une aide en faveur d'infrastructures de charge accessibles au public et d'infrastructures de charge privées ayant une certaine envergure, qui est octroyée à la suite d'une mise en concurrence. Cette mesure vise à accélérer le déploiement de bornes de charge et à augmenter de manière significative la puissance de charge sur l'ensemble du territoire luxembourgeois, et ce pour tout type de véhicules, y compris les poids lourds.

La deuxième mesure entend inciter les petites et moyennes entreprises à transiter vers l'électromobilité dans le cadre de leur activité économique en introduisant une aide en faveur d'infrastructures de charge privées qui leur est réservée. Complémentaire à la première mesure, cette mesure tient compte de la nature du projet et de la taille de l'entreprise qui en bénéficierait en prévoyant une procédure d'attribution de l'aide simple. En soumettant une demande, les petites et moyennes entreprises pourront ainsi se voir accorder une aide pouvant aller jusqu'à 50% des coûts liés au déploiement des bornes de charge et jusqu'à 60% des coûts liés au raccordement au réseau électrique.

Les mesures d'aides mises en place en faveur de l'infrastructure de charge publique (réseaux « *Chargy* » et « *Super Chargy* ») par le projet de loi n°7925 bénéficieront, selon l'exposé des motifs, soit aux gestionnaires de réseau de distribution, soit à une entreprise tierce qui se porte acquéreuse du réseau public dans le cadre de l'appel d'offres prévu par le projet de loi sous avis et ce « *afin de s'assurer que le réseau public demeure compétitif par rapport aux alternatives* ».

Partant, il n'est pas surprenant que le projet de loi sous avis prévoie une modification des règles relatives à la mobilité électrique, afin de les adapter aux nouvelles données de la Directive⁸⁴.

⁸¹<https://luxembourg.public.lu/fr/societe-et-culture/developpement-durable/superchargy-bornes.html>.

⁸²<https://paperjam.lu/article/primes-a-electromobilite-prolo>.

⁸³<https://chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RoleDesAffaires?action=doDocpaDetails&backto=/wps/portal/public/Accueil/Actualite&id=7925>.

⁸⁴Article 33 de la Directive : « 1. Sans préjudice de la directive 2014/94/UE du Parlement européen et du Conseil, les États membres fournissent le cadre réglementaire nécessaire pour faciliter la connexion des points de recharge accessibles au public et privés aux réseaux de distribution. Les États membres veillent à ce que les gestionnaires de réseau de distribution coopèrent sur une base non discriminatoire avec toute entreprise qui détient, développe, exploite ou gère des points de recharge pour véhicules électriques, y compris en ce qui concerne la connexion au réseau.

2. Les gestionnaires de réseau de distribution ne peuvent être propriétaires de points de recharge pour les véhicules électriques, ni les développer, les gérer ou les exploiter, sauf lorsqu'ils sont propriétaires de points de recharge privés réservés à leur propre usage. »

6.2.2. Opérateurs de l'infrastructure de charge publique

Conformément à l'article 27 de la Loi électricité, les gestionnaires de réseau de distribution déploient « une infrastructure nationale commune de bornes de charge publiques pour véhicules électriques sur le territoire défini par leur concession » et assuraient « l'exploitation et l'entretien de l'infrastructure publique liée à la mobilité électrique »⁸⁵. Les gestionnaires de réseau de distribution peuvent ainsi être propriétaires des bornes de charges électriques, bien qu'ils n'étaient pas autorisés à agir en tant que fournisseurs de service de charge. Cette situation est désormais strictement conditionnée par la Directive, comme développé ci-dessous⁸⁶.

La transposition de l'article 33 de la Directive justifie l'insertion d'une nouvelle section intitulée « Intégration de l'électromobilité dans le réseau électrique », consacrée par le futur article 33bis du projet de loi sous avis.

Ces dispositions constituent le socle du régime général relatif à la mission d'opérateur de l'infrastructure de charge publique prévu par le projet de loi sous avis. Pour comprendre ce régime général, il convient de se rapporter aux définitions des termes suivants :

- infrastructure de charge publique⁸⁷ : infrastructure nationale de bornes de charge publiques pour véhicules électriques, assortie d'un système central commun permettant la communication de données entre les bornes et les fournisseurs de service de charge, déployée, gérée et exploitée conformément aux dispositions relatives à la mission de service public d'opérateur de l'infrastructure de charge publique. Les bornes constituant l'infrastructure de charge publique sont d'utilité publique ;
- opérateur d'infrastructure de charge⁸⁸ : une personne physique ou morale qui exploite une infrastructure de charge pour véhicules électriques pour le compte d'un tiers ou pour son propre compte ;
- opérateur de l'infrastructure de charge publique⁸⁹ : un opérateur d'infrastructure de charge exécutant le service public de déploiement, gestion et exploitation de l'infrastructure de charge publique.

6.2.3. Attribution de la concession d'opérateur de l'infrastructure de charge publique

L'article 33bis du texte coordonné du projet de loi sous avis pose comme règle de base que la mission de service public d'opérateur de l'infrastructure de charge publique devra être confiée sous forme de concession.

Le Conseil constate que la voie choisie pour l'octroi de la mission de service public à l'opérateur de l'infrastructure de charge publique est, contrairement aux autres obligations de service public

⁸⁵Article 27, paragraphe 13 de la Loi électricité.

⁸⁶Article 33, point 3. de la Directive.

⁸⁷Nouveau paragraphe 20ter de l'article 1^{er} du texte coordonné du projet de loi sous avis.

⁸⁸Nouveau paragraphe 29bis de l'article 1^{er} du texte coordonné du projet de loi sous avis.

⁸⁹Nouveau paragraphe 29ter de l'article 1^{er} du texte coordonné du projet de loi sous avis.

en matière d'électricité, encadrée par une procédure de mise en concurrence préalable mise en place par loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution de contrats de concession.

Toutefois, cette procédure de désignation de l'opérateur de l'infrastructure de charge publique n'a qu'un caractère subsidiaire, puisque conformément à la nouvelle rédaction du paragraphe (13) alinéa 4 de l'article 27, modifié par l'article 20 du projet de loi sous avis, le ministre [*ayant l'énergie dans ses attributions*] organise au plus tard tous les cinq ans une consultation publique pour évaluer l'intérêt réel et sérieux des opérateurs à candidater pour la mission d'opérateur de l'infrastructure de charge publique.

Ce n'est que si cette consultation révèle un intérêt réel et sérieux, que le ministre devra en vertu de l'alinéa 5 du même paragraphe lancer une procédure d'attribution de concession. En cas contraire, les gestionnaires de réseau de distribution continuent, par défaut, à exécuter la mission d'opérateur de l'infrastructure de charge publique.

L'alinéa 5 de l'article 27 précité pose comme condition de participation à la procédure de concession que le candidat concessionnaire ait conclu une convention de cession avec les propriétaires de cette infrastructure. Le processus est ainsi répété autant de fois qu'il y a de candidats concessionnaires. À cette fin, les gestionnaires de réseau de distribution sont tenus de lancer conjointement une procédure de cession dans des délais déterminés.

Le Conseil donne à considérer que, le fait que les gestionnaires de distribution soient tenus de lancer conjointement une procédure de cession augmente les risques « *d'ententes* » même non-volontaires. En effet, la disposition en projet reste muette sur le déroulement du processus de négociation des conventions de cession et de son degré de transparence. Par ailleurs, lorsque la procédure de concession n'aboutit pas, un candidat concessionnaire concurrent du propriétaire gestionnaire de réseau aura ainsi eu accès, grâce au processus préalable de négociation de la convention de cession, à des informations économiquement sensibles pouvant par la suite lui permettre d'ajuster son comportement sur le marché pertinent, potentiellement en violation des règles relatives à la concurrence.

Le Conseil recommande dès lors de disposer que l'obligation de conclure une convention de cession ne s'applique qu'au concessionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse. Pour ce faire, le prix, les conditions et l'envergure de la cession doivent être établis au préalable et mis à disposition de tous les candidats concessionnaires, afin qu'ils soient en mesure de soumissionner sur un pied d'égalité.

S'agissant du déroulement de la procédure relative à une mise en concurrence sur base de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession, le Conseil attire l'attention en particulier sur les risques d'ententes illicites dans le cadre d'offres communes⁹⁰. À cet égard, il renvoie à son guide pratique à l'attention des entreprises et des pouvoirs adjudicateurs

⁹⁰Paragraphe (2) de l'article 25 de la loi du 3 juillet 2018 sur l'attribution des contrats de concession : « *Les groupements d'opérateurs économiques, y compris les associations temporaires, peuvent participer aux procédures d'attribution de concession.* »

concernant les offres communes dans le cadre d'appels d'offres publié en date du 10 mai 2021⁹¹.

6.2.4. Droit d'utilisation des emplacements publics

Le paragraphe 5 du même article prévoit un droit d'utilisation gratuit des emplacements publics sur lesquels l'opérateur de l'infrastructure de charge publique entend implanter les bornes de charge. Le régime de cette utilisation gratuite des domaines public et privé de l'Etat et des communes est le même que celui prévu à l'article 40 de la Loi électricité relatif aux ouvrages électriques des gestionnaires de réseau.

Ainsi l'opérateur désigné ne pourra à aucun moment se voir imposer aucun impôt, taxe, péage, rétribution ou indemnité y relatifs de quelque nature que ce soit pour d'utilisation des emplacements publics sur lesquels il entend implanter les bornes.

Le Conseil considère qu'il est dangereux d'ériger cette exemption au rang légal qui empêchera les autorités concernées à l'avenir d'adopter d'éventuelles mesures correctives qui pourraient s'avérer nécessaires pour quelque raison que ce soit, compte tenu notamment de la possibilité qui est offerte à des tiers (non-opérateurs de l'infrastructure de charge publique) de compléter les services de charge accessibles aux usagers en adhérant au programme « *Chargy OK* ».

Le Conseil recommande de laisser la possibilité aux autorités, lorsque cela est justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, d'imposer de manière non-discriminatoire et proportionnée des impôts, taxes, péages, rétributions ou indemnités pour l'utilisation des emplacements publics comportant des bornes de charge.

6.2.5. Dérogation à l'interdiction d'offrir des services de fournisseur de service de charge sur les bornes appartenant à l'infrastructure de charge publique par l'opérateur de l'infrastructure de charge publique

Le nouveau paragraphe 13 de l'article 20 du projet de loi sous avis prévoit que « *L'interdiction prévue à l'article 33bis, paragraphe (2), ne s'applique pas aux entreprises intégrées d'électricité qui approvisionnent un nombre de clients finals connectés inférieur à cent mille* ».

Il est loisible de se demander quelles sont les raisons pour lesquelles les entreprises intégrées d'électricité, opératrices de l'infrastructure de charge publique qui approvisionnent un nombre de clients finals connectés inférieur à cent mille, ne sont pas concernées par l'interdiction d'offrir des services de fournisseur de service de charge sur les bornes appartenant à l'infrastructure de charge publique.

Cette exception est autorisée par le paragraphe (4) de l'article 35 de la Directive, qu'il est loisible aux Etats membres d'appliquer (ou pas). Le commentaire de l'article ne donne pas de précisions sur les raisons qui ont justifié ce choix par les auteurs, alors que, vu la taille du

⁹¹<https://conurrence.public.lu/fr/publications/marches-publics/2021-conseil-offres-communes.html>.

marché luxembourgeois, la plupart des acteurs seront certainement couverts par cette dérogation.

7. Conclusion

Le Conseil marque son accord avec le projet de loi susvisé, sous réserve des observations formulées.

Ainsi délibéré et avisé en date du 28 juin 2022.



Pierre Barthelmé

Président



Mattia Melloni

Conseiller



Jean-Claude Weidert

Conseiller



Marco Estanqueiro

Conseiller