

DÉCISION ILR/E19/6 DU 05 MARS 2019

**CONCERNANT LA SOCIÉTÉ HOFFMANN FRÈRES S.ÀR.L. ET CIE S.E.C.S. 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 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 Hoffmann Frères S.àr.l. et Cie s.e.c.s., exerçant le commerce sous la dénomination « Electris », ayant son siège social au 25, rue Grande-Duchesse Charlotte, L-7520 Mersch et immatriculée au RCS sous le numéro B8262 ;

Entendus Messieurs Pete HOFFMANN et Martin WIENANDS, représentant la société Hoffmann Frères S.àr.l. et Cie s.e.c.s., ainsi que Maître Jean-Luc SCHAUS, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, mandataire de la société Hoffmann Frères S.àr.l. et Cie s.e.c.s., en leurs observations orales respectives lors de l'audition du 24 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 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.

Aux termes du paragraphe 1^{er} de l'article 48bis de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité :

« 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité :

« 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité :

« 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.

« 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité sur le fondement duquel l'Institut Luxembourgeois de Régulation peut prononcer une sanction pécuniaire est ainsi rédigé :

« Sous réserve des dispositions du paragraphe (3), des amendes d'ordre sont infligées par le régulateur conformément à l'article 65 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 Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. le volume d'économies d'énergie à réaliser en 2015, à savoir 2.278 MWh.

Par courriel du 3 mai 2016, la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. a notifié au ministre les économies d'énergie réalisées au cours de l'année 2015, notification transmise par le ministre à l'Institut Luxembourgeois de Régulation 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 Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. n'a pas réalisé le volume d'économies d'énergie déterminé par le ministre, soit 2.278 MWh, mais seulement un volume de 598 MWh.

Après le contrôle approfondi de la mesure « Remplacement d'une voiture électrique ou hybride rechargeable », la valeur d'économies d'énergie retenue pour l'exercice 2015 a été ramenée à 401,24 MWh suivant un courrier du ministre du 21 juin 2018. Ainsi la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. affiche un déficit de 1.876,76 MWh par rapport à son obligation annuelle d'économies d'énergie, voire un déficit de 965,76 MWh par rapport à son obligation annuelle minimale légalement autorisée pour l'année 2015.

Conformément au paragraphe 4 de l'article 48*bis* de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, l'Institut Luxembourgeois de Régulation a ouvert à l'encontre de la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. une procédure contradictoire prévue à l'article 65 de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité 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 24 janvier 2019 peuvent être résumées comme suit :

La société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. a fait état des difficultés opérationnelles et financières rencontrées lors de la mise en œuvre des mesures d'efficacité énergétique. Pour autant elle n'a pas contesté le déficit par rapport à son obligation annuelle d'économies d'énergie pour l'année 2015.

En 2015, la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s., ensemble avec un bureau d'ingénieur, a développé un concept d'économies d'énergie pour des clients au travers d'un contrat de performance énergétique. Sur

les 29 clients contactés par la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s., seule une commune a signé un contrat de performance énergétique. Sans compensation financière de la part du gouvernement, la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. estime cependant difficile la réalisation des objectifs annuels d'économies d'énergie à des coûts raisonnables.

Par ailleurs, la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. soulève que les clients résidentiels ne présentent qu'un potentiel limité pour atteindre leurs objectifs annuels en matière d'économies d'énergie contrairement à une clientèle industrielle.

De manière générale, la partie obligée tire un bilan négatif résultant en partie du manque d'attrait financier pour la mise en œuvre de solutions d'efficacité énergétique et identifie des freins juridiques dans la mise en œuvre du mécanisme d'économies d'énergie.

II - Droit

L'article 48bis, paragraphe 4, de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité dispose comme suit :

« Sous réserve des dispositions du paragraphe (3), des amendes d'ordre sont infligées par le régulateur conformément à l'article 65 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. ».

Conformément à l'approche du Conseil d'État, toute amende administrative doit répondre à des conditions strictes dont notamment le principe de la légalité de la sanction et le principe du contradictoire.

- 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité. 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 modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

- **Preuves documentaires**

Conformément au paragraphe 2 de l'article 65 de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité,

« En cas de constatation d'un fait susceptible de constituer un manquement visé au paragraphe (1), le régulateur 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 48bis de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité,

« 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. »

Le dossier transmis par le ministre comprend les pièces suivantes :

1. Copie du courrier du 26 mai 2015 adressé par le ministre à la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. portant communication des volumes d'économies d'énergie pour l'année 2015, à savoir 2.278 MWh
2. Copie du courriel du 3 mai 2016 adressé par la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. au ministre et portant notification des mesures d'économies d'énergie pour les années 2014 et 2015
3. Copies des courriers du 6 juin 2016 et du 10 août 2016 adressés par le ministre à la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. portant information, après vérification sommaire, sur le volume d'économies d'énergie effectivement réalisé pour l'année 2015, à savoir seulement 598 MWh
4. Copie du courrier du 21 juin 2018 adressé par le ministre à la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. concernant le résultat du contrôle approfondi des mesures d'efficacité des mesures d'efficacité énergétique déclarées pour l'année 2015, suivant lequel le volume d'économies d'énergie est ramené à 401,24 MWh pour l'année 2015.

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 en dehors du délai légal. Il résulte des mêmes documents que la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. 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 48bis de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité 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 48bis, paragraphe 4 de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité 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 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité ;

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 Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. une sanction administrative sous la forme d'une amende pour l'année 2015 ;

dit que la décision sera notifiée à la société Hoffmann Frères S.à.r.l. et Cie s.e.c.s. et publiée sur le site internet de l'Institut Luxembourgeois de Régulation.

Conformément à l'article 48*bis*, paragraphe 4 de la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, 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