

## II

(Actos adoptados en aplicación de los Tratados CE/Euratom cuya publicación no es obligatoria)

## DECISIONES

## COMISIÓN

## DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 28 de enero de 2009

relativa a una ayuda en forma de creación de un fondo de compensación en el marco de la organización del mercado de la electricidad ejecutada por Luxemburgo [C 43/02 (ex NN 75/01)]

[notificada con el número C(2009) 230]

(El texto en lengua francesa es el único auténtico)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

(2009/476/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, su artículo 88, apartado 2, párrafo primero,

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, en particular, su artículo 62, apartado 1, letra a),

Después de haber emplazado a los interesados para que presentaran sus observaciones, de conformidad con los citados artículos <sup>(1)</sup>, y teniendo en cuenta dichas observaciones,

Considerando lo siguiente:

#### 1. PROCEDIMIENTO

(1) Por carta de 2 de julio de 2001, registrada el 16 de julio de 2001 con el número N 475/01, Luxemburgo notificó a la Comisión en virtud del artículo 88, apartado 3, del Tratado, la creación de un fondo de compensación en el marco de la organización del mercado de la electricidad. Sin embargo, la medida notificada se había ejecutado de hecho a partir del 1 de enero de 2001. La Comisión consideró por tanto que la medida no podía considerarse un proyecto de ayuda según lo dispuesto en el artículo 88, apartado 3, del Tratado, y la inscribió el 30 de julio de 2001 en el registro de ayudas no notificadas, con el número NN 75/01.

(2) Tras un intercambio de correspondencia con las autoridades luxemburguesas, la Comisión notificó a Luxemburgo mediante carta de 5 de junio de 2002 su decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88, apartado 2, del Tratado contra esta medida. Invitó también a Luxemburgo a presentar sus observaciones y a proporcionar toda información útil para la evaluación de la medida en el plazo de un mes a partir de la fecha de recepción de la carta.

(3) La decisión de la Comisión de incoar el procedimiento se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* <sup>(2)</sup>. La Comisión invitó a los interesados a presentar sus observaciones sobre la medida en cuestión.

(4) Mediante carta de 22 de julio de 2002, registrada el 26 de julio de 2002, Luxemburgo pidió un plazo suplementario para transmitir sus observaciones, plazo que la Comisión concedió y fijó en el 5 de septiembre de 2002 mediante carta de 30 de julio de 2002.

(5) Mediante fax de 4 de diciembre de 2002, registrado el mismo día, los Países Bajos transmitieron a la Comisión sus observaciones sobre la medida en cuestión. Mediante carta de 18 de febrero de 2003, la Comisión transmitió la carta de los Países Bajos a Luxemburgo e invitó a este último a que le transmitiese sus observaciones en el plazo de un mes. Después de haber enviado una carta de reclamación el 16 de mayo de 2003, la Comisión recibió de Luxemburgo, mediante fax de 28 de mayo de 2003, registrado el mismo día, una solicitud de ampliación del plazo de respuesta.

<sup>(1)</sup> DO C 255 de 23.10.2002, p. 15.

<sup>(2)</sup> Véase la nota a pie de página 1.

- (6) Mediante carta de 4 de junio de 2003, registrada el 5 de junio de 2003, Luxemburgo transmitió a la Comisión sus observaciones tanto sobre la carta de la Comisión de 5 de junio de 2002 como sobre las observaciones presentadas por los Países Bajos. Luxemburgo transmitió elementos complementarios por carta de 3 de mayo de 2004, registrada el 13 de mayo de 2004.
- (7) El 25 de enero de 2005 tuvo lugar una reunión de trabajo entre Luxemburgo y la Comisión.
- (8) Mediante carta de 31 de marzo de 2005, la Comisión envió una solicitud de información a Luxemburgo. La Comisión recibió una respuesta de Luxemburgo por cartas de 20 de abril y 20 de mayo de 2005, registradas, respectivamente, el 27 de abril y el 1 de junio de 2005.
- (9) Mediante carta de 22 de junio de 2005, la Comisión envió una solicitud de información complementaria a Luxemburgo. Por carta de 22 de noviembre de 2005, registrada el 23 de noviembre de 2005, Luxemburgo pidió un plazo suplementario para comunicar su respuesta, plazo que la Comisión fijó en el 31 de enero de 2006 mediante carta de 5 de diciembre de 2005. La Comisión recibió una respuesta de Luxemburgo por cartas de 31 de enero de 2006, registradas el 3 de febrero de 2006.
- (10) Mediante carta de 27 de marzo de 2006, la Comisión envió una solicitud de información complementaria a Luxemburgo. La Comisión recibió respuesta de Luxemburgo por carta de 11 de abril de 2006, registrada el 18 de abril de 2006.
- (11) El 12 de diciembre de 2006 tuvo lugar una reunión de trabajo entre Luxemburgo y la Comisión.
- (12) Mediante carta de 21 de noviembre de 2007, la Comisión envió una solicitud de información complementaria a Luxemburgo. Mediante carta de 6 de diciembre de 2007, registrada el 10 de diciembre de 2007, Luxemburgo pidió un plazo suplementario para comunicar su respuesta, plazo que la Comisión concedió y fijó en el 17 de enero de 2008 mediante carta de 14 de diciembre de 2007. La Comisión recibió una respuesta de Luxemburgo por carta de 28 de enero de 2008, registrada el 30 de enero de 2008.
- (13) El 27 de febrero de 2008 tuvo lugar una reunión de trabajo entre Luxemburgo y la Comisión.
- (14) La Comisión recibió información complementaria de Luxemburgo por carta de 19 de junio de 2008, registrada el 20 de junio de 2008, y por carta registrada el 12 de septiembre de 2008.

## 2. DESCRIPCIÓN

### 2.1. El marco legislativo del mecanismo de compensación

2.1.1. *El Reglamento granducal (en lo sucesivo, «el RGD») de 30 de mayo de 1994 y el proceso de liberalización del mercado de la electricidad*

- (15) El RGD de 30 de mayo de 1994 <sup>(3)</sup> relativo a la producción de energía eléctrica basada en las energías renovables o la cogeneración (en lo sucesivo, «la electricidad verde») impone una obligación de compra de esta electricidad verde a Cegedel, que en esta época era el único concesionario general de la red eléctrica en Luxemburgo. El régimen se refiere a la producción de electricidad a partir de la energía hidráulica, eólica, fotovoltaica, del biogás y de la biomasa, y a la producción de electricidad por cogeneración.
- (16) El artículo 1 del RGD de 1994 dispone que «el Estado granducal se hará cargo, por cuenta de la red pública, de la electricidad disponible procedente de la autoproducción basada en energías renovables o en la cogeneración que le ofrezcan los autoprodutores». Asimismo, el Reglamento granducal de 30 de mayo de 1994 fija los precios de esta electricidad producida con métodos respetuosos del medio ambiente a un nivel superior al de la electricidad producida de manera convencional. Los precios de compra de la electricidad verde se reajustaron con el tiempo, en particular mediante el RGD de 14 de octubre de 2005 <sup>(4)</sup>. Los precios vigentes a 1 de enero de 2008 fueron fijados por el RGD de 8 de febrero de 2008 <sup>(5)</sup> relativo a la producción de electricidad basada en las fuentes de energía renovables.
- (17) Luxemburgo consideraba que en 2000, la obligación de compra establecida por el RGD de 1994 se refería a una producción de 112 GWh <sup>(6)</sup>, y que estos volúmenes se compraban a un precio medio alrededor de tres veces superior al precio resultante de los contratos de suministro a largo plazo celebrados por Cegedel. Según las autoridades luxemburguesas, ello daba lugar a un coste adicional de 275 millones de francos luxemburgueses (LUF), lo que representa 6,8 millones EUR.
- (18) Tras la apertura del sector de la electricidad a la competencia mediante la ley de 24 de julio de 2000 <sup>(7)</sup>, la obligación de compra se extendió a todos los distribuidores activos de Luxemburgo. Estos últimos eran trece en 2001, incluidos el principal, Cegedel, el segundo, Sotel, que abastecían los lugares siderúrgicos del sur del país, y los distribuidores locales. No obstante, de hecho, solo Cegedel compraba el grueso de la electricidad verde producida en Luxemburgo.

<sup>(3)</sup> *Mémorial A* n° 62 de 12.7.1994, p. 1140.

<sup>(4)</sup> RGD de 14 de octubre de 2005 1) relativo al suministro de energía eléctrica basado en las energías renovables y 2) que modifica el RGD de 30 de mayo de 1994 relativo a la producción de energía eléctrica basada en las energías renovables o en la cogeneración, así como el RGD de 22 de mayo de 2001 relativo a la introducción de un fondo de compensación en el marco de la organización del mercado de la electricidad, *Memorial A*, n° 181 de 14.11.2005, p. 2948.

<sup>(5)</sup> *Mémorial A* n° 16 de 12.2.2008, p. 260.

<sup>(6)</sup> Según Luxemburgo, el consumo total de electricidad en Luxemburgo fue de 5 650 GWh en 2000.

<sup>(7)</sup> *Mémorial A* n° 79 de 21.8.2000, p. 1896.

## 2.1.2. El RGD de 22 de mayo de 2001

- (19) Con el fin de repartir equitativamente entre los distribuidores las cargas vinculadas a la obligación de recogida de la electricidad verde, Luxemburgo decidió instaurar un mecanismo de compensación mediante el RGD de 22 de mayo de 2001<sup>(8)</sup> relativo a la introducción de un fondo de compensación en el marco de la organización del mercado de la electricidad. De hecho, el fondo de compensación estuvo operativo a partir del 1 de enero de 2001.
- (20) Según el artículo 21 del RGD de 22 de mayo de 2001, se autoriza a cada distribuidor de electricidad luxemburgués a cobrar una aportación para el fondo de compensación a sus clientes finales. La contribución es proporcional al consumo de electricidad del cliente final. Además, el mecanismo del fondo de compensación permite repartir las cargas vinculadas a la obligación de compra de electricidad verde entre el conjunto de los clientes del distribuidor. El Estado fija el importe de las contribuciones cada año de modo que los ingresos del fondo no superen el coste adicional vinculado a la compra de electricidad verde. Del artículo 13 del RGD de 22 de mayo de 2001 se desprende que los grandes consumidores de electricidad<sup>(9)</sup> quedan exonerados del pago de esta contribución hasta el 31 de diciembre de 2005<sup>(10)</sup>. Según las autoridades luxemburguesas, esta exención afecta a alrededor de una cincuenta de grandes consumidores, en particular, en la industria química y la siderurgia.
- (21) Así pues, según el artículo 23 del RGD de 22 de mayo de 2001, la contribución se fija para todos los clientes no exentos en 2,73 EUR/MWh para el año 2001.

## 2.1.3. El RGD de 9 de diciembre de 2005

- (22) A raíz de las discusiones bilaterales celebradas con la Comisión, el RGD de 9 de diciembre de 2005<sup>(11)</sup>, que entró en vigor el 1 de enero de 2006, modificó el RGD de 22 de mayo de 2001. En particular, suprime la exención de contribución para los grandes consumidores de electricidad, e introduce en su lugar tres categorías de clientes, correspondientes a tres niveles de contribuciones diferentes<sup>(12)</sup>:

— la categoría A comprende los clientes cuyos contadores indican un consumo anual de electricidad inferior o igual a 25 MWh. Para el año 2007, las contribuciones que deben abonar los consumidores de la categoría A se fijaron en 7,00 EUR/MWh,

— la categoría B incluye a los clientes cuyos contadores indican un consumo anual de electricidad superior a 25 MWh, a excepción de los contadores clasificados en la categoría C. Para el año 2007, las contribuciones que deben abonar los consumidores de la categoría B se fijaron en 2,70 EUR/MWh,

— la categoría C se refiere a los clientes incluidos en la categoría B que además «deben comprometerse a realizar una mejora sustancial de su eficacia energética global mediante un acuerdo que deberá celebrarse entre el Gobierno y la empresa en cuestión [...] El acuerdo que debe celebrarse incluirá una cláusula de sanción en caso de incumplimiento de los compromisos»<sup>(13)</sup>. Los acuerdos finalizan el 31 de enero de 2008. Para el año 2007, las contribuciones que deben abonar los consumidores de la categoría C se fijaron en 0,75 EUR/MWh.

## 2.1.4. Disposiciones aplicables a 1 de enero de 2009

- (23) Las autoridades luxemburguesas se comprometieron a sustituir el RGD de 9 de diciembre de 2005 por un nuevo RGD, todavía no publicado, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de enero de 2009. Según las autoridades luxemburguesas, el nuevo RGD prevé que los distribuidores podrán cobrar a sus clientes finales una aportación para las cargas creadas por la electricidad verde. El nivel de esta contribución ya no lo fija por tanto el poder público, sino que se deja a la apreciación de los distribuidores.

## 2.2. Funcionamiento del mecanismo de compensación

- (24) En la práctica, los RGD de 22 de mayo de 2001 y de 9 de diciembre de 2005 prevén que el principal distribuidor en Luxemburgo, Cegedel, cuyo capital es en su mayoría privado, debe comprar el conjunto de la electricidad verde producida en Luxemburgo al precio fijado por el Estado. Estas compras las realiza en nombre propio o en nombre de los otros distribuidores que hayan celebrado contratos de suministro con productores de electricidad verde. Posteriormente, el distribuidor principal vende la electricidad verde a sus competidores en función de sus cuotas de mercado respectivas en el mercado luxemburgués, y a un precio de venta fijado por el Estado sobre la base del precio de mercado de la electricidad del último año. Las cargas suplementarias generadas por la electricidad verde corresponden a la diferencia entre el precio de compra a los productores de electricidad verde (tarifa de inyección) y el precio de venta a los otros distribuidores, ambos fijados por el Estado. Todos los distribuidores dan cuenta sobre una base mensual de sus compras de electricidad verde ante el regulador de la energía luxemburgués, el Instituto Luxemburgués de Regulación (en lo sucesivo, «el ILR»). Al final del año, el regulador realiza la compensación entre los distribuidores: si la parte de electricidad verde producida en Luxemburgo y comprada por un distribuidor es superior a su cuota de mercado de la electricidad, recibe una

<sup>(8)</sup> Mémorial A n° 70 de 19.6.2001, p. 1407.

<sup>(9)</sup> Los grandes consumidores de electricidad son las empresas conectadas a la red eléctrica a una tensión superior a 65 kV.

<sup>(10)</sup> Según el artículo 14 del RGD de 22 de mayo de 2001, el número de beneficiarios de la exención podría sin embargo reducirse antes del 1 de enero de 2006 si la contribución de los clientes sujetos al fondo de compensación aumentase más del 50 % durante los ejercicios 2002 y 2003.

<sup>(11)</sup> Mémorial A n° 203 de 16.12.2005, p. 3256.

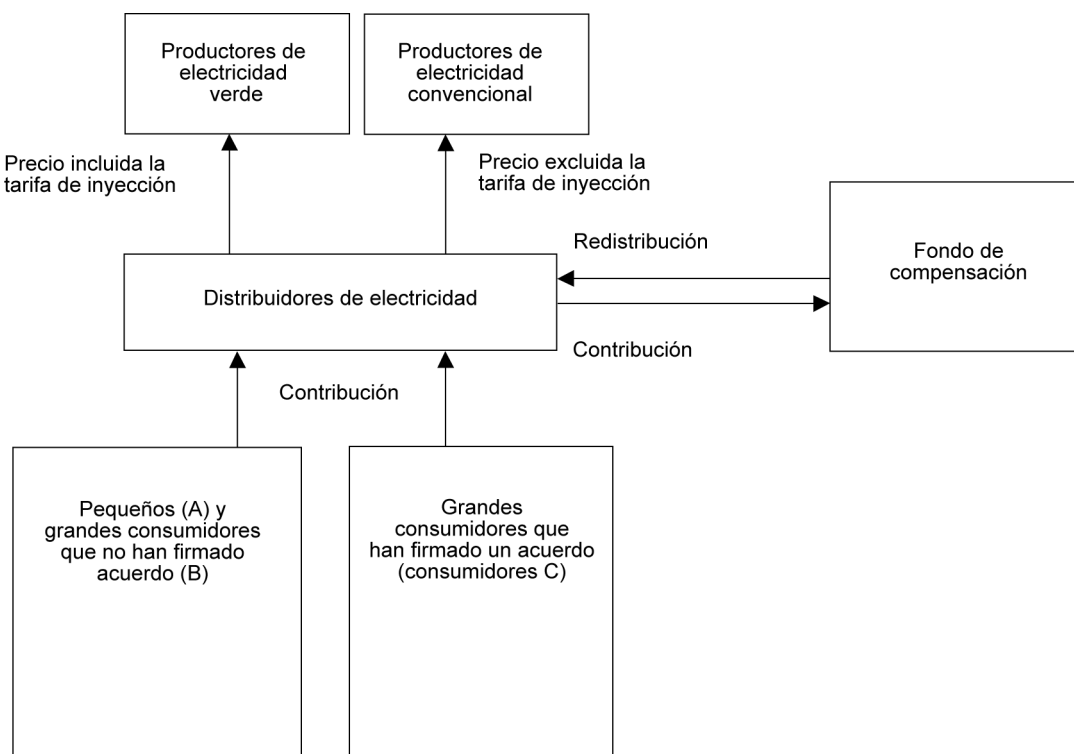
<sup>(12)</sup> Artículo 1 del RGD de 9 de diciembre de 2005 que modifica el artículo 21 del RGD de 22 de mayo de 2001.

<sup>(13)</sup> Artículo 1 del RGD de 9 de diciembre de 2005.

compensación por parte del fondo; por el contrario, si su parte de electricidad verde comprada es inferior a su cuota de mercado nacional, debe abonar una aportación correspondiente al fondo. El fondo de compensación

tiene pues por objetivo garantizar que cada distribuidor activo en Luxemburgo compra una parte de electricidad verde producida en Luxemburgo idéntica a su cuota de mercado nacional.

- (25) El esquema que figura a continuación describe el funcionamiento del fondo de compensación, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2008.



### 3. RAZONES DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN FORMAL

- (26) En su decisión de incoar el procedimiento de investigación formal, la Comisión consideró que el mecanismo de compensación parecía constituir una ayuda estatal en virtud del artículo 87, apartado 1, del Tratado <sup>(14)</sup>.
- (27) La medida proporciona una ventaja a los productores de electricidad verde, que se benefician a la postre del producto del fondo de compensación. Además, la exención de compensación aplicable hasta el 31 de diciembre de 2005 favorece a las grandes empresas consumidoras de electricidad frente a las otras empresas que deben contribuir al fondo de compensación. Por el contrario, los distribuidores no se benefician de ninguna ventaja puesto que solo desempeñan un papel de intermediarios en la recaudación de las contribuciones aportadas por los clientes finales y abonadas finalmente a los productores de electricidad verde.

- (28) Esta ventaja se proporciona por medio de recursos estatales, no por causa de la instauración de la obligación de compra de electricidad verde, sino por razón de la creación del fondo de compensación. En efecto, este fue establecido por el Estado, se abastece mediante un sistema de contribuciones obligatorias y el Estado controla los importes que se abonan al mismo.

- (29) La medida es selectiva puesto que favorece solamente a determinadas empresas o actividades, en particular los productores de electricidad verde frente a los otros productores de electricidad, y las grandes empresas consumidoras de electricidad frente a las otras empresas que consumen electricidad.

- (30) Por último, la concesión de una ventaja a los productores de electricidad verde puede perturbar el comercio intracomunitario de la electricidad y constituir una distorsión de la competencia, así como la ventaja de que se benefician las grandes empresas consumidoras de electricidad, que tienen actividad en distintos sectores de la economía.

<sup>(14)</sup> Véanse los puntos 14 a 19 de la Decisión de incoación del procedimiento de investigación formal (DO C 255 de 23.10.2002).

- (31) La Comisión examinó posteriormente la compatibilidad del mecanismo de compensación con el mercado común en virtud del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado, a la luz de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente de 2001 (en lo sucesivo, «las Directrices de 2001») <sup>(15)</sup>. La Comisión expresó las dudas siguientes a este respecto.
- (32) En primer lugar, la Comisión consideró que las ayudas en favor de los productores de electricidad verde no parecían cumplir las condiciones de las disposiciones siguientes de las Directrices de 2001:
- el sistema no garantiza que las ayudas estén limitadas al exceso de coste entre el precio de producción y el precio de mercado de la energía en cuestión. No limita las ayudas de funcionamiento a la duración necesaria para garantizar la amortización de las instalaciones. Tampoco tiene en cuenta posibles ayudas a la inversión recibidas por los productores para sus instalaciones, como la prima ecológica en Luxemburgo <sup>(16)</sup> (punto E.3.3.1 de las Directrices de 2001),
  - el sistema no prevé un mecanismo de mercado como los certificados verdes (punto E.3.3.2 de las Directrices de 2001),
  - las ayudas de funcionamiento no se calculan sobre la base de los costes externos evitados (punto E.3.3.3 de las Directrices de 2001),
  - las ayudas de funcionamiento no se limitan a 5 años, no son decrecientes y su intensidad no se limita al 50 % de los costes adicionales (punto E.3.3.4 de las Directrices de 2001).
- (33) En segundo lugar, la Comisión consideró que la exención de contribución concedida a las grandes empresas consumidoras de electricidad no parecía cumplir los criterios establecidos por las Directrices de 2001: las empresas beneficiarias de la exención no se comprometieron a alcanzar objetivos de protección del medio ambiente <sup>(17)</sup>; no se ven obligadas a pagar una parte significativa del impuesto <sup>(18)</sup>; y por último, las exenciones no son decrecientes en el sentido de las Directrices de 2001 y su intensidad no se limita al 50 % <sup>(19)</sup>.
- (34) En último lugar, la Comisión se preguntó sobre la compatibilidad de la medida con los artículos 25 y 90 del Tratado. En efecto, el mecanismo de compensación no prevé una exención de la contribución para la electricidad importada, ni impuesto sobre las exportaciones. Sin embargo, esta medida beneficia solamente *in fine* a los productores nacionales de electricidad verde. La electricidad importada se grava pues sin beneficiarse *in fine* del apoyo

del que goza la electricidad verde producida en Luxemburgo.

- (35) El nuevo RGD mencionado en el punto 23, que debe entrar en vigor el 1 de enero de 2009, modifica el mecanismo de compensación de manera que ya no entra en el marco de las razones que conducen a la apertura del procedimiento de investigación formal. Por tanto, la presente Decisión examina la existencia de ayudas estatales y la posible compatibilidad del mecanismo de compensación en virtud del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado hasta el 31 de diciembre de 2008.

#### 4. OBSERVACIONES DE LUXEMBURGO SOBRE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN FORMAL

##### 4.1. Sobre la descripción de la medida

- (36) En primer lugar, Luxemburgo destaca que según el RGD de 30 de mayo de 1994, solo Cegedel está obligado a comprar la electricidad verde producida en Luxemburgo. En consecuencia, a causa de la liberalización, aparecieron otros distribuidores competidores, que en junio de 2003 ascendían a 13. A todos se impuso la obligación de compra de electricidad verde. Sin embargo, de hecho, los costes adicionales correspondían siempre esencialmente a un único operador, Cegedel. Luxemburgo señala pues que el fondo de compensación favorece en realidad una competencia equitativa entre los distribuidores, puesto que distribuye entre ellos los costes adicionales vinculados a la obligación de compra de electricidad verde.
- (37) En segundo lugar, Luxemburgo indica que la medida presenta un beneficio medioambiental significativo y contribuye a alcanzar los objetivos de protección del medio ambiente a que se comprometió Luxemburgo, de acuerdo con la política comunitaria de lucha contra el cambio climático: para Luxemburgo, el objetivo consiste en reducir un 28 % las emisiones de CO<sub>2</sub> con relación a 1990. Las autoridades luxemburguesas invitan pues a la Comisión a medir los efectos potenciales de distorsión de la competencia o de que se vean afectados los intercambios intracomunitarios a la vista del beneficio medioambiental de la medida.

##### 4.2. Sobre la existencia de una ayuda estatal

- (38) Luxemburgo considera que la creación del fondo de compensación no constituye una ayuda estatal según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 1, del Tratado.
- (39) En primer lugar, Luxemburgo alega que el fondo no implica recursos estatales, de acuerdo con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo denominado «el Tribunal de Justicia») de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra <sup>(20)</sup>. En efecto, antes de la introducción del fondo, únicamente los clientes finales de una empresa privada, Cegedel, soportaban los costes adicionales vinculados a la obligación de compra de electricidad verde. Tras la introducción del fondo, los costes adicionales se distribuyen entre todos los clientes de todos los distribuidores activos en Luxemburgo, pero no implican más recursos estatales. Luxemburgo cita en apoyo de su argumentación el punto 66 de la

<sup>(15)</sup> DO C 37 de 3.2.2001, p. 3.

<sup>(16)</sup> Decisión de la Comisión de 17 de octubre de 2001 relativa al asunto N 842/2000 (DO C 5 de 8.1.2002, p. 5.)

<sup>(17)</sup> Véase el punto 51, apartado 1a).

<sup>(18)</sup> Véase el punto 51, apartado 1b), segundo guión.

<sup>(19)</sup> Véase el punto 46.

<sup>(20)</sup> C-379/98, Rec. 2001, p. I-02099.

sentencia PreussenElektra: «una normativa de un Estado miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras de electricidad y los gestores privados de redes eléctricas que están situados en un nivel de distribución anterior no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, apartado 1, del Tratado».

- (40) En segundo lugar, Luxemburgo observa que el fondo de compensación no crea una ventaja para los productores de electricidad verde en la medida en que no hay ningún vínculo contractual o financiero entre el fondo y los productores. Estos últimos, en efecto, son remunerados directamente por los distribuidores cuando compran electricidad verde, según las tarifas establecidas en su momento por el RGD de 30 de mayo de 1994. El fondo de compensación, por su parte, realiza compensaciones solamente entre distribuidores.
- (41) El fondo de compensación no crea por otra parte una ventaja para las grandes empresas consumidoras de electricidad con relación a las que contribuyen al fondo. En efecto, los beneficiarios de la exención —industria química y siderurgia— no tienen en Luxemburgo un competidor que debería contribuir al fondo. Por otra parte, Luxemburgo considera que los beneficiarios de la exención no se ven favorecidos con relación a los competidores situados fuera de Luxemburgo.
- (42) En último lugar, Luxemburgo considera que el efecto de distorsión de la competencia y asignación de los intercambios intracomunitarios vinculado al fondo de compensación solo es teórico. En particular, no se determina que las exenciones de que se beneficia la industria pesada en Luxemburgo afectan a los intercambios entre Estados miembros.

#### 4.3. Sobre la violación de los artículos 25 y 90 del Tratado

- (43) Luxemburgo considera que el mecanismo de compensación no infringe los artículos 25 y 90 del Tratado. En efecto, según Luxemburgo, el sistema no trata de manera diferente la electricidad producida en Luxemburgo y la electricidad importada. Por otra parte, la electricidad verde producida en aplicación del RGD de 30 de mayo de 1994 no se exporta. Así pues, un productor situado en otro Estado miembro pero con clientes en Luxemburgo es tratado de forma idéntica a un productor situado en Luxemburgo y que vende en el mercado nacio-

nal. La conclusión es la misma si los clientes de estos dos productores se encuentran en otro Estado miembro.

#### 4.4. Sobre la compatibilidad con el Tratado de una potencial ayuda estatal

- (44) Las autoridades luxemburguesas, si bien impugnan que la exención de contribución para las grandes empresas consumidoras de electricidad constituye una ayuda estatal, destacan que esta medida podría considerarse compatible con las Directrices de 2001.
- (45) En primer lugar, Luxemburgo observa que la exención se concede, en efecto, sobre la base de un acuerdo voluntario que incluye objetivos de mejora de la eficacia energética para los industriales signatarios. El acuerdo voluntario se celebró entre Luxemburgo y la federación nacional de las industrias (FEDIL) en marzo de 1996, y se prorrogó en abril de 2001.
- (46) En segundo lugar, Luxemburgo admite que el acuerdo no prevé sanciones en caso de incumplimiento de los compromisos, pero se compromete a incluir tal mecanismo para ajustarlo al punto 51, apartado 1a), de las Directrices de 2001.

#### 5. OBSERVACIONES DE LOS INTERESADOS

- (47) Solo los Países Bajos formularon observaciones a raíz de la apertura del procedimiento de investigación formal del mecanismo de compensación en Luxemburgo.
- (48) Los Países Bajos recuerdan que la ayuda a los productores nacionales de electricidad verde se autoriza a condición de que no supere el coste adicional no rentable de producción de esta electricidad. Las autoridades neerlandesas se declaran favorables a la compensación íntegra de este coste adicional no rentable, con el fin de desarrollar la producción de electricidad verde. Esta ayuda es en efecto necesaria para permitir a los Estados miembros alcanzar los objetivos medioambientales a que se comprometieron ratificando el Protocolo de Kioto <sup>(21)</sup>.
- (49) Los Países Bajos destacan por otro lado que debe dejarse a cada Estado miembro un margen de maniobra con el fin de alcanzar los objetivos medioambientales del Protocolo de Kioto. Sugieren en consecuencia a la Comisión un enfoque caso por caso de las medidas de apoyo a la electricidad verde adoptadas por cada Estado miembro.
- (50) En conclusión, los Países Bajos invitan a la Comisión a que examine positivamente la medida prevista en Luxemburgo habida cuenta de la necesidad actual de desarrollar más la producción de electricidad verde.

<sup>(21)</sup> Protocolo de Kioto al Convenio marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, adoptado el 11 de diciembre de 1997.

## 6. COMENTARIOS DE LUXEMBURGO SOBRE LAS OBSERVACIONES DE LOS INTERESADOS

- (51) Luxemburgo no realizó ningún comentario a las observaciones formuladas por los Países Bajos.

## 7. APRECIACIÓN

### 7.1. Existencia de ayuda estatal

- (52) En su decisión de apertura del procedimiento formal de investigación, la Comisión consideró que el mecanismo de compensación parecía constituir una ayuda estatal según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 1, del Tratado<sup>(22)</sup>. Las dos categorías de beneficiarios de esta ayuda estatal eran los productores de electricidad verde, así como las grandes empresas consumidoras de electricidad gracias a la exención de contribución al fondo de compensación.
- (53) En decisiones anteriores, la Comisión consideró igualmente que regímenes de tarifas de inyección, financiados de manera similar al caso presente, constituían ayudas estatales. Este fue el caso por ejemplo de las decisiones sobre el asunto N 504/2000<sup>(23)</sup> (Reino Unido), los asuntos acumulados N 707/02 y N 708/02<sup>(24)</sup>, prorrogados por la medida N 543/2005<sup>(25)</sup> y posteriormente por la medida N 478/07<sup>(26)</sup> (Países Bajos), los asuntos NN 162/03 y N 317/06<sup>(27)</sup> (Austria) y el asunto C 7/05 (Eslovenia)<sup>(28)</sup>.
- (54) Procede examinar a continuación si el mecanismo de compensación constituye una ayuda estatal durante el período analizado, es decir hasta el 31 de diciembre de 2008.

#### 7.1.1. Determinación de la presencia de recursos estatales

- (55) Según la jurisprudencia, para calificarse de ayuda estatal, una medida debe, en primer lugar, concederse directa o indirectamente por medio de recursos estatales y, en segundo lugar, ser imputable al Estado<sup>(29)</sup>.
- (56) Por lo que se refiere a la existencia de recursos estatales, el Tribunal de Justicia admitió que los recursos financieros de una medida no deben necesariamente constituir activos permanentes del sector público para ser recursos estatales; en efecto, el hecho de que estos recursos estén constantemente bajo control público y por tanto a disposición de las autoridades nacionales competentes basta para calificarlos de recursos estatales<sup>(30)</sup>. Del mismo

modo, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>(31)</sup>, no hay recursos estatales cuando las autoridades públicas no tienen o no obtienen en ningún momento el control de los fondos que financian la ventaja económica en cuestión. Es por tanto importante determinar si el Estado ejerce un control directo o indirecto sobre los recursos en cuestión, a pesar de que estos fondos no procedan directamente del presupuesto del Estado. En el asunto PreussenElektra, las tarifas de inyección eran financiadas directamente por proveedores privados de electricidad, los cuales debían comprar la electricidad a los productores de electricidad verde a un precio superior al precio de mercado de la electricidad. En el caso presente, desde enero de 2001 hasta diciembre de 2008, el Estado impuso contribuciones obligatorias a los consumidores, que se transferían a los productores de electricidad verde por medio de los distribuidores. Por otra parte, el fondo de compensación, creado por el Estado luxemburgués, gestiona la compensación entre los distribuidores. En su sentencia Stardust Marina<sup>(32)</sup>, el Tribunal de Justicia estableció que los recursos que pasan al control del Estado en un momento determinado son recursos estatales. La Comisión considera por tanto que la ayuda se asigna directa o indirectamente por medio de recursos estatales.

- (57) Por lo que se refiere a la imputabilidad, el ILR calcula y distribuye la ayuda a cada beneficiario según una fórmula determinada por la legislación. Así pues, el Estado ejerce un control mediante la legislación no solo sobre los importes distribuidos y los beneficiarios, sino también sobre la concesión de la ayuda. La Comisión considera pues que la ayuda es imputable al Estado.

#### 7.1.2. Selectividad

- (58) El mecanismo de compensación solo contempla a algunos productores de electricidad, en este caso los productores de electricidad verde en Luxemburgo.
- (59) Del mismo modo, el mecanismo prevé una exención de contribución o, a partir del 1 de enero de 2006, una contribución reducida solamente para una categoría de consumidores, los grandes consumidores de electricidad<sup>(33)</sup>.

#### 7.1.3. Existencia de una ventaja

- (60) La contribución obligatoria impuesta por el mecanismo de compensación otorga manifiestamente una ventaja a los productores de electricidad verde, puesto que el objetivo mismo del sistema es permitir a estos productores vender su electricidad a un precio superior al precio de mercado.

<sup>(22)</sup> Véanse los puntos 14 a 19 de la Decisión de apertura del procedimiento de investigación formal.

<sup>(23)</sup> DO C 30 de 2.2.2002, p. 15.

<sup>(24)</sup> DO C 148 de 25.6.2003, p. 12.

<sup>(25)</sup> DO C 221 de 14.9.2006, p. 8.

<sup>(26)</sup> DO C 39 de 13.2.2008, p. 3.

<sup>(27)</sup> Los asuntos se han dividido en una parte A (energías renovables) y una parte B (cogeneración) (DO C 221 de 14.9.2006, p. 8).

<sup>(28)</sup> DO L 219 de 24.8.2007, p. 9.

<sup>(29)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión, apartado 24 (C-482/99, Rec. 2002 p. I-4397).

<sup>(30)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión, apartado 50 (C-83/98, Rec. 2000 p. I-3271), y la sentencia del Tribunal de 12 de diciembre de 1996, Air France/Comisión apartado 67 (T-358/94, Rec. 1996 p. II-2109).

<sup>(31)</sup> Véanse las conclusiones del abogado general Jacobs en el asunto C-482/99 Francia/Comisión, apartados 38 a 42, Rec. 2002 p. I-4397, y la sentencia de 13 de marzo de 2001, antes citada en la nota a pie de página 20, apartados 59 a 61.

<sup>(32)</sup> Véase la sentencia del Tribunal, de 16 de mayo de 1990, Francia/Comisión, apartado 37 (482/99, Rec., p. I-4397).

<sup>(33)</sup> Véase el apartado 22.

(61) Las grandes empresas consumidoras de electricidad se benefician manifiestamente de una ventaja a causa de la exención —o a partir del 1 de enero de 2006 de la reducción— de la contribución al mecanismo de compensación.

#### 7.1.4. *Distorsión de la competencia y afectación del comercio intracomunitario*

(62) La medida afecta a los operadores económicos activos en sectores abiertos a la competencia, ya se trate de la producción de electricidad o de sectores en los que operan las grandes empresas consumidoras de electricidad (industria química y siderurgia, en particular), y que realizan intercambios con los otros Estados miembros.

(63) Por consiguiente, la ayuda puede crear distorsiones de la competencia y afectar al comercio intracomunitario.

#### 7.1.5. *Conclusión sobre la existencia de una ayuda estatal*

(64) Sobre la base de estos elementos, la Comisión considera que la versión del mecanismo de compensación existente entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2008 constituye una ayuda estatal según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 1, del Tratado.

### 7.2. Examen de la compatibilidad de la ayuda en virtud del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado

(65) Por las razones expuestas en los puntos 32, 33 y 34, la Comisión decidió incoar un procedimiento de investigación formal en el presente caso, ya que dudaba de la compatibilidad de la medida con el mercado común, compatibilidad que implica también su conformidad con los artículos 25 y 90 del Tratado.

(66) Dado que la ayuda constituida por el mecanismo de compensación persigue un objetivo de protección del medio ambiente, su compatibilidad debe evaluarse respecto a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente. Entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2008, se aplicaron sucesivamente dos directrices, puesto que las Directrices de 2001 fueron sustituidas por las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente<sup>(34)</sup> (en lo sucesivo, «las Directrices de 2008»). Al estar la ayuda en cuestión registrada como ayuda no notificada, conviene, de acuerdo con el punto 205 de las Directrices de 2008, examinar su compatibilidad respecto a las normas aplicables en el momento de su concesión.

(67) Debe pues examinarse en primer lugar la compatibilidad de la medida respecto a las Directrices de 2001 y 2008

y, en segundo lugar, la conformidad de la medida con los artículos 25 y 90 del Tratado.

### 7.3. Compatibilidad de la ayuda respecto a las Directrices de 2001 y 2008

(68) La Comisión examina la compatibilidad de la ayuda para dos tipos de beneficiarios, durante el período del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2008: los productores de electricidad verde, que se benefician indirectamente de la contribución al fondo de compensación, por una parte, y, por otra parte, las grandes empresas consumidoras de electricidad, que se beneficiaron de la exención y posteriormente, a partir del 1 de enero de 2006, de una reducción de la contribución al fondo de compensación.

#### 7.3.1. *Compatibilidad de la ayuda a los productores de electricidad verde en Luxemburgo*

(69) La ayuda concedida a los productores de electricidad verde mediante la contribución obligatoria incluida en el mecanismo de compensación afecta a determinadas fuentes de energía renovables (energía hidráulica, solar, eólica, biomasa y biogás) y a la cogeneración, cubiertas por las Directrices de 2001 y 2008<sup>(35)</sup>.

(70) Las autoridades luxemburguesas presentaron a la Comisión dos informes realizados por el instituto de investigación [...] \*<sup>(36)</sup> en los que se analizaban los niveles de compensación concedidos a los productores de electricidad verde en Luxemburgo. Estos informes abarcan el período hasta finales de 2005<sup>(37)</sup> para el primero, y de 2006 a 2008 para el segundo<sup>(38)</sup>.

(71) Los cálculos se realizan para todas las fuentes de energía renovables seleccionables para el mecanismo de compensación<sup>(39)</sup>, y afectan también a la cogeneración. Además de las tarifas de inyección, tienen en cuenta otros regímenes de ayuda, ayudas de funcionamiento [en particular, la prima ecológica<sup>(40)</sup>] o ayudas a la inversión. Los cálculos comparan el coste de la producción de electricidad verde y el precio de mercado de esta electricidad. Los informes concluyen con la ausencia de sobrecompensación durante el período, para las fuentes de energía renovables y para la cogeneración.

(72) Sobre la base de estos elementos, la Comisión considera que la ayuda se limita a la diferencia entre el coste de producción de la electricidad verde y el precio de mercado de la electricidad.

<sup>(35)</sup> Véanse los apartados 70 (5) y 70 (10) de las Directrices de 2008.  
\* Secreto commercial

<sup>(36)</sup> [...].

<sup>(37)</sup> [...].

<sup>(38)</sup> [...].

<sup>(39)</sup> Las fuentes de energía en cuestión son la energía hidráulica, solar, eólica, la biomasa y el biogás.

<sup>(40)</sup> Decisión de la Comisión de 17 de octubre de 2001 relativa al asunto N 842/2000 (DO C 5 de 8.1.2002, p. 5.).

<sup>(34)</sup> DO C 82 de 1.4.2008, p. 1.



(73) Para el período que va desde el 1 de enero de 2001 al 1 de abril de 2008, en el que eran de aplicación las Directrices de 2001, la Comisión considera que la ayuda concedida a los productores de electricidad verde se ajusta a las Directrices de 2001, en particular sus apartados 58 a 60 relativos a las ayudas de funcionamiento, y que es por tanto compatible con lo dispuesto en el artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado.

(74) Para el período desde el 2 de abril de 2008 al 31 de diciembre de 2008, durante el cual eran aplicables las Directrices de 2008, la Comisión considera que la ayuda concedida a los productores de electricidad verde se ajusta a las Directrices de 2008, en particular sus apartados 109 y 119 relativos a las ayudas de funcionamiento para las energías renovables y la cogeneración<sup>(41)</sup>, y que esta ayuda es por tanto compatible según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado.

### 7.3.2. Compatibilidad de la ayuda a las grandes empresas consumidoras de electricidad

(75) En su decisión de apertura del procedimiento de investigación formal, la Comisión expresó dudas en cuanto a la compatibilidad de la exención de contribución de que se beneficiaban las grandes empresas consumidoras de electricidad hasta el 31 de diciembre de 2005. A partir del 1 de enero de 2006, estas empresas contribuyeron al fondo de compensación beneficiándose no obstante de un tipo reducido.

(76) Por lo que se refiere a la determinación de las normas aplicables para la apreciación de la compatibilidad de la ayuda, hay que tener en cuenta que la contribución para el año 2008 se calculó sobre la base de datos del año 2007, y que la decisión de conceder la ayuda se tomó antes del 2 de abril de 2008, fecha de aplicación de las Directrices de 2008. Por tanto, para el período desde el 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2008, la compatibilidad de la ayuda concedida a las grandes empresas consumidoras de electricidad debe valorarse a la luz de las Directrices de 2001.

(77) Las autoridades luxemburguesas precisaron en primer lugar que todas las grandes empresas consumidoras de electricidad beneficiarias de la exención se habían comprometido a mejorar su eficacia energética mediante acuerdos voluntarios celebrados con el Estado en 1996, y posteriormente en 2002, para abarcar el período desde 2000 a 2006. Además, Luxemburgo modificó estos acuerdos el 13 de abril de 2005 a petición de la Comisión.

(78) Las principales modificaciones, que entraron en vigor con el RGD de 9 de diciembre de 2005, comprenden la

inclusión de un objetivo concreto de mejora de la eficacia energética para las empresas signatarias: la mejora debe ser del 15 % en 2005 con relación a la eficacia energética de 1990. Además, se introducen sanciones en el acuerdo en caso de incumplimiento de los compromisos:

— las empresas que no cumplan sus compromisos deberán comprar una determinada cantidad de electricidad verde en el mercado o producirla para su propio consumo<sup>(42)</sup>,

— las empresas que no respeten sus compromisos de certificar la mejora de su eficacia energética mediante auditores al principio y al final del período deberán comprar o producir ellas mismas unos volúmenes de electricidad verde correspondientes al 1 % de su consumo.

(79) Además, la exención de contribución se creó al mismo tiempo que la propia contribución al fondo de compensación, el 1 de enero de 2001.

(80) Sobre la base de los elementos presentados en los puntos 77, 78 y 79, la Comisión considera que la exención, y a partir del 1 de enero de 2006 la reducción de la contribución al fondo de compensación para las grandes empresas consumidoras de electricidad a cambio de la celebración de acuerdos voluntarios, es conforme al punto 51, apartado 1a), de las Directrices de 2001. Por consiguiente, la medida es compatible con arreglo al artículo 87, apartado 3, letra c), a partir de diciembre de 2005.

(81) Para el período de enero de 2001 a diciembre de 2005, la Comisión destaca que la exención de contribución se obtiene también a cambio de compromisos de mejora de la eficacia energética de las grandes empresas consumidoras de electricidad. Estos acuerdos, celebrados por primera vez en 1996, se renovaron en 2002 para el período comprendido entre 2000 y 2006. Además, las sanciones introducidas en 2005 se aplican si las empresas no mejoraron su eficacia energética en 2005 un 15 % con relación a 1990. La Comisión considera pues que el objetivo medioambiental concreto y las sanciones se aplican al comportamiento de los beneficiarios de la exención entre 2001 y 2005. Por consiguiente, la Comisión considera que la exención de contribución para las grandes empresas consumidoras de electricidad entre enero de 2001 y diciembre de 2005 se ajusta al punto 51, apartado 1a), de las Directrices de 2001, y que es por tanto compatible según lo dispuesto en el artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado.

<sup>(41)</sup> Las autoridades luxemburguesas precisaron también que los sistemas de cogeneración deberían cumplir los criterios de alta eficacia presentados en el apartado 70 (11) de las Directrices de 2008.

<sup>(42)</sup> Esta cantidad debe reflejar la diversidad de las energías verdes apoyadas por el fondo de compensación y se determinará sobre la base de los tres factores siguientes, según los términos de la modificación de 13 de abril de 2005: «1) el consumo de electricidad de la empresa durante el período en que se ha beneficiado de la exención; 2) el índice de cobertura del consumo nacional de electricidad por la producción de electricidad objeto de ayuda por el fondo de compensación; 3) el porcentaje de divergencia entre el índice de mejora de la eficacia energética de la empresa y el índice general [de mejora de la eficacia energética]». El porcentaje de divergencia no podrá exceder del 100 %. El objetivo del 15 % de mejora de la eficacia energética se adapta mediante prorrateo en el caso de las empresas que han comenzado sus actividades después de 1990.

#### 7.4. Conformidad de la ayuda con los artículos 25 y 90 del Tratado

- (82) Para el período que va desde el 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2008, los consumidores soportan finalmente los costes adicionales vinculados a la obligación de compra de electricidad verde sobre la base de su consumo. Según una jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia, y confirmada recientemente por la sentencia Essent<sup>(43)</sup>, tal contribución obligatoria impuesta a los consumidores finales constituye una tasa parafiscal y la Comisión debe examinar la conformidad de su mecanismo de financiación con el Tratado<sup>(44)</sup>. La Comisión adoptó también un enfoque similar en las Decisiones citadas en el punto 53.
- (83) Por lo que se refiere al riesgo de discriminación de la electricidad verde importada con relación a la electricidad verde producida en Luxemburgo, única beneficiaria de los ingresos de las contribuciones, las autoridades luxemburguesas se comprometieron, por una carta ministerial, a crear un procedimiento de reembolso de las contribuciones al fondo para la electricidad verde importada hasta el 31 de diciembre de 2008. Para beneficiarse, los consumidores deberán probar que compraron electricidad verde importada.
- (84) [...]
- (85) [...] <sup>(45)</sup>
- (86) [...]
- (87) Además, sobre la base de estos elementos, el sistema existente en Luxemburgo parece muy similar a los procedimientos de reembolso establecidos en Austria, y declarados compatibles por la Comisión <sup>(46)</sup>.

#### 8. CONCLUSIÓN

- (88) La Comisión constata que Luxemburgo aplicó ilegalmente la medida de creación de un fondo de compensación en el marco de la organización del mercado de la electricidad, en violación del artículo 88, apartado 3, del Tratado.

- (89) Sin embargo, habida cuenta del conjunto de los elementos expuestos, la Comisión concluye que para el período que va desde enero de 2001 hasta diciembre de 2008, la ayuda concedida a los productores de electricidad verde en Luxemburgo, así como la exención, y posteriormente, a partir del 1 de enero de 2006, la reducción de la contribución para las grandes empresas consumidoras de electricidad, constituyen ayudas compatibles en virtud del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado, tal como se precisa en las Directrices de 2001 y 2008.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

##### Artículo 1

La creación y la gestión entre el 1 de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2008 por Luxemburgo de un fondo de compensación en el marco de la organización del mercado de la electricidad constituyen una ayuda estatal en virtud del artículo 87, apartado 1, del Tratado, en favor de los productores de electricidad verde en Luxemburgo por una parte, y de las grandes empresas consumidoras de electricidad por otra parte.

Esta ayuda es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado.

##### Artículo 2

La presente Decisión es válida a reserva de la modificación del mecanismo de compensación, tal como se comprometió Luxemburgo a prever en su legislación.

##### Artículo 3

El destinatario de la presente Decisión es el Gran Ducado de Luxemburgo.

Hecho en Bruselas, el 28 de enero de 2009.

Por la Comisión

Neelie KROES

Miembro de la Comisión

<sup>(43)</sup> Sentencia del Tribunal de 17 de julio 2008 Essent (C-206/06), aún no publicada en la Recopilación.

<sup>(44)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de 21 de octubre de 2003, Bélgica/Eugene Van Calster, Felix Cleeren y Openbaar Slachthuis NV (C-261/01 y C-262/01, Rec. 2003, p. I-12249).

<sup>(45)</sup> [...]

<sup>(46)</sup> Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2006 relativa a los asuntos NN 162/03 y N 317/06 (véase la nota a pie de página 27).