II

(Actes pris en application des traités CE/Euratom dont la publication n'est pas obligatoire)

DÉCISIONS

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 28 janvier 2009

concernant l'aide sous la forme de la création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité mise à exécution par le Luxembourg [C 43/02 (ex NN 75/01)]

[notifiée sous le numéro C(2009) 230]

(Le texte en langue française est le seul faisant foi.)

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

(2009/476/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 88, paragraphe 2, premier alinéa,

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son article 62, paragraphe 1, point a),

après avoir invité les intéressés à présenter leurs observations conformément auxdits articles [1] et vu ces observations,

considérant ce qui suit:

1. PROCEDURE

(1) Par lettre datée du 2 juillet 2001, enregistrée le 16 juillet 2001 sous le numéro N 475/01, le Luxembourg a notifié à la Commission au titre de l'article 88, paragraphe 3, du traité la création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité. La mesure notifiée avait cependant été mise en œuvre dans les faits dès le 1er janvier 2001. La Commission a donc estimé que la mesure ne pouvait être considérée comme un projet d'aide au sens de l'article 88, paragraphe 3, du traité, et l'a inscrite le 30 juillet 2001 au registre des aides non notifiées, sous le numéro NN 75/01.

(2) À la suite d'un échange de correspondances avec les autorités luxembourgeoises, la Commission a notifié au Luxembourg par lettre du 5 juin 2002 sa décision d'ouvrir la procédure prévue à l'article 88, paragraphe 2, du traité à l'encontre de cette mesure. Elle a également invité le Luxembourg à présenter ses observations et à fournir toute information utile pour l'évaluation de la mesure dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de la lettre.

(3) La décision de la Commission d'ouvrir la procédure a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* [2]. La Commission a invité les parties intéressées à présenter leurs observations sur la mesure en cause.

(4) Par lettre du 22 juillet 2002, enregistrée le 26 juillet 2002, le Luxembourg a demandé un délai supplémentaire pour transmettre ses observations, délai que la Commission a accordé et fixé au 5 septembre 2002 par lettre datée du 30 juillet 2002.

(5) Par télécopie du 4 décembre 2002, enregistrée le même jour, les Pays-Bas ont transmis à la Commission leurs observations sur la mesure en cause. Par lettre du 18 février 2003, la Commission a transmis la lettre des Pays-Bas au Luxembourg et invité ce dernier à lui transmettre ses observations dans un délai d'un mois. Après avoir adressé une lettre de rappel le 16 mai 2003, la Commission a reçu du Luxembourg par télécopie du 28 mai 2003, enregistrée le même jour, une demande d'extension du délai de réponse.

[1] JO C 255 du 23.10.2002, p. 15.

[2] Voir note 1 de bas de page.

(6) Par lettre du 4 juin 2003, enregistrée le 5 juin 2003, le Luxembourg a transmis à la Commission ses observations à la fois sur la lettre de la Commission du 5 juin 2002 et sur les observations fournies par les Pays-Bas. Le Luxembourg a transmis des éléments complémentaires par lettre datée du 3 mai 2004, enregistrée le 13 mai 2004.

(7) Une réunion de travail entre le Luxembourg et la Commission s'est tenue le 25 janvier 2005.

(8) Par lettre du 31 mars 2005, la Commission a adressé une demande d'information au Luxembourg. La Commission a reçu une réponse du Luxembourg par lettres datées des 20 avril et 20 mai 2005, enregistrées respectivement les 27 avril et 1er juin 2005.

(9) Par lettre du 22 juin 2005, la Commission a adressé une demande d'information complémentaire au Luxembourg. Par lettre datée du 22 novembre 2005, enregistrée le 23 novembre 2005, le Luxembourg a demandé un délai supplémentaire pour communiquer sa réponse, délai que la Commission a fixé au 31 janvier 2006 par lettre du 5 décembre 2005. La Commission a reçu une réponse du Luxembourg par lettre datée du 31 janvier 2006, enregistrée le 3 février 2006.

(10) Par lettre du 27 mars 2006, la Commission a adressé une demande d'information complémentaire au Luxembourg. La Commission a reçu une réponse du Luxembourg par lettre datée du 11 avril 2006, enregistrée le 18 avril 2006.

(11) Une réunion de travail entre le Luxembourg et la Commission s'est tenue le 12 décembre 2006.

(12) Par lettre du 21 novembre 2007, la Commission a adressé une demande d'information complémentaire au Luxembourg. Par lettre du 6 décembre 2007, enregistrée le 10 décembre 2007, le Luxembourg a demandé un délai supplémentaire pour communiquer sa réponse, délai que la Commission a accordé et fixé au 17 janvier 2008 par lettre du 14 décembre 2007. La Commission a reçu une réponse du Luxembourg par lettre datée du 28 janvier 2008, enregistrée le 30 janvier 2008.

(13) Une réunion de travail entre le Luxembourg et la Commission s'est tenue le 27 février 2008.

(14) La Commission a reçu des éléments complémentaires du Luxembourg par lettre datée du 19 juin 2008, enregistrée le 20 juin 2008, et par lettre enregistrée le 12 septembre 2008.

2. DESCRIPTION

2.1. L'encadrement législatif du mécanisme de compensation

2.1.1. *Le règlement grand-ducal («ci-après RGD») du 30 mai 1994 et le processus de libéralisation du marché de l'électricité*

(15) Le RGD du 30 mai 1994 ([3]) concernant la production d'énergie électrique basée sur les énergies renouvelables ou la cogénération (ci-après «électricité verte») impose une obligation d'achat de cette électricité verte à Cegedel, qui à cette époque était le seul concessionnaire général du réseau électrique au Luxembourg. Le régime concerne la production d'électricité à partir de l'énergie hydraulique, éolienne, photovoltaïque, du biogaz et de la biomasse, et la production d'électricité par cogénération.

(16) L'article 1er du RGD de 1994 prévoit que les «quantités d'électricité disponibles en provenance de l'autoproduction basée sur les énergies renouvelables ou sur la cogénération sont, à la demande de l'autoproducteur, reprises par l'État grand-ducal pour le compte du réseau public». Le RGD de 1994 fixe également les prix de cette électricité verte à un niveau supérieur à celui de l'électricité produit de façon conventionnelle. Les prix d'achat de l'électricité verte ont été réajustés au cours du temps, en particulier via le RGD du 14 octobre 2005 ([4]). Les prix en vigueur au 1er janvier 2008 ont été fixés par le RGD du 8 février 2008 ([5]) relatif à la production d'électricité basée sur les sources d'énergie renouvelables.

(17) Le Luxembourg estimait qu'en 2000, l'obligation d'achat issue du RGD de 1994 portait sur une production de 112 GWh ([6]), et que ces volumes étaient achetés à un prix moyen environ trois fois supérieur au prix issu des contrats de fourniture à long terme conclus par Cegedel. Selon les autorités luxembourgeoises, il en résultait un surcoût de 275 millions de francs luxembourgeois (LUF) soit 6,8 millions d'EUR.

(18) Après l'ouverture du secteur de l'électricité à la concurrence par la loi du 24 juillet 2000 ([7]), l'obligation d'achat s'est étendue à tous les distributeurs actifs au Luxembourg. Ces derniers étaient au nombre de treize en 2001, dont le principal, Cegedel, le second, Sotel, approvisionnant les sites sidérurgiques du sud du pays, et des distributeurs locaux. Pour autant, dans les faits, seul Cegedel achetait l'essentiel de l'électricité verte produite au Luxembourg.

([3]) *Mémorial* A nº 62 du 12 juillet 1994, p. 1140.
([4]) RGD du 14 octobre 2005 1) concernant la fourniture d'énergie électrique basée sur les énergies renouvelables et 2) modifiant le RGD du 30 mai 1994 concernant la production d'énergie électrique basée sur les énergies renouvelables ou sur la cogénération ainsi que le RGD du 22 mai 2001 concernant l'introduction d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité (*Memorial* A nº 181 du 14 novembre 2005, p. 2948).
([5]) *Mémorial* A nº 16 du 12 février 2008, p. 260.
([6]) Selon le Luxembourg, la consommation totale d'électricité au Luxembourg était de 5 650 GWh en 2000.
([7]) *Mémorial* A nº 79 du 21 août 2000, p. 1896.

2.1.2. *Le RGD du 22 mai 2001*

(19) Afin de répartir équitablement entre distributeurs les charges liées à l'obligation de reprise de l'électricité verte, le Luxembourg a décidé d'instaurer un mécanisme de compensation par le RGD du 22 mai 2001 ([8]) concernant l'introduction d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité. Dans les faits, le fonds de compensation a été opérationnel dès le 1er janvier 2001.

(20) Selon l'article 21 du RGD du 22 mai 2001, chaque distributeur d'électricité luxembourgeois est autorisé à percevoir une contribution au fonds de compensation auprès de ses clients finals. La contribution est proportionnelle à la consommation d'électricité par le client final. En outre, le mécanisme du fonds de compensation permet de répartir les charges liées à l'obligation d'achat d'électricité verte sur l'ensemble des clients du distributeur. Le montant des contributions est fixé chaque année par l'État de façon à ce que les recettes du fonds ne dépassent pas le surcoût lié à l'achat d'électricité verte. Il ressort de l'article 13 du RGD du 22 mai 2001 que les grands consommateurs d'électricité ([9]) sont exonérés du paiement de cette contribution jusqu'au 31 décembre 2005 ([10]). Selon les autorités luxembourgeoises, cette exemption concerne environ une cinquantaine de grands consommateurs notamment dans l'industrie chimique et la sidérurgie.

(21) Ainsi, selon l'article 23 du RGD du 22 mai 2001, la contribution est fixée pour tous les clients non exonérés à 2,73 EUR/MWh pour l'année 2001.

2.1.3. *Le RGD du 9 décembre 2005*

(22) À la suite de discussions bilatérales conduites avec la Commission, le RGD du 9 décembre 2005 ([11]), entré en vigueur le 1er janvier 2006, modifie le RGD du 22 mai 2001. Il supprime en particulier l'exonération de contribution pour les grands consommateurs d'électricité, et introduit en lieu et place trois catégories de clients, correspondant à trois niveaux de contributions différents ([12]):

— la catégorie A comprend les clients dont les points de comptage affichent une consommation annuelle d'électricité inférieure ou égale à 25 MWh. Pour l'année 2007, les contributions à verser par les consommateurs de la catégorie A étaient fixées à 7,00 EUR/MWh,

— la catégorie B comprend les clients dont les points de comptage affichent une consommation annuelle d'électricité supérieure à 25 MWh, à l'exception des points de comptage qui sont classés dans la catégorie C. Pour l'année 2007, les contributions à verser par les consommateurs de la catégorie B étaient fixées à 2,70 EUR/MWh,

— la catégorie C concerne des clients relevant de la catégorie B qui en outre «doivent s'engager à la réalisation d'une amélioration substantielle de leur efficacité énergétique globale par accord à conclure entre le gouvernement et l'entreprise concernée […] L'accord à conclure sera doté d'une clause de sanction en cas de non-respect des engagements» ([13]). Les accords prennent fin au 31 janvier 2008. Pour l'année 2007, les contributions à verser par les consommateurs de la catégorie C étaient fixées à 0,75 EUR/MWh.

2.1.4. *Dispositions applicables au 1er janvier 2009*

(23) Les autorités luxembourgeoises se sont engagées à remplacer le RGD du 9 décembre 2005 par un nouveau RGD, non publié à ce jour, dont l'entrée en vigueur est prévue au 1er janvier 2009. Selon les autorités luxembourgeoises, le nouveau RGD prévoit que les distributeurs *peuvent* percevoir une contribution aux charges créées par l'électricité verte auprès de leurs clients finals. Le niveau de cette contribution n'est ainsi plus fixé par la puissance publique mais laissé à l'appréciation des distributeurs.

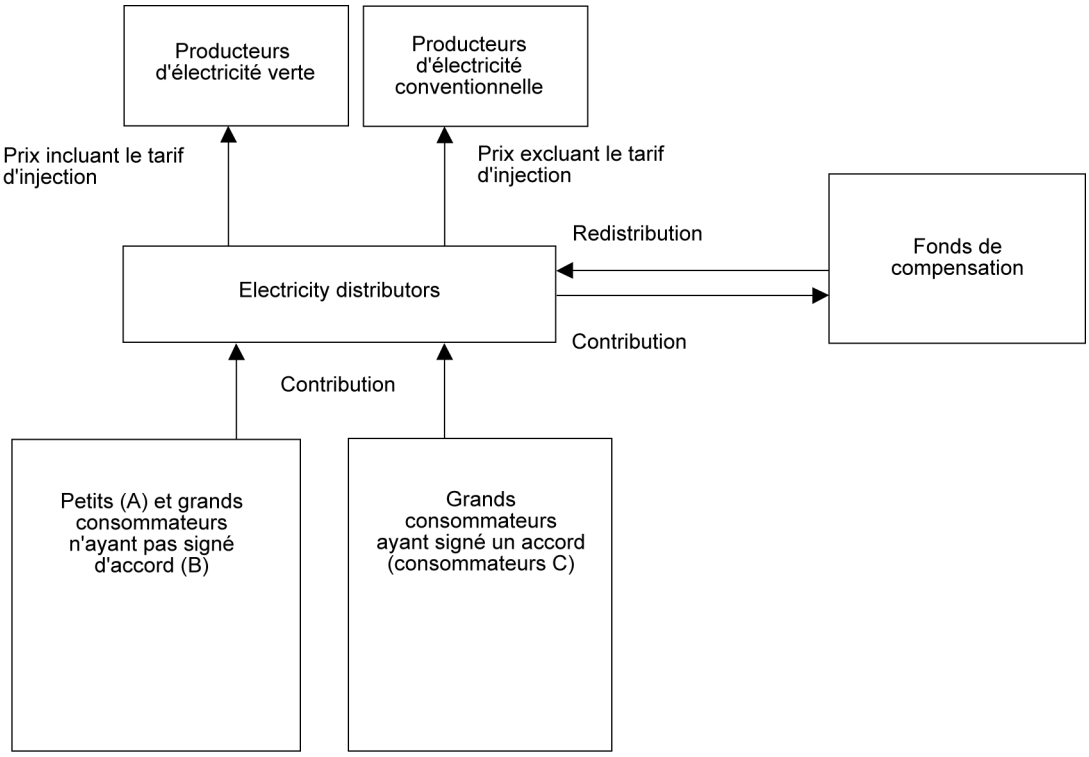
2.2. **Fonctionnement du mécanisme de compensation**

(24) De façon pratique, les RGD du 22 mai 2001 et du 9 décembre 2005 prévoient que le principal distributeur au Luxembourg, Cegedel, dont les capitaux sont en majorité privés, doit acheter l'ensemble de l'électricité verte produite au Luxembourg au prix fixé par l'État. Il réalise ces achats en son nom propre ou au nom des autres distributeurs qui ont conclu des contrats de fourniture avec des producteurs d'électricité verte. Par la suite, le principal distributeur vend l'électricité verte à ses concurrents en fonction de leurs parts de marché respectives sur le marché luxembourgeois, et à un prix de vente fixé par l'État sur la base du prix de marché de l'électricité constaté l'année passée. Les charges supplémentaires générées par l'électricité verte correspondent à la

([8]) *Mémorial* A nº 70 du 19 juin 2001, p. 1407.
([9]) Les grands consommateurs d'électricité sont les entreprises raccordées au réseau électrique à une tension supérieure à 65 kV.
([10]) Selon l'article 14 du RGD du 22 mai 2001, le nombre de bénéficiaires de l'exonération pourrait cependant être réduit avant le 1er janvier 2006 si la contribution des clients assujettis au fonds de compensation devait augmenter de plus de 50 % durant les exercices 2002 et 2003.
([11]) *Mémorial* A nº 203 du 16 décembre 2005, p. 3256.
([12]) Article 1er du RGD du 9 décembre 2005 modifiant l'article 21 du RGD du 22 mai 2001.
([13]) Article 1er du RGD du 9 décembre 2005.

différence entre le prix d'achat aux producteurs d'électricité verte (tarif d'injection) et le prix de vente aux autres distributeurs, qui sont fixés par l'État. Tous les distributeurs rendent compte sur une base mensuelle de leurs achats d'électricité verte auprès du régulateur de l'énergie luxembourgeois, l'Institut luxembourgeois de régulation (ci-après «ILR»). À la fin de l'année, le régulateur réalise la compensation entre distributeurs: si la part d'électricité verte produite au Luxembourg et achetée par un distributeur est supérieure à sa part du marché de l'électricité, il reçoit une compensation de la part du fonds; à l'inverse, si sa part d'électricité verte achetée est inférieure à sa part de marché nationale, il doit verser une contribution correspondante au fonds. Le fonds de compensation a donc pour objectif d'assurer que chaque distributeur actif au Luxembourg achète une part d'électricité verte produite au Luxembourg identique à sa part de marché nationale.

(25) Le schéma ci-dessous décrit le fonctionnement du fonds de compensation, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008.



3. RAISONS AYANT CONDUIT A L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE FORMELLE D'EXAMEN

(26) Dans sa décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen, la Commission a estimé que le mécanisme de compensation semblait constituer une aide d'État au titre de l'article 87, paragraphe 1, du traité ([14]).

(27) La mesure procure un avantage aux producteurs d'électricité verte, qui bénéficient in fine du produit du fonds de compensation. En outre, l'exonération de compensation applicable jusqu'au 31 décembre 2005 favorise les entreprises grandes consommatrices d'électricité par rapport aux autres entreprises qui doivent contribuer au fonds de compensation. Par contre, les distributeurs ne bénéficient d'aucun avantage puisqu'ils jouent seulement un rôle d'intermédiaire dans la collecte des contributions apportées par les clients finals et versées in fine aux producteurs d'électricité verte.

([14]) Voir points 14 à 19 de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen (JO C 255 du 23.10.2002, p. 15).

(28) Cet avantage est fourni au moyen de ressources d'État, non pas du fait de l'instauration de l'obligation d'achat d'électricité verte mais en raison de la création du fonds de compensation. En effet, celui-ci a été établi par l'État, est alimenté par un système de contributions obligatoires et les sommes qui y sont versées sont contrôlées par l'État.

(29) La mesure est sélective puisqu'elle favorise seulement certaines entreprises ou certaines activités, en particulier les producteurs d'électricité verte vis-à-vis des autres producteurs d'électricité et les entreprises grandes consommatrices d'électricité vis-à-vis des autres entreprises consommant de l'électricité.

(30) Enfin, l'octroi d'un avantage aux producteurs d'électricité verte est de nature à perturber le commerce intracommunautaire de l'électricité et à constituer une distorsion de concurrence, de même que l'avantage dont bénéficient les entreprises grandes consommatrices d'électricité, qui sont actives dans divers secteurs de l'économie.

(31) La Commission a ensuite examiné la compatibilité du mécanisme de compensation avec le marché commun au titre de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité, à la lumière de l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement de 2001 (ci-après «encadrement de 2001») ([15]). Elle a exprimé les doutes suivants à ce sujet.

(32) En premier lieu, la Commission a estimé que les aides en faveur des producteurs d'électricité verte ne semblaient pas remplir les conditions des dispositions suivantes de l'encadrement de 2001:

— le système ne garantit pas que les aides soient limitées aux surcoûts entre le prix de production et le prix de marché de l'énergie en cause. Il ne limite pas les aides au fonctionnement à la durée nécessaire pour assurer l'amortissement des installations. Il ne tient pas non plus compte d'éventuelles aides à l'investissement reçues par les producteurs pour leurs installations, comme la prime écologique au Luxembourg ([16]) (point E.3.3.1 de l'encadrement de 2001),

— le système ne prévoit pas de mécanisme de marché tel que des certificats verts (point E.3.3.2 de l'encadrement de 2001),

— les aides au fonctionnement ne sont pas calculées sur la base des coûts externes évités (point E.3.3.3 de l'encadrement de 2001),

— les aides au fonctionnement ne sont pas limitées à 5 ans, ne sont pas dégressives et leur intensité n'est pas limitée à 50 % des surcoûts (point E.3.3.4 de l'encadrement de 2001).

(33) En second lieu, la Commission a estimé que l'exonération de contribution accordée aux entreprises grandes consommatrices d'électricité ne semblait pas remplir les critères établis par l'encadrement de 2001: les entreprises bénéficiaires de l'exonération ne se sont pas engagées à atteindre des objectifs de protection de l'environnement ([17]); elles ne sont pas obligées de payer une part significative de la taxe ([18]); enfin, les exonérations ne sont pas dégressives au sens de l'encadrement de 2001 et leur intensité n'est pas limitée à 50 % ([19]).

(34) En dernier lieu, la Commission s'est interrogée sur la compatibilité de la mesure avec les articles 25 et 90 du traité. En effet, le mécanisme de compensation ne prévoit pas d'exonération de la contribution pour l'électricité importée, ni de taxe sur les exportations. Cette mesure profite cependant uniquement in fine aux producteurs nationaux d'électricité verte. L'électricité importée est donc taxée sans bénéficier in fine du soutien dont jouit l'électricité verte produite au Luxembourg.

(35) Le nouveau RGD mentionné au point 23, qui doit entrer en vigueur le 1er janvier 2009, modifie le mécanisme de compensation de telle sorte qu'il n'entre plus dans le cadre des raisons ayant conduit à l'ouverture de la procédure formelle d'examen. Par conséquent, la présente décision examine l'existence d'aides d'État et la compatibilité éventuelle du mécanisme de compensation au titre de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité jusqu'au 31 décembre 2008.

4. OBSERVATIONS DU LUXEMBOURG SUR L'OUVERTURE FORMELLE DE LA PROCEDURE D'EXAMEN

4.1. Sur la description de la mesure

(36) En premier lieu, le Luxembourg souligne que selon le RGD du 30 mai 1994, seul Cegedel est obligé d'acheter l'électricité verte produite au Luxembourg. Par la suite, du fait de la libéralisation, d'autres distributeurs concurrents sont apparus, qui étaient au nombre de 13 en juin 2003. Tous se sont vu imposer une obligation d'achat d'électricité verte. Cependant, dans les faits, les surcoûts incombaient toujours essentiellement à un seul opérateur, Cegedel. Le Luxembourg fait donc remarquer que le fonds de compensation favorise en réalité une concurrence équitable entre distributeurs, puisqu'il répartit entre eux les surcoûts liés à l'obligation d'achat d'électricité verte.

(37) En second lieu, le Luxembourg indique que la mesure présente un bénéfice environnemental significatif et contribue à atteindre les objectifs de protection de l'environnement auxquels s'est engagé le Luxembourg, conformément à la politique communautaire de lutte contre le changement climatique: pour le Luxembourg, l'objectif est de réduire de 28 % les émissions de CO_2 par rapport à 1990. Les autorités luxembourgeoises invitent donc la Commission à mesurer les effets potentiels de distorsion de la concurrence ou d'affectation des échanges intracommunautaires au regard du bénéfice environnemental de la mesure.

4.2. Sur l'existence d'une aide d'État

(38) Le Luxembourg considère que la création du fonds de compensation ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité.

(39) En premier lieu, le Luxembourg fait valoir que le fonds n'implique pas de ressources d'État, conformément à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après «la Cour de justice») du 13 mars 2001, *PreussenElektra* ([20]). En effet, avant l'introduction du fonds, les surcoûts liés à l'obligation d'achat d'électricité verte étaient supportés par les seuls clients finals d'une société privée, Cegedel. Après l'introduction du fonds, les surcoûts sont répartis entre tous les clients de tous les distributeurs actifs au Luxembourg, mais n'impliquent pas davantage de ressources d'État. Le Luxembourg cite à l'appui de son argumentation le

([15]) JO C 37 du 3.2.2001, p. 3.
([16]) Décision de la Commission du 17 octobre 2001 concernant le cas N 842/2000 (JO C 5 du 8.1.2002, p. 5).
([17]) Voir point 51.1 a).
([18]) Voir point 51.1 b), deuxième tiret.
([19]) Voir point 46.
([20]) C-379/98, Rec. 2001, p. I-02099.

point 66 de l'arrêt *PreussenElektra*: «Une réglementation d'un État membre qui, d'une part, oblige des entreprises privées d'approvisionnement en électricité à acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à la valeur économique réelle de ce type d'électricité et, d'autre part, répartit la charge financière résultant de cette obligation entre lesdites entreprises d'approvisionnement en électricité et les exploitants privés des réseaux d'électricité situés en amont ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité (devenu l'article 87, paragraphe 1, du traité)».

(40) En second lieu, le Luxembourg remarque que le fonds de compensation ne crée pas d'avantage pour les producteurs d'électricité verte dans la mesure où il n'y a aucun lien contractuel ou financier entre le fonds et les producteurs. Ces derniers sont en effet directement rémunérés par les distributeurs lorsqu'ils achètent de l'électricité verte, selon les tarifs établis à l'époque par le RGD du 30 mai 1994. Le fonds de compensation, quant à lui, opère des compensations seulement entre distributeurs.

(41) Le fonds de compensation ne crée par ailleurs pas d'avantage pour les entreprises grandes consommatrices d'électricité par rapport à celles qui contribuent au fonds. En effet, les bénéficiaires de l'exonération — industrie chimique et sidérurgie — n'ont pas de concurrent au Luxembourg qui devrait contribuer au fonds. Par ailleurs, le Luxembourg estime que les bénéficiaires de l'exonération ne sont pas avantagés par rapport à des concurrents situés hors du Luxembourg.

(42) En dernier lieu, le Luxembourg estime que l'effet de distorsion de concurrence et d'affectation des échanges intracommunautaires lié au fonds de compensation n'est que théorique. En particulier, il n'est pas établi que les exonérations dont bénéficie l'industrie lourde au Luxembourg affectent les échanges entre États membres.

4.3. **Sur la violation des articles 25 et 90 du traité**

(43) Le Luxembourg estime que le mécanisme de compensation n'enfreint pas les articles 25 et 90 du traité. En effet, selon le Luxembourg, le système ne traite pas différemment l'électricité produite au Luxembourg et l'électricité importée. Par ailleurs, l'électricité verte produite en application du RGD du 30 mai 1994 n'est pas exportée. Ainsi, un producteur situé dans un autre État membre mais comptant des clients au Luxembourg est traité à l'identique d'un producteur situé au Luxembourg et vendant sur le marché national. La conclusion est la même si les clients de ces deux producteurs sont situés dans un autre État membre.

4.4. **Sur la compatibilité d'une aide d'État potentielle avec le traité**

(44) Même si elles contestent que l'exonération de contribution pour les entreprises grandes consommatrices d'électricité constitue une aide d'État, les autorités luxembourgeoises soulignent que cette mesure pourrait être jugée compatible avec l'encadrement de 2001.

(45) En premier lieu, le Luxembourg observe que l'exonération est en effet accordée sur la base d'un accord volontaire comprenant des objectifs d'amélioration de l'efficacité énergétique pour les industriels signataires. L'accord volontaire a été conclu entre le Luxembourg et la fédération nationale des industries (FEDIL) en mars 1996, et reconduit en avril 2001.

(46) En second lieu, le Luxembourg admet que l'accord ne prévoit cependant pas de sanction en cas de non-réalisation des engagements, mais s'engage à inclure un tel mécanisme pour le mettre en conformité avec le point 51.1 a) de l'encadrement de 2001.

5. **OBSERVATIONS DES INTERESSES**

(47) Seuls les Pays-Bas ont formulé des observations à la suite de l'ouverture de la procédure formelle d'examen du mécanisme de compensation au Luxembourg.

(48) Les Pays-Bas rappellent que l'aide aux producteurs nationaux d'électricité verte est autorisée à la condition qu'elle ne dépasse pas le surcoût non rentable de la production de cette électricité. Les autorités néerlandaises se déclarent favorables à la compensation intégrale de ce surcoût non rentable, afin de développer la production d'électricité verte. Ce soutien est en effet nécessaire pour permettre aux États membres d'atteindre les objectifs environnementaux auxquels ils se sont engagés en ratifiant le protocole de Kyoto ([21]).

(49) Les Pays-Bas soulignent en outre qu'une marge de manœuvre doit être laissée à chaque État membre afin d'atteindre les objectifs environnementaux du protocole de Kyoto. Ils suggèrent en conséquence à la Commission une approche cas par cas des mesures de soutien à l'électricité verte prises par chaque État membre.

(50) En conclusion, les Pays-Bas invitent la Commission à examiner positivement la mesure envisagée au Luxembourg compte tenu de la nécessité actuelle de développer plus avant la production d'électricité verte.

([21]) Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, adopté le 11 décembre 1997.

6. COMMENTAIRES DU LUXEMBOURG SUR LES OBSERVATIONS DES INTERESSES

(51) Le Luxembourg n'a pas apporté de commentaire aux observations formulées par les Pays-Bas.

7. APPRECIATION

7.1. Existence d'une aide d'État

(52) Dans sa décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, la Commission a considéré que le mécanisme de compensation semblait constituer une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité ([22]). Les deux catégories de bénéficiaires de cette aide d'État étaient les producteurs d'électricité verte ainsi que les entreprises grandes consommatrices d'électricité par l'exonération de contribution au fonds de compensation.

(53) Dans des décisions précédentes, la Commission a également considéré que des régimes de tarifs d'injection, financés d'une façon similaire au cas présent, constituaient des aides d'État. Ce fut le cas par exemple des décisions concernant le cas N 504/2000 ([23]) (Royaume-Uni), les cas joints N 707/02 et N 708/02 ([24]), prolongés par la mesure N 543/05 ([25]) puis par la mesure N 478/07 ([26]) (Pays-Bas), les cas NN 162/03 et N 317/06 ([27]) (Autriche) et le cas C 7/05 (Slovénie) ([28]).

(54) Il y a lieu d'examiner ci-après si le mécanisme de compensation constitue une aide d'État au cours de la période analysée, à savoir jusqu'au 31 décembre 2008.

7.1.1. *Détermination de la présence de ressources d'État*

(55) Selon la jurisprudence, pour être qualifiée d'aide d'État, une mesure doit, premièrement, être accordée directement ou indirectement au moyen de ressources d'État et, deuxièmement, être imputable à l'État ([29]).

(56) En ce qui concerne l'existence de ressources d'État, la Cour de justice a admis que les ressources financières d'une mesure ne doivent pas nécessairement constituer des actifs permanents du secteur public pour être des ressources d'État; en effet, le fait que ces ressources restent constamment sous contrôle public et donc à la disposition des autorités nationales compétentes suffit pour les qualifier de ressources d'État ([30]). De même, selon la jurisprudence de la Cour de justice ([31]), il n'y a pas ressources d'État lorsque les autorités publiques n'ont ou n'obtiennent à aucun moment le contrôle des fonds qui financent l'avantage économique en cause. Il importe donc de déterminer si l'État exerce un contrôle direct ou indirect sur les ressources en question, malgré le fait que ces fonds ne viennent pas directement du budget de l'État. Dans l'affaire *PreussenElektra*, les tarifs d'injection étaient financés directement par des fournisseurs privés d'électricité, lesquels devaient acheter l'électricité à des producteurs d'électricité verte à un prix supérieur au prix de marché de l'électricité. Dans le cas présent, de janvier 2001 à décembre 2008, l'État a imposé des contributions obligatoires aux consommateurs, lesquelles étaient transférées aux producteurs d'électricité verte par l'intermédiaire des distributeurs. Par ailleurs, le fonds de compensation, qui a été mis en place par l'État luxembourgeois, administre la compensation entre distributeurs. Dans son arrêt *Stardust Marine* ([32]), la Cour de justice a établi que des ressources qui passent sous contrôle de l'État à un certain moment sont toujours des ressources d'État. La Commission considère donc que l'aide est attribuée directement ou indirectement au moyen de ressources d'État.

(57) En ce qui concerne l'imputabilité, l'ILR calcule et distribue l'aide à chaque bénéficiaire selon une formule précisée par la législation. Ainsi, l'État exerce un contrôle via la législation non seulement sur les montants distribués et les bénéficiaires, mais aussi sur l'octroi de l'aide. La Commission considère donc que l'aide est imputable à l'État.

7.1.2. *Sélectivité*

(58) Le mécanisme de compensation ne vise que certains producteurs d'électricité, en l'occurrence les producteurs d'électricité verte au Luxembourg.

(59) De même, le mécanisme prévoit une exonération de contribution ou, à partir du 1er janvier 2006, une contribution réduite pour une catégorie seulement des consommateurs, les grands consommateurs d'électricité ([33]).

7.1.3. *Existence d'un avantage*

(60) La contribution obligatoire imposée par le mécanisme de compensation octroie manifestement un avantage aux producteurs d'électricité verte, puisque le but même du système est de permettre à ces producteurs de vendre leur électricité à un prix supérieur au prix de marché.

([22]) Voir points 14 à 19 de la décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen.
([23]) JO C 30 du 2.2.2002, p. 15.
([24]) JO C 148 du 25.6.2003, p. 12.
([25]) JO C 221 du 14.9.2006, p. 8.
([26]) JO C 39 du 13.2.2008, p. 3.
([27]) Les cas ont été divisés en une partie A (énergies renouvelables) et une partie B (cogénération) (JO C 221 du 14.9.2006, p. 8).
([28]) JO L 219 du 24.8.2007, p. 9.
([29]) Voir par exemple arrêt de la Cour du 16 mai 2002, *France/Commission*, C-482/1999, Rec. 2002, p. I-4397, point 24.
([30]) Voir arrêt de la Cour du 16 mai 2000, *France/Ladbroke Racing et Commission*, C-83/98, Rec. 2000, p. I-3271, point 50, et arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, *Air France/Commission*, T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, point 67.
([31]) Voir les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-482/1999, *France/Commission*, Rec. 2002, p. I-4397, points 38 à 42, et l'arrêt du 13 mars 2001, précité à la note 20 de bas de page, points 59 à 61.
([32]) Voir arrêt de la Cour du 16 mai 2002, *France/Commission*, C-482/1999, Rec. 2002, p. I-4397, point 37.
([33]) Voir point 22.

(61) Les entreprises grandes consommatrices d'électricité bénéficient manifestement d'un avantage du fait de l'exonération — ou à partir du 1er janvier 2006 de la réduction — de contribution au mécanisme de compensation.

7.1.4. *Distorsion de concurrence et affectation du commerce intracommunautaire*

(62) La mesure affecte les opérateurs économiques actifs dans des secteurs ouverts à la concurrence, qu'il s'agisse de la production d'électricité ou des secteurs dans lesquels opèrent les entreprises grandes consommatrices d'électricité (industrie chimique et sidérurgie notamment), et qui réalisent des échanges avec les autres États membres.

(63) En conséquence, l'aide est susceptible de créer des distorsions de concurrence et d'affecter le commerce intracommunautaire.

7.1.5. *Conclusion sur l'existence d'une aide d'État*

(64) Sur la base de ces éléments, la Commission considère que la version du mécanisme de compensation en place entre le 1er janvier 2001 et le 31 décembre 2008 constitue une aide d'État au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité.

7.2. **Examen de la compatibilité de l'aide au titre de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité**

(65) Pour les raisons exposées aux points 32, 33 et 34, la Commission a décidé d'ouvrir une procédure formelle d'examen dans le présent cas car elle doutait de la compatibilité de la mesure avec le marché commun, compatibilité qui implique également sa conformité avec les articles 25 et 90 du traité.

(66) Étant donné que l'aide constituée par le mécanisme de compensation poursuit un objectif de protection de l'environnement, sa compatibilité doit être évaluée au regard de l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement. Entre le 1er janvier 2001 et le 31 décembre 2008, deux encadrements ont été successivement applicables puisque l'encadrement de 2001 a été remplacé par les lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement ([34]) (ci-après «encadrement de 2008»). L'aide en question étant enregistrée comme aide non notifiée, il convient, conformément au point 205 de l'encadrement de 2008, d'examiner sa compatibilité au regard des règles applicables au moment de son octroi.

(67) Il convient donc d'examiner en premier lieu la compatibilité de la mesure au regard des encadrements de 2001 et 2008 et, en second lieu, la conformité de la mesure avec les articles 25 et 90 du traité.

7.3. **Compatibilité de l'aide au regard des encadrements de 2001 et 2008**

(68) La Commission examine la compatibilité de l'aide pour deux types de bénéficiaires, au cours de la période allant du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2008: les producteurs d'électricité verte, qui bénéficient indirectement de la contribution au fonds de compensation, d'une part, et, d'autre part, les entreprises grandes consommatrices d'électricité, qui ont bénéficié de l'exonération puis, à partir du 1er janvier 2006, d'une réduction de la contribution au fonds de compensation.

7.3.1. *Compatibilité de l'aide aux producteurs d'électricité verte au Luxembourg*

(69) L'aide accordée aux producteurs d'électricité verte par la contribution obligatoire incluse dans le mécanisme de compensation concerne certaines sources d'énergie renouvelables (énergie hydraulique, solaire, éolienne, biomasse et biogaz) et la cogénération, couvertes par les encadrements de 2001 et 2008 ([35]).

(70) Les autorités luxembourgeoises ont soumis à la Commission deux rapports réalisés par l'institut de recherche […] * ([36]) analysant les niveaux de compensation accordés aux producteurs d'électricité verte au Luxembourg. Ces rapports couvrent la période allant jusqu'à la fin de 2005 ([37]) pour le premier, et de 2006 à 2008 pour le second ([38]).

(71) Les calculs sont réalisés pour toutes les sources d'énergie renouvelables éligibles au mécanisme de compensation ([39]), et concernent également la cogénération. Outre les tarifs d'injection, ils tiennent compte des autres régimes de soutien, aides au fonctionnement [notamment la prime écologique ([40])] ou aides à l'investissement. Les calculs comparent le coût de la production d'électricité verte et le prix de marché de cette électricité. Les rapports concluent à l'absence de surcompensation au cours de la période, pour les sources d'énergie renouvelables et pour la cogénération.

(72) Sur la base de ces éléments, la Commission estime que l'aide est limitée à la différence entre le coût de production de l'électricité verte et le prix de marché de l'électricité.

([34]) JO C 82 du 1.4.2008, p. 1.

([35]) Voir les points 70 (5) et 70 (10) de l'encadrement de 2008.

* Secret d'affaires.

([36]) […].

([37]) […].

([38]) […].

([39]) Les sources d'énergie concernées sont l'énergie hydraulique, solaire, éolienne, la biomasse et le biogaz.

([40]) Décision de la Commission du 17 octobre 2001 concernant le cas N 842/2000.

(73) Pour la période allant du 1er janvier 2001 au 1er avril 2008, durant laquelle l'encadrement de 2001 était applicable, la Commission estime donc que l'aide accordée aux producteurs d'électricité verte est conforme à l'encadrement de 2001, en particulier ses points 58 à 60 concernant les aides au fonctionnement, et qu'elle est de ce fait compatible au sens de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité.

(74) Pour la période allant du 2 avril 2008 au 31 décembre 2008, durant laquelle l'encadrement de 2008 était applicable, la Commission estime que l'aide accordée aux producteurs d'électricité verte est conforme à l'encadrement de 2008, en particulier ses points 109 et 119 concernant les aides au fonctionnement pour les énergies renouvelables et la cogénération ([41]), et que cette aide est de ce fait compatible au sens de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité.

7.3.2. *Compatibilité de l'aide aux entreprises grandes consommatrices d'électricité*

(75) Dans sa décision d'ouverture de la procédure formelle d'examen, la Commission émettait des doutes quant à la compatibilité de l'exonération de contribution dont bénéficiaient les entreprises grandes consommatrices d'électricité jusqu'au 31 décembre 2005. À partir du 1er janvier 2006, ces entreprises ont contribué au fonds de compensation en bénéficiant cependant d'un taux réduit.

(76) En ce qui concerne la détermination des règles applicables à l'appréciation de la compatibilité de l'aide, il est à noter que la contribution pour l'année 2008 a été calculée sur la base de données de l'année 2007, et que la décision d'accorder l'aide a été prise avant le 2 avril 2008, date d'application de l'encadrement de 2008. Par conséquent, pour l'ensemble de la période allant du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2008, la compatibilité de l'aide accordée aux entreprises grandes consommatrices d'électricité doit être évaluée au regard de l'encadrement de 2001.

(77) Les autorités luxembourgeoises ont d'abord précisé que toutes les entreprises grandes consommatrices d'électricité bénéficiaires de l'exonération s'étaient engagées à améliorer leur efficacité énergétique par des accords volontaires conclus avec l'État en 1996, puis en 2002, pour couvrir la période allant de 2000 à 2006. En outre, le Luxembourg a modifié ces accords le 13 avril 2005 à la demande de la Commission.

(78) Les principales modifications, entrées en vigueur avec le RGD du 9 décembre 2005, comprennent l'inclusion d'un objectif chiffré d'amélioration de l'efficacité énergétique pour les entreprises signataires: l'amélioration doit être de 15 % en 2005 par rapport à l'efficacité énergétique de 1990. En outre, des sanctions sont introduites dans l'accord en cas de non-respect des engagements:

— les entreprises n'ayant pas rempli leurs engagements devront acheter une certaine quantité d'électricité verte sur le marché ou la produire pour leur propre consommation ([42]),

— les entreprises ne respectant pas leurs engagements de faire certifier l'amélioration de leur efficacité énergétique par des auditeurs au début et à la fin de la période devront acheter ou produire elles-mêmes des volumes d'électricité verte représentant 1 % de leur consommation.

(79) En outre, l'exonération de contribution a été créée en même temps que la contribution au fonds de compensation elle-même, le 1er janvier 2001.

(80) Sur la base des éléments présentés aux points 77, 78 et 79, la Commission estime que l'exonération puis, à partir du 1er janvier 2006, la réduction de la contribution au fonds de compensation pour les entreprises grandes consommatrices d'électricité en échange de la conclusion d'accords volontaires sont conformes au point 51.1 a) de l'encadrement de 2001. En conséquence, la mesure est compatible au sens de l'article 87, paragraphe 3, point c), à partir de décembre 2005.

(81) Pour la période allant de janvier 2001 à décembre 2005, la Commission relève que l'exonération de contribution est également obtenue en échange d'engagements d'amélioration de l'efficacité énergétique des entreprises grandes consommatrices d'électricité. Ces accords, d'abord conclus en 1996, ont été renouvelés en 2002 pour la période comprise entre 2000 et 2006. En outre, les sanctions introduites en 2005 s'appliquent si les entreprises n'ont pas amélioré leur efficacité énergétique en 2005 de 15 % par rapport à 1990. La Commission considère donc que l'objectif environnemental chiffré et les sanctions s'appliquent au comportement des bénéficiaires de l'exonération entre 2001 et 2005. En conséquence, la Commission estime que l'exonération de contribution pour les entreprises grandes consommatrices d'électricité entre janvier 2001 et décembre 2005 est conforme au point 51.1 a) de l'encadrement de 2001, et qu'elle est donc compatible au sens de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité.

([41]) Les autorités luxembourgeoises ont également précisé que les systèmes de cogénération devraient valider les critères de haute efficacité présentés au point 70 (11) de l'encadrement de 2008.

([42]) Cette quantité doit refléter la diversité des énergies vertes soutenues par le fonds de compensation et sera déterminée sur la base des trois facteurs suivants, selon les termes de l'amendement du 13 avril 2005: «1) la consommation d'électricité de l'entreprise durant la période où elle a profité de l'exemption, 2) le taux de couverture de la consommation nationale d'électricité par la production d'électricité soutenue par le fonds de compensation, 3) le pourcentage d'écart entre le taux d'amélioration de l'efficacité énergétique de l'entreprise et le taux général [d'amélioration de l'efficacité énergétique]». Le pourcentage d'écart ne pourra excéder 100 %. L'objectif de 15 % d'amélioration de l'efficacité énergétique est adapté au pro rata dans le cas des entreprises qui ont commencé leurs activités après 1990.

7.4. **Conformité de l'aide avec les articles 25 et 90 du traité**

(82) Pour la période allant du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2008, les surcoûts liés à l'obligation d'achat d'électricité verte sont in fine subis par les consommateurs sur la base de leur consommation. Selon une jurisprudence établie par la Cour de justice, et confirmée récemment par l'arrêt *Essent* ([43]), une telle contribution obligatoire imposée aux consommateurs finals constitue une taxe parafiscale, et la conformité de son mécanisme de financement avec le traité doit être examinée par la Commission ([44]). La Commission a également adopté une approche similaire dans les décisions citées au point 53.

(83) En ce qui concerne le risque de discrimination de l'électricité verte importée par rapport à l'électricité verte produite au Luxembourg, qui seule bénéficie des recettes des contributions, les autorités luxembourgeoises se sont engagées, par une lettre ministérielle, à créer une procédure de remboursement des contributions au fonds pour l'électricité verte importée jusqu'au 31 décembre 2008. Pour en bénéficier, les consommateurs devront prouver qu'ils ont acheté de l'électricité verte importée.

(84) […]

(85) […] ([45])

(86) […]

(87) En outre, sur la base de ces éléments, le système en place au Luxembourg apparaît très similaire aux procédures de remboursement mises en place en Autriche, et déclarées compatibles par la Commission ([46]).

8. **CONCLUSION**

(88) La Commission constate que le Luxembourg a illégalement mis à exécution la mesure de création d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité, en violation de l'article 88, paragraphe 3, du traité.

(89) Cependant, au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, la Commission conclut que, pour la période allant de janvier 2001 à décembre 2008, l'aide accordée aux producteurs d'électricité verte au Luxembourg ainsi que l'exonération puis, à partir du 1er janvier 2006, la réduction de la contribution pour les entreprises grandes consommatrices d'électricité constituent des aides compatibles au titre de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité tel que précisé par les encadrements de 2001 et 2008,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

Article premier

La création et la gestion entre le 1er janvier 2001 et le 31 décembre 2008 par le Luxembourg d'un fonds de compensation dans le cadre de l'organisation du marché de l'électricité constituent une aide d'État au titre de l'article 87, paragraphe 1, du traité, en faveur des producteurs d'électricité verte au Luxembourg, d'une part, et des entreprises grandes consommatrices d'électricité, d'autre part.

Cette aide est compatible avec le marché commun au titre de l'article 87, paragraphe 3, point c), du traité.

Article 2

La présente décision est valable sous réserve de la modification du mécanisme de compensation, telle que le Luxembourg s'est engagé à la prévoir dans sa législation.

Article 3

Le Grand-Duché de Luxembourg est destinataire de la présente décision.

Fait à Bruxelles, le 28 janvier 2009.

Par la Commission
Neelie KROES
Membre de la Commission

([43]) Arrêt de la Cour du 17 juillet 2008, *Essent*, C-206/06, non encore publié au Recueil.
([44]) Voir par exemple arrêt de la Cour du 21 octobre 2003, *Belgique/Eugene van Calster, Felix Cleeren et Openbaar Slachthuis NV*, C-261/01 et C-262/01, Rec. 2003, p. I-12249.
([45]) […]
([46]) Décision de la Commission du 4 juillet 2006 concernant les cas NN 162/03 et N 317/06 (voir note 27 de bas de page).