ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer — uitgebreid)

7 november 2007 *

In zaak T-374/04,

Bondsrepubliek Duitsland, aanvankelijk vertegenwoordigd door C.-D. Quassowski, A. Tiemann en C. Schulze-Bahr, vervolgens door Schulze-Bahr en M. Lumma, als gemachtigden, bijgestaan door D. Sellner en U. Karpenstein, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door U. Wölker als gemachtigde,

verweerster,

betreffende een verzoek om gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking C(2004) 2515/2 def. van de Commissie van 7 juli 2004 betreffende het nationale toewijzingsplan voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten waarvan door Duitsland is kennisgegeven overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en

* Procestaal: Duits.

de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32), voor zover de Commissie daarbij bepaalde maatregelen voor ex-postaanpassing van de toewijzingen afwijst omdat zij onverenigbaar zijn met criteria nrs. 5 en 10 van bijlage III bij die richtlijn,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, kamerpresident, V. Tiili, J. Azizi, E. Cremona en O. Czúcz, rechters,

griffier: K. Andová, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 juni 2006,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

1 Bij richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten

binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32), die op 25 oktober 2003 in werking is getreden, is een regeling vastgesteld voor de handel in broeikasgasemissierechten (hierna: „systeem van handel in emissierechten"), teneinde de emissies van broeikasgassen, met name kooldioxide (hierna: „CO2 "), op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen (artikel 1 van richtlijn 2003/87). Zij berust op de verplichtingen die uit hoofde van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en het Protocol van Kyoto, op de Gemeenschap rusten. Dit protocol is goedgekeurd bij beschikking 2002/358/EG van de Raad van 25 april 2002 betreffende de goedkeuring, namens de Europese Gemeenschap, van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en de gezamenlijke nakoming van de in dat kader aangegane verplichtingen (PB L 130, blz. 1). Dit protocol is op 16 februari 2005 van kracht geworden.

2 De Gemeenschap en haar lidstaten hebben zich ertoe verplicht hun gezamenlijke antropogene emissies van de in bijlage A bij het protocol genoemde broeikasgassen in de periode van 2008 tot en met 2012 ten opzichte van 1990 met 8 % te verlagen (punt 4 van de considerans van richtlijn 2003/87).

3 Hiertoe bepaalt richtlijn 2003/87 in wezen dat voor de broeikasgasemissies door de in bijlage I daarbij genoemde installaties vooraf een vergunning moet zijn verkregen en dat aan deze installaties overeenkomstig de nationale toewijzingsplannen (hierna: „NTP's") emissierechten moet zijn toegewezen. Indien het een exploitant lukt zijn emissies te verlagen kan hij het overschot aan emissierechten aan andere exploitanten verkopen. Omgekeerd kan de exploitant van een installatie waarvan de emissies te hoog zijn, de benodigde emissierechten kopen van een exploitant die een overschot heeft.

4 Richtlijn 2003/87 onderscheidt een eerste fase, van 2005 tot en met 2007 (hierna: „eerste toewijzingsperiode"), die voorafgaat aan de in het Protocol van Kyoto

bedoelde eerste verplichtingsperiode, en vervolgens een tweede fase, van 2008 tot en met 2012 (hierna: „tweede toewijzingsperiode"), die overeenkomt met genoemde eerste verplichtingsperiode (artikel 11 van richtlijn 2003/87).

5 Ter eerbiediging van de verplichtingen uit hoofde van beschikking 2003/358 en van het Protocol van Kyoto preciseert criterium nr. 1 van bijlage III bij richtlijn 2003/87:

„De totale hoeveelheid voor de betrokken periode toe te wijzen emissierechten moet […] overeenstemmen met de verplichtingen van de lidstaat om de emissies te beperken overeenkomstig beschikking 2002/358[…] en het Protocol van Kyoto […]. De totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten mag niet groter zijn dan de hoeveelheid die waarschijnlijk nodig is voor de strikte toepassing van de in deze bijlage vermelde criteria. Vóór 2008 moet de hoeveelheid in overeenstemming zijn met een ontwikkeling waarmee elke lidstaat zijn streefdoel uit hoofde van beschikking 2002/358[…] en het Protocol van Kyoto kan halen of overtreffen."

6 Meer concreet is het systeem van de handel in emissierechten enerzijds gebaseerd op de verplichting om vooraf een vergunning te verkrijgen voor de uitstoot van broeikasgassen (artikelen 4 tot en met 8 van richtlijn 2003/87) en anderzijds op emissierechten op grond waarvan de exploitant met een vergunning een bepaalde hoeveelheid van deze gassen mag uitstoten onder de verplichting voor hem om jaarlijks de hoeveelheid emissierechten in te leveren die gelijk is aan de totale emissies van zijn installatie (artikel 12, lid 3, van richtlijn 2003/87).

7 De voorwaarden waaronder en procedures volgens welke de bevoegde nationale autoriteiten op basis van een NTP emissierechten aan de exploitanten van de installaties toewijzen, zijn geregeld in de artikelen 9 tot en met 11 van richtlijn 2003/87.

8 Zo preciseert artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87:

„Voor elke in artikel 11, leden 1 en 2, bedoelde termijn stelt elke lidstaat een [NTP] op, waarin de totale hoeveelheid emissierechten wordt vermeld die hij voornemens is voor die periode toe te wijzen, alsmede de manier waarop hij voornemens is deze rechten toe te wijzen. Het [NTP] wordt gebaseerd op objectieve en transparante criteria, waaronder de in bijlage III genoemde, waarbij terdege rekening wordt gehouden met reacties vanuit het publiek. De Commissie geeft onverminderd het Verdrag uiterlijk 31 december 2003 richtsnoeren voor de toepassing van de in bijlag III genoemde criteria.

Voor de in artikel 11, lid 1, bedoelde periode wordt het [NTP] uiterlijk op 31 maart 2004 gepubliceerd en aan de Commissie en de overige lidstaten meegedeeld […]".

9 De Commissie heeft bovenbedoelde richtsnoeren opgesteld in het kader van haar mededeling COM(2003) 830 def. van 7 januari 2004 betreffende voor de lidstaten bestemde richtsnoeren voor de toepassing van de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en betreffende de omstandigheden waaronder sprake is van aangetoonde overmacht (hierna: „richtsnoeren van de Commissie").

10 In artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 is bepaald:

„Binnen drie maanden nadat een lidstaat uit hoofde van lid 1 een [NTP] heeft meegedeeld, kan de Commissie het [NTP] of een deel daarvan verwerpen als het niet met de in bijlage III genoemde criteria of met artikel 10 verenigbaar is. De lidstaten

nemen pas een besluit krachtens artikel 11, lid 1 of lid 2, wanneer de voorgestelde wijzigingen door de Commissie zijn aanvaard. Een besluit tot verwerping wordt door de Commissie gemotiveerd".

11 Ingevolge artikel 10 van richtlijn 2003/87 moeten de lidstaten voor de eerste toewijzingsperiode ten minste 95 % van de emissierechten kosteloos toewijzen en voor de tweede toewijzingsperiode ten minste 90 %.

12 Artikel 11 van richtlijn 2003/87, betreffende de toewijzing en verlening van emissierechten, luidt als volgt:

„1. Voor de periode van drie jaar die ingaat op 1 januari 2005 neemt iedere lidstaat een besluit over de totale hoeveelheid emissierechten die hij voor die periode zal toewijzen en over de toewijzing van die emissierechten aan de exploitant van elke installatie. Dit besluit wordt ten minste drie maanden voor het begin van die periode genomen en is gebaseerd op het [NTP] dat is opgesteld ingevolge artikel 9 en in overeenstemming met artikel 10, met inachtneming van de opmerkingen van het publiek.

[…]

3. Krachtens lid 1 of lid 2 genomen besluiten zijn in overeenstemming met de voorschriften van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88. Bij hun besluit over de toewijzing houden de lidstaten rekening met de noodzaak emissierechten beschikbaar te houden voor nieuwkomers.

4. De bevoegde autoriteit verleent elk jaar uiterlijk op 28 februari van dat jaar voor de in lid 1 […] bedoelde periode een percentage van de totale hoeveelheid emissierechten."

13 Bijlage III bij richtlijn 2003/87 noemt elf criteria die voor de NTP's gelden.

14 Criterium nr. 1 van bijlage III luidt:

„De totale hoeveelheid voor de betrokken periode toe te wijzen emissierechten moet enerzijds overeenstemmen met de verplichtingen van de lidstaat om de emissies te beperken overeenkomstig beschikking 2002/358[…] en het Protocol van Kyoto, met inachtneming van het aandeel in de totale emissies dat deze vertegenwoordigen in vergelijking met de emissies uit bronnen die niet onder deze richtlijn en het nationale energiebeleid vallen en moeten anderzijds overeenstemmen met het nationaal programma inzake klimaatverandering. De totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten mag niet groter zijn dan de hoeveelheid die waarschijnlijk nodig is voor de strikte toepassing van de in deze bijlage vermelde criteria. Vóór 2008 moet de hoeveelheid in overeenstemming zijn met een ontwikkeling waarmee elke lidstaat zijn streefdoel uit hoofde van beschikking 2002/358[…] en het Protocol van Kyoto kan halen of overtreffen."

15 In criterium nr. 5 van bijlage III is bepaald:

„Het [NTP] mag geen zodanig onderscheid maken tussen ondernemingen of sectoren dat bepaalde ondernemingen of activiteiten onrechtmatig worden bevoordeeld, in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88."

16 Criterium nr. 9 van bijlage III luidt als volgt:

„Het [NTP] moet bepalingen bevatten inzake opmerkingen door het publiek, alsmede informatie over de regelingen die moeten waarborgen dat er terdege met die opmerkingen rekening wordt gehouden alvorens een besluit over de toewijzing van emissierechten wordt genomen."

17 In dit verband preciseren de punten 93 tot en met 96 van de richtsnoeren van de Commissie met name:

„93. Dit criterium heeft een bindend karakter.

94. […] Het [NTP] moet op een dergelijke manier openbaar worden gemaakt voor het publiek dat dit er daadwerkelijk en in een vroegtijdig stadium commentaar op kan leveren […]

95. Een lidstaat moet daarom een redelijke termijn vaststellen waarbinnen opmerkingen kunnen worden gemaakt en moet de uiterste termijn voor het indienen van dergelijke opmerkingen coördineren met de nationale besluitvormingsprocedure zodat terdege rekening kan worden gehouden met die opmerkingen alvorens definitief wordt beslist over het [NTP]. Met ‚terdege rekening houden' wordt bedoeld dat met de opmerkingen rekening wordt gehouden als zij voldoen aan de criteria van bijlage III of aan andere objectieve en transparante criteria die door de lidstaten voor hun [NTP's] worden gehanteerd. Een lidstaat dient de Commissie in te lichten over elke geplande wijziging ten gevolge van de deelname van het publiek, na de publicatie en kennisgeving van het [NTP] en voordat dit plan definitief wordt vastgesteld overeenkomstig artikel 11 [van richtlijn 2003/87]. Er moet worden gezorgd voor een of andere vorm van feedback naar het publiek over de uiteindelijk genomen beslissing en de daarbij gebruikte argumenten.

96. Er moet worden onderstreept dat de krachtens dit criterium geboden gelegenheid voor het publiek om over het [NTP] opmerkingen te maken in feite een tweede ronde van openbare raadpleging vormt. Overeenkomstig artikel 9, lid 1, van richtlijn [2003/87] hebben de lidstaten [na de eerste ronde van raadpleging op basis van het ontwerp-NTP] al rekening moeten houden met de pertinente opmerkingen van het publiek en hebben zij deze reeds moeten integreren in hun [NTP] alvorens dit plan aan de Commissie en de overige lidstaten mede te delen. Om het geheel van de openbare raadplegingsprocedure (zowel de raadpleging zelf als het integreren van de opmerkingen) doeltreffend te maken, is de eerste ronde van die raadpleging van bijzonder belang. De in het kader van dit criterium beschreven regels moeten daarom ook worden toegepast in de eerste ronde van de raadpleging.

Een lidstaat moet de Commissie informeren over geplande wijzigingen van het [NTP] na publicatie en kennisgeving ervan alvorens zijn definitieve beslissing overeenkomstig artikel 11 [van richtlijn 2003/87] te nemen."

18 In criterium nr. 10 van bijlage III is gepreciseerd dat „het [NTP] een lijst moet bevatten van de installaties die in deze richtlijn worden opgenomen met de hoeveelheden emissierechten bestemd om te worden toegewezen aan ieder van hen".

19 Met betrekking tot criterium nr. 10 vermelden de punten 97 tot en met 100 van de richtsnoeren van de Commissie het volgende:

„97. Dit criterium moet de transparantie van het [NTP] waarborgen. Het houdt in dat de hoeveelheden emissierechten per installatie worden aangegeven, en dus zichtbaar zijn voor het grote publiek wanneer het plan wordt medegedeeld aan de Commissie en de overige lidstaten.

[…]

98. Dit criterium wordt geacht in acht te zijn genomen wanneer een lidstaat heeft voldaan aan zijn verplichting om een lijst op te maken van alle onder richtlijn [2003/87] vallende installaties […]

[…]

100. Een lidstaat moet de totale hoeveelheid vermelden van de rechten die hij voornemens is toe te kennen aan elke installatie en moet de hoeveelheid die aan elke installatie in elk jaar wordt toegewezen overeenkomstig artikel 11, lid 4[, van richtlijn 2003/87] vermelden."

20 Overeenkomstig de punten 60 tot en met 74 van de richtsnoeren van de Commissie kan de lidstaat een emissierechtenreserve vormen (hierna: „reserve"), die de lidstaat, overeenkomstig transparante en objectieve regels en procedures, kosteloos kan toekennen aan, onder meer, nieuwkomers. In het NTP moet de omvang van deze reserve ten opzichte de voorziene totale hoeveelheid emissierechten worden vermeld.

21 Artikel 12, lid 1, van richtlijn 2003/87 bepaalt dat emissierechten kunnen worden overgedragen tussen natuurlijke en rechtspersonen binnen de Gemeenschap of aan natuurlijke en rechtspersonen in derde landen. Krachtens artikel 12, lid 3, van richtlijn 2003/87 moet de exploitant van iedere installatie vóór 1 mei van ieder jaar bij de bevoegde autoriteiten een hoeveelheid emissierechten inleveren die gelijk is aan de totale emissies van die installatie gedurende het voorgaande kalenderjaar, opdat die rechten vervolgens worden geannuleerd.

22 Krachtens artikel 29, lid 1, van richtlijn 2003/87:

„kunnen de lidstaten de Commissie verzoeken om toestemming voor het verlenen van extra rechten aan bepaalde installaties op grond van overmacht. De Commissie bepaalt of overmacht is aangetoond, en geeft, indien dat het geval is, toestemming voor het verlenen van extra, niet-overdraagbare rechten door die lidstaat aan de exploitanten van die installaties."

23 Artikel 38, lid 2, van verordening (EG) nr. 2216/2004 van de Commissie van 21 december 2004 inzake een gestandaardiseerd en beveiligd registersysteem overeenkomstig richtlijn 2003/87[…] en beschikking 280/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 386, blz. 1), bepaalt onder het opschrift „Tabel op basis van het [NTP] voor de [eerste toewijzings]periode […]" het volgende:

„Een lidstaat deelt elke correctie op zijn [NTP] samen met de corresponderende correctie in de tabel op basis van het [NTP] mee aan de Commissie. Indien de correctie in de tabel op basis van het [NTP] gebaseerd is op het aan de Commissie meegedeelde [NTP] en dit niet is verworpen krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87[…] of de voorgestelde wijzigingen daarop door de Commissie zijn aanvaard, en die correctie in overeenstemming is met de in het [NTP] vermelde methodologieën of het resultaat is van verbeteringen in gegevens, geeft de Commissie de centrale administrateur opdracht de corresponderende correctie aan te brengen in de tabel op basis van het [NTP] […]. In alle andere gevallen deelt de lidstaat de correctie op zijn [NTP] mee aan de Commissie, en indien de Commissie die correctie niet verwerpt volgens de procedure van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87[…], geeft zij de centrale administrateur opdracht de corresponderende correctie aan te brengen in de tabel op basis van het [NTP] […]"

Feiten, procesverloop en conclusies van partijen

24 Op 31 maart 2004, heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie overeenkomstig artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87 haar NTP (hierna: „Duits NTP") voor de eerste toewijzingsperiode meegedeeld.

25 Het Duitse NTP bestaat uit een „macroplan" en een „microplan". Het macroplan bevat de verdeling van het nationale emissiebudget en bepaalt de totale hoeveelheid emissierechten die overeenkomstig de op de Bondrepubliek Duitsland rustende verplichtingen om de uitstoot te verminderen kan worden toegewezen. Het microplan regelt de toewijzing van de emissierechten aan de exploitanten van de verschillende installaties en bepaalt dat er een emissierechtenreserve wordt gevormd ten behoeve van nieuwkomers.

26 Om de aan de verschillende installaties toe te wijzen hoeveelheid emissierechten vast te stellen voorziet het NTP, in het microplan daarin, in drie periodes, oftewel drie verschillende methoden naargelang van de datum waarop installatie in bedrijf is gesteld.

27 Voor installaties die vóór 31 december 2002 in bedrijf zijn gesteld, wordt het aantal kosteloos toe te wijzen emissierechten berekend op basis van het jaargemiddelde van hun CO2 -uitstoot in het verleden, volgens de zogeheten „grandfathering"-berekeningsmethode. De hoeveelheid toe te wijzen emissierechten wordt bepaald middels een vermenigvuldiging van de historische uitstootgegevens met een „vervullingsfactor" (Erfüllungsfaktor) die wordt bepaald op basis van de te verwezenlijken doelstelling van uitstootvermindering. Deze vervullingsfactor ligt in de regel lager dan 1 teneinde een verlaging ten opzichte van het voorgaande emissieniveau mogelijk te maken, en uiteindelijk de totale hoeveelheid emissierechten te verlagen.

28 Voor installaties die tussen 1 januari 2003 en 31 december 2004 in bedrijf zijn gesteld, wordt de hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten berekend op basis van de gegevens betreffende de door de exploitanten meegedeelde jaarlijkse gemiddelde CO2 -uitstoot. De exploitant moet zijn aanvraag om toewijzing van de emissierechten vergezeld doen gaan van een expertiserapport over de relevante eigenschappen van de installatie. De aanvraag en het expertiserapport moeten gegevens bevatten over de capaciteit van de installatie, over het geplande gebruik van grondstoffen en over het benuttingspercentage van de capaciteit van de installatie. De vervullingsfactor die op deze installaties voor een periode van twaalf jaren wordt toegepast, is 1.

29 Voor installaties die na 1 januari 2005 in bedrijf zijn gesteld, te weten de „nieuwkomers", wordt de hoeveelheid kosteloos toe te wijzen emissierechten, bij gebreke van beschikbaarheid van historische gegevens, bepaald volgens de zogeheten „benchmarking"-berekeningsmethode, dat wil zeggen door het rekenkundige product van de verwachte gemiddelde jaarlijkse productieomvang voor de jaren 2005-2007, van de verwachte emissies van de installaties per eenheid product en van het aantal kalenderjaren dat de installaties gedurende de toewijzingsperiode nog zal worden geëxploiteerd. De verwachte emissies per eenheid product worden beoordeeld door de stand van de „beste beschikbare techniek" als standaard (benchmark) te hanteren. Voor deze nieuwe installaties blijft de vervullingsfactor onveranderd en blijft deze gedurende de eerste veertien jaren van exploitatie vastgesteld op 1.

30 Ingevolge artikel 11, lid 4, van richtlijn 2003/87 bepaalt het Duitse NTP dat de voor de eerste toewijzingsperiode toegewezen emissierechten uiterlijk op 28 februari van elk jaar in jaarlijkse, gelijke percentages worden verleend.

31 Het Duitse NTP, zoals dit is meegedeeld aan de Commissie, voorziet in de volgende gevallen in ex-postaanpassingen van de hoeveelheid toegewezen emissierechten:

— wezenlijke vermindering van de benutting van de productiecapaciteit van de installatie (zogeheten regel van de „de facto stillegging") en stillegging van de

installatie: indien de exploitatie van een installatie wordt beëindigd, moet de exploitant de hem toegewezen emissierechten inleveren omdat hij dan te veel van deze rechten heeft gekregen. De exploitatie wordt geacht te zijn beëindigd wanneer de uitstoot daarvan gedurende het betrokken jaar minder bedraagt dan 10 % van het jaarlijkse gemiddelde van de gedurende de basisperiode waargenomen uitstoot. Indien deze uitstoot minder bedraagt dan 60 % van het jaarlijkse gemiddelde van de gedurende de basisperiode waargenomen uitstoot, wordt op het gedeelte van de emissierechten dat voor het betrokken jaar was verleend, een ex-postaanpassing toegepast, evenredig aan de verlaging van de benutting van de productiecapaciteit, dat wil zeggen op activiteitenniveau. Voor de daaropvolgende jaren komt het toegewezen percentage van de emissierechten overeen met de aanvankelijke toewijzingsbeslissing, onder het voorbehoud dat de regel inzake ex-postaanpassing nadien opnieuw wordt toegepast;

— overdracht van emissierechten in het geval van sluiting en vervanging van de installatie (zogeheten „overdrachtregel"): op verzoek worden de aan een gesloten installatie toegewezen emissierechten niet ingetrokken, wanneer de exploitant binnen drie maanden na sluiting van de oude installatie een nieuwe installatie in bedrijf stelt. In een dergelijk geval geschiedt de toewijzing van de emissierechten eerst voor een periode van vier jaren op basis van de historische uitstoot van de gesloten installatie, om vervolgens, gedurende een periode van veertien jaren te worden berekend op basis van een vervullingsfactor van 1, aangezien deze regel tot doel heeft de exploitant te stimuleren om oude en inefficiënte installaties te sluiten. Indien de productiecapaciteit van de nieuwe installatie echter geringer is dan die van de gesloten installatie, wordt het verschil daartussen geacht overeen te komen met een stillegging van een installatie en wordt het gedeelte van de emissierechten dat met dit verschil overeenkomt, bij de volgende toewijzing van emissierechten niet meer toegewezen. Omgekeerd vindt in het geval van een grotere productiecapaciteit van de nieuwe installatie, de regel voor nieuwkomers toepassing en worden voor het capaciteitsoverschot extra emissierechten toegewezen (zie vierde streepje hieronder);

— bestaande installaties die in 2003 of in 2004 in bedrijf zijn gesteld: de aan deze installaties toegewezen hoeveelheid emissierechten wordt aangepast indien, gedurende de exploitatie van de betrokken installatie, de daadwerkelijke productieomvang lager of hoger is, dan de productieomvang die was opgegeven voor de

berekening van de aanvankelijk toegewezen hoeveelheid emissierechten. Naargelang van het geval wordt bij de verlening van het deel van emissierechten voor het volgende jaar de hoeveelheid emissierechten naar evenredigheid verlaagd of verhoogd. In het geval van toename van de productieomvang worden extra emissierechten uit de reserve genomen;

— nieuwkomers die na 1 januari 2005 met de exploitatie zijn begonnen of vergroting van de productiecapaciteit van bestaande installaties: de aan deze installaties toegewezen hoeveelheid emissierechten wordt aangepast wanneer, gedurende de exploitatie van de betrokken installatie, het daadwerkelijke activiteitenniveau lager of hoger ligt dan het activiteitenniveau dat was opgegeven voor de berekening van de aanvankelijk toegewezen hoeveelheid emissierechten. Naargelang van het geval wordt het aantal emissierechten bij de verlening van het percentage van de emissierechten voor het volgende jaar naar evenredigheid verlaagd of verhoogd;

— installaties met warmtekrachtkoppeling (Kraft-Wärme-Kopplung): aan deze installaties worden emissierechten speciaal toegewezen (Sonderzuteilung) en wel gedurende het eerste toewijzingsjaar, naargelang van de daadwerkelijke omvang van de elektriciteitsproductie. De hoeveelheid ervan kan echter op basis van de omvang van de in het daarop volgende jaar vastgestelde elektriciteitsproductie nadien worden gecorrigeerd.

32 Het Duitse NTP bepaalt voorts dat de niet-verleende of ingetrokken emissierechten naar de reserve worden overgebracht. Ten slotte zijn de emissierechten in de reserve beschikbaar voor nieuwkomers. Ter terechtzitting heeft verzoekster gepreciseerd dat de reserve uitsluitend toegankelijk is voor exploitanten van installaties op het Duitse grondgebied (proces-verbaal van de terechtzitting, blz. 2).

33 Bij brief van 8 juni 2004 hebben de Duitse bevoegde autoriteiten bepaalde vragen van de Commissie beantwoord.

34 In antwoord op deze vragen hebben de Duitse autoriteiten onder meer gepreciseerd dat ex-postaanpassingen, zoals is bepaald in het Zuteilungsgesetz 2007 (Duitse wet van 26 augustus 2004 inzake de toewijzing van emissierechten in de eerste toewijzingsperiode, BGBl. 2004 I, blz. 2211; hierna: „toewijzingswet") en anders dan was aangegeven in het Duitse NTP zoals dat aan de Commissie was meegedeeld, in geen geval kunnen leiden tot een toename van het aan de betrokken installaties toegewezen contingent van emissierechten. De Duitse autoriteiten hebben voorts opgemerkt dat, doordat voor installaties met warmtekrachtkoppeling ex-postaanpassingen naar beneden mogelijk zijn, kan worden voorkomen dat er een „contraproductieve" — dat wil zeggen uit milieuoogpunt ongewenste — stimulans zou ontstaan voor de exploitanten van dit type installaties, die anders zouden worden gestimuleerd om het niveau van hun elektriciteitsproductie te verlagen; deze mogelijkheid is dus bedoeld om de rechtvaardiging voor de speciale toewijzing van emissierechten (Sonderzuteilung) te handhaven. Terwijl immers een dergelijke productieverlaging binnen het kader van het systeem van handel in emissierechten tot een vermindering van de uitstoot zou leiden en daarmee tot een vermindering van de vraag naar emissierechten, zou dit in de regel echter tot grotere uitstoot buiten dat systeem leiden.

35 Volgens de door de Duitse autoriteiten verstrekte toelichtingen (zie punt 34 supra), voorziet de toewijzingswet enkel in ex-postaanpassingen naar beneden. Hiervoor gelden de bepalingen van de toewijzingswet, te weten § 7, lid 9 (toewijzing aan bestaande installaties op basis van historische gegevens), § 8, lid 4 (toewijzing aan bestaande installaties op basis van aangemelde uitstoot), § 9, leden 1 en 4 (stillegging van installaties), § 10, leden 2 en 4 (toewijzing aan nieuwe installaties als vervangende installaties), § 11, lid 5, gelezen in samenhang met § 8, lid 4 (toewijzing aan nieuwkomers), alsmede § 14, lid 5 (speciale toewijzing aan installaties met warmtekrachtkoppeling). Ten slotte bepaalt § 6, lid 2, van de toewijzingswet dat de krachtens bovenvermelde bepalingen ingetrokken rechten naar de reserve worden overgebracht.

36 Bij beschikking C(2004) 2515/2 def. van de Commissie van 7 juli 2004, betreffende het Duitse NTP, zoals meegedeeld door verzoekster (hierna: „bestreden beschikking"), die is vastgesteld op basis van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87, heeft de Commissie het Duitse NTP verworpen voor zover daarin bepaalde maatregelen voor ex-postaanpassing van de toewijzing van emissierechten waren opgenomen, door deze onverenigbaar te verklaren met de criteria nrs. 5 en 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 (artikel 1 van de bestreden beschikking) en door van verzoekster te verlangen dat zij deze mogelijkheid afschaft (artikel 2 van bestreden beschikking). De Commissie heeft verzoekster echter de mogelijkheid gelaten om rechten toe te wijzen voordat de bij artikel 2 van deze beschikking verlangde wijzigingen zouden zijn uitgevoerd (artikel 3, vierde alinea, van de bestreden beschikking). De ex-postaanpassingen in kwestie waren die ten aanzien van:

— nieuwkomers (artikel 1, sub a, van de bestreden beschikking);

— nieuwe installaties die worden geëxploiteerd na een overdracht van emissierechten die aanvankelijk aan een stilgelegde installatie waren toegewezen (artikel 1, sub b, van de bestreden beschikking);

— installaties waarvan de benutting van de productiecapaciteit lager is dan aanvankelijk verwacht (artikel 1, sub c, eerste geval, van de bestreden beschikking);

— installaties waarvan de jaarlijkse uitstoot minder bedraagt dan 40 % van de uitstoot gedurende de basisperiode (artikel 1, sub c, tweede geval, van de bestreden beschikking);

— installaties met warmtekrachtkoppeling die een geringere hoeveelheid energie produceren dan in de basisperiode was vastgesteld (artikel 1, sub c, derde geval, van de bestreden beschikking).

37 In punt 4 van de considerans van de bestreden beschikking vermeldt de Commissie dat de ex-postaanpassingen die van toepassing zijn op nieuwkomers, in strijd zijn met criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, omdat zij dan onrechtmatig worden bevoordeeld ten opzichte van de exploitanten van installaties die reeds in het Duitse NTP zijn opgenomen en voor wie dergelijke aanpassingen gedurende de eerste toewijzingsperiode niet zijn toegestaan.

38 In punt 5 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat de aanpassingen van de hoeveelheid emissierechten die zijn toegewezen aan een nieuwe installatie die in bedrijf is gesteld na de sluiting van een oude installatie, onverenigbaar zijn met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, waarin is bepaald dat de hoeveelheid emissierechten die gedurende de eerste handelsperiode, bedoeld in artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87, mag worden toegewezen aan de verschillende in het NTP genoemde installaties, vooraf moet worden vastgesteld.

39 In punt 6 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie dat ook in strijd zijn met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 de aanpassingen bedoeld voor a) installaties waarvan de benutting van de productiecapaciteit lager is dan aanvankelijk verwacht; b) installaties waarvan de jaarlijkse uitstoot minder dan 40 % bedraagt van de uitstoot in de basisperiode, alsmede c) installaties met warmtekrachtkoppeling die een geringere hoeveelheid energie produceren dan in de basisperiode.

40 Ter terechtzitting heeft de Commissie gepreciseerd dat artikel 1, sub c, tweede geval, alsmede punt 6 van de considerans (zie punt 39, sub b, supra) van de bestreden beschikking in werkelijkheid installaties betroffen waarvan de jaarlijkse uitstoot minder dan 60 % van de uitstoot in de basisperiode bedroeg en dat de vermelding van 40 % in die beschikking aan een vergissing te wijten was (proces-verbaal van de terechtzitting, blz. 2).

41 In haar mededeling COM(2004) 500 def. van 7 juli 2004 aan de Raad en het Europees Parlement over de beschikkingen van de Commissie van 7 juli 2004 betreffende de [NTP's] welke [het Koninkrijk] Denemarken, [de Bondsrepubliek] Duitsland, Ierland, [het Koninkrijk der] Nederland[en], [de Republiek] Oostenrijk, [de Republiek] Slovenië, het Verenigd Koninkrijk [van Groot-Brittannië en Noord-Ierland] en [het Koninkrijk] Zweden overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG hebben meegedeeld (hierna: „mededeling van de Commissie van 7 juli 2004"), heeft de Commissie zich in punt 3.2 als volgt uitgelaten over de ex-postaanpassingen:

„In bijlage III, criterium [nr.] 10, en artikel 11 van richtlijn [2003/87] is bepaald dat een lidstaat vooraf (voordat de handelsperiode begint) een besluit moet nemen over de absolute hoeveelheid emissierechten die in totaal en aan de exploitant van elke installatie worden toegewezen. Dit besluit kan niet worden herzien en emissierechten kunnen niet opnieuw worden toegewezen door ze op te tellen bij of af te trekken van de hoeveelheid die voor elke exploitant is bepaald op grond van een overheidsbesluit of een vooraf vastgestelde regel. De richtlijn voorziet uitdrukkelijk in ex-postaanpassingen in geval van overmacht volgens de procedure van artikel 29. Bovendien:

— kunnen volgens deze beschikkingen, voordat het besluit over de toewijzing krachtens artikel 11, lid 1, is genomen, te allen tijde in voorgenomen toewijzingen correcties met betrekking tot de kwaliteit van de gegevens worden aangebracht;

— sluit richtlijn [2003/87] niet uit dat, ingeval in de loop van de periode een installatie buiten bedrijf wordt gesteld, de lidstaten vaststellen dat er niet langer een exploitant is aan wie emissierechten kunnen worden toegewezen;

— zal, wanneer emissierechten uit een reserve aan nieuwkomers worden toegewezen, een besluit over de exacte toewijzing aan elke nieuwkomer worden genomen nadat het besluit over de toewijzing krachtens artikel 11, lid 1, is genomen.

Volgens criterium [nr.] 10 moeten de hoeveelheden emissierechten die bestemd zijn om aan bestaande installaties te worden toegewezen, voor het begin van de [toewijzings]periode in het [NTP] zijn vastgelegd. Bij het beoordelen van de toelaatbaarheid van ex-postaanpassingen heeft de Commissie er geen rekening mee gehouden of een voorgenomen aanpassing of de omvang ervan al dan niet afhankelijk is van het gedrag van de exploitant wiens toewijzing voor de betreffende periode moet worden gewijzigd.

Op grond van bijlage III, criterium [nr.] 5, geldt hetzelfde beginsel voor nieuwkomers. Zodra een lidstaat in de loop van de handelsperiode een besluit heeft genomen over het absolute aantal emissierechten dat uit een nieuwkomersreserve aan een nieuwkomer moet worden verleend, mag hij op dit besluit niet terugkomen. Anders kunnen bepaalde bedrijven onrechtmatig worden bevoordeeld of gediscrimineerd door de toepassing van een beginsel dat voor bestaande installaties niet aanvaardbaar is.

Ex-postaanpassingen zouden onzekerheid creëren voor de exploitanten en nadelig zijn voor investeringsbesluiten en de handelsmarkt. Ex-postaanpassingen vervangen meer efficiënte door de markt geleverde oplossingen door administratieve processen waarvan de uitvoering omslachtig blijkt. Ex-postherzieningen naar beneden, waarvan men zou kunnen zeggen dat ze een gunstig effect op het milieu hebben, zijn tevens nadelig voor de zekerheid die het bedrijfsleven nodig heeft om investeringen te doen die tot beperking van de emissies leiden.

De Commissie is van mening dat de voorgenomen ex-postaanpassingen in [het Duits en het Oostenrijkse NTP] in strijd zijn met criteria [nr.] 5 en/of [nr.] 10.

De Commissie is van mening dat het Duitse [NTP] niet voldoet aan criterium [nr.] 10, omdat [de Bondsrepubliek] Duitsland voornemens is de toegewezen hoeveelheid per installatie voor de [eerste toewijzings]periode aan te passen of eventueel aan te

passen, ingeval (i) bestaande installaties die per 1 januari 2003 in bedrijf zijn gesteld een lagere bezettingsgraad vertonen, (ii) de jaarlijkse emissies van bestaande installaties 40 % lager zijn dan in de basisperiode, (iii) bestaande installaties extra emissierechten ontvangen als gevolg van een overdracht van emissierechten die voor een gesloten installatie waren bestemd, en (iv) bestaande installaties of nieuwkomers die van de bonustoewijzing voor warmtekrachtkoppeling profiteren, minder energie uit warmtekrachtkoppeling produceren dan in de basisperiode. Het voornemen van [de Bondsrepubliek] Duitsland om eventueel de toewijzing van emissierechten aan nieuwkomers aan te passen, is in strijd met criterium [nr.] 5 dat in overeenstemming met het Verdrag non-discriminatie vereist, omdat de toepassing van dergelijke ex-postaanpassingen tot een ongelijke behandeling leidt van nieuwkomers en exploitanten van andere installaties voor wie richtlijn [2003/87] geen ex-postaanpassingen van de toewijzing toestaat.

[…]”

42 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 september 2004, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

43 Krachtens artikel 14 van zijn Reglement voor de procesvoering heeft het Gerecht, op voorstel van de Derde kamer en na overeenkomstig artikel 51 van dat reglement de partijen te hebben gehoord, de zaak verwezen naar een uitgebreide kamer.

44 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer — uitgebreid) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang in de zin van artikel 64 van het Reglement

voor de procesvoering, heeft het Gerecht partijen verzocht bepaalde schriftelijke vragen te beantwoorden en de Commissie om vóór de terechtzitting een document over te leggen. Binnen de gestelde termijnen hebben partijen deze vragen beantwoord en heeft de Commissie dat document overgelegd.

45 Partijen hebben ter terechtzitting van 21 juni 2006 pleidooi gehouden en op de mondelinge vragen van het Gerecht geantwoord.

46 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— artikel 1 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— artikel 2, sub a tot en met c, van deze beschikking nietig te verklaren voor zover de Bondsrepubliek Duitsland daarbij wordt gelast bepaalde wijzigingen in het Duitse NTP aan te brengen en mee te delen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

47 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

I — *Opmerking vooraf*

48 Tot staving van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan, te weten ten eerste, schending van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 juncto bijlage III daarbij, ten tweede, schending van artikel 176 EG en, ten derde, schending van de motiveringsplicht uit hoofde van artikel 253 EG wat artikel 1, sub a, en artikel 2, sub a, van de bestreden beschikking betreft.

II — *Eerste middel: schending van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 juncto bijlage III daarbij*

A — *Argumenten van partijen*

1. Argumenten van verzoekster

a) Opmerking vooraf

49 Met haar eerste middel maakt verzoekster bezwaar tegen de vaststellingen van de Commissie in de bestreden beschikking volgens welke de ex-postaanpassingen

zoals voorzien in het Duitse NTP, onverenigbaar zijn met de criteria nrs. 5 en 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87. Deze vaststellingen zijn in strijd met artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 juncto bijlage III daarbij, waarin het de lidstaten niet wordt verboden om ex-postaanpassingen aan te brengen. Verzoekster meent dat het standpunt van de Commissie een belemmering vormt voor de effectieve uitvoering van richtlijn 2003/87 door de lidstaten, en met name van de in bijlage III daarbij genoemde criteria.

b) Eerbiediging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

50 Verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking onverenigbaar is met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 aangezien deze noch de bewoordingen noch het regelingskader daarvan eerbiedigt. In het bijzonder kan uit dat criterium niet worden afgeleid dat de hoeveelheid emissierechten die gedurende de in artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 bedoelde periode aan de verschillende in het NTP genoemde installaties moet worden toegewezen, vooraf moet worden vastgesteld.

51 Volgens verzoekster verbieden de bewoordingen van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2993/87 niet dat ex-postaanpassingen worden aangebracht wanneer blijkt dat bepaalde toewijzingen op onjuiste beoordelingen van de exploitant zijn gebaseerd. Het NTP moet volgens dit criterium de lijst bevatten van de onder richtlijn 2003/87 vallende installaties met de hoeveelheden emissierechten „bestemd om te worden toegewezen" aan elk van hen. Daaruit volgt dat de hoeveelheden toewijzingen van emissierechten op deze lijst slechts de hoeveelheden weergeven die de lidstaat „voornemens is" toe te wijzen in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87. Volgens verzoekster volgt noch uit de Duitse versie noch uit andere taalversies van richtlijn 2003/87 dat de in het NTP genoemde installaties er recht op hebben om de exacte hoeveelheid emissierechten te verkrijgen die aan de Commissie is meegedeeld.

52 Wat het regelingskader van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 betreft, bepaalt artikel 9, lid 1, van deze richtlijn volgens verzoekster dat op basis van het NTP uitsluitend „de totale hoeveelheid emissierechten [moet kunnen worden vernomen] die [de lidstaat] voornemens is voor die periode toe te wijzen, alsmede de manier waarop hij voornemens is deze rechten toe te wijzen". Evenzo blijkt uit artikel 11, lid 1, van deze richtlijn dat de individuele toekenning van de emissierechten pas plaatsvindt na inspraak van het publiek en na de mededeling van het NTP aan de Commissie en aan de andere lidstaten. Derhalve moet er noodzakelijkerwijs een verschil kunnen bestaan tussen enerzijds de hoeveelheid emissierechten die de lidstaat „bestem[t] om te worden toegewezen" in de zin van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, en anderzijds de overeenkomstig artikel 11, lid 1, van die richtlijn daadwerkelijk toegewezen hoeveelheid „gebaseerd op het [NTP]", omdat anders deze mededeling en inspraak hun betekenis zouden verliezen. Het argument van de Commissie dat criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 verbiedt dat de lidstaat ex-postaanpassingen aanbrengt in de toewijzingen in het NTP, is derhalve onjuist. Verzoekster voegt daaraan toe dat het gezichtspunt van de Commissie tevens onverenigbaar is met artikel 38, lid 2, van verordening nr. 2216/2003, dat, zonder een bijzondere controle op te leggen, ex-postaanpassingen naar beneden van de toewijzingsbeslissingen toestaat mits deze aanpassingen op verbeterde gegevens berusten en in overeenstemming zijn met de in het NTP voorziene procedures.

53 Wat de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 betreft, meent verzoekster dat, zoals de Commissie zelf uiteen heeft gezet in haar richtsnoeren, dit criterium tot doel heeft de transparantie van het NTP te waarborgen, opdat de ondernemingen, het publiek, de Commissie en de andere lidstaten kunnen reageren op basis van de hoeveelheden emissierechten die de lidstaat voornemens is toe te wijzen (richtsnoeren van de Commissie, blz. 23). Deze uitlegging vindt bevestiging in de motivering die tijdens de voorbereiding van richtlijn 2003/87 voor de invoering van dat criterium is gegeven. Volgens deze motivering is het van belang „om te kunnen beschikken over gegevens en cijfers over de handel in uitstootrechten" (commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbeleid van het Europees Parlement, verslag van vergadering A5-0303/2002, I, blz. 48, amendement nr. 73). Verzoekster leidt daaruit af dat criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 slechts het formele vereiste bevat dat de lidstaat aan de Commissie een NTP moet meedelen dat een lijst bevat van de installaties die onder die richtlijn vallen

en van de verwachte individuele hoeveelheden emissierechten die hij voornemens is hun respectievelijk toe te wijzen. Ten slotte betoogt zij dat de Commissie er in haar eigen richtsnoeren zelf van af heeft gezien in dit opzicht extra vereisten te stellen (richtsnoeren van de Commissie, blz. 23 en 24).

c) Eerbiediging van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

54 Verzoekster merkt op dat de ex-postaanpassingen, anders dan de Commissie meent, ook verenigbaar zijn met criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87. Volgens dit criterium mag het NTP niet bepaalde ondernemingen of activiteiten onrechtmatig bevoordelen, in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag. In dit verband preciseert verzoekster dat er integendeel juist indien de lidstaten niet in staat zouden zijn emissierechten in te trekken, ook al zijn die rechten gebaseerd op onjuiste of te hoge productieprognoses, bijvoorbeeld in het geval van nieuwkomers, sprake zou zijn van een onrechtmatig mededingingsvoordeel voor de betrokken exploitant, omdat die exploitant het overschot aan emissierechten met winst op de markt kan verkopen, hetgeen omgekeerd onterechte mededingingsnadelen voor de overige exploitanten zou meebrengen. In een dergelijk geval zijn de ex-postaanpassingen naar beneden een geschikt en noodzakelijk middel om dergelijke mededingingsverstoringen in strijd met criterium nr. 5 te voorkomen en tegelijkertijd het voordeel te compenseren dat nieuwkomers verkrijgen vanwege het feit dat de toewijzing van de emissierechten aan hen is gebaseerd op een benuttingspercentage van de productiecapaciteit dat het resultaat is van hun eigen berekeningen.

55 Verzoekster voegt daaraan toe dat indien er geen mogelijkheid was om ter vermijding van „overbedeling” dergelijke ex-postaanpassingen aan te brengen, zij niet zou kunnen voldoen aan de krachtens criterium nr. 1 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 op haar rustende verplichting om erop toe te zien dat de totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten niet groter is dan de hoeveelheid die waarschijnlijk nodig is voor de strikte toepassing van de in die bijlage vermelde criteria. Zij meent in dit verband dat de Commissie voorbijgaat aan het fundamentele verschil tussen ex-postaanpassingen

naar beneden en ex-postaanpassingen naar boven. Terwijl laatstgenoemde aanpassingen onverenigbaar zijn met bijlage III bij richtlijn 2003/87, omdat zij tot een overschrijding van de totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten leiden (criterium nr. 1), schenden ex-postaanpassingen naar beneden geen van de relevante criteria. De criteria nrs. 1 en 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 vereisen integendeel dat de te veel toegewezen rechten in bijzondere en gerechtvaardigde gevallen worden ingetrokken.

56 Ten slotte wijst verzoekster het argument van de Commissie af, dat de mogelijkheid om ex-postaanpassingen aan te brengen afbreuk kan doen aan de nauwkeurigheid en de zorgvuldigheid van de preventieve controles die moeten worden verricht ten aanzien van de berekeningen en prognoses die door de exploitanten zijn ingediend met het oog op de aanvankelijke toewijzing van de emissierechten. Volgens verzoekster kan er, gesteld al dat de verwachtingen op de best mogelijke ramingen van de toekomstige benutting van de productiecapaciteit zijn gebaseerd, immers geen absolute zekerheid bestaan over deze prognoses. Het risico dat er te veel emissierechten worden toegewezen, dat wil zeggen meer dan de reële behoeften van de betrokken exploitant, vergt derhalve de toepassing van ex-postaanpassingen. Voorts moeten de aanvankelijke prognoses zo zorgvuldig en volledig mogelijk worden geverifieerd omdat een aanvankelijke „overbedeling" tot een ontoereikende toewijzing ten koste van andere exploitanten kan leiden.

d) Omvang van de controlebevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 juncto bijlage III daarbij en bij die richtlijn aan de lidstaten gelaten handelingsmarge

57 Verzoekster trekt op algemene wijze de omvang van de controlebevoegdheid van de Commissie met betrekking tot het NTP in twijfel. Zij preciseert dat artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 de controlebevoegdheid van de Commissie beperkt tot een onderzoek van het NTP op basis van enkel de criteria in bijlage III en artikel 10 van die richtlijn. Bijgevolg kan het NTP slechts worden verworpen voor zover het onverenigbaar is met die criteria en dat artikel. In het bijzonder kan criterium nr. 10 niet

extensief worden uitgelegd in het licht van de algemene context of van het algemene systeem van richtlijn 2003/87. Wil de Commissie de nationale toewijzingsregels op basis van andere overwegingen betwisten, dan moet zij haar algemene toezichtsbevoegdheden zoals bedoeld in de artikelen 211 EG en 226 EG uitoefenen.

58 Voorts verbiedt noch richtlijn 2003/87 noch artikel 9, lid 3, daarvan juncto bijlage III daarbij om ex-postaanpassingen aan te brengen, omdat dit aan de vrije beoordeling van de lidstaten is overgelaten. Uitsluiting van een dergelijke mogelijkheid in bijzondere gevallen betekent integendeel dat verzoekster niet langer in staat is om doeltreffend de in bijlage III genoemde criteria te eerbiedigen. Bovendien kunnen de lidstaten overeenkomstig artikel 9, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 2003/87 in hun NTP naast de in bijlage III genoemde criteria bijkomende criteria opnemen indien deze objectief en transparant zijn. Volgens verzoekster voldoen alle ex-postaanpassingen van het Duitse NTP aan deze vereisten van objectiviteit en transparantie omdat de exploitanten er vanaf het tijdstip waarop de emissierechten worden toegekend, op worden gewezen onder welke voorwaarden en in hoeverre deze kunnen worden ingetrokken.

59 Verzoekster betwist bovendien dat uit artikel 29 van richtlijn 2003/87 een algemeen verbod op ex-postaanpassingen naar beneden kan worden afgeleid, aangezien dit artikel uitsluitend, en bij wijze van uitzondering, bepaalt dat in geval van overmacht extra emissierechten kunnen worden verleend. Artikel 29 van richtlijn 2003/87 heeft dus tot doel om vanaf de aanvang van de handel de verlening van extra emissierechten door de lidstaten, dat wil zeggen ex-postaanpassingen naar boven, strikt te beperken, teneinde te voorkomen dat de totale in een lidstaat toegewezen hoeveelheid toeneemt. Deze bepaling betreft echter geenszins de omgekeerde situatie, te weten de situatie van ex-postaanpassingen naar beneden.

60 Volgens verzoekster zijn de in het Duitse NTP voorziene ex-postaanpassingen dus in overeenstemming met zowel de doelen als de bewoordingen van richtlijn 2003/87.

e) Economische argumenten van de Commissie

61 Verzoekster betoogt dat haar stelling, anders dan de Commissie beweert, bevestiging vindt in de ecologische en economische doelen van richtlijn 2003/87, te weten emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen (artikel 1 van richtlijn 2003/87), de eenheid van de interne markt en van de mededingingsvoorwaarden te bewaren (punt 7 van de considerans van richtlijn 2003/87) en de inaanmerkingneming van de mogelijkheden om de uitstoot als gevolg van industriële activiteiten te verminderen (punt 8 van de considerans van richtlijn 2003/87).

62 De ex-postaanpassingen naar beneden waartegen de Commissie bezwaar maakt, zijn immers bedoeld om mededingingsverstoringen op de interne markt te voorkomen door optreden tegen misbruik en „overbedeling" ten nadele van de concurrenten. Voorts kunnen daarmee onjuiste prognoses en productiedalingen die afwijken van deze prognoses, worden gecorrigeerd en kunnen in het geval van installaties met warmtekrachtkoppeling de consequenties worden gecorrigeerd die inherent zijn aan misbruik van een speciale toewijzing van emissierechten in strijd met de milieudoelstelling ervan.

63 In dit verband wijst verzoekster het argument van de Commissie af dat de ex-postaanpassingen nadelig zijn voor de zekerheid die het bedrijfsleven nodig heeft om investeringen te doen die tot beperking van de emissies leiden (mededeling van de Commissie van 7 juli 2004, blz. 8). Deze aanpassingen zijn immers niet afhankelijk van de vermindering van de uitstoot maar van de vermindering van de daadwerkelijke productie van de installatie, in het geval dat deze afwijkt van de verwachte productie. Volgens verzoekster bevorderen de ex-postaanpassingen integendeel de goede werking van de markt en vergroten zij de zekerheid van investeringen, zoals die welke bestemd zijn voor de vervanging van brandstoffen met een hoog CO_2 -gehalte. Zij maken de beslissing van de exploitant om emissierechten te kopen of te verkopen immers afhankelijk van de efficiënte van zijn installatie en maken onbenutte emissierechten vrij voor nieuwe installaties. Voorts is onjuist het argument van

de Commissie dat de ex-postaanpassingen en de restitutie van emissierechten in de reserve van invloed zijn op de investeringsbeslissingen van de nieuwkomers, vanwege de totale investeringszekerheid die laatstgenoemden genieten dankzij de krachtens het NTP en § 6, lid 3, van de toewijzingswet op de staat rustende verplichting om emissierechten op te kopen. De toename van de reserve door het terugvloeien van emissierechten dankzij deze aanpassingen heeft overigens tot doel om deze opkoopverplichting gering te houden.

64 Wat het argument van de Commissie betreft dat de ex-postaanpassingen niet noodzakelijk zijn ter bestrijding van misbruik en onjuiste prognoses, en dat de correctie van onjuiste gegevens vóór het toewijzingsbesluit moet plaatsvinden, merkt verzoekster op dat de onjuistheid van deze prognoses pas na dat besluit aan het licht komt, te weten op basis van een vergelijking van de daadwerkelijke productie met de aanvankelijk verwachte productie. In een dergelijke situatie is de ex-postaanpassing het enige middel om het daaruit voortvloeiende risico van „overbedeling" te voorkomen, en bijgevolg het enige middel om te voorkomen dat de goede werking van het systeem van handel in emissierechten wordt aangetast. Voorts maakt richtlijn 2003/87 in dit opzicht geen onderscheid naargelang van de ernst van de door de exploitant gemaakte fout. Daaruit volgt dat ook de prognosefouten die door nalatigheid zijn gemaakt, achteraf zouden moeten worden gecorrigeerd en dat, anders dan de Commissie meent, de nationale wettelijke regeling inzake de bestrijding van opzettelijk misbruik daarvoor niet toereikend is.

65 Verzoekster voegt daaraan toe dat de enige maatregel die de Commissie in de bestreden beschikking rechtmatig acht, te weten intrekking van de toewijzing van emissierechten na stillegging van een installatie, eveneens een ex-postaanpassing is. In dit verband wijst zij het argument van de Commissie af dat stillegging van een installatie tot het verdwijnen van die installatie leidt, en bijgevolg van de exploitant als zodanig. Enerzijds houdt het juridische bestaan van een exploitant niet op louter omdat een installatie wordt stilgelegd. Anderzijds legt het Duitse recht de exploitant zelfs na deze stillegging zware onderhoudsverplichtingen op (Nachsorgepflichten). In die omstandigheden kan de exploitant profijt hebben van de overdracht van emissierechten die hij niet langer nodig heeft. Bijgevolg is de door de Commissie niet betwiste intrekking van emissierechten in het geval van stillegging van een installatie in werkelijkheid een ex-postaanpassing naar beneden.

2. Argumenten van de Commissie

a) Belang van de strekking van de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 bij de door de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van die richtlijn verrichte controle

66 De Commissie meent dat haar bevoegdheid om het NTP te controleren zoals geregeld in artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87, met name betrekking heeft op de criteria van bijlage III bij die richtlijn, die moeten worden gelezen in het licht van de algemene context en het systeem van die richtlijn in haar geheel. Volgens de Commissie gaat het geding over de verenigbaarheid van de bestreden beschikking met deze richtlijn en in het bijzonder met de in bijlage III daarbij vermelde criteria, die tot algemeen doel hebben de exploitanten op basis van duidelijke en vaststaande emissierechten een economische stimulans te bieden voor vermindering van hun emissies. De bestreden beschikking is rechtmatig indien het NTP dat daarvan het voorwerp vormt, niet in overeenstemming is met deze criteria. Bijgevolg is de strekking van deze criteria beslissend zowel voor de rechtmatigheid van de bestreden beschikking als voor de rechtmatigheid van het NTP.

b) Overeenstemming van het Duitse NTP met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

67 De Commissie meent dat een ex-postaanpassing, zelfs indien zij volgens vooraf vastgestelde regels plaatsvindt, niet verenigbaar is met criterium nr. 10 zoals uitgelegd in de algemene context van de artikelen 9 en 11 van richtlijn 2003/87. Zij betoogt dat een dergelijke aanpassing niet meer kan worden aangebracht zodra krachtens artikel 11, lid 1, van deze richtlijn het toewijzingsbesluit is vastgesteld. Dit houdt verband met het feit dat de toegewezen emissierechten aan de exploitanten moeten worden verleend (artikel 11, lid 4) en dat zij binnen de Gemeenschap kunnen worden overgedragen (artikel 12, lid 1). De Commissie preciseert dat de algemene

doelstelling van richtlijn 2003/87, die erin bestaat de exploitanten op basis van vooraf bepaalde emissierechten een economische stimulans te bieden om hun uitstoot te verminderen, vanaf het tijdstip waarop dit toewijzingsbesluit is genomen tot volle gelding komt.

68 Met betrekking tot de door verzoekster aangevoerde stelling dat het noodzakelijk is om misbruik en onjuiste prognoses te voorkomen, merkt de Commissie om te beginnen op dat het steeds mogelijk is om, voordat het toewijzingsbesluit ingevolge artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 wordt vastgesteld, onjuiste informatie te corrigeren. Vervolgens zijn bepaalde risico's en een bepaalde foutenmarge — bijvoorbeeld wat de prognoses betreft die nieuwkomers moeten maken — inherent aan een systeem zoals dat waarvoor verzoekster heeft gekozen, en zij kunnen er geen rechtvaardiging voor vormen om richtlijn 2003/87 niet te eerbiedigen. Overigens is er buiten verzoekster slechts een zeer klein aantal lidstaten die menen of aanvankelijk hebben gemeend het niet buiten ex-postaanpassingen te kunnen stellen. De Commissie voegt daaraan toe dat er hoe dan ook in de lidstaten algemene wettelijke voorschriften bestaan ter bestrijding van opzettelijk misbruik.

69 Tegen verzoeksters argument dat door middel van ex-postaanpassingen naar beneden de broeikasgasemissies tot het strikte minimum kunnen worden beperkt en dat die aanpassingen aldus bijdragen tot de bestrijding van de klimaatverandering, voert de Commissie aan dat dit gevolg slechts kan worden bereikt indien de reserve, bij gebrek aan vraag, niet is uitgeput en emissierechten worden geannuleerd. In een dergelijk geval gaat het enkel om een onverwacht bijkomend effect dat zijn verklaring erin vindt dat er een geringer aantal nieuwkomers is dan verwacht. Indien verzoekster deze milieudoelstelling had willen nastreven, had zij van aanvang aan een minder grote totale hoeveelheid emissierechten moeten vaststellen teneinde „overbedeling" te voorkomen of althans moeten bepalen dat de ex post ingetrokken rechten onmiddellijk worden geannuleerd. Volgens de Commissie zijn de ex-postaanpassingen dus neutraal vanuit het oogpunt van de milieubescherming, omdat de totale hoeveelheid emissierechten onveranderd blijft. Haars inziens kunnen deze aanpassingen bij de exploitanten zelfs de stimulans om de uitstoot te verminderen tenietdoen, omdat zij de mogelijkheid verliezen om de emissierechten die zijn vrijgekomen dankzij hun economische beslissingen, zoals bijvoorbeeld de beslissing om hun productie te verminderen, op de handelsmarkt te verkopen.

70 De Commissie meent dat haar standpunt niet in strijd is met artikel 38, lid 2, van verordening nr. 2216/2004 aangezien deze bepaling enkel correcties toelaat volgens de toewijzingsmethodiek in het NTP en ook deze methodiek in overeenstemming moet zijn met de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87. Voorts vormt de verwijzing naar artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 in deze bepaling slechts de bevestiging van het feit dat de in bijlage III vermelde criteria en de andere bepalingen van deze richtlijn de maatstaf zijn voor de beoordeling van de verenigbaarheid van het NTP.

71 De Commissie voegt daaraan toe dat de intrekking van de emissierechten in het geval van sluiting van installaties, anders dan verzoekster stelt, niet een geval van ex-postaanpassing vormt, aangezien de emissierechten aan de installaties zijn verbonden. Volgens de Commissie heeft een installatie die verdwijnt geen emissierechten meer nodig. Zodra deze installatie verdwijnt is de doelstelling om vermindering van de uitstoot te stimuleren opdat emissierechten vrijkomen, derhalve niet langer aan de orde en staat het de lidstaat dus vrij om de emissierechten die de gesloten installatie niet meer nodig heeft, in te trekken. Bijgevolg vormt de intrekking van de emissierechten in een dergelijk geval geen ex-postaanpassing die vergelijkbaar is met de in het Duitse NTP voorziene ex-postaanpassingen.

c) Overeenstemming van het Duitse NTP met criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

72 Volgens de Commissie kan de bestreden beschikking evenmin worden aangevochten vanuit het gezichtspunt van criterium nr. 5. De mogelijkheid van ex-postaanpassingen naar beneden kan leiden tot een ongerechtvaardigde voorkeursbehandeling van nieuwkomers in die zin dat deze meteen al een grotere hoeveelheid emissierechten kunnen krijgen dan de hoeveelheid die zij zonder een dergelijke mogelijkheid hadden mogen verwachten, waardoor de andere exploitanten, die niet over die aan de aanvankelijke toewijzing inherente mogelijkheid van correctie beschikken, worden benadeeld. Rekening gehouden met het feit dat de nieuwkomers zelf het verwachte niveau van de capaciteitsbenutting en de verwachte productieomvang

moeten beoordelen, worden zij er minder toe gestimuleerd om nauwkeurige ramingen te verstrekken en verrichten zij slechts controles indien een toewijzing vooraf onherroepelijk wordt vastgesteld. Een te hoge aanvankelijke toewijzing kan een nieuwkomer ten onrechte bevoordelen indien zou blijken dat hij vanwege een toename van de vraag meer producten kan verkopen, zonder dat hij bijkomende kosten hoeft te maken voor de aankoop van emissierechten. De exploitant van een bestaande installatie moet daarentegen voor elke onvoorziene extra eenheid product extra emissierechten kopen op de markt.

73 De Commissie voegt daaraan toe dat een regeling voor de handel in emissierechten die betrekking heeft op een periode van meerdere jaren, enkel doelmatig kan functioneren op basis van een onderzoek vooraf dat hoofdzakelijk op prognoses berust. Afgezien van het feit dat belanghebbenden bij het bestaan van de mogelijkheid van ex-postaanpassingen geneigd zouden zijn minder zorgvuldig te zijn bij het opstellen van het NTP, wat van invloed is op de nauwkeurigheid van het toewijzingsbesluit, kan in de lijn van verzoeksters redenering de definitieve toewijzing pas worden verricht aan het einde van de toewijzingsperiode, wanneer alle informatie over de daadwerkelijk geproduceerde emissies beschikbaar is. Derhalve hebben de ex-postaanpassingen tot gevolg dat de eerbiediging van criterium nr. 5 pas a posteriori kan worden gegarandeerd. De Commissie meent echter dat vooraf moet worden nagegaan of er uit hoofde van dit criterium sprake is van eventuele discriminatie jegens bepaalde installaties, dat wil zeggen op het tijdstip waarop het NTP is opgesteld of het besluit van de Commissie is vastgesteld. Daaruit volgt dat ex-postaanpassingen indruisen tegen de geest en de goede werking van het systeem van toewijzing van en van handel in emissierechten. De Commissie preciseert voorts dat het inherent is aan een systeem dat op prognoses berust, dat de werkelijkheid, zoals die zich nadien manifesteert, afwijkt van de prognoses. Het toewijzingsbesluit, dat is vastgesteld op basis van een onderzoek vooraf waarmee wordt beoogd een economische stimulans te creëren voor de vermindering van de uitstoot, kan door latere ontwikkelingen niet meer in twijfel worden getrokken. Voorzien in de intrekking van emissierechten die overbodig zijn geworden vanwege een vermindering van de uitstoot, maar tegelijkertijd toelaten dat deze zouden kunnen worden verkocht, komt immers neer op gedeeltelijke tenietdoening van de stimulans om dergelijke verminderingen te verwezenlijken. Aldus wordt op doorslaggevende wijze afbreuk gedaan aan de doeltreffendheid van het systeem van handel in emissierechten.

74 In dit verband doet het niet ter zake of de ex-postaanpassingen aan het uitstootniveau dan wel aan de productieomvang zijn gekoppeld, omdat er volgens de Commissie een positieve correlatie bestaat tussen deze twee parameters aangezien beide van invloed

zijn op de economische beslissing om de met de productie van de installatie behaalde winst te optimaliseren. Door de koppeling van ex-postaanpassingen aan de productieomvang wordt er een element van onzekerheid ingevoerd in de economische berekening om te bepalen of het rendabel is om de uitstoot te verlagen middels efficiëntievergroting dan wel middels een verlaging van de productieomvang, teneinde de onbenutte emissierechten te kunnen verkopen. Deze door de ex-postaanpassingen veroorzaakte onzekerheid brengt de exploitanten van installaties er daarentegen toe om in mindere mate te investeren in schone productietechnieken en om ervan af te zien om hun productie nog wezenlijker te verlagen. Dit is nu precies wat de Commissie wil voorkomen. De Commissie voegt daaraan toe dat deze nadelige beïnvloeding van de stimulans voor exploitanten zelfs negatieve gevolgen voor het milieu kan hebben, terwijl de door verzoekster aangevoerde eventuele positieve gevolgen zich slechts in hypothetische bijzondere omstandigheden voordoen, met name in het geval dat er niet voldoende nieuwkomers zijn.

75 Wat verzoeksters argument betreft dat de ingetrokken emissierechten aan de reserve worden toegevoegd om ter beschikking van nieuwkomers te worden gesteld, meent de Commissie dat indien verzoekster een vergroting van de reserve noodzakelijk acht, zij van meet af aan in haar NTP in een grotere reserve zou moeten voorzien. De Commissie merkt voorts op dat de hoeveelheid emissierechten die door ex-postaanpassingen wordt verkregen, onzeker is en dus voor de nieuwkomers geen bijkomende rechtszekerheid bij hun investeringsbeslissingen garandeert. Bovendien bevestigt het feit dat de reserve volgens het NTP en § 6, lid 3, van de toewijzingswet kan worden vergroot door de aankoop van emissierechten door een particuliere instelling en door de kosteloze afgifte daarvan aan de met het beheer ervan belaste autoriteiten, dat het aanvullen van deze reserve middels ex-postaanpassingen niet nodig is. Ten slotte is een reserve voor nieuwkomers niet onontbeerlijk omdat die nieuwkomers de noodzakelijke emissierechten op de markt kunnen verkrijgen (zie tevens richtsnoeren van de Commissie, punt 56).

76 Om al deze redenen staat de Commissie op het standpunt dat de bestreden beschikking in overeenstemming is met de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en dat het middel ontleend aan schending van artikel 9, lid 3, van deze richtlijn, juncto bijlage III daarbij, moet worden afgewezen.

B — *Beoordeling door het Gerecht*

1. Verdeling van de taken en de bevoegdheden tussen de Commissie en de lidstaten en omvang van de rechterlijke toetsing

77 Vooraf brengt het Gerecht in herinnering dat verzoekster primair betoogt dat de in het Duitse NTP voorziene ex-postaanpassingen, anders dan de Commissie in de bestreden beschikking vaststelt, noch criterium nr. 5 noch criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 schenden. In deze context is tussen partijen met name de vraag besproken of deze ex-postaanpassingen al dan niet de goede werking van het systeem van handel in emissierechten belemmeren en bijgevolg of die aanpassingen verenigbaar zijn met de doelen en de algemene opzet van richtlijn 2003/87, in het licht waarvan deze criteria moeten worden gezien. In dit verband moet het Gerecht rekening houden met de scheidslijn die ligt tussen enerzijds de omvang van de controlebevoegdheid en de beslissingsbevoegdheid van de Commissie, met name uit hoofde van richtlijn 2003/87, en anderzijds de omvang van de handelingsmarge waarover de lidstaat beschikt om die richtlijn in overeenstemming met de vereisten van het gemeenschapsrecht in nationaal recht om te zetten.

78 Wat de verdeling betreft van de taken en bevoegdheden tussen de Commissie en de lidstaten bij de omzetting van een milieurichtlijn, dient te worden gewezen op de bewoordingen van artikel 249, derde alinea, EG volgens welke „een richtlijn verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten vorm en middelen te kiezen". Daaruit volgt dat wanneer de betrokken richtlijn niet de vorm en de middelen voorschrijft om een specifiek resultaat te bereiken, de lidstaat in beginsel volledige handelingsvrijheid geniet ten aanzien van keuze van de passende vormen en middelen om dat resultaat te bereiken. Niettemin zijn de lidstaten verplicht in het kader van de hun bij artikel 249, derde alinea, EG gelaten vrijheid, de meest passende vormen en middelen te kiezen om het nuttig effect van richtlijnen te verzekeren (zie arrest Hof van 8 september 2005, Yonemoto, C-40/04, Jurispr. blz. I-7755, punt 58 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Daaruit volgt voorts dat

bij het ontbreken van een communautair voorschrift dat duidelijk en nauwkeurig bepaalt welke vorm en middelen door de lidstaat moeten worden toegepast, het aan de Commissie staat om in het kader van de uitoefening van haar controlebevoegdheid, krachtens met name de artikelen 211 EG en 226 EG, rechtens genoegzaam aan te tonen dat de door de lidstaat uit dien hoofde gebruikte instrumenten in strijd zijn met het gemeenschapsrecht.

79 Daaraan dient te worden toegevoegd dat de eerbiediging van het in artikel 5, tweede alinea, EG neergelegde subsidiariteitsbeginsel enkel door de toepassing van deze beginselen kan worden verzekerd. Het subsidiariteitsbeginsel geldt voor de gemeenschapsinstellingen bij de uitoefening van hun regulerende functies en wordt geacht te zijn geëerbiedigd bij de vaststelling van richtlijn 2003/87 (punt 30 van de considerans van die richtlijn). Volgens dit beginsel treedt de Gemeenschap op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts op indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt. Op een gebied zoals dat van het milieu, dat in de artikelen 174 EG tot en met 176 EG is geregeld, waarvoor de bevoegdheden van de Gemeenschap en van de lidstaten zijn verdeeld, rust dus op de Gemeenschap, dat wil zeggen in casu op de Commissie, de bewijslast om aan te tonen in welke mate de bevoegdheden van de lidstaat, en bijgevolg zijn handelingsmarge, gelet op de in punt 78 hierboven genoemde voorwaarden, zijn begrensd.

80 Wat meer in het bijzonder de controlebevoegdheid van de Commissie uit hoofde van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 betreft, dient te worden gepreciseerd dat de lidstaat voor de uitvoering van deze richtlijn weliswaar over een bepaalde handelingsmarge beschikt, doch dat dit niet wegneemt enerzijds dat de Commissie bevoegd is om na te gaan of de door de lidstaat getroffen maatregelen in overeenstemming zijn met de criteria van bijlage III en met het bepaalde in artikel 10 van die richtlijn, en anderzijds dat zij bij de uitoefening van deze controle zelf een beoordelingsmarge heeft voor zover deze controle ingewikkelde economische en ecologische beoordelingen impliceert die worden gemaakt met het oog op het algemene doel van vermindering van de broeikasgasemissies middels een kosteneffectief en economisch efficiënt systeem van handel in emissierechten (artikel 1 en punt 5 van de considerans van richtlijn 2003/87).

81 Daaruit volgt dat de gemeenschapsrechter in het kader van zijn toetsing van de rechtmatigheid in dit opzicht een volledige toetsing verricht van de juiste toepassing door de Commissie van de relevante rechtsregels, waarvan de strekking moet worden bepaald volgens de in de rechtspraak aanvaarde uitleggingsmethoden. Het Gerecht kan zich daarentegen niet in de plaats van de Commissie stellen wanneer zij in deze context ingewikkelde economische en ecologische beoordelingen moet maken. Uit dien hoofde moet het Gerecht enkel nagaan of de betrokken maatregel niet is aangetast door een kennelijke vergissing of door misbruik van bevoegdheid, of de bevoegde autoriteit niet klaarblijkelijk de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid heeft overschreden en of de procedurele waarborgen, die in deze context van des te fundamenteler belang zijn, volledig zijn geëerbiedigd (zie in die zin arresten Gerecht van 11 september 2002, Pfizer Animal Health/Raad, T-13/99, Jurispr. blz. II-3305, punten 166 en 171, en Alpharma/Raad, T-70/99, Jurispr. blz. II-3495, punten 177 en 182, en 21 oktober 2003, Solvay Pharmaceuticals/Raad, T-392/02, Jurispr. blz. II-4555, punt 126).

82 In het onderhavige geval is uitoefening van de door de Commissie uit hoofde van artikel 9, lid 3, van deze richtlijn verrichte controle van de verenigbaarheid van de litigieuze ex-postaanpassingen, met, met name, de criteria nrs. 5 en 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, in de eerste plaats afhankelijk van de strekking van de relevante rechtsregels en impliceert zij pas in de tweede plaats ingewikkelde economische en ecologische beoordelingen, met name wanneer de praktische gevolgen van die aanpassingen voor de werking van het systeem van handel in emissierechten moeten worden onderzocht. Bijgevolg moet om te beginnen worden onderzocht of de Commissie bij de uitoefening van deze controle de grenzen van de relevante rechtsregels, in de uitlegging daarvan door het Gerecht, heeft geëerbiedigd, teneinde vast te stellen of de bestreden beschikking blijk geeft van een onjuiste rechtopvatting. Pas daarna, wanneer blijkt dat de Commissie de relevante rechtsregels juist heeft toegepast of de bewijzen heeft geleverd waarvoor zij volgens de in de punten 78 en 79 hierboven vermelde regels inzake de bewijslastverdeling de bewijslast draagt, rijst de vraag of haar beoordeling feitelijk en economisch aannemelijk is dan wel kennelijk onjuist is.

83 In dit verband dient te worden gepreciseerd dat tussen partijen onomstreden is dat de kwestie van de toelaatbaarheid van de litigieuze ex-postaanpassingen in richtlijn

2003/87 niet expliciet is geregeld. In die omstandigheden moet worden verondersteld dat die aanpassingen behoren tot de vrijheid van de lidstaat ten aanzien van vormen en middelen voor de uitvoering van die richtlijn, en staat het derhalve aan de Commissie om te bewijzen dat deze aanpassingen afbreuk kunnen doen aan de nuttige werking van de voorschriften daarvan.

84 Het Gerecht acht het zinvol om te beginnen met het onderzoek van de rechtmatigheid van de bestreden beschikking voor zover deze de toelaatbaarheid van bepaalde ex-postaanpassingen gelet op criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 betreft, omdat de strekking van dit criterium, zoals uitgelegd door de Commissie, intrinsiek verband houdt met de vraag van de verenigbaarheid van deze aanpassingen met de doelstellingen en de algemene opzet van het systeem van handel in emissierechten zoals dit bij die richtlijn is ingesteld.

2. Rechtmatigheid van de bestreden beschikking gelet op criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

a) Litigieuze ex-postaanpassingen

85 Vooraf dient in herinnering te worden gebracht welke de litigieuze ex-postaanpassingen zijn waarvan de Commissie meent dat zij in strijd zijn met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87.

86 Op het eerste gezicht lijkt de Commissie in artikel 1 van de bestreden beschikking vast te stellen dat alle in dit artikel genoemde ex-postaanpassingen in strijd zijn met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87. Niettemin blijkt uit de punten 4 tot en met 6 van de considerans van de bestreden beschikking, in het licht waarvan het dispositief moet worden gelezen (zie in die zin arrest Hof van 12 mei 2005,

Commissie/Griekenland, C-415/03, Jurispr. blz. I-3875, punt 41, en arrest Gerecht van 18 januari 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Commissie, T-93/02, Jurispr. blz. II-143, punt 74), dat deze beoordeling niet geldt voor de ex-postaanpassingen voor nieuwkomers, zoals bedoeld in artikel 1, sub a, van die beschikking, omdat de Commissie van oordeel is dat die enkel in strijd zijn met criterium nr. 5. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd (proces-verbaal van de terechtzitting, blz. 2), moet het begin van artikel 1 van de bestreden beschikking derhalve als volgt worden gelezen:

„De volgende onderdelen van het Duitse [NTP] zijn onverenigbaar met de criteria [nr.] 5 en[/of nr.] 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 […]"

87 In artikel 1, sub b, en in punt 5 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie de onrechtmatigheid van ex-postaanpassingen in verband met de overdrachtsregel vast. De Commissie betwist weliswaar niet de overdrachtsregel als zodanig, voor zover het de exploitant van een nieuwe installatie daarbij wordt toegestaan om de emissierechten die aan een door hem geëxploiteerde, maar intussen gesloten installatie, waren verleend, over te nemen (zie met name de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004, punt 3.3), doch zij weigert wel de rechtmatigheid van dergelijke aanpassingen te erkennen wanneer de productiecapaciteit van de nieuwe installatie geringer is dan die van de gesloten installatie.

88 In het eerste in artikel 1, sub c, en in punt 6 van de considerans van de bestreden beschikking bedoelde geval stelt de Commissie voorts de onrechtmatigheid vast van de ex-postaanpassingen die verband houden met een vermindering van de benutting van de productiecapaciteit van de installatie die zich tegen de door de exploitant opgegeven prognoses in heeft voorgedaan. Volgens de bijkomende toelichtingen in de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004 (blz. 8, voorlaatste alinea) betreft die onrechtmatigheid enkel de ex-postaanpassingen die van toepassing zijn op installaties die na 1 januari 2003 in bedrijf zijn gesteld en niet die welke van toepassing zijn

op nieuwkomers. In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft de Commissie deze uitlegging bevestigd, met de precisering echter dat de onrechtmatigheid van de ex-postaanpassingen in de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004 enkel per vergissing was beperkt tot ex-postaanpassingen die van toepassing zijn op installaties die na 1 januari 2003 in bedrijf zijn gesteld en dat de bestreden beschikking dus ook de aanpassingen betrof die van toepassing zijn op installaties die vóór die datum in bedrijf zijn gesteld.

89 De Commissie stelt bovendien in het tweede in artikel 1, sub c, en in punt 6 van de considerans van de bestreden beschikking bedoelde geval, zoals gerectificeerd ter terechtzitting (zie punt 40 supra), tevens de onrechtmatigheid vast van de ex-postaanpassingen naar beneden die van toepassing zijn wanneer de jaarlijkse emissies van de installatie minder dan 60 % van de emissies in de basisperiode bedragen („de facto stillegging").

90 In het laatste in artikel 1, sub c, en in punt 6 van de considerans van de bestreden beschikking bedoelde geval stelt de Commissie ten slotte de onrechtmatigheid vast van de speciale toewijzing van emissierechten aan een installatie met warmtekrachtkoppeling wanneer de door die installatie geproduceerde hoeveelheid elektriciteit lager ligt dan de hoeveelheid in de basisperiode.

91 Meer in het algemeen blijkt uit de punten 4 en 5 van de bestreden beschikking alsmede uit punt 3.2, eerste alinea, van de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004 (zie punt 41 supra), dat de Commissie van mening is dat in een NTP de voor de eerste toewijzingsperiode aan elke installatie toe te wijzen hoeveelheid emissierechten vooraf moet worden bepaald en hoe dan ook niet meer kan worden gewijzigd nadat de lidstaat het besluit uit hoofde van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 heeft vastgesteld. Verzoekster stelt daarentegen in wezen dat criterium nr. 10 van bijlage III bij die richtlijn geen enkele formele voorwaarde bevat waarbij de verplichting wordt opgelegd om bij het NTP een lijst van de installaties te voegen met de verwachte hoeveelheid emissierechten die de lidstaat voornemens is hun toe te wijzen en dat de hoeveelheid emissierechten die aldus individueel zijn verleend, in een later stadium van de uitvoering van het uit hoofde van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 genomen toewijzingsbesluit kan worden veranderd.

92 Teneinde de gegrondheid van de door partijen aangevoerde argumenten te onderzoeken, acht het Gerecht het noodzakelijk om een letterlijke, een wetshistorische, een systematische en een teleologische uitlegging van de strekking van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 te geven (zie met betrekking tot de methodologie, arresten Gerecht van 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie, T-251/00, Jurispr. blz. II-4825, punten 72 e.v., en 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie, T-22/02 en T-23/02, Jurispr. blz. II-4065, punten 41 e.v.).

b) Letterlijke uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

93 Om te beginnen moet middels een letterlijke uitlegging worden bepaald of de bewoordingen van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 zich verzetten tegen de in het Duitse NTP opgenomen maatregelen voor ex-postaanpassing.

94 In dit verband merkt het Gerecht op dat criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 bepaalt dat „het plan een lijst moet bevatten van de installaties die in deze richtlijn worden opgenomen met de hoeveelheden emissierechten bestemd om te worden toegewezen aan ieder van hen". Blijkens de bewoordingen waarin dit criterium is geformuleerd, moet dus enerzijds het NTP een lijst bevatten van de installaties die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2003/87 vallen en moet anderzijds deze lijst vermelden welke hoeveelheden emissierechten zijn „bestemd om te worden toegewezen". Derhalve moet meer in het bijzonder worden ingegaan op de vraag wat de strekking is van de uitdrukking „bestemd om te worden toegewezen".

95 Bij een letterlijke uitlegging moet in aanmerking worden genomen dat de teksten van gemeenschapsrecht in verscheidene talen zijn opgesteld en dat de verschillende taalversies gelijkelijk authentiek zijn; de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht vereist dan ook een vergelijking van de verschillende taalversies (arrest Hof van 6 oktober 1982, Cilfit, 283/81, Jurispr. blz. 3415, punt 18). De uitdrukking

„que l'on souhaite […] allouer" in de Franse taalversie is eveneens gebruikt in de Spaanse en de Portugese versie, te weten respectievelijk „que se prevé asignar " en „que se pretende de atribuir", en al deze versies brengen bij de individuele toekenning van de emissierechten aan de verschillende installaties aldus dezelfde subjectiviteit, welke een bepaalde mate van autonome wil impliceert, tot uitdrukking. Deze subjectiviteit is verzwakt tot enkel een intentie in de Engelse („intended to be allocated"), de Deense („hensigten"), de Finse („aiotaan myöntää") en de Zweedse („som avses") versie, waarin deze uitdrukking in een enigszins andere betekenis is opgenomen, te weten in de betekenis „die de lidstaat voornemens is toe te wijzen". Voorts is in de Duitse („zugeteilt werden sollen") en in de Nederlandse versie („bestemd om te worden toegewezen"), hetgeen in het Frans zou zijn: „destinés à être alloués", de individuele toekenning van de emissierechten meer neutraal en objectief van aard. Deze neutraliteit en objectiviteit zijn nog versterkt in de Griekse („pou prokeitai na diatethoun ") en de Italiaanse versie („saranno assegnate"), waarin de individuele toekenning eenvoudigweg als een toekomstig feit wordt voorgesteld („zullen worden toegewezen").

96 Gezien het voorgaande bestaan er belangrijke nuances tussen de verschillende taalversies van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, die alle authentiek zijn, en waarin de individuele toekenning van de emissierechten, naargelang van de gebruikte bewoordingen, eerder subjectief en als een voornemen wordt voorgesteld dan wel, integendeel, min of meer objectief en neutraal. Bijgevolg pleiten deze taalversies, in hun geheel genomen, noch voor het standpunt van de Commissie, volgens hetwelk het NTP en het toewijzingsbesluit de definitieve hoeveelheid aan elk van de genoemde installaties toe te wijzen emissierechten moeten bevatten, noch voor het standpunt van verzoekster, die zich in wezen beroept op een ruime beoordelingsmarge van de lidstaat in dit opzicht. Bovenvermelde formuleringen kunnen echter evenmin uitsluiten dat de gemeenschapswetgever de lidstaat een zekere flexibiliteit, zoniet een zekere beoordelingsmarge, zou hebben willen geven door hem de mogelijkheid te laten om de hoeveelheid emissierechten zoals voorzien in de bij het NTP gevoegde lijst van installaties, in een later stadium van de uitvoering van richtlijn 2003/87 te wijzigen.

97 Bijgevolg dienen deze letterlijke uitlegging en deze vergelijkende lezing van de verschillende taalversies van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 te worden aangevuld door een wetshistorische uitlegging.

c) Wetshistorische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

98 Bij het nagaan van de geschiedenis van het wetgevingsproces dat tot de vaststelling van richtlijn 2003/87 heeft geleid, constateert het Gerecht dat criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 pas in een vrij laat stadium in het ontwerp voor deze richtlijn verschijnt, te weten in het kader van Gemeenschappelijk Standpunt (EG) nr. 28/2003 door de Raad vastgesteld op 18 maart 2003 met het oog op de aanneming van [deze] richtlijn (PB C 125 E, blz. 72). Zoals verzoekster betoogt is dit criterium in het ontwerp voor de richtlijn opgenomen nadat op 13 september 2002 een amendement was ingediend door de commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbeleid van het Europees Parlement. Voor dit amendement werd als motivering gegeven dat „het van belang is te beschikken over gegevens en cijfers over de handel in uitstootrechten" (verslag van vergadering A5-0303/2002, I, blz. 48, amendement nr. 73).

99 De wetshistorische uitlegging verschaft dus geen bijkomende gegevens die kunnen afdoen aan de slotsom in punt 96 hierboven.

100 Bijgevolg dient tot een systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 te worden overgegaan.

d) Systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

Relevante bepalingen van richtlijn 2003/87 en van verordening nr. 2216/2004

i) Artikelen 9 en 11 van richtlijn 2003/87

101 In het kader van de systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 dient om te beginnen te worden uitgegaan van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87, dat de rechtsgrondslag vormt voor het opstellen van de NTP's door de lidstaten. Dit voorschrift bepaalt onder meer dat „elke lidstaat een [NTP] opstelt, waarin de totale hoeveelheid emissierechten wordt vermeld die hij voornemens is voor die periode toe te wijzen, alsmede de manier waarop hij voornemens is deze rechten toe te wijzen" en dat „[dit NTP] wordt gebaseerd op objectieve en transparante criteria, waaronder de in bijlage III genoemde, waarbij terdege rekening wordt gehouden met reacties vanuit het publiek".

102 Wat de vraag betreft of de toewijzing van de emissierechten door de lidstaat als voorzien in het NTP, definitief is dan wel integendeel slechts voorlopig, komt de in artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87 gebruikte uitdrukking („voornemens is […] toe te wijzen") in elk van de in punt 95 hierboven onderzochte taalversies in wezen overeen met de uitdrukking die in criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 („bestemd om te worden toegewezen") is gebruikt. Deze formuleringen veronderstellen echter niet noodzakelijkerwijs een ruime handelingsmarge van de lidstaat voor de uitvoering. Zij kunnen tevens worden opgevat als de consequentie van het feit dat het NTP krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 door de Commissie zal worden gecontroleerd, en dat dus elke toewijzing van emissierechten die in de bij dat NTP gevoegde lijst met installaties is voorzien — en die de lidstaat dus heeft „bestemd" — slechts voorlopig is totdat de Commissie deze goedkeurt dan wel deze verwerpt met het verzoek wijzingen aan te brengen.

103 Vervolgens moet worden uitgegaan van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 waarin is bepaald dat de „Commissie het [NTP] of een deel daarvan [kan] verwerpen als het niet met de in bijlage III genoemde criteria of met artikel 10 verenigbaar is" en dat „de lidstaten pas een besluit krachtens artikel 11, lid 1, […] nemen wanneer de voorgestelde wijzigingen door de Commissie zijn aanvaard". Voorts bepaalt artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87, dat „iedere lidstaat een besluit neemt over de totale hoeveelheid emissierechten die hij […] zal toewijzen en over de toewijzing van die emissierechten aan de exploitant van elke installatie". Deze bepaling preciseert bovendien dat „dit besluit [door de lidstaat] wordt genomen [op basis van] het [NTP] […] met inachtneming van de opmerkingen van het publiek".

104 In deze context acht het Gerecht het zinvol de verschillende fasen van de in artikel 9, leden 1 en 3, juncto artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 omschreven procedure in herinnering te brengen. Artikel 9, lid 3, voorziet immers in verschillende fasen die overeenkomen met respectievelijk de mededeling, de voltooiing van het NTP en de vaststelling van het toewijzingsbesluit door de lidstaat. Het voorziet voorts in ten minste twee gelegenheden waarbij de Commissie het NTP kan controleren en afwijzen. De eerste — noodzakelijke — fase bestaat in de aanvankelijke mededeling van het NTP door de lidstaat overeenkomstig lid 1 van deze bepaling en in het onderzoek van dat NTP door de Commissie. Op deze eerste fase volgt eventueel een tweede fase. Deze leidt tot eventuele wijzigingen van het NTP, hetzij op verzoek van de Commissie, hetzij op voorstel van de lidstaat. Deze wijzigingen worden door de Commissie al dan niet aanvaard. Pas nadat de eerste en — eventueel — de tweede fase zijn voltooid mag de lidstaat in het kader van de derde fase en op basis van zijn NTP uit hoofde van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 zijn besluit tot toewijzing van de emissierechten vaststellen (arrest Gerecht van 23 november 2005, Verenigd Koninkrijk/Commissie, T-178/05, Jurispr. blz. II-4807, punt 56). Bovendien volgt uit de artikelen 9, lid 1, en 11, lid 1, van deze richtlijn dat de lidstaat verplicht is om „terdege rekening [te houden] met reacties vanuit het publiek", zowel in het NTP, dat wil zeggen na een eerste inspraakprocedure, als in het toewijzingsbesluit, dat wordt vastgesteld na een twee inspraakprocedure. In dit verband preciseert criterium nr. 9

van bijlage III bij richtlijn 2003/87 dat „het [NTP] bepalingen moet bevatten inzake opmerkingen door het publiek, alsmede informatie over de regelingen die moeten waarborgen dat er terdege met die opmerkingen rekening wordt gehouden alvorens een besluit over de toewijzing van emissierechten wordt genomen".

105 Gelet op het voorgaande stelt het Gerecht vast, ten eerste, dat voor het in artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 bedoelde toewijzingsbesluit van de lidstaat de Commissie in het kader van deze richtlijn niet meer een bijzonder onderzoek behoeft te verrichten zoals de controle ten aanzien van het NTP bedoeld in artikel 9 van deze richtlijn. Het feit dat artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 de lidstaat verplicht om zijn toewijzingsbesluit te baseren op zijn NTP zoals dit krachtens artikel 9 van die richtlijn door de Commissie is onderzocht en eventueel op haar verzoek is gewijzigd, betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat een latere wijziging van de individuele toewijzingen van emissierechten niet langer mogelijk is. Volgens artikel 11, lid 1, tweede volzin, in fine, juncto criterium nr. 9 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 hangt de inhoud van het toewijzingsbesluit immers tevens af van de tweede inspraakprocedure. Deze tweede inspraakprocedure vindt echter pas plaats nadat de Commissie het meegedeelde NTP heeft onderzocht, en moet geschikt zijn om te kunnen leiden tot een wijziging van de toewijzing die de lidstaat voornemens was middels zijn toewijzingsbesluit vast te stellen, omdat anders deze inspraakprocedure zinloos en de opmerkingen van het publiek zuiver theoretisch zouden zijn (arrest Verenigd Koninkrijk/Commissie, zie punt 104 supra, punt 57). Daaruit volgt dat in beginsel weliswaar elke wijziging van het fundamentele kader van het NTP na de beëindiging van de in artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 bedoelde onderzoeksprocedure, het daarbij ingestelde systeem van preventieve controle onwerkzaam kan maken, doch dat een absoluut verbod om de in het NTP vastgestelde individuele toewijzingen te wijzigen afbreuk zou doen aan de nuttige werking van de tweede inspraakprocedure bedoeld in artikel 11, lid 1, tweede volzin, in fine, juncto criterium nr. 9 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 (zie in die zin arrest Verenigd Koninkrijk/Commissie, zie punt 104 supra, punt 58). Daaraan dient te worden toegevoegd dat de Commissie blijkens de punten 93, 95 en 96 van haar richtsnoeren zelf lijkt uit te gaan van het beginsel dat aangezien de participatie van het publiek verplicht is, eventuele wijzigingen die na de tweede inspraakprocedure noodzakelijk zijn gebleken, in het toewijzingsbesluit kunnen worden opgenomen mits de lidstaat de Commissie daarvan vóór de vaststelling van dat besluit in kennis stelt.

106 Ten tweede dient te worden vastgesteld dat de relevante passage van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 („iedere lidstaat [neemt] een besluit over de totale hoeveelheid emissierechten die hij […] zal toewijzen en over de toewijzing van die emissierechten aan de exploitant van elke installatie") eerder op open wijze is geformuleerd en op de toekomst is gericht en dat deze bepaling niet uitdrukkelijk verbiedt dat de hoeveelheid volgens de bij het NTP gevoegde lijst en volgens het toewijzingsbesluit individueel toegewezen emissierechten, nadien wordt gewijzigd. Evenzo verwijst artikel 9, lid 1, van deze richtlijn, waarin de voorwaarden voor rechtmatigheid van een NTP zijn vastgesteld, niet uitsluitend naar de in bijlage III bij richtlijn 2003/87 genoemde criteria, maar staat het toe dat het NTP op andere toewijzingscriteria wordt gebaseerd, mits deze „objectief en transparant" zijn. Daaruit volgt enerzijds dat bij het ontbreken van een expliciet verbod in artikel 11, lid 1, om de individuele toekenning van emissierechten naderhand te wijzigen, in het NTP en in het toewijzingsbesluit een dergelijke mogelijkheid van wijzigingen uitdrukkelijk kan zijn opgenomen, op voorwaarde dat de criteria voor uitvoering daarvan objectief en transparant zijn vastgesteld. Daaruit volgt anderzijds dat aangezien deze bijkomende criteria niet de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 zijn, de controlebevoegdheid van de Commissie uit hoofde van artikel 9, lid 3, van deze richtlijn, noodzakelijkerwijs beperkt is en enkel de vraag betreft of deze bijkomende criteria — die door de lidstaat zijn ingevoerd in de uitoefening van de beoordelingsvrijheid die hem voor de uitvoering van deze richtlijn is gelaten — voldoen aan de voorwaarden van objectiviteit en transparantie. Daaraan moet worden toegevoegd dat een eventuele latere wijziging van individuele toewijzingen van emissierechten na de vaststelling van het toewijzingsbesluit in de zin van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87, niet tot gevolg heeft dat de Commissie elke mogelijkheid tot controle verliest, gegeven het permanente toezicht dat zij uitoefent middels de instrumenten voor beheer en verificatie bedoeld in verordening nr. 2216/2004, alsmede de algemene toezichtsbevoegdheid die haar uit hoofde van de artikelen 211 EG en 226 EG is verleend, op grond waarvan zij in geval van schending van het gemeenschapsrecht op elk moment kan optreden.

ii) Artikel 29 van richtlijn 2003/87

107 Artikel 29 van richtlijn 2003/87 staat, bij uitzondering en in afwijking van de voorziene totale hoeveelheid emissierechten, een latere verhoging van de hoeveelheid

individueel toegewezen emissierechten toe. Dit bevestigt de opvatting dat de lidstaat in beginsel geen bijkomende emissierechten mag toewijzen. Er bestaat echter geen enkele uitdrukkelijke bepaling in deze richtlijn waarbij de handelingsmarge van de lidstaat in het beheer van de individuele toekenning van de emissierechten wordt beperkt, wanneer dit niet tot een verhoging leidt, maar enkel tot ex-postcorrecties naar beneden. In dit laatste geval bestaat er immers geen gevaar dat een toewijzing de in het NTP voorziene totale hoeveelheid emissierechten overschrijdt, hetgeen in strijd zou zijn met de op de lidstaat rustende verplichting om de uitstoot te verlagen. In dit verband dient tevens te worden vastgesteld dat verzoekster, in antwoord op een vragenlijst van de Commissie in de loop van de administratieve procedure, heeft opgemerkt dat het krachtens artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 vastgestelde toewijzingsbesluit, anders dan hetgeen blijkt uit het aanvankelijk meegedeelde NTP, enkel ex-postaanpassingen naar beneden bevatte en geen maatregelen tot verhoging van de individuele toewijzingen (zie punt 34 supra).

iii) Artikel 38, lid 2, van verordening nr. 2216/2004

108 Zoals de Commissie betoogt, vormt artikel 38, lid 2, van verordening nr. 2216/2004 slechts een technisch procedurevoorschrift voor goed en gecentraliseerd beheer, op Europees niveau, van het gestandaardiseerd en beveiligd registersysteem, dat onder meer de tabellen op basis van de NTP's bevat waarin de gegevens van de verschillende NTP's zijn opgenomen zoals deze door de lidstaten zijn meegedeeld. Dit voorschrift stelt de voorwaarden vast waaronder correcties kunnen worden meegedeeld en aangebracht in de tabel op basis van het NTP. Voor deze correcties moet echter wel de procedure van mededeling aan en controle door de Commissie uit hoofde van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 worden geëerbiedigd. Daaruit volgt dat deze mogelijkheden tot wijziging geen afbreuk doen aan de rechtmatigheid of de gegrondheid van de betrokken correcties, en dat zij hoe dan ook niet afdoen aan de strekking van de verschillende relevante bepalingen van richtlijn 2003/87. De formulering van artikel 38, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 2216/2004, volgens welke „die correctie in overeenstemming is met de in het [NTP] vermelde methodologieën", bevestigt daarentegen, althans indirect, dat er achteraf een correctie kan worden aangebracht op de hoeveelheid toegewezen emissierechten mits het NTP als zodanig uitdrukkelijk de voor een dergelijke correctie geldende methode regelt. Dit

voorschrift veronderstelt immers aldus dat de lidstaat in het NTP correctiemechanismen kan opnemen, mits deze objectief en transparant zijn in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87.

Strekking van de richtsnoeren van de Commissie

i) Zelfbeperkende werking van de richtsnoeren van de Commissie

109 Voor zover de richtsnoeren van de Commissie deel kunnen uitmaken van het relevante rechtskader, dient de strekking daarvan te worden beoordeeld en dienen de bepalingen daarvan die relevant zijn voor de uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, te worden onderzocht.

110 In dit verband dient met betrekking tot de juridische aard van deze richtsnoeren te worden vastgesteld dat deze weliswaar zijn gebaseerd op de expliciete rechtsgrondslag die is voorzien in artikel 9, lid 1, eerste alinea, laatste volzin, van richtlijn 2003/87, waarin is bepaald dat „de Commissie […] richtsnoeren [geeft] voor de toepassing van de in bijlage III genoemde criteria", doch dat die richtsnoeren met geen van de in artikel 249 EG genoemde communautaire rechtshandelingen overeenkomen (zie, naar analogie, arrest Hof van 6 april 2000, Spanje/Commissie, C-443/97, Jurispr. blz. I-2415, punten 28 e.v., en arresten Pfizer Animal Health/Raad, zie punt 81 supra, punt 119, en Alpharma/Raad, zie punt 81 supra, punt 140). Niettemin volgt daaruit wel de bevoegdheid van de Commissie om, in de vorm van deze richtsnoeren, vooraf te formuleren en bekend te maken wat haar eigen opvatting is over de inhoud en de strekking van de criteria van bijlage III bij die richtlijn, alsmede over de wijze waarop zij voornemens is haar controle uit hoofde van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 uit te oefenen ten aanzien van de verenigbaarheid van de door de lidstaten

getroffen uitvoeringsmaatregelen met die criteria. De richtsnoeren behoren dus tot de categorie van regels die als zodanig geen autonome bindende werking ten aanzien van derden hebben en waarvan de Commissie op grote schaal gebruik maakt in het kader van haar administratieve praktijk teneinde de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid en haar toezichtsbevoegdheid te structureren en transparanter te maken.

111 In dit verband dient te worden herinnerd aan de rechtspraak dat de betrokken instelling, door dergelijke regels voor bestuurlijk gedrag die externe gevolgen beogen, vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij die voortaan zal toepassen op de desbetreffende gevallen, de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid beperkt. Zij kan van die regels niet afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het beginsel van gelijke behandeling, het rechtszekerheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel. Het is dus niet uitgesloten dat dergelijke gedragsregels met een algemene strekking onder bepaalde voorwaarden en naargelang van hun inhoud rechtsgevolgen kunnen sorteren, en dat met name de administratie in een concreet geval daarvan niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling (zie, met betrekking tot de richtsnoeren van de Commissie voor de berekening van geldboeten op het gebied van de mededinging, arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P et C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punten 209-211; zie tevens met betrekking tot de richtsnoeren die door de Commissie zijn vastgesteld op het gebied van staatssteun, arrest Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express/Commissie, T-16/96, Jurispr. blz. II-757, punt 57), mits een dergelijke benadering niet in strijd is met andere, hogere regels van gemeenschapsrecht. Meer in het bijzonder op de gebieden van de landbouw, de volksgezondheid en het milieu, heeft het Gerecht erkend dat de gemeenschapsinstellingen zichzelf voor de uitoefening van hun beoordelingsbevoegdheden gedragsregels kunnen stellen door middel van niet in artikel 249 EG voorziene handelingen, met name mededelingen, voor zover deze handelingen gedragsregels bevatten inzake de door hen te volgen praktijk en niet derogeren aan de normen van het Verdrag (zie arresten Pfizer Animal Health/Raad, zie punt 81 supra, punt 119, en Alpharma/Raad, zie punt 81 supra, punt 140, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

112 Daaruit volgt dat de Commissie zich in het kader van haar controlebevoegdheid uit hoofde van artikel 9 van richtlijn 2003/87 door haar richtsnoeren op zodanige wijze heeft beperkt dat zij daarvan niet kan afwijken zonder in voorkomend geval bepaalde algemene rechtsbeginselen als het beginsel van gelijke behandeling, het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel te schenden. Bijgevolg kunnen de richtsnoeren van de Commissie tegen haar worden ingeroepen, met name door de lidstaten, waarvoor deze richtsnoeren bestemd zijn, wanneer zij maatregelen treft die tegen die richtsnoeren indruisen.

ii) Uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in het licht van de richtsnoeren va de Commissie

113 Het Gerecht brengt in herinnering dat de Commissie zich met betrekking tot criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, in de punten 97 tot en met 100 van haar richtsnoeren als volgt uitlaat:

„97. Dit criterium moet de transparantie van het [NTP] waarborgen. Het houdt in dat de hoeveelheden emissierechten per installatie worden aangegeven, en dus zichtbaar zijn voor het grote publiek wanneer het plan wordt medegedeeld aan de Commissie en de overige lidstaten.

[…]

98. Dit criterium wordt geacht in acht te zijn genomen wanneer een lidstaat heeft voldaan aan zijn verplichting om een lijst op te maken van alle onder richtlijn [2003/87] vallende installaties […]

[…]

100. Een lidstaat moet de totale hoeveelheid vermelden van de rechten die hij voornemens is toe te kennen aan elke installatie en moet de hoeveelheid die aan elke installatie in elk jaar wordt toegewezen overeenkomstig artikel 11, lid 4[, van richtlijn 2003/87] vermelden. […]"

114 Het Gerecht is van oordeel dat in punt 97 van de richtsnoeren van de Commissie dezelfde ratio legis naar voren komt als die welke ten grondslag ligt aan de rechtvaardiging die de parlementaire commissie heeft gegeven voor opname van criterium nr. 10 in richtlijn 2003/87 (zie punt 98 supra). Deze rechtvaardiging heeft immers in wezen tot doel aan het publiek en aan de bij het beheer van het systeem van handel in emissierechten betrokken autoriteiten te garanderen dat de per installatie toegewezen hoeveelheid emissierechten transparant is in het NTP. Zo geeft ook de in punt 98 van de richtsnoeren van de Commissie gebruikte uitdrukking „dit criterium wordt geacht in acht te zijn genomen" aan dat zij zelf heeft bedoeld tot uitdrukking te brengen dat de omvang van de in criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 opgenomen verplichting beperkt bleef tot een formele verplichting om „een lijst […] van alle onder richtlijn [2003/87] vallende installaties" mee te delen. Bovendien wordt in punt 100 van de richtsnoeren van de Commissie, net als in de formulering van criterium nr. 10, enkel vereist dat de lidstaat „de totale hoeveelheid [vermeldt] van de rechten die hij voornemens is toe te kennen aan elke installatie". De formulering die is gekozen om de handelingsmarge waarover de lidstaat bij de toewijzing van de emissierechten beschikt, tot uitdrukking te brengen („voornemens is toe te kennen"), verschilt dus nauwelijks van die van criterium nr. 10 („bestemd om te worden toegewezen"), en evenmin van die van de andere relevante bepalingen van richtlijn 2003/87 (zie punten 101-106 supra).

115 Het Gerecht komt derhalve tot de slotsom dat de Commissie ten aanzien van de strekking van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in haar richtsnoeren geen nadere precisering geeft ten opzichte van de bewoordingen van de relevante bepalingen van richtlijn 2003/87, een precisering die de gegrondheid van haar

uitlegging dat de litigieuze maatregelen voor ex-postaanpassing in strijd zijn met dat criterium, zou kunnen staven. De richtsnoeren van de Commissie bevatten evenmin een aanwijzing voor de beantwoording van de vraag of de lidstaat na de vaststelling van zijn NTP of van het toewijzingsbesluit uit hoofde van artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 de individuele toekenning van emissierechten mag wijzingen.

116 Aangezien de richtsnoeren van de Commissie echter de administratieve praktijk en de controle daarop moeten concretiseren, alsmede de handelingsmarge moeten omschrijven waarover de lidstaat beschikt voor de uitvoering van de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87, is de Commissie gehouden deze richtsnoeren, in het bijzonder met betrekking tot de meest wezenlijke aspecten daarvan, zo helder en nauwkeurig mogelijk op te stellen. Dit geldt des te meer nu de bevoegdheid om de NTP's te controleren en te verwerpen, die de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 uitoefent, strikt omlijnd is, aangezien deze bevoegdheid beperkt is tot het onderzoek van de verenigbaarheid van de NTP's met enkel de criteria van bijlage III en het bepaalde in artikel 10 van richtlijn 2003/87. Bij het ontbreken van enige verwijzing in de richtsnoeren van de Commissie naar de vraag van de rechtmatigheid van ex-postaanpassingen naar beneden van de individueel toegewezen hoeveelheid emissierechten en naar de vraag van de handelingsmarge van de lidstaat uit dien hoofde, kan de Commissie zich jegens de lidstaat derhalve niet rechtmatig beroepen op het verbod van die aanpassingen, zonder het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen te schenden, doch kan — integendeel — haar zelf door de lidstaat worden verweten dat een dergelijke verwijzing ontbreekt, tenzij dat in strijd zou zijn met andere gemeenschapsrechtelijke bepalingen, met name gemeenschapsrechtelijke bepalingen van hogere orde.

iii) Strekking van de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004

117 Het Gerecht voegt daaraan toe dat de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004, waarin de gronden van de op diezelfde dag vastgestelde bestreden beschikking, en met name de redenen waarom de Commissie de litigieuze ex-postaanpassingen

onverenigbaar acht met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, zijn herhaald en aangevuld, niet afdoet aan de uitlegging van de richtsnoeren van de Commissie die in de punten 114 en 116 hierboven is gegeven. Die mededeling vormt weliswaar een belangrijk bestanddeel van de onmiddellijke context waarin de bestreden beschikking is vastgesteld, en vormt bijgevolg ten opzichte van de in die beschikking gegeven gronden een aanvulling op de motivering, waarmee de gemeenschapsrechter bij zijn rechtmatigheidstoetsing rekening moet houden (zie in die zin arrest Gerecht van 8 juli 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie, T-374/00, Jurispr. blz. II-2275, punten 122-124), doch zij dateert niet van vóór de opstelling van het Duitse NTP, hetgeen de Bondsrepubliek Duitsland had kunnen helpen om de criteria in bijlage III te eerbiedigen, en is evenmin gebaseerd op artikel 9, lid 1, eerste alinea, laatste volzin, van richtlijn 2003/87, en kan derhalve de strekking van richtsnoeren van de Commissie, die ingevolge deze bepaling zijn opgesteld, niet wijzigen.

Slotsom over de systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

118 Gelet op het voorgaande komt het Gerecht tot de slotsom dat een systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in het licht van de overige bepalingen van deze richtlijn en de richtsnoeren van de Commissie, geen duidelijk en nauwkeurig antwoord kan geven op de vraag of de lidstaat, na de goedkeuring van zijn NTP door de Commissie en de vaststelling van het toewijzingsbesluit, al dan niet de mogelijkheid heeft om de individuele toewijzing van de emissierechten aan de installaties naar beneden bij te stellen.

e) Teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

Opmerking vooraf

119 Bij de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 moet in het bijzonder worden uitgegaan van de doelen en de algemene opzet van

deze richtlijn: de criteria van bijlage III worden geacht bij te dragen tot de vervulling en de functionering van die doelen en opzet. In deze context dient men zich met name af te vragen of de doeltreffende uitvoering van de doelen van deze richtlijn, en bijgevolg de nuttige werking van de relevante bepalingen ter bereiking van deze doelen, waartoe de criteria van bijlage III behoren, zich verzetten tegen aanvaarding van de rechtmatigheid van ex-postaanpassingen naar beneden van de toegewezen emissierechten (zie punten 93-118 supra).

120 Derhalve dient eerst te worden omlijnd wat de strekking is van de doelen van richtlijn 2003/87 waarvan de verwezenlijking eventueel zou worden belemmerd indien de rechtmatigheid van de litigieuze ex-postaanpassingen zou worden erkend.

Doelen van richtlijn 2003/87

121 Volgens artikel 1 van richtlijn 2003/87 bestaat het voornaamste doel van deze richtlijn erin om „een gemeenschapsregeling [vast te stellen] voor de handel in broeikasgasemissierechten, […] teneinde de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen". In dit verband bepaalt criterium nr. 1, in fine, van bijlage III bij deze richtlijn dat de totale hoeveelheid voor de betrokken periode toe te wijzen emissierechten „niet groter mag zijn dan de hoeveelheid die waarschijnlijk nodig is voor de strikte toepassing van de in deze bijlage vermelde criteria" en „vóór 2008 […] in overeenstemming moet zijn met een ontwikkeling waarmee elke lidstaat zijn streefdoel uit hoofde van beschikking 2002/358[…] en het Protocol van Kyoto kan halen of overtreffen". Zo vermeldt ook punt 4 van de considerans van richtlijn 2003/87 de verplichtingen die de Gemeenschap en de lidstaten op zich hebben genomen om hun antropogene broeikasgasemissies te verlagen volgens het Protocol van Kyoto.

122 Punt 5 van de considerans van richtlijn 2003/87 preciseert dat „de[ze] richtlijn ertoe bijdraagt dat de Europese Gemeenschap en haar lidstaten door middel van een efficiënte Europese markt voor broeikasgasemissierechten doeltreffender en met een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid aan hun verplichtingen voldoen". Voorts vermeldt punt 7 van de considerans dat „gemeenschapsbepalingen inzake de toewijzing van emissierechten door de lidstaten noodzakelijk zijn om de eenheid van de interne markt te helpen bewaren en concurrentieverstoring te voorkomen".

123 In punt 20 van de considerans is beklemtoond dat „met deze richtlijn wordt beoogd het gebruik te bevorderen van energiezuiniger technologieën, waaronder warmtekrachtkoppeling, waarmee de uitstoot per eenheid output wordt verminderd". Volgens punt 25 van de considerans zouden er voorts „door de lidstaten en op gemeenschapsniveau beleidslijnen en maatregelen moeten worden uitgevoerd in alle economische sectoren, […] teneinde substantiële emissiereducties te bewerkstelligen".

124 Daaruit volgt dat het uitdrukkelijke hoofddoel van richtlijn 2003/87 de substantiële vermindering van broeikasgasemissies is teneinde de verplichtingen van de Gemeenschap en van de lidstaten uit hoofde van het Protocol van Kyoto te kunnen nakomen. Dit doel moet worden bereikt onder eerbiediging van een reeks „subdoelen" en door middel van bepaalde instrumenten. Het belangrijkste instrument hiervoor is het communautaire systeem van handel in broeikasgasemissierechten (artikel 1 en punt 2 van de considerans van richtlijn 2003/87), waarvan de werking is bepaald door enkele „subdoelen", te weten de handhaving van kosteneffectieve en economisch efficiënte voorwaarden, het behoud van economische ontwikkeling en de werkgelegenheid, alsmede het bewaren van de eenheid van de interne markt en van de mededingingsvoorwaarden (artikel 1 en de punten 5 en 7 van de considerans van die richtlijn). Met richtlijn 2003/87 wordt bovendien beoogd het gebruik van een specifiek type instrument te bevorderen, te weten het gebruik van energiezuiniger technologieën waarmee de uitstoot per eenheid output wordt verminderd (punt 20 van de considerans van deze richtlijn).

125 Voorts dient te worden gepreciseerd dat criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, waarin wordt verwezen naar de toewijzing van emissierechten aan de in het NTP genoemde installaties, nu precies een gemeenschapsbepaling inzake de toewijzing van emissierechten door de lidstaten in de zin van punt 7 van de considerans van deze richtlijn vormt en aldus tot doel heeft „om de eenheid van de interne markt te helpen bewaren en concurrentieverstoring te voorkomen". In het kader van de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 en bijgevolg in het kader van de toetsing van de rechtmatigheid van de bestreden beschikking, zijn de „subdoelen" — het bewaren van de eenheid van de interne markt en het behoud van de mededingingsvoorwaarden — dus van bijzonder belang.

126 Een teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 dient dus vanuit het oogpunt van deze „subdoelen" te worden gegeven.

Uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in het licht van de doelen van deze richtlijn

i) Voornaamste argumenten van partijen

127 De Commissie betoogt in dit verband en in het kader van haar argumenten betreffende criterium nr. 5 dat de ex-postaanpassingen van invloed zijn op de stimulans voor de exploitanten om in overeenstemming met de doelen van richtlijn 2003/87 te handelen en uiteindelijk om hun uitstootniveau te verminderen. Tot staving van haar stelling voert zij in wezen aan dat deze vermindering van de uitstoot, naar keuze van de exploitanten, kan worden bereikt hetzij door investeringen in energiezuiniger technologieën die tot een geringere uitstoot per eenheid output leiden, hetzij door een eenvoudige productievermindering, die tot een evenredige vermindering van de uitstoot leidt. De ex-postaanpassingen zouden daarentegen tot onzekerheid leiden

of zelfs de exploitanten ervan weerhouden om investeringen te doen, met het gevolg dat de verbeteringen van de productietechnieken en de productieverlagingen minder groot zijn dan zonder deze aanpassingen het geval zou zijn.

128 Verzoekster brengt daartegen in dat een mechanisme van ex-postaanpassingen dat exploitanten ervan weerhoudt om te hoge ramingen van hun behoefte aan emissierechten te maken, en derhalve „overbedeling" voorkomt, een noodzakelijke voorwaarde is voor het bereiken van de doelstellingen van richtlijn 2003/87, te weten de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze substantieel te verminderen. Dat de toepassing van ex-postaanpassingen verband houdt met afwijkingen die tussen de daadwerkelijke en de aangekondigde productie zijn geconstateerd, en niet met de vermindering van het uitstootniveau, heeft precies tot gevolg dat de economische beslissingen van de exploitant om emissierechten te kopen of te verkopen afhangen van de efficiëntie van zijn installatie. Bijgevolg wordt noch de stimulans voor de exploitanten om hun uitstoot te verminderen noch de zekerheid van de hiertoe gedane investeringen negatief beïnvloed door de ex-postaanpassingen, integendeel juist.

ii) Relevante toetsingscriteria

129 Voor de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en de toepassing daarvan op de litigieuze ex-postaanpassingen, moet, als relevante toetsingscriteria, met name rekening worden gehouden met, ten eerste, het verband tussen de productieomvang en het uitstootniveau uit het oogpunt van het doel van vermindering van de uitstoot, ten tweede, het verband tussen dit doel en het doel van handhaving van kosteneffectieve en economisch efficiënte voorwaarden (artikel 1 van richtlijn 2003/87), ten derde, het doel van vermindering van de uitstoot middels technische verbeteringen (punt 20 van de considerans van die richtlijn) en, ten vierde, het doel van het bewaren van de eenheid van de interne markt en van de handhaving van de mededingingsvoorwaarden (punt 7 van de considerans van die richtlijn).

— Verband tussen productieomvang en uitstootniveau uit het oogpunt van het doel van vermindering van de uitstoot

130 Vooraf dient te worden vastgesteld dat tussen partijen onomstreden is dat de litigieuze ex-postaanpassingen primair verband houden met veranderingen in de productieomvang, dat wil zeggen met de verandering in de hoeveelheid eenheden output, en niet met een verandering van het uitstootniveau van een installatie. Zoals verzoekster in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht uiteen heeft gezet, zonder daarin door de Commissie te zijn tegengesproken, geldt dit ook voor de zogeheten regel van „de facto stillegging" in het Duitse NTP (zie punt 31, eerste streepje, supra), zoals omgezet in § 7, lid 9, eerste volzin, van de toewijzingswet, waarvan de toepassing in feite afhangt van een vermindering van de productieomvang aangezien de vermindering van de uitstoot van de installatie tot minder dan 10 % of dan 60 % van het jaargemiddelde van de uitstoot gedurende de basisperiode slechts relevant is als aanleiding voor de overheid om in dit opzicht een bijzonder onderzoek te starten.

131 Gelet op de door de Commissie in de bestreden beschikking aangevoerde gegevens, volstaat het derhalve om in het kader van de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 te onderzoeken of dit criterium zich verzet tegen ex-postaanpassingen van de toegewezen emissierechten, welke verband houden met een verkleining van de productieomvang.

132 Zoals de Commissie in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft uiteengezet, vermindert in het geval van een verkleining van de productieomvang de uitstoot van de installatie, en beschikt de exploitant bijgevolg over emissierechten die hij ofwel op de handelsmarkt kan brengen, ofwel kan bewaren zolang zij niet behoeven te worden ingeleverd en geannuleerd. In een dergelijk geval vermindert het uitstootniveau daarentegen niet per eenheid output, maar enkel in absolute termen, en wel evenredig aan de verkleining van de productieomvang. Daaruit volgt tevens dat na een dergelijke productieverlaging het totale uitstootniveau van de industriesectoren waarvoor bijlage I bij richtlijn 2003/87 geldt, niet noodzakelijkerwijs vermindert, omdat de vrijgekomen emissierechten nadien hetzij door de exploitant

zelf hetzij door andere exploitanten die deze op de handelsmarkt hebben gekocht, kunnen worden gebruikt. De verkleining van de productieomvang is dus weliswaar een noodzakelijk middel voor de voorziening van de handelsmarkt met emissierechten, doch zij garandeert niet op zich de verwezenlijking van het voornaamste en uiteindelijke doel van richtlijn 2003/87, te weten de substantiële vermindering van de totale uitstoot van broeikasgassen in de Gemeenschap.

133 Wanneer echter, zoals de Commissie betoogt, de exploitant zich ervan bewust is dat elke productieverlaging die afwijkt van zijn eigen prognoses, zal worden bestraft door ex-postaanpassingen, dan zal afbreuk worden gedaan aan de stimulans voor hem om zijn productie te verlagen teneinde emissierechten vrij te maken, of wordt deze stimulans zelfs teniet gedaan, zelfs in het geval van een toename van de vraag op de handelsmarkt, afkomstig van andere exploitanten die extra emissierechten wensen te verkrijgen. Gesteld dat de goede werking van het systeem van de handel in emissierechten impliceert dat aan deze vraag kan worden voldaan, dan lijkt het belangrijk om de vrije keuze van de exploitant te behouden om zijn productieomvang te verlagen en de aldus vrijgekomen emissierechten op de handelsmarkt te brengen, teneinde hem in staat te stellen om op korte termijn een antwoord te kunnen bieden op een dergelijke toename van de vraag afkomstig van andere exploitanten. Ofschoon het ten slotte niet erg waarschijnlijk is dat ex-postaanpassingen, waarvan toepassing veronderstelt dat er sprake is van een zeer substantiële productieverlaging, zoals in het geval van „de facto stillegging" (zie punt 31 supra, eerste streepje), van merkbare invloed zullen zijn op de stimulans tot toevallige en beperkte verlagingen van de productieomvang als reactie op schommelingen in de vraag op de handelsmarkt, ligt dit anders bij ex-postaanpassingen die reeds van toepassing zijn in het geval van een relatief geringe productieverlaging, zoals het geval is voor installaties die sinds 2003 in bedrijf zijn en voor nieuwkomers (zie punt 31 supra, derde en vierde streepje).

134 Bijgevolg heeft de Commissie bewezen dat enkele van de litigieuze ex-postaanpassingen, voor zover deze de exploitanten ervan weerhouden om de productieomvang van hun installaties te verkleinen, een negatieve invloed kunnen hebben op de verwezenlijking van het doel van de efficiënte werking van de handelsmarkt in de zin van artikel 1 en punt 5 van de considerans van richtlijn 2003/87. De Commissie heeft echter geen elementen aangevoerd ten bewijze dat die aanpassingen averechts werken op het hoofddoel van richtlijn 2003/87, te weten de vermindering van de totale hoeveelheid broeikasgasemissies uit hoofde van deze bepaling.

135 Bijgevolg dient te worden nagegaan of de litigieuze ex-postaanpassingen verenigbaar zijn met de in de punten 124 tot en met 126 hierboven genoemde „subdoelen" van richtlijn 2003/87, waarmee de verwezenlijking van het hoofddoel van vermindering van de totale hoeveelheid broeikasgasemissies op één lijn moet staan.

— Afstemming van het doel van vermindering van de uitstoot op het doel van handhaving van kosteneffectieve en economisch efficiënte voorwaarden

136 Overeenkomstig artikel 1 van richtlijn 2003/87 wordt met deze richtlijn beoogd om middels een systeem van handel in broeikasgasemissierechten, de verwezenlijking van het doel van vermindering van de uitstoot op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te bevorderen. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft erkend, zijn de criteria van efficiëntie en kosteneffectiviteit niet uitsluitend van toepassing op de functionering van de handelsmarkt als zodanig, maar tevens op de in bijlage I bij richtlijn 2003/87 bedoelde activiteitensectoren, waarvoor het doel van vermindering van de uitstoot geldt, zoals de sector van de staalproductie of de energiesector. Deze vaststelling vindt — althans indirect — bevestiging enerzijds in punt 5, in fine, van richtlijn 2003/87, waarin is vermeld dat de handelsmarkt een zo gering mogelijke teruggang van de economische ontwikkeling en de werkgelegenheid dient te veroorzaken, en anderzijds in punt 7 van de considerans van deze richtlijn waarin is vereist dat gemeenschapsbepalingen inzake de toewijzing van emissierechten door de lidstaten worden vastgesteld om de eenheid van de interne markt te helpen bewaren en concurrentieverstoring te voorkomen.

137 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat een verkleining van de productieomvang weliswaar de voorziening van het handelscircuit met emissierechten mogelijk kan maken, doch dat dit niet noodzakelijkerwijs de vorm krijgt van een vermindering van de totale uitstoot (zie punt 132 supra). Voorts brengt deze verkleining van de productieomvang het risico mee dat de betrokken goederenmarkt onderbevoorraad raakt omdat de productie niet langer toereikend is om te voldoen aan de vraag op deze markten. Deze situatie kan zich vooral voordoen in het geval van een structureel tekort van het aanbod van emissierechten op de handelsmarkt

en in het geval dat de prijzen van de emissierechten ruimschoots hoger liggen dan de winst die de exploitant zou kunnen halen uit de afzet van goederen die zijn geproduceerd met benutting van de emissierechten waarover deze exploitant de beschikking had. Indien een dergelijke situatie het gevolg is van de economische logica van de handelsmarkt, lijkt zij moeilijk te verenigen met het doel van handhaving van kosteneffectieve en economisch efficiënte voorwaarden, waar het de betrokken activiteitensectoren en goederenmarkten betreft zoals bedoeld in bijlage I bij richtlijn 2003/87. Anders dan de Commissie meent, kunnen de ex-postaanpassingen, gelet op de positieve gevolgen die zij meebrengen voor de functionering van de betrokken goederenmarkten, derhalve niet worden geacht in strijd te zijn met het in artikel 1 van richtlijn 2003/87 genoemde doel omdat zij de exploitanten ervan weerhouden hun productieomvang te verkleinen.

138 Daaruit volgt dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de afschrikkende werking van ex-postaanpassingen in verband met de verkleiningen van de productieomvang indruist tegen het doel van handhaving van kosteneffectieve en economisch efficiente voorwaarden wat de activiteitensectoren en goederenmarkten betreft die onder bijlage I bij richtlijn 2003/87 vallen.

— Doel van vermindering van de uitstoot middels technische verbeteringen

139 Tevens dient te worden nagegaan of de litigieuze ex-postaanpassingen verenigbaar zijn met het in punt 20 van de considerans bij richtlijn 2003/87 bedoelde „subdoel", volgens hetwelk met deze richtlijn „wordt beoogd het gebruik te bevorderen van energiezuinige technologieën waarmee de uitstoot per eenheid output wordt verminderd". In dit verband is het Gerecht van oordeel dat de Commissie ter terechtzitting ten onrechte heeft gesteld dat met dit punt van die considerans enkel een wenselijk en toekomstig effect van de uitvoering van richtlijn 2003/87 werd „vastgesteld", en dat het hoe dan ook slechts om een „ondergeschikt doel" ging. Hoewel dit punt van de considerans in het Frans in de toekomstige tijd is geformuleerd („encouragera", zal bevorderen) en in de vorm van de vaststelling van een feit, neemt dit niet weg dat

het gebruik van nieuwe productietechnieken die — omdat zij de uitstoot per eenheid output verminderen — vanuit milieuoogpunt doeltreffender zijn, enerzijds wezenlijk kan bijdragen tot het hoofddoel van vermindering van de uitstoot, en anderzijds tot het behoud van kosteneffectiviteit en economische efficiëntie, zowel op de markt voor emissierechten als op de betrokken goederenmarkten, omdat zij niet leidt tot een verkleining van de productieomvang, die eventueel negatieve gevolgen heeft voor de goede werking daarvan (zie punt 137 supra). Dit bewijst ook dat de investering in energiezuinigere technieken een instrument vormt dat op zijn minst gelijkwaardig is aan, zo niet beter dan de verkleining van de productieomvang, om het doel van de substantiële vermindering van de uitstoot en het behoud van kosteneffectiviteit en economische efficiëntie, zowel op de handelsmarkt als op de betrokken goederenmarkt, op elkaar af te stemmen.

140 Hoewel voorts de litigieuze ex-postaanpassingen de exploitanten ervan kunnen weerhouden om hun productieomvang te verkleinen teneinde de uitstoot te verminderen, doen zij, anders dan de Commissie stelt, geen afbreuk aan het doel van stimulering van de exploitanten om te investeren in de ontwikkeling van energiezuinigere technieken, en evenmin aan de zekerheid van dergelijke investeringen. Integendeel, aangezien de litigieuze ex-postaanpassingen de exploitanten ervan weerhouden om hun productie in strijd met hun eigen prognoses te verlagen, kunnen deze aanpassingen, gelet op de beperkte hoeveelheid beschikbare emissierechten, de stimulans versterken om de uitstoot te verminderen middels investeringen in de verbetering van de energie-efficiëntie van de productietechnologie.

141 Derhalve kan de Commissie niet met succes aanvoeren dat de litigieuze ex-postaanpassingen de verwezenlijking van het doel van vermindering van de uitstoot niet kunnen bevorderen omdat de vrijgekomen emissierechten niet onmiddellijk worden ingetrokken maar worden overgebracht naar de reserve om beschikbaar te blijven voor nieuwkomers, met het gevolg dat de totale hoeveelheid beschikbare emissierechten gelijk blijft. Enerzijds houdt deze stelling geen rekening met het feit dat het resultaat niet noodzakelijkerwijs anders zou zijn in het geval van het vrijkomen van emissierechten naar aanleiding van een verkleining van de productieomvang teneinde de verkoop van onbenutte emissierechten mogelijk te maken (zie punt 132 supra). Anderzijds wordt de stimulans om te investeren in de ontwikkeling van een efficiëntere technologie juist in dit laatste geval, op zijn minst, verzwakt omdat de

exploitanten een andere, op korte termijn minder kostbare, weg wordt geboden om hun uitstoot te verlagen. Het argument van de Commissie dat de ex-postaanpassingen vanuit het oogpunt van de milieubescherming neutraal zijn, of zelfs een negatieve invloed hebben, is derhalve ongegrond. Voorts lijkt de Commissie haar eigen stellingen tegen te spreken die zij op dit punt heeft geformuleerd in haar mededeling van 7 juli 2004 (blz. 8), waarin zij erop heeft gewezen dat „men zou kunnen zeggen" dat ex-postaanpassingen naar beneden „een gunstig effect op het milieu hebben". Daarbij dient echter te worden aangetekend dat het positieve effect van ex-postaanpassingen uit het oogpunt van het doel van substantiële vermindering van de uitstoot duidelijk groter zou zijn wanneer de ingetrokken emissierechten niet naar de reserve zouden worden overgebracht, maar onmiddellijk zouden worden geannuleerd.

142 Anders dan de Commissie stelt, druisen de litigieuze ex-postaanpassingen dus niet in tegen het doel van vermindering van de uitstoot middels investeringen in energiezuinigere technieken in de zin van punt 20 van de considerans van richtlijn 2003/87.

— Doel van het bewaren van de eenheid van de interne markt en van handhaving van de mededingingsvoorwaarden

143 Het Gerecht is bovendien van oordeel dat moet worden onderzocht of de litigieuze ex-postaanpassingen er al dan niet toe bijdragen om de eenheid van de interne markt te helpen bewaren en om concurrentieverstoring te voorkomen in de zin van punt 7 van de considerans van richtlijn 2003/87. Deze doelen zijn van bijzonder belang in het kader van de uitlegging van criterium nr. 10 van die richtlijn (zie punt 125 supra).

144 Zoals verzoekster opmerkt bestaat er bij de exploitanten een natuurlijke neiging om zoveel mogelijk emissierechten te verkrijgen, hetgeen impliceert dat zij sterk geneigd zijn — al was het maar door nalatigheid — tot te hoge evaluaties van hun eigen

behoefte aan emissierechten. Dit leidt tot een risico van „overbedeling" ten gunste van bepaalde exploitanten, met name van degenen voor wie de objectieve verificatie op basis van historische productiegegevens moeilijk of onmogelijk blijkt (zie punt 31, derde en vierde streepje, supra). In dit verband is het Gerecht van oordeel dat de Commissie, afgezien van haar algemene stelling over de noodzaak om de hoeveelheid emissierechten vooraf te bepalen, geen enkel concreet element aanvoert ter weerlegging van verzoeksters argument dat de ex-postaanpassingen juist bijdragen tot de handhaving en het herstel van de mededingingsvoorwaarden doordat zij voorkomen dat bepaalde exploitanten middels een „overbedeling" van emissierechten ongerechtvaardigde voordelen verkrijgen ten opzichte van andere exploitanten.

145 Voorts dient te worden gepreciseerd dat de Commissie zelf lijkt uit te gaan van het beginsel, zoals vermeld in haar brief aan de lidstaten van 17 maart 2004 inzake de toepassing van de gemeenschapsvoorschriften inzake steunmaatregelen op de NTP's, dat dergelijke „overbedelingen" artikel 87, lid 1, EG kunnen schenden en de mededinging ernstig kunnen vervalsen of dreigen te vervalsen. In die omstandigheden is de zeer zwak onderbouwde stelling van de Commissie dat het systeem van handel in emissierechten op prognoses berust en mechanismen van autocorrectie impliceert waardoor de gelijkheid van de kansen van de exploitanten wordt gewaarborgd, niet te volgen en kan zij derhalve niet worden aanvaard.

146 Evenzo heeft de Commissie noch gedurende de administratieve procedure noch in de bestreden beschikking noch in haar mededeling van 7 juli 2004, en zelfs niet tijdens de schriftelijke procedure voor het Gerecht voldoende gegevens aangevoerd waardoor de rechtmatigheid van de litigieuze ex-postaanpassingen, gelet op het doel van het bewaren van de eenheid van de interne markt, in twijfel zou kunnen worden getrokken. Zoals de Commissie zelf erkent, vinden haar opmerkingen, die zij pas heeft gemaakt in de fase van de terechtzitting, in antwoord op een nauwkeurige vraag uit dien hoofde van het Gerecht over een ontoelaatbare beperking van het vrije intracommunautaire handelsverkeer in emissierechten — die vanwege het uit het handelscircuit nemen van emissierechten en de overbrenging daarvan naar de reserve uitsluitend kunnen worden verkregen door exploitanten van in Duitsland gevestigde installaties — geen weerklank in de gronden van de bestreden beschikking en evenmin in de stukken van het dossier betreffende het verloop van

de administratieve procedure. Het Gerecht is hoe dan ook van oordeel dat de zeer algemene verwijzingen in punt 2 van het verweerschrift naar de mogelijkheid om krachtens artikel 12, lid 1, van richtlijn 2003/87 emissierechten binnen de Gemeenschap over te dragen, alsmede in de punten 5 en 6 van de dupliek naar de noodzaak om de efficiëntie van het systeem van handel in emissierechten te beschermen, niet kunnen worden aangemerkt als toereikende betwistingen in dit opzicht. Het Gerecht stelt niettemin vast dat deze beoordeling een eventueel onderzoek van de litigieuze ex-postaanpassingen in het licht van de in het Verdrag opgenomen fundamentele vrijheden, in het bijzonder in het licht van het vrije verkeer van goederen en de vrijheid van vestiging uit hoofde van de artikelen 28 EG en 43 EG, onverlet laat. Dit onderzoek ontbreekt volledig in de bestreden beschikking en ook in de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004. Gelet op het feit dat een duidelijk en nauwkeurig verweermiddel van de Commissie in dit opzicht ontbreekt, en gelet op de noodzaak om de verdeling van de taken en het institutionele evenwicht tussen de administratieve en de gerechtelijke bevoegdheden te bewaren, kan het Gerecht zich in casu niet in de plaats stellen van de Commissie wat de verificatie betreft, in de administratieve fase, van de verenigbaarheid van de relevante regels van het Duitse NTP met de fundamentele vrijheden van het Verdrag.

147 Het Gerecht komt tot de slotsom dat de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft bewezen dat de litigieuze ex-postaanpassingen indruisen tegen de doelen van het bewaren van de eenheid van de interne markt en van handhaving van de mededingingsvoorwaarden.

Conclusie met betrekking tot de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

148 Gelet op het voorgaande is het Gerecht van oordeel dat de Commissie voorbij is gegaan aan de strekking van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, gelezen in het licht van de doelen van deze richtlijn en met name van de in punt 7 van de considerans geformuleerde doelen, voor zover zij de litigieuze ex-postaanpassingen in strijd heeft geacht met het systeem en de algemene opzet van die richtlijn. In dit verband is het enkele feit dat de litigieuze ex-postaanpassingen de exploitanten ervan kunnen weerhouden om hun productieomvang, en bijgevolg hun uitstoot, te verkleinen, niet toereikend om de rechtmatigheid ervan uit het oogpunt van alle doelen van richtlijn 2003/87 in twijfel te trekken. Voorts volgt uit het effect

van zelfbeperking dat de richtsnoeren van de Commissie teweeg hebben gebracht, dat zij moet aanvaarden dat verzoekster tegenwerpt dat die richtsnoeren onduidelijk en onnauwkeurig zijn met betrekking tot een eventueel verbod van de litigieuze ex-postaanpassingen uit het oogpunt van de doelen van die richtlijn (zie punten 112 en 116 supra).

f) Conclusie over de rechtmatigheid van de bestreden beschikking gelet op criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

149 In het licht van een letterlijke, een wetshistorische, een systematische en een teleologische uitlegging dient de slotsom derhalve te luiden dat de Commissie niet heeft bewezen dat criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 de handelingsmarge van de lidstaten ten aanzien van de vorm en de middelen voor de omzetting van die richtlijn in nationaal recht in die zin beperkt dat het de toepassing van de litigieuze ex-postaanpassingen verbiedt. Bijgevolg is de bestreden beschikking in dit opzicht aangetast door een onjuiste rechtsopvatting.

150 Daaruit volgt dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en dat het eerste onderdeel van verzoeksters eerste middel moet worden aanvaard.

3. Rechtmatigheid van de bestreden beschikking gelet op criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87

a) Algemeen

151 In punt 4 van de bestreden beschikking stelt de Commissie in wezen dat ex-postaanpassingen ten aanzien van de hoeveelheid aan nieuwkomers toegewezen

emissierechten in strijd zijn met criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, omdat de nieuwkomers onrechtmatig worden bevoordeeld ten opzichte van de exploitanten van installaties die reeds onder het Duitse NTP vallen en voor wie dergelijke aanpassingen niet zijn toegestaan. Evenzo preciseert de Commissie in haar mededeling van 7 juli 2004 dat „het voornemen van [verzoekster] om […] de toewijzing van emissierechten aan nieuwkomers aan te passen, in strijd is met criterium [nr.] 5 dat in overeenstemming met het Verdrag non-discriminatie vereist, omdat de toepassing van dergelijke ex-postaanpassingen tot een ongelijke behandeling leidt van nieuwkomers en exploitanten van andere installaties voor wie richtlijn [2003/87] geen ex-postaanpassingen van de toewijzing toestaat".

152 In dit verband dient te worden herinnerd aan de bewoordingen van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 volgens welke „het [NTP] geen zodanig onderscheid mag maken tussen ondernemingen of sectoren dat bepaalde ondernemingen of activiteiten onrechtmatig worden bevoordeeld, in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 [EG] en 88 [EG]". Wat het discriminatieverbod betreft, preciseert voorts paragraaf 51 van de richtsnoeren van de Commissie, betreffende criterium nr. 6, dat specifiek over nieuwkomers gaat, dat het beginsel van gelijke behandeling het leidende beginsel vormt met betrekking tot de verwerving van emissierechten door nieuwkomers. Ten slotte vermeldt paragraaf 61 van deze richtsnoeren dat „teneinde het beginsel van de gelijke behandeling te eerbiedigen, de methodiek die de lidstaten hanteren om emissierechten aan nieuwkomers toe te wijzen, zoveel mogelijk dezelfde dient te zijn als die welke wordt gehanteerd ten aanzien van vergelijkbare actuele houders van emissierechten" en dat „er wel gewettigde redenen kunnen zijn om bepaalde aanpassingen aan te brengen".

153 Blijkens het voorgaande beschouwt de Commissie criterium nr. 5, dat met de woorden „geen […] onderscheid maken" duidelijk naar het begrip discriminatie verwijst, op goede gronden als een bijzondere toepassing van het algemene beginsel van gelijke behandeling in het kader van de uitvoering van richtlijn 2003/87 door de lidstaten en, meer in het bijzonder, in het kader van de toewijzing van emissierechten op basis van het NTP. Voorts baseert de Commissie zich eveneens op goede gronden op de voorwaarden voor toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, zoals deze in

de rechtspraak zijn aanvaard, te weten met name dat een vergelijking moet worden gemaakt van de situaties van de betrokken personen („vergelijkbare […] houders") en de mogelijkheid om een ongelijke behandeling objectief te rechtvaardigen („gewettigde redenen [voor] aanpassingen"). Volgens vaste rechtspraak vereist het beginsel van gelijke behandeling immers dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld (zie arrest van 12 juli 2005, Alliance for Natural Health e.a., C-154/04 en C-155/04, Jurispr. blz. I-6451, punt 115, en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

b) Vergelijking van de respectieve situaties van de betrokken exploitanten

154 Teneinde vast te stellen of de Commissie het beginsel van gelijke behandeling op juiste wijze heeft toegepast op het onderhavige geval, dient om te beginnen te worden onderzocht of zij naar behoren is nagegaan of nieuwkomers zich al dan niet in een situatie bevinden die ten aanzien van de toepassing van ex-postaanpassingen vergelijkbaar is met die van de andere exploitanten van installaties.

155 In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het Duitse NTP, anders dan de Commissie lijkt te menen, voorziet in de toepassing van ex-postaanpassingen niet alleen voor de nieuwkomers maar tevens voor bepaalde exploitanten van installaties die reeds op de markt aanwezig zijn en onder het Duitse NTP vallen.

156 Enerzijds staat het Duitse NTP immers in het geval van een substantiële productieverlaging of van „de facto stillegging" voor alle exploitanten de toepassing van

ex-postaanpassingen toe (zie punt 31, eerste streepje, en punt 89 supra). Derhalve kan de Commissie in dit verband, zonder te hebben onderzocht of er sprake is van een afzonderlijke of vergelijkbare situatie van deze verschillende exploitanten die eveneens aan de regels voor ex-postaanpassingen zijn onderworpen, niet op goede gronden zo algemeen aanvoeren dat het Duitse NTP voorziet in een ongelijke behandeling van andere exploitanten ten opzichte van de nieuwkomers.

157 Anderzijds kunnen volgens het Duitse NTP ex-postaanpassingen worden toegepast die vergelijkbaar zijn met die welke gelden voor nieuwkomers, in het bijzondere geval van de installaties die in 2003 en in 2004 in bedrijf zijn gesteld (zie punt 31, derde streepje, en punt 88 supra). Dit wordt bevestigd door de toewijzingswet waarbij voor nieuwkomers en voor exploitanten die na 2002 met hun productie zijn begonnen, dezelfde mechanismen voor intrekking van het toewijzingsbesluit zijn ingesteld (zie § 8, lid 4, van de toewijzingswet enerzijds, en § 11, lid 5, daarvan juncto § 8, lid 4, anderzijds). In navolging van de verklaring die is gegeven voor de ex-postaanpassingen die voor nieuwkomers gelden, rechtvaardigt verzoekster de toepassing van aanpassingen die gelden voor de installaties die in 2003 en in 2004 in bedrijf zijn gesteld, hoofdzakelijk aan de hand van een risico van „overbedeling", dat voortvloeit uit het feit dat de betrokken exploitanten ertoe gebracht zouden kunnen worden om in het kader van de op de zogeheten „benchmarking" berekeningsmethode berustende toewijzingsprocedure, te hoge productieprognoses te geven. Volgens verzoekster bestaat een dergelijk risico immers niet in het geval van installaties die ten minste sinds 2002 in bedrijf zijn, waarop de zogeheten „grandfathering" berekeningsmethode wordt toegepast, omdat in deze methode gebruik kan worden gemaakt van relatief betrouwbare gegevens over de in het verleden gerealiseerde productieomvang.

158 Gelet op het voorgaande zijn de argumenten die de Commissie heeft aangevoerd tot staving van haar algemene slotsom, in punt 4 van de considerans van de bestreden beschikking, volgens welke de ex-postaanpassingen die gelden voor nieuwkomers in strijd zijn met criterium nr. 5 aangezien zij deze nieuwkomers kunnen bevoordelen ten opzichte van andere exploitanten op wie de regels inzake ex-postaanpassingen niet van toepassing zijn, noch met feiten gestaafd noch rechtens gefundeerd.

159 In de eerste plaats blijkt noch uit de bestreden beschikking noch uit de mededelingen van de Commissie om welke reden en in hoeverre nieuwkomers zich wat de toepassing van ex-postaanpassingen betreft in een vergelijkbare dan wel verschillende situatie bevinden ten opzichte van de andere exploitanten. De bestreden beschikking houdt integendeel kennelijk geen rekening met het feit dat soortgelijke, of zelfs dezelfde, aanpassingen als die welke gelden voor nieuwkomers, van toepassing zijn in het geval van exploitanten van installaties die na 2002 in bedrijf zijn gesteld.

160 In de tweede plaats, zoals verzoekster in het kader van haar derde middel betoogt, is het argument dat de Commissie in de loop van de procedure heeft aangevoerd, te weten dat het voor nieuwkomers voordelig is om de mogelijkheid te hebben om de hoeveelheid toegekende emissierechten achteraf te kunnen corrigeren, omdat dit hen aldus in staat stelt om bij het indienen van hun toewijzingsaanvraag te hoge ramingen van de productieomvang te geven en tot minder strikte controles door de Duitse autoriteiten leidt, in verschillende opzichten kennelijk tegenstrijdig en onjuist.

161 Enerzijds is het immers tegenstrijdig om te betogen dat een correctie achteraf naar beneden van de aan een exploitant toegewezen emissierechten — dat wil zeggen een maatregel tot intrekking die ten koste van de betrokken exploitanten wordt toegepast aangezien hem een „goed" met een handelswaarde wordt ontnomen — voor hem een voordeel zou kunnen vormen ten opzichte van andere exploitanten voor wie een dergelijk correctiemechanisme niet geldt. Anderzijds impliceert dit argument dat de andere exploitanten, gesteld dat zij zich in een vergelijkbare situatie bevinden, niet hetzelfde „voordeel" genieten, hetgeen in elk geval niet geldt voor de exploitanten die na 2002 op de markt zijn gekomen, voor wie hetzelfde correctiemechanisme wel geldt.

162 Zo is ook de stelling dat de stimulans voor nieuwkomers om te hoge ramingen te maken groter is wanneer de mogelijkheid van ex-postaanpassingen bestaat dan bij

het ontbreken van een dergelijk mechanisme, in hoge mate speculatief en tevens tegenstrijdig. Het tegendeel doet zich immers voor, rekening gehouden met het feit dat elke exploitant die zich bij het indienen van zijn aanvraag bewust is van het risico van een ex-postaanpassing, eerder geneigd zal zijn dat te willen voorkomen. Ten slotte kan ook het argument dat de bevoegde autoriteiten minder zorgvuldig zouden zijn wanneer zij over een mogelijkheid van ex-postcorrecties beschikken, niet overtuigen, aangezien het in het belang van elke efficiënte overheid is om vooraf elke latere complicatie, en met name intrekkingsmaatregelen die veel tijd kosten en de investering van omvangrijke overheidsmiddelen impliceren, te voorkomen.

163 Gelet op het voorgaande is punt 4 van de considerans van de bestreden beschikking kennelijk tegenstrijdig en onjuist en vormt dit kennelijke schending van de voorwaarden voor toepassing van het beginsel van gelijke behandeling. Daaraan dient te worden toegevoegd dat de Commissie wanneer zij uit hoofde van artikel 9 van richtlijn 2003/87 controleert of een lidstaat criterium nr. 5 heeft geëerbiedigd, zich niet kan beperken tot de stelling dat er sprake is van een ongelijke behandeling zonder vooraf met de vereiste zorgvuldigheid de in dit opzicht relevante voorwaarden, zoals nader bepaald in de in punt 153 hierboven aangehaalde rechtspraak, te hebben onderzocht, en zonder daarmee naar behoren rekening te hebben gehouden bij de rechtvaardiging van haar slotsom.

164 Daaruit volgt dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en dat het tweede onderdeel van het eerste middel eveneens slaagt.

165 Het Gerecht is niettemin van mening dat het passend is, het derde middel te onderzoeken, daar het nauw verband houdt met het eerste middel.

III — *Derde middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht van artikel 253 EG*

A — *Argumenten van partijen*

166 Verzoekster wijst erop dat met betrekking tot de artikelen 1, sub a, en 2, sub a, van de bestreden beschikking de motiveringsplicht van artikel 253 EG niet is nagekomen, daar in punt 4 van de considerans van die beschikking kennelijk verkeerd aan de hand van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 wordt vastgesteld dat de ex-postaanpassingen de nieuwkomers onrechtmatig bevoordelen ten opzichte van de exploitanten van de andere installaties. Volgens verzoekster gaat de Commissie daarmee voorbij aan het feit dat, enerzijds, in het NTP niet wordt bepaald dat de nieuwkomers extra emissierechten kunnen krijgen, maar alleen dat die emissierechten achteraf kunnen worden verminderd, en anderzijds de intrekking van de emissierechten ten gevolge van een dergelijke aanpassing een last en geen voordeel is. Verzoekster ziet evenmin enig voordeel in het feit dat, anders dan het geval is voor bestaande installaties, de toekenning van emisssierechten aan nieuwkomers gebeurt op basis van productieprognoses, daar deze omstandigheid juist wordt geneutraliseerd door de mogelijkheid van ex-postaanpassingen naar beneden. Bijgevolg dienen de artikelen 1, sub a, en 2, sub a, van de bestreden beschikking ook om die reden nietig te worden verklaard.

167 De Commissie verwijst naar haar opmerkingen over de ongegrondheid van de grief inzake schending van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en concludeert dat de bestreden beschikking geen inbreuk maakt op artikel 253 EG.

B — *Beoordeling door het Gerecht*

168 Om te beginnen dient eraan te worden herinnerd dat de nakoming van de motiveringsplicht van artikel 253 EG, zoals deze is bevestigd in artikel 9, lid 3, derde volzin, van richtlijn 2003/87, betreffende de besluiten van de Commissie houdende verwerping van een NTP of een deel daarvan, in casu des te meer van fundamenteel belang is daar de controlebevoegdheid waarover de Commissie op grond van artikel 9, lid 3, van die richtlijn beschikt, ingewikkelde economische en ecologische beoordelingen impliceert, en de toetsing van de rechtmatigheid en van de gegrondheid van deze beoordelingen door de gemeenschapsrechter beperkt is (zie in die zin arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14).

169 In dit verband dient te worden opgemerkt dat de door verzoekster ter ondersteuning van dit middel aangevoerde argumenten veeleer de rechtmatigheid van de inhoud van de bestreden beschikking betreffen, daar het gaat om de toepassing van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87. Daar het middel inzake niet-nakoming van de motiveringsplicht echter hoe dan ook door de gemeenschapsrechter ambtshalve in behandeling kan worden genomen (arresten Hof van 20 februari 1997, Commissie/Daffix, C-166/95 P, Jurispr. blz. I-983, punt 24, en 3 juli 2003, België/Commissie, C-457/00, Jurispr. blz. I-6931, punt 102), dient de gegrondheid ervan te worden beoordeeld.

170 Gelet op hetgeen in de punten 158 tot en met 164 hierboven is gezegd, is het Gerecht van mening dat de Commissie de motiveringsplicht van artikel 253 EG niet is nagekomen doordat zij geen enkele uitleg heeft gegeven over de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, noch in de bestreden beschikking, noch in haar mededeling van 7 juli 2004, noch in de context van de vaststelling van deze handelingen. Dit gebrek aan motivering betreft vooral de overweging in de considerans van de bestreden beschikking volgens welke de nieuwkomers zich in een gunstige situatie bevinden die verschilt van die van de andere exploitanten wat de toepassing van de ex-postaanpassingen betreft, het ontbreken in de beschikking van een vergelijking van de situatie van de nieuwkomers met die van de exploitanten voor wie

soortgelijke, ja zelfs identieke, ex-postaanpassingen gelden, en het ontbreken van een beoordeling door de Commissie van een eventuele objectieve rechtvaardiging voor een eventueel verschil in behandeling.

171 Bijgevolg slaagt dit middel en moeten de artikelen 1, sub a, en 2, sub a, van de bestreden beschikking ook op die grond nietig worden verklaard.

IV — *Slotsom*

172 Aangezien het eerste middel en het derde middel gegrond zijn en dit volstaat voor het slagen van verzoeksters verzoeken om nietigverklaring, behoeft geen uitspraak te worden gedaan over het tweede middel, ontleend aan schending van artikel 176 EG.

Kosten

173 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig verzoeksters vordering te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

rechtdoende, verklaart:

1) **Artikel 1 van beschikking C(2004) 2515/2 def. van de Commissie van 7 juli 2004 betreffende het nationale toewijzingsplan voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten waarvan door Duitsland is kennis gegeven overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad, wordt nietig verklaard.**

2) **Artikel 2, sub a tot en met c, van deze beschikking wordt nietig verklaard voor zover de Bondsrepubliek Duitsland daarbij wordt gelast om enerzijds de daarin genoemde maatregelen voor ex-postaanpassing in te trekken, en anderzijds de Commissie in kennis te stellen van die intrekking.**

3) De Commissie wordt verwezen in de kosten.

Jaeger Tiili Azizi

Cremona Czúcz

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 7 november 2007.

De griffier De president van de Derde kamer

E. Coulon M. Jaeger

Inhoud

Toepasselijke bepalingen ..... II - 4442

Feiten, procesverloop en conclusies van partijen ..... II - 4452

In rechte ..... II - 4463

I — Opmerking vooraf ..... II - 4463

II — Eerste middel: schending van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 juncto bijlage III daarbij ..... II - 4463

A — Argumenten van partijen ..... II - 4463

1. Argumenten van verzoekster ..... II - 4463

a) Opmerking vooraf ..... II - 4463

b) Eerbiediging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4464

c) Eerbiediging van criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4466

d) Omvang van de controlebevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 juncto bijlage III daarbij en bij die richtlijn aan de lidstaten gelaten handelingsmarge ... II - 4467

e) Economische argumenten van de Commissie ..... II - 4469

2. Argumenten van de Commissie ..... II - 4471

a) Belang van de strekking van de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 bij de door de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van die richtlijn verrichte controle ..... II - 4471

b) Overeenstemming van het Duitse NTP met criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4471

c) Overeenstemming van het Duitse NTP met criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4473

B — Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4476

1. Verdeling van de taken en de bevoegdheden tussen de Commissie en de lidstaten en omvang van de rechterlijke toetsing ..... II - 4476

2. Rechtmatigheid van de bestreden beschikking gelet op criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4479

a) Litigieuze ex-postaanpassingen ..... II - 4479

b) Letterlijke uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4482

c) Wetshistorische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4484

d) Systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4485

Relevante bepalingen van richtlijn 2003/87 en van verordening nr. 2216/2004 ..... II - 4485

i) Artikelen 9 en 11 van richtlijn 2003/87 ..... II - 4485

ii) Artikel 29 van richtlijn 2003/87 ..... II - 4488

iii) Artikel 38, lid 2, van verordening nr. 2216/2004 ..... II - 4489

Strekking van de richtsnoeren van de Commissie ..... II - 4490

i) Zelfbeperkende werking van de richtsnoeren van de Commissie ..... II - 4490

ii) Uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in het licht van de richtsnoeren van de Commissie ..... II - 4492

iii) Strekking van de mededeling van de Commissie van 7 juli 2004 ..... II - 4494

Slotsom over de systematische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4495

e) Teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4495

Opmerking vooraf ..... II - 4495

Doelen van richtlijn 2003/87 ..... II - 4496

Uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in het licht van de doelen van deze richtlijn ..... II - 4498

i) Voornaamste argumenten van partijen ..... II - 4498

ii) Relevante toetsingscriteria ..... II - 4499

— Verband tussen productieomvang en uitstootniveau uit het oogpunt van het doel van vermindering van de uitstoot ..... II - 4500

— Afstemming van het doel van vermindering van de uitstoot op het doel van handhaving van kosteneffectieve en economisch efficiënte voorwaarden .... II - 4502

— Doel van vermindering van de uitstoot middels technische verbeteringen ..... II - 4503

— Doel van het bewaren van de eenheid van de interne markt en van handhaving van de mededingingsvoorwaarden ..... II - 4505

Conclusie met betrekking tot de teleologische uitlegging van criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4507

f) Conclusie over de rechtmatigheid van de bestreden beschikking gelet op criterium nr. 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 .... II - 4508

3. Rechtmatigheid van de bestreden beschikking gelet op criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 ..... II - 4508

a) Algemeen ..... II - 4508

b) Vergelijking van de respectieve situaties van de betrokken exploitanten ..... II - 4510

III — Derde middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht van artikel 253 EG .... II - 4514

A — Argumenten van partijen ..... II - 4514

B — Beoordeling door het Gerecht ..... II - 4515

IV — Slotsom ..... II - 4516

Kosten ..... II - 4516