FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

den 7 november 2007 *

I mål T-374/04,

Förbundsrepubliken Tyskland, inledningsvis företrädd av C.-D. Quassowski, A. Tiemann och C. Schulze-Bahr, därefter av Schulze-Bahr och M. Lumma, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaterna D. Sellner och U. Karpenstein,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av U. Wölker, båda i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut K (2004) 2515/2 slutlig av den 7 juli 2004, riktat till Tyskland, om sådan tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med

* Rättegångsspråk: tyska.

utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG (EUT L 275, s. 32) i den del kommissionen där har underkänt vissa bestämmelser om förändringar i efterhand på grund av att den anser att de inte är förenliga med kriterierna 5 och 10 i bilaga III till direktivet,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna V. Tiili, J. Azizi, E. Cremona och O. Czúcz,

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 juni 2006,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen

och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG (EUT L 275, s. 32), som trädde i kraft den 25 oktober 2003, har det upprättats ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen (nedan kallat systemet för handel med utsläppsrätter), vilket syftar till att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser, i synnerhet koldioxid (artikel 1 i direktiv 2003/87). Det grundar sig på de åtaganden som gemenskapen har gjort genom Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändring och Kyotoprotokollet, vilket godkändes genom rådets beslut 2002/358/EG av den 25 april 2002 om godkännande, på Europeiska gemenskapens vägnar, av Kyotoprotokollet till Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändringar, och gemensamt fullgörande av åtaganden inom ramen för detta (EGT L 130, s. 1). Direktivet trädde i kraft den 16 februari 2005.

2 Gemenskapen och dess medlemsstater förpliktas att minska sina sammanlagda antropogena utsläpp av de växthusgaser som står upptagna i förteckningen i bilaga A till Kyotoprotokollet med 8 procent jämfört med 1990 års nivåer under perioden 2008–2012 (skäl 4 i direktiv 2003/87).

3 I detta syfte föreskrivs i direktiv 2003/87 huvudsakligen att utsläpp av växthusgaser från de verksamheter som uppräknas i bilaga I skall vara föremål för förhandstillstånd och en fördelning av utsläppsrätter enligt nationella fördelningsplaner (nedan kallade NFP). Om en verksamhetsutövare minskar sina utsläpp kan överskjutande utsläppsrätter säljas till andra verksamhetsutövare. På motsvarande sätt får en verksamhetsutövare vars verksamhet medför för stora utsläpp köpa de utsläppsrätter som behövs av en verksamhetsutövare som har tillgång till ett överskott av sådana.

4 I direktiv 2003/87 anges en första fördelningsperiod från år 2005 till år 2007 (nedan kallad den första fördelningsperioden), som föregår den första perioden av åtaganden

enligt Kyotoprotokollet, och därefter en andra period från år 2008 till år 2012 (nedan kallad den andra fördelningsperioden), vilken motsvarar den ovannämnda första perioden av åtaganden (artikel 11 i direktiv 2003/87).

5 I kriterium nr 1 i bilaga III till direktiv 2003/87 anges följande om vad som krävs för att iaktta de åtaganden som följer av beslut 2002/358 och Kyotoprotokollet:

”Den sammanlagda mängden utsläppsrätter som fördelas för en period skall stämma överens med medlemsstatens skyldighet att begränsa sina utsläpp enligt beslut 2002/358 … och Kyotoprotokollet … Den sammanlagda mängden utsläppsrätter som fördelas skall inte vara större än vad som kan förväntas behövas för en strikt tillämpning av kriterierna i denna bilaga. Före [år] 2008 skall mängden stämma överens med strävandena mot att nå eller överträffa respektive medlemsstats mål enligt beslut 2002/358 … och Kyotoprotokollet.”

6 Mer konkret grundar sig systemet för handel med utsläppsrätter dels på tillstånd till utsläpp av växthusgaser (artiklarna 4–8 i direktiv 2003/87), dels på utsläppsrätter som ger den verksamhetsutövare som innehar dem rätt att släppa ut en viss mängd växthusgaser (artikel 12.3 i direktiv 2003/87).

7 De villkor och förfaranden som behöriga nationella myndigheter skall iaktta när de på grundval av en NFP fördelar kvoter föreskrivs i artiklarna 9–11 i direktiv 2003/87.

8 I artikel 9.1 i direktiv 2003/87 föreskrivs följande:

”Varje medlemsstat skall för var och en av de perioder som avses i artikel 11.1 och 11.2 upprätta en [NFP] över det sammanlagda antal utsläppsrätter som medlemsstaten avser att fördela för den perioden och hur den föreslår att fördela dem. [NFP:n] skall utgå från objektiva och öppna kriterier, däribland dem som anges i bilaga III, med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter. Kommissionen skall senast den 31 december 2003, utan att det påverkar tillämpningen av fördraget, utveckla riktlinjer för genomförandet av de kriterier som anges i bilaga III.

För den period som avses i artikel 11.1 skall [NFP:n] offentliggöras och anmälas till kommissionen och de övriga medlemsstaterna senast den 31 mars 2004…”

9 Kommissionen utfärdade de ovannämnda riktlinjerna i sitt meddelande KOM (2003) 830 slutlig av den 7 januari 2004 om riktlinjer för medlemsstaternas tillämpning av kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87 och om de omständigheter då force majeure skall anses föreligga (nedan kallat kommissionens riktlinjer).

10 I artikel 9.3 i direktiv 2003/87 föreskrivs följande:

”Inom tre månader efter det att en [NFP] anmälts av en medlemsstat i enlighet med punkt 1 får kommissionen avslå [NFP:n] eller någon del av denna, på grundval av att den är oförenlig med de kriterier som anges i bilaga III eller med artikel 10.

Medlemsstaten skall fatta beslut i enlighet med artikel 11.1 eller 11.2 endast om kommissionen godtagit de föreslagna ändringarna. Varje beslut om avslag från kommissionens sida skall åtföljas av en motivering.”

11 Enligt artikel 10 i direktiv 2003/87 skall medlemsstaterna fördela minst 95 procent av utsläppsrätterna gratis för den första fördelningsperioden och minst 90 procent för den andra fördelningsperioden.

12 Artikel 11 i direktiv 2003/87 rör fördelning och utfärdande av utsläppsrätter. Där föreskrivs följande:

”1. För den treårsperiod som börjar den 1 januari 2005 skall varje medlemsstat bestämma det sammanlagda antal utsläppsrätter som den kommer att fördela för perioden och fördelningen av utsläppsrätterna till verksamhetsutövare för varje anläggning. Detta beslut skall fattas minst tre månader innan den aktuella perioden börjar och grundas på den [NFP] som utarbetats i enlighet med artikel 9 och i överensstämmelse med artikel 10, med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter.

…

3. Beslut som fattas i enlighet med punkt 1 eller 2 skall vara förenliga med kraven i fördraget, särskilt artiklarna 87 och 88 i detta. När medlemsstaterna beslutar om fördelning av utsläppsrätter, skall de beakta behovet av att nya deltagare får tillgång till utsläppsrätter.

4. Den behöriga myndigheten skall senast den 28 februari varje år under den period som avses i punkterna 1 och 2 utfärda ett proportionellt antal av det sammanlagda antalet utsläppsrätter.”

13 I bilaga III till direktiv 2003/87 anges elva kriterier för NFP.

14 Kriterium nr 1 i bilaga III har följande lydelse:

”Den sammanlagda mängden utsläppsrätter som fördelas för en period skall stämma överens med medlemsstatens skyldighet att begränsa sina utsläpp enligt beslut 2002/358 … och Kyotoprotokollet, varvid hänsyn skall tas till dels vilken andel av de sammanlagda utsläppen dessa utsläppsrätter utgör i jämförelse med utsläpp från källor som inte omfattas av detta direktiv och dels nationell energipolitik, och bör stämma överens med den nationella klimatstrategin. Den sammanlagda mängden utsläppsrätter som fördelas skall inte vara större än vad som kan förväntas behövas för en strikt tillämpning av kriterierna i denna bilaga. Före [år] 2008 skall mängden stämma överens med strävandena mot att nå eller överträffa respektive medlemsstats mål enligt beslut 2002/358 och Kyotoprotokollet.”

15 Kriterium 5 i bilaga III har följande lydelse:

”[NFP:n] skall inte göra skillnad mellan företag eller sektorer på ett sätt som otillbörligt gynnar vissa företag eller verksamheter i enlighet med kraven i fördraget, i synnerhet artiklarna 87 och 88 i detta.”

16 I kriterium nr 9 i bilaga III anges följande:

”[NFP:n] skall ge allmänheten möjlighet att lämna synpunkter och innehålla uppgifter om arrangemangen för beaktande av dessa synpunkter, innan beslut fattas om fördelning av utsläppsrätter.”

17 I punkterna 93–96 i kommissionens riktlinjer anges bland annat följande:

”93. Detta kriterium är obligatoriskt.

94. … [NFP:n] bör göras allmänt tillgänglig på ett sådant sätt att allmänheten har möjlighet att i praktiken inkomma med synpunkter på ett tidigt stadium. …

95. Medlemsstaterna skall se till att allmänheten har rimlig tid på sig för att inkomma med synpunkter och se till att tidsgränsen för kommentarer från allmänheten samordnas med det nationella beslutsförfarandet, så att synpunkterna kan beaktas innan beslutet om [NFP:n] fattas. ’Beaktande’ skall förstås som att hänsyn skall tas till kommentarerna om detta är lämpligt med tanke på kriterierna i bilaga III eller varje annat objektivt och öppet kriterium som används av medlemsstaten i [NFP:n]. En medlemsstat bör informera kommissionen om eventuella ändringar som den till följd av allmänhetens deltagande avser att göra efter offentliggörandet och anmälan av [NFP:n], men före medlemsstatens slutliga beslut i enlighet med artikel 11 [i direktiv 2003/87]. Allmänheten skall ges allmän feedback om det beslut som fattas och de viktigaste överväganden som beslutet bygger på.

96. Det bör noteras att allmänhetens möjlighet att inkomma med synpunkter på [NFP:n] enligt detta kriterium innebär en andra omgång av offentligt samråd. I enlighet med artikel 9.1 i [direktiv 2003/87] skall synpunkterna från det första samrådet med allmänheten om utkastet till plan införas i [NFP:n] innan den anmäls till kommissionen och de andra medlemsstaterna (om dessa synpunkter är relevanta). För att allmänhetens deltagande som helhet (samråd och beaktande av kommentarer) skall vara effektivt är det första offentliga samrådet särskilt viktigt. De regler som beskrivs i samband med detta kriterium bör också tillämpas på det första samrådet.

Medlemsstaterna skall informera kommissionen om varje ändring som de avser att göra efter offentliggörandet och anmälan av [NFP:n], men innan de fattar sitt slutliga beslut i enlighet med artikel 11 [i direktiv 2003/87].”

18 I kriterium nr 10 i bilaga III anges att ”[NFP:n] skall innehålla en förteckning över de anläggningar som omfattas av detta direktiv tillsammans med de mängder utsläppsrätter som avses tilldelas var och en”.

19 Vad avser kriterium nr 10 anges följande i punkterna 97–100 i kommissionens riktlinjer:

”97. Detta kriterium innehåller föreskrifter om öppenhet för [NFP:n]. Det innebär att mängden utsläppsrätter per anläggning skall anges, så att allmänheten informeras, när [NFP:n] lämnas till kommissionen och andra medlemsstater. …

…

98. Detta kriterium kommer att anses uppfyllt om en medlemsstat fullgjort sin skyldighet att förteckna alla anläggningar som omfattas av direktivet. …

…

100. En medlemsstat måste ange den totala mängd utsläppsrätter som man avser att tilldela varje anläggning och den mängd som utfärdas för varje år till varje anläggning i enlighet med artikel 11.4 [i direktiv 2003/87].”

20 Enligt punkterna 60–74 i kommissionens riktlinjer kan medlemsstaten upprätta en reserv med utsläppsrätter (nedan kallad reserven), som bland annat nya verksamhetsutövare kan få ta del av, enligt objektiva och öppna regler och förfaranden. I NFP:n skall det anges hur stor denna reserv kommer att vara i förhållande till det totala antalet utsläppsrätter som föreskrivs.

21 I artikel 12.1 i direktiv 2003/87 föreskrivs att utsläppsrätter får överlåtas mellan fysiska eller juridiska personer inom gemenskapen eller i tredje land. Enligt artikel 12.3 skall verksamhetsutövaren för varje anläggning före den 1 maj varje år till behöriga myndigheter överlämna det antal utsläppsrätter som motsvarar de sammanlagda utsläppen från anläggningen under det föregående kalenderåret, varefter dessa utsläppsrätter annulleras.

22 Enligt artikel 29.1 i direktiv 2003/87 gäller följande:

”… medlemsstaterna [får] ansöka hos kommissionen om att ytterligare utsläppsrätter skall utfärdas för vissa anläggningar under omständigheter som faller inom ramen för force majeure. Kommissionen skall avgöra huruvida force majeure föreligger och i så fall tillåta att medlemsstaten utfärdar ytterligare icke-överlåtbara utsläppsrätter till dessa anläggningars verksamhetsutövare.”

23 I artikel 38.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2216/2004 av den 21 december 2004 om ett standardiserat och skyddat registersystem i enlighet med … direktiv 2003/87 och Europaparlamentets och rådets beslut … 280/2004/EG (EGT L 386, s. 1) föreskrivs följande under rubriken Tabeller över [NFP:er] för [den första fördelningsperioden]:

”Om en medlemsstat rättar något i [NFP:n] skall rättelsen anmälas till kommissionen tillsammans med alla motsvarande rättelser i tabellen över [NFP:n]. Om rättelsen i tabellen grundas på en [NFP] som har anmälts till kommissionen och inte har avslagits i enlighet med artikel 9.3 i direktiv 2003/87 … eller för vilken kommissionen har godtagit ändringar, och rättelsen är i överensstämmelse med metoder som anges i [NFP:n] eller är en följd av bättre data, skall kommissionen ålägga den centrala förvaltaren att på motsvarande sätt rätta tabellen över [NFP:n] … . I alla andra fall skall medlemsstaten anmäla rättelsen i [NFP:n] till kommissionen, och om kommissionen inte avslår rättelsen i enlighet med artikel 9.3 i direktiv 2003/87 skall kommissionen ålägga den centrala förvaltaren att på motsvarande sätt rätta tabellen över [NFP:n] … ”

Bakgrund, förfarandet och parternas yrkanden

24 Den 31 mars 2004 anmälde Förbundsrepubliken Tyskland sin NFP för den första fördelningsperioden (nedan kallad Tysklands NFP) till kommissionen enligt artikel 9.1 i direktiv 2003/87.

25 Tysklands NFP består av en ”makroplan” och en ”mikroplan”. Makroplanen innehåller fördelningen i den nationella utsläppsbudgeten och anger det totala antal utsläppsrätter som skall fördelas i enlighet med de åtaganden om minskning av utsläpp som Förbundsrepubliken Tyskland har gjort. I mikroplanen regleras fördelningen av utsläppsrätter till verksamhetsutövare vid olika anläggningar. Vidare föreskrivs att en reserv med utsläppsrätter skall förbehållas nya aktörer.

26 I Tysklands NFP föreskrivs, i syfte att fastställa hur många utsläppsrätter som skall fördelas till olika anläggningar i motsvarande del i mikroplanen, tre perioder och tre olika metoder beroende på när anläggningen började drivas.

27 När det gäller anläggningar som börjat drivas före den 31 december 2002, beräknas det antal utsläppsrätter som skall fördelas gratis på grundval av det årliga genomsnittet av deras tidigare koldioxidutsläpp enligt den beräkningsmetod som kallas ”grandfathering”. Antalet utsläppsrätter att fördela bestäms genom multiplicering av historiska utsläpp och en ”utförandefaktor” (Erfüllungsfaktor), som bestäms utifrån det mål för minskningen av utsläpp som skall uppnås. Denna utförandefaktor är således i regel lägre än 1 för att uppnå en minskning av utsläppen jämfört med tidigare utsläppsnivåer och slutligen begränsa det antal utsläppsrätter som skall fördelas.

28 Vad gäller anläggningar som började drivas mellan den 1 januari 2003 och den 31 december 2004 beräknas antalet utsläppsrätter som kan beviljas gratis på grundval av verksamhetsutövarnas uppgifter om sina genomsnittliga årliga koldioxidutsläpp. Verksamhetsutövaren skall till sin ansökan om fördelning av utsläppsrätter bifoga ett expertutlåtande om anläggningens viktigaste kännetecken. Ansökan och expertutlåtandet skall innehålla uppgifter om anläggningens kapacitet, hur råvaror kommer att användas och i vilken grad anläggningens kapacitet utnyttjas. Den utförandefaktor som tillämpas på dessa anläggningar för en tolvårsperiod är 1.

29 Vad gäller anläggningar som började drivas efter den 1 januari 2005, så kallade nya verksamhetsutövare, bestäms antalet utsläppsrätter som skall fördelas gratis, med hänsyn till att det saknas historiska uppgifter, enligt den så kallade benchmarkingmetoden, det vill säga med utgångspunkt från prognoser om årlig produktion för åren 2005–2007, prognoser om anläggningens utsläpp för varje produktionsenhet samt uppgifter om hur många kalenderår anläggningen är tänkt att drivas under fördelningsperioden. Prognoserna om utsläpp per produktionsenhet skall fastställas med beaktande av kriteriet benchmark (bästa möjliga teknik). För dessa nya anläggningar är utförandefaktorn oförändrat fastställd till 1.

30 Med tillämpning av artikel 11.4 i direktiv 2003/87 föreskrivs i Tysklands NFP att de utsläppsrätter som beviljas för den första fördelningsperioden skall delas upp per år senast den 28 februari varje år.

31 Tysklands NFP, såsom denna delgavs kommissionen, föreskriver att förändringar avseendet antalet utsläppsrätter kan göras i efterhand i följande fall:

— Kraftigt minskat utnyttjande av anläggningens produktionskapacitet och nedläggning (så kallad de facto-nedläggning): Om en anläggning inte längre

används är verksamhetsutövaren skyldig att återlämna beviljade utsläppsrätter om de inte behövs för verksamheten. En anläggning anses inte längre användas om dess utsläpp under ifrågavarande år är mindre än 10 procent av de genomsnittliga registrerade utsläppen per år under referensperioden. Om utsläppen är mindre än 60 procent av de genomsnittliga registrerade utsläppen per år under referensperioden, skall utsläppsrätterna för ifrågavarande år i efterhand nedsättas i proportion till hur mycket produktionskapacitetsutnyttjandet har minskat, det vill säga aktivitetsnivån. För följande år skall utsläppsrätter beviljas enligt det ursprungliga fördelningsbeslutet, om inte regeln om nedsättning i efterhand åter skall tillämpas.

— Överföring av utsläppsrätter ifall anläggningen läggs ner eller ersätts (överföringsregeln): På begäran skall de utsläppsrätter som har beviljats en senare nedlagd anläggning inte dras in om verksamhetsutövaren börjar driva en ny anläggning inom tre månader från det att den gamla anläggningen lagts ner. I ett sådant fall skall utsläppsrätterna inledningsvis under fyra år fördelas med utgångspunkt från den nedlagda anläggningens historiska utsläpp och därefter under fjorton år beräknas med utgångspunkt från utförandefaktor 1. Denna regel har till syfte att få verksamhetsutövare att lägga ner förfallna och ineffektiva anläggningar. Om den nya anläggningens produktionskapacitet emellertid är mindre än den nedlagda anläggningens kapacitet skall skillnaden i kapacitet ses som att en anläggning lagts ner och motsvarande andel av utsläppsrätterna skall därefter inte fördelas vid nästa tillfälle som utsläppsrätter fördelas. När den nya anläggningen däremot har högre produktionskapacitet gäller regeln för nya verksamhetsutövare, och ytterligare utsläppsrätter som täcker den ökade kapaciteten skall beviljas.

— Befintliga anläggningar som började drivas år 2003 eller år 2004: Det antal utsläppsrätter som beviljats för dessa anläggningar justeras beroende på om den effektiva produktionsvolymen har blivit större eller mindre än den produktionsvolym som anmäldes som underlag för beräkningen av hur många utsläppsrätter

som skulle beviljas i det första förfarandet under den tid som anläggningen i fråga har varit i drift. Beroende på vad som är fallet skall utsläppsrätterna för följande år ökas eller minskas i proportion till dessa förändringar. Om produktionsvolymen har ökat, skall ytterligare utsläppsrätter tas från reserven.

— Nya verksamhetsutövare som börjat driva sina anläggningar efter den 1 januari 2005 eller ökat produktionskapaciteten i befintliga anläggningar: Det antal utsläppsrätter som beviljats för dessa anläggningar justeras beroende på om den effektiva aktivitetsnivån har blivit större eller mindre än den aktivitetsnivå som anmäldes som underlag för beräkningen av hur många utsläppsrätter som skulle beviljas i det första förfarandet under den tid som anläggningen i fråga har varit i drift. Beroende på vad som är fallet skall utsläppsrätterna för följande år ökas eller minskas i proportion till dessa förändringar.

— Kombianläggningar för samtidig produktion av el och värme (Kraft-Wärme-Kopplung): Utsläppsrätter beviljas dessa anläggningar i särskild ordning (Sonderzuteilung) och beroende på den effektiva produktionsvolymen för elektricitet vad avser det första fördelningsåret. Antalet justeras emellertid i efterhand beroende på produktionsvolymen för elektricitet följande år.

32 I Tysklands NFP föreskrivs dessutom att utsläppsrätter som inte har delats ut eller dragits tillbaka skall överföras till reserven. De utsläppsrätter som ingår i reserven är tillgängliga för nya verksamhetsutövare. Sökanden har vid förhandlingen preciserat att reserven endast är tillgänglig för dem som driver anläggningar i Tyskland.

33 De behöriga tyska myndigheterna har i skrivelse av den 8 juni 2004 svarat på vissa av kommissionens frågor.

34 De tyska myndigheterna har i sitt svar på dessa frågor bland annat preciserat att såsom framgår av Zuteilungsgesetz 2007 (den tyska lagen av den 26 augusti 2004 om fördelning av utsläppsrätter under den första fördelningsperioden, BGBl. 2004 I, s. 2211, nedan kallad fördelningslagen), och till skillnad från vad som anges i Tysklands NFP som meddelats kommissionen, kan förändringar i efterhand inte i något fall medföra att fler utsläppsrätter beviljas till de berörda anläggningarna. De tyska myndigheterna har dessutom, vad avser kombianläggningarna, anmärkt att möjligheten att göra en nedsättning i efterhand gör det möjligt att undvika ”kontraproduktivt beteende” – det vill säga resultat som inte är önskvärda från ekologisk synpunkt – bland dem som driver anläggningar av detta slag, vilka annars skulle lockas att sänka sin produktionsnivå vad gäller elektricitet. Denna möjlighet utgör således grund för att fortsätta att fördela utsläppsrätter i särskild ordning (Sonderzuteilung). Om en sådan minskad produktion leder till att utsläppen minskar och att efterfrågan på utsläppsrätter minskar inom ramen för systemet för handel med utsläppsrätter, leder detta rent allmänt till att utsläppen ökar utanför detta system.

35 Enligt de tyska myndigheternas förklaringar (se punkt 34 ovan) kan enligt fördelningslagen förändringar i efterhand endast vara nedsättningar. Dessa regleras av bestämmelserna i fördelningslagen, det vill säga 7 § nionde stycket (fördelning till befintliga anläggningar på grundval av historiska uppgifter), 8 § fjärde stycket (fördelning till befintliga anläggningar på grundval av meddelade utsläpp), 9 § första och fjärde styckena (nedläggning av anläggningar), 10 § andra och fjärde styckena (fördelning till nya anläggningar i egenskap av ersättningsanläggningar), 11 § femte stycket, jämförd med 8 § fjärde stycket (fördelning till nya verksamhetsutövare) samt 14 § femte stycket (särskild fördelning till kombianläggningar). I 6 § andra stycket i fördelningslagen föreskrivs slutligen att indragna utsläppsrätter med tillämpning av ovannämnda bestämmelser skall överföras till reserven.

36 Kommissionen avslog genom beslut K(2004) 2515/2 slutlig av den 7 juli 2004 om den nationella fördelningsplan för fördelning av utsläppsrätter för växthusgaser som anmälts av Tyskland (nedan kallat det angripna beslutet), som antogs med stöd av artikel 9.3 i direktiv 2003/87, Tysklands NFP i den utsträckning som det i denna föreskrevs vissa metoder för justering i efterhand av utsläppsrätterna. Kommissionen förklarade att dessa metoder är oförenliga med kriterierna nr 5 och nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 (artikel 1 det angripna beslutet) och att de skall upphävas (artikel 2 i det angripna beslutet). Kommissionen gav emellertid sökanden möjlighet att fördela utsläppsrätter innan de ändringar som krävs enligt artikel 2 i beslutet har genomförts (artikel 3 fjärde stycket i det angripna beslutet). Förändringar i efterhand föreskrevs för

— nya verksamhetsutövare (artikel 1 a i det angripna beslutet),

— nya anläggningar som startas efter överföring av utsläppsrätter som beviljats för en anläggning som senare lagts ner (artikel 1 b i det angripna beslutet),

— anläggningar som använder mindre av sin produktionskapacitet än vad man från början trott (artikel 1 c första typfallet i det angripna beslutet),

— anläggningar där de årliga utsläppen är mindre än 40 procent jämfört med utsläppen under referensperioden (artikel 1 c andra typfallet i det angripna beslutet),

— kombianläggningar som producerar mindre energi än vad som registrerats under referensperioden (artikel 1 c tredje typfallet i det angripna beslutet).

37 I skäl 4 i det angripna beslutet anger kommissionen att förändringar i efterhand som är tillämpliga på nya verksamhetsutövare strider mot kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87, eftersom dessa får en oberättigad fördel gentemot dem som driver anläggningar som redan omfattas av Tysklands NFP och för vilka sådana förändringar inte får göras under den första fördelningsperioden.

38 I skäl 5 i det angripna beslutet konstaterar kommissionen att förändringar av antalet utsläppsrätter som beviljas en ny anläggning som startats efter det att en gammal anläggning har lagts ned är oförenliga med kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, enligt vilket antalet utsläppsrätter att fördela på olika anläggningar som uppräknas i NFP under den handelsperiod som avses i artikel 11.1 i direktiv 2003/87 skall bestämmas i förhand.

39 I skäl 6 i det angripna beslutet har kommissionen anfört att följande förändringar också strider mot kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87: a) förändringar avseende anläggningar som använder mindre av sin produktionskapacitet än man trott från början, b) förändringar avseende anläggningar vars årliga utsläpp är mindre än 40 procent av utsläppen under referensperioden och c) förändringar avseende kombianläggningar som producerar mindre energi än vad som registrerats under referensperioden.

40 Kommissionen har vid förhandlingen preciserat att artikel 1 c andra typfallet och skäl 6 (se punkt 39 b ovan) i det angripna beslutet i själva verket syftade på anläggningar med årliga utsläpp på mindre än 60 procent av de utsläpp som registrerades under referensperioden och att uppgiften om 40 procent i nämnda beslut var felaktig (förhandlingsprotokollet, s. 2).

41 I sitt meddelande KOM(2004) 500 slutlig till rådet och Europaparlamentet om kommissionens beslut av den 7 juli 2004 om [Republiken] Österrikes, [Kungariket] Danmarks, [Förbundsrepubliken] Tysklands, Irlands, [Kungariket] Nederländernas, [Republiken] Sloveniens, [Kungariket] Sveriges och Förenade konungarikets [Storbritannien och Nordirland] [NFP] i enlighet med direktiv 2003/87 av den 7 juli 2004 (nedan kallat kommissionens beslut av den 7 juli 2004) uttalade kommissionen i punkt 3.2 följande angående förändringar i efterhand:

”I artikel 11 och kriterium [nr]10 i bilaga III till direktiv [2003/87] föreskrivs att medlemsstaterna i förväg skall besluta (innan handelsperioden börjar) hur många utsläppsrätter de kommer att fördela sammanlagt och hur många utsläppsrätter som kommer att beviljas för varje anläggning. Detta beslut kan inte omprövas och inga utsläppsrätter kan omfördelas genom att öka eller minska det antal som bestämts för varje verksamhetsutövare på grundval av ett regeringsbeslut eller [en] tidigare regel. Direktiv [2003/87] tillåter förändringar i efterhand i fall av force majeure i enlighet med det förfarande som föreskrivs i artikel 29. Dessutom gäller att

— besluten tillåter att ändringar görs i den föreskrivna fördelningen med hänsyn till uppgifternas kvalitet när som helst så länge fördelningsbeslutet ännu inte har fattats i enlighet med artikel 11.1,

— direktiv [2003/87] utesluter inte att medlemsstaterna om en anläggning läggs ner under perioden bestämmer att det inte längre finns någon verksamhetsutövare som kan erhålla utsläppsrätter, och

— om fördelningen rör nya verksamhetsutövare och utsläppsrätter från en reserv, skall beslut om det exakta antal som skall beviljas varje ny verksamhetsutövare fattas efter det att fördelningsbeslutet har fattats i enlighet med artikel 11.1.

Enligt kriterium [nr] 10 krävs att antalet utsläppsrätter som skall fördelas till befintliga anläggningar anges i [NFP:n] före fördelningsperiodens början. Kommissionen har bedömt huruvida förändringar i efterhand är tillåtna utan hänsyn till huruvida en tänkt förändring – eller dess betydelse – har någon koppling till beteendet hos den verksamhetsutövare som berörs av ett förslag om ändrad fördelning under perioden.

På grundval av kriterium [nr] 5 i bilaga III är samma princip tillämplig på nya verksamhetsutövare. Så snart en medlemsstat under handelsperioden har beslutat det exakta antalet utsläppsrätter som skall tas från en reserv för nya verksamhetsutövare för att ges till en sådan är det omöjligt för denna stat att ompröva detta beslut. Om så inte var fallet, skulle vissa företag gynnas eller missgynnas otillbörligt genom att det tillämpa[de]s en princip som inte får tillämpas för befintliga anläggningar.

Förändringar i efterhand utgör en källa till osäkerhet för verksamhetsutövarna och har en negativ effekt på deras investeringsbeslut och [på] marknaden [för utsläppsrätter]. Förändringar i efterhand innebär att effektiva marknadslösningar ersätts av tungrodda administrativa förfaranden. Att beviljade utsläppsrätter i efterhand minskas kan anses bra för miljön men inverkar negativt på den visshet företag måste kunna känna inför investeringar som gör det möjligt att minska utsläppen.

Kommissionen anser att de förändringar i efterhand som föreskrivs i de tyska och österrikiska [NFP:erna] strider mot kriterium [nr] 5 och/eller [nr] 10.

Kommissionen anser att Tysklands [NFP] strider mot kriterium [nr 10], eftersom [Förbundsrepubliken Tyskland] har för avsikt att justera eller förbehålla sig möjligheten att justera det antal utsläppsrätter som beviljats en anläggning under den

[första fördelningsperioden] när i) befintliga anläggningar som tagits i drift sedan den 1 januari 2003 använder mindre av sin kapacitet, ii) befintliga anläggningar har årliga utsläpp som är mindre än 40 procent av dem som de hade under referensperioden, iii) befintliga anläggningar erhåller ytterligare utsläppsrätter genom överföring av utsläppsrätter som använts av en nerlagd anläggning, iv) befintliga anläggningar eller nya verksamhetsutövare som erhåller extrafördelning på grund av kombinerad produktion av värme och elektricitet och som haft en mindre kombinerad produktion av värme och elektricitet än under referensperioden. [Förbundsrepubliken Tysklands] uppsåt att potentiellt justera fördelningen av utsläppsrätter till nya verksamhetsutövare strider mot kriterium [nr 5], som innehåller en regel om icke-diskriminering i enlighet med fördraget, eftersom förändringar i efterhand medför diskriminering mellan nya verksamhetsutövare och andra verksamhetsutövare, vilka inte kan få förändringar i efterhand med stöd av direktiv [2003/87]

…”

42 Sökanden har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 20 september 2004, väckt förevarande talan.

43 Med tillämpning av artikel 14 i förstainstansrättens rättegångsregler och på förslag av tredje avdelningen beslutade förstainstansrätten, efter att ha hört parterna i enlighet med artikel 51 i rättegångsreglerna, att hänskjuta målet till avdelning i utökad sammansättning.

44 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, som en åtgärd för processledning enligt artikel 64 i rättegångsreglerna, parterna att skrift-

ligen besvara vissa frågor och kommissionen att inge en handling. Parterna svarade på frågorna och kommissionen ingav handlingen inom den föreskrivna fristen.

45 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 21 juni 2006.

46 Sökanden yrkar att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artikel 1 i det angripna beslutet,

— ogiltigförklara artikel 2 a–c i nämnda beslut i den mån sökanden åläggs att göra vissa ändringar i Tysklands NFP och meddela desamma, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

47 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

I — *Inledande anmärkningar*

48 Sökanden har anfört tre grunder för sin talan, närmare bestämt följande: åsidosättande av artikel 9.3 i direktiv 2003/87 jämförd med bilaga III till samma direktiv, åsidosättande av artikel 176 EG och åsidosättande av motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG, vad gäller artikel 1 a och artikel 2 a i det angripna beslutet.

II — *Första grunden: Åsidosättande av artikel 9.3 i direktiv 2003/87 jämförd med bilaga III till samma direktiv*

A — *Parternas argument*

1. Sökandens argument

a) Inledande anmärkningar

49 Sökanden ifrågasätter i sin första grund kommissionens konstaterande om de faktiska omständigheterna i det angripna beslutet, enligt vilka förändringar i efterhand,

av det slag som föreskrivs i Tysklands NFP, är oförenliga med kriterierna nr 5 och nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87. Dessa konstateranden strider mot artikel 9.3 i direktiv 2003/87 jämförd med bilaga III till samma direktiv, enligt vilka bestämmelser medlemsstaterna inte är förbjudna att göra förändringar i efterhand. Sökanden anser att kommissionens ståndpunkt hindrar medlemsstaterna från att genomföra direktiv 2003/87 på ett effektivt sätt, särskilt vad gäller de kriterier som anges i bilaga III.

b) Fråga huruvida kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 har beaktats

50 Sökanden hävdar att det angripna beslutet är oförenligt med kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, eftersom det varken överensstämmer med kriteriets ordalydelse eller dess juridiska sammanhang. Sökanden menar särskilt att kriteriet inte ger stöd för slutsatsen att antalet utsläppsrätter som skall fördelas till olika anläggningar som anges i NFP under den period som avses i artikel 11.1 i direktiv 2003/87 skall bestämmas i förväg (skäl 5 i det angripna beslutet).

51 Enligt sökanden förbjuder kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 enligt sin ordalydelse inte förändringar i efterhand när det visar sig att vissa fördelningar grundar sig på felaktiga bedömningar från verksamhetsutövarnas sida. Sökanden erinrar härvid om att enligt nämnda kriterium skall NFP:n innehålla en förteckning över anläggningar som omfattas av direktiv 2003/87 med uppgift om hur många utsläppsrätter som medlemsstaten ”önskar” tilldela var och en av dem. Av detta följer att antalet utsläppsrätter att fördela enligt denna förteckning inte motsvarar hur många som medlemsstaten ”avser” att fördela, i den mening som avses i artikel 9.l i direktiv 2003/87. Enligt sökandens mening följer det varken av den tyska versionen eller av andra språkversioner av direktiv 2003/87 att de anläggningar som nämns i en NFP har rätt att erhålla exakt så många utsläppsrätter som medlemsstaten har meddelat kommissionen.

52 Vad gäller det juridiska sammanhang som kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ingår i anmärker sökanden att det i artikel 9.1 i direktivet föreskrivs att en NFP endast skall ge upplysning om ”det sammanlagda antal utsläppsrätter som medlemsstaten avser att fördela för den perioden och hur den föreslår att fördela dem”. På samma sätt framgår det av artikel 11.1 i direktivet att utsläppsrätterna kommer att fördelas individuellt först efter det att allmänheten har lämnats tillfälle att yttra sig och NFP:n meddelats kommissionen och de andra medlemsstaterna. För att dessa två moment inte skall förlora sin mening måste man skilja mellan det antal utsläppsrätter som medlemsstaten ”önskar fördela”, i den mening som avses i kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, och det antal som verkligen fördelas i enlighet med artikel 11.1 i direktivet och ”som grundas på [NFP:n]”. Kommissionens argument att kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 innebär ett förbud mot att medlemsstaten i efterhand förändrar den fördelning som anges i NFP:n är felaktigt. Sökanden har tillagt att kommissionens ståndpunkt också är oförenlig med artikel 38.2 i förordning nr 2216/2004, vilken, utan särskild kontroll, tillåter att fördelningen minskas i efterhand i förhållande till vad som bestämts i fördelningsbeslutet, förutsatt att dessa förändringar bygger på mer exakta uppgifter eller har gjorts i enlighet med förfaranden som föreskrivs i NFP:n.

53 Vad avser den teleologiska tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 anser sökanden, såsom kommissionen själv har anfört i sina riktlinjer, att syftet med detta kriterium är att säkerställa öppenhet vad gäller NFP:n, så att företag, allmänheten, kommissionen och de andra medlemsstaterna kan reagera på hur många utsläppsrätter som medlemsstaten avser att fördela (kommissionens riktlinjer, s. 23). Denna tolkning bekräftas av de skäl som under utarbetandet av direktiv 2003/87 har angetts som stöd för att införa detta kriterium. Enligt dessa skäl är det viktigt att ”kunna förfoga över uppgifter som ger korrekt och specificerad kunskap om läget inom utsläppsrättshandeln” (Europaparlamentets utskott för miljö, folkhälsa och konsumentfrågor, förhandlingsprotokoll A5-0303/2002, I, s. 48, tillägg nr 73). Sökanden har av detta dragit slutsatsen att kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 inte innehåller ett formellt krav på att medlemsstaten skall meddela kommissionen en NFP med en förteckning över anläggningar som omfattas

av direktivet och preliminära uppgifter om hur många utsläppsrätter den avser att fördela till respektive anläggning. Sökanden har slutligen gjort gällande att kommissionen själv har avstått från att fastställa ytterligare krav i detta avseende i sina egna riktlinjer (kommissionens riktlinjer, sidorna 23 och 24).

c) Fråga huruvida kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 har beaktats

54 Sökanden har tvärtemot vad kommissionen hävdar, anmärkt att de förändringar i efterhand som föreskrivs i Tysklands NFP också de är förenliga med kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87, enligt vilket NFP:n i enlighet med fördragets krav inte får gynna vissa företag eller viss verksamhet på ett orättmätigt sätt. Sökanden har härvid preciserat att om medlemsstaterna tvärtom inte hade möjlighet att dra tillbaka utsläppsrätter ens om fördelningen byggde på felaktiga eller överdrivna produktionsprognoser, exempelvis vad gäller nya verksamhetsutövare, skulle detta medföra en oberättigad fördel för verksamhetsutövarna i fråga genom att de gavs möjlighet att göra en förtjänst genom att sälja utsläppsrätter som de inte behöver på marknaden, och detta skulle på samma gång innebära en oberättigad konkurrensnackdel för de andra verksamhetsutövarna. I ett sådant fall är det lämpligt och nödvändigt att i efterhand minska antalet utsläppsrätter för att förhindra en sådan konkurrenssnedvridning som strider mot kriterium nr 5 och samtidigt rätta till den fördel som nya verksamhetsutövare har genom att fördelning av utsläppsrätter till dem bygger på deras egna beräkningar av hur stor andel av sin produktionskapacitet de kommer att använda.

55 Sökanden har tillagt att om det inte är möjligt att göra sådana förändringar i efterhand för att undvika ”överfördelning”, kan den inte uppfylla sin skyldighet enligt kriterium nr 1 i bilaga III till direktiv 2003/87, nämligen skyldigheten att se till att det totala antalet utsläppsrätter att fördela inte blir högre än nödvändigt och i detta sammanhang strikt tillämpa de kriterier som har fastställts i denna bilaga. Sökanden anser härvid att kommissionen inte har tagit hänsyn till den viktiga skillnaden mellan att i efterhand sänka respektive höja antalet utsläppsrätter. Höjningar i efterhand är

oförenliga med bilaga III till direktiv 2003/87, om de medför att det sammanlagda antalet utsläppsrätter att fördela överskrids (kriterium nr 1), medan sänkningar i efterhand inte strider mot något av de tillämpliga kriterierna. Enligt kriterierna nr 1 och nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 krävs tvärtom att överskjutande fördelning skall dras tillbaka i de fall där det är berättigat i det enskilda fallet.

56 Slutligen avfärdar sökanden kommissionens argument att möjligheten att göra förändringar i efterhand gör att preventiva kontroller av beräkningar och prognoser som verksamhetsutövarna har lämnat in inför den första fördelningen av utsläppsrätter blir mindre precisa och skyndsamma. Enligt sökanden kan man nämligen, även om prognoserna bygger på bästa möjliga bedömningar av framtida produktionskapacitetsutnyttjande, inte hysa absolut tilltro till dessa prognoser. Risken för överfördelning av utsläppsrätter, det vill säga att antalet överskrider de verkliga behoven för verksamhetsutövaren i fråga gör att det krävs en möjlighet att göra förändringar i efterhand. De ursprungliga prognoserna måste dessutom bli föremål för en så omsorgsfull och fullständig kontroll som möjligt, eftersom en ursprunglig ”överfördelning” kan leda till att för få utsläppsrätter fördelas på andra verksamhetsutövare.

d) Omfattningen av kommissionens kontrollbefogenheter enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87, jämförd med bilaga III till detsamma, och medlemsstaternas manöverutrymme enligt samma direktiv

57 Sökanden ifrågasätter rent allmänt omfattningen av kommissionens kontrollbefogenheter vad avser NFP:n. Sökanden har preciserat att artikel 9.3 i direktiv 2003/87 begränsar kommissionens kontrollbefogenheter till att uteslutande bedöma NFP:n på grundval av de kriterier som anges i bilaga III och på grundval av artikel 10 i nämnda direktiv. NFP:n kan således bara avslås om den är oförenlig med nämnda kriterier och nämnda bestämmelser. Sökanden menar särskilt att kriterium nr 10,

med beaktande av det allmänna sammanhanget eller den allmänna systematiken i direktiv 2003/87, inte skall ges en extensiv tolkning. Om kommissionen har för avsikt att ifrågasätta nationella fördelningsregler med hänsyn till andra överväganden, kan den endast göra det i enlighet med sina allmänna övervakningsbefogenheter enligt artiklarna 211 EG och 226 EG.

58 Enligt sökanden innehåller dessutom varken direktiv 2003/87 eller dess artikel 9.3, jämförd med bilaga III till detsamma, ett förbud mot att göra förändringar i efterhand, utan medlemsstaterna har ett stort utrymme för eget skön på detta område. Om en sådan möjlighet fanns i särskilda fall, skulle detta betyda att sökanden inte längre på ett effektivt sätt kunde följa de kriterier som anges i bilaga III. I enlighet med artikel 9.l andra meningen i direktiv 2003/87 kan medlemsstaterna för övrigt lägga till nya kriterier i sina NFP:er, förutom de kriterier som anges i bilaga III, förutsatt att dessa kriterier är objektiva och tydliga. Enligt sökandens mening uppfyller alla bestämmelser om förändringar i efterhand i Tysklands NFP kraven på objektivitet och tydlighet, eftersom verksamhetsutövarna redan när utsläppsrätterna fördelas får veta under vilka förutsättningar och i vilken omfattning de kan dras tillbaka.

59 Sökanden har för övrigt ifrågasatt idén att artikel 29 i direktiv 2003/87 innehåller ett allmänt förbud mot nedsättningar i efterhand, eftersom denna bestämmelse endast och som ett undantag föreskriver en möjlighet att bevilja ytterligare utsläppsrätter i fall av force majeure. Syftet med artikel 29 i direktiv 2003/87 är således att strikt, och redan från det att handeln börjar, inskränka medlemsstaternas möjlighet att bevilja ytterligare utsläppsrätter, det vill säga att göra höjningar i efterhand, så att man undviker att det sammanlagda antal utsläppsrätter som en medlemsstat har beviljat ökar. Bestämmelsen berör däremot inte det motsatta fallet, det vill säga sänkningar i efterhand.

60 Sökanden har härav dragit slutsatsen att de förändringar i efterhand som föreskrivs i Tysklands NFP överensstämmer med både syftet med och ordalydelsen i direktiv 2003/87.

e) Kommissionens argument om ekonomin

61 Sökanden har gjort gällande att tvärtemot vad kommissionen har påstått stöds sökandens tolkning av både de ekologiska och de ekonomiska syftena med direktiv 2003/87, nämligen att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser (artikel 1 i direktiv 2003/87), bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen (skäl 7 i direktiv 2003/87) samt ta hänsyn till industriprocessens potential till utsläppsminskningar (skäl 8 i direktiv 2003/87).

62 De sänkningar i efterhand som kommissionen har vänt sig emot syftar nämligen till att hindra konkurrenssnedvridning på den inre marknaden genom att avhjälpa missbruk och ”överfördelning” som skadar konkurrenterna. Sänkningarna gör det dessutom möjligt att rätta till felaktiga prognoser och ta hänsyn till när produktionen har blivit mindre än vad som anges i prognosen och, vad avser kombianläggningar, att rätta till de fel som uppstår när utsläppsrätter har fördelats i särskild ordning på ett sätt som strider mot denna ordnings miljöskyddssyfte.

63 Sökanden avfärdar härvid kommissionens argument att möjligheten till förändringar i efterhand är till men för den visshet som företag måste känna för att göra investeringar som kan minska utsläppen (kommissionens meddelande av den 7 juli 2004, s. 8). Dessa förändringar beror nämligen inte på att utsläppen har minskat utan på att anläggningens verkliga produktion avviker från prognostiserad produktion. Enligt sökanden underlättar förändringar i efterhand tvärtom för marknaden att fungera effektivt och ökar investeringars säkerhet, till exempel vad avser investeringar för att ersätta bränslen som producerar stora koldioxidutsläpp. Möjligheten till förändringar i efterhand gör nämligen att verksamhetsutövarens beslut att sälja eller köpa utsläppsrätter blir beroende av hur effektiv anläggningen är och gör att utsläppsrätter

som inte behövs kan gå till nya anläggningar. Kommissionens argument att förändringar i efterhand och återföring av utsläppsrätter till reserven påverkar nya verksamhetsutövares investeringsbeslut är felaktigt, eftersom de senare har en total säkerhet vad gäller förutsättningarna för investeringar genom att staten är skyldig att återköpa utsläppsrätter enligt NFP:n och 6 § tredje stycket i fördelningslagen. Möjligheten att återföra utsläppsrätter till reserven efter sådana förändringar syftar för övrigt till att undvika att denna återköpsskyldighet blir för omfattande.

64 Vad avser kommissionens argument att förändringar i efterhand inte är nödvändiga för att bekämpa missbruk och felaktiga prognoser, och att felaktiga upplysningar bör rättas till före fördelningsbeslutet, har sökanden anmärkt att det är först efter detta beslut som det kan framgå att uppgifterna är felaktiga. Det är nämligen först vid denna tidpunkt som det går att jämföra den verkliga produktionen med den prognostiserade produktionen. I ett sådant fall är förändring i efterhand det enda sättet att undvika den ”överfördelning” som följer av denna skillnad och särskilt det enda sättet att se till att systemet för handel med utsläppsrätter fungerar som det skall. I direktiv 2003/87 görs härvid inte heller någon skillnad beroende på hur allvarligt det fel är verksamhetsutövaren har begått. Av detta följer att prognosfel som har begåtts av misstag också bör rättas till i efterhand och att den nationella lagstiftningen mot uppsåtligt missbruk, tvärtemot vad kommissionen hävdar, är otillräcklig i detta avseende.

65 Sökanden har tillagt att den enda åtgärd som kommissionen i det angripna beslutet har hållig för lagenlig, nämligen möjligheten att dra tillbaka fördelning av utsläppsrätter när en anläggning har lagts ner, också utgör en förändring i efterhand. Sökanden avfärdar härvid kommissionens argument att när en anläggning läggs ner så försvinner anläggningen och verksamhetsutövaren som sådan. Sökanden menar för det första att en verksamhetsutövare inte upphör som juridisk person genom att en anläggning läggs ner. Enligt tysk miljörätt har verksamhetsutövare för det andra betydande skyldigheter även efter det att en anläggning lagts ner (Nachsorgepflichten). Under sådana förutsättningar skulle verksamhetsutövare kunna dra nytta av utsläppsrätter som de inte längre behöver. Den av kommissionen icke kritiserade möjligheten att dra in utsläppsrätter när en anläggning läggs ner handlar alltså i själva verket om en sänkning i efterhand.

2. Kommissionens argument

a) Fråga huruvida tillämpningsområdet för kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87 är avgörande för kommissionens kontroll enligt artikel 9.3 i direktivet

66 Kommissionen anser att dess kontrollbefogenheter vad avser NFP:n enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 bland annat omfattar kriterierna i bilaga III till direktivet, varvid kriterierna skall tolkas med hänsyn till hela direktivets allmänna sammanhang och systematik. Enligt kommissionen rör talan frågan huruvida det angripna beslutet är förenligt med detta direktiv och särskilt kriterierna i bilaga III till detsamma, vars allmänna syfte är att ge verksamhetsutövare ekonomisk stimulans till att minska sina utsläpp, med hjälp av utsläppsrätter som tilldelas enligt klara och orörliga regler. Det angripna beslutet är lagenligt om dessa kriterier inte har beaktats i den NFP som beslutet rör. Frågan vad dessa kriterier omfattar är således avgörande för frågan huruvida det angripna beslutet respektive NFP:n är lagenliga.

b) Frågan huruvida Tysklands NFP står i överensstämmelse med kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

67 Kommissionen anser att en förändring i efterhand, även om den sker enligt förbestämda regler, inte är förenlig med kriterium nr 10, såsom detta kriterium skall tolkas mot det allmänna sammanhanget av artiklarna 9 och 11 i direktiv 2003/87. Kommissionen har tillagt att det inte längre är möjligt att göra en sådan förändring när fördelningsbeslutet väl har fattats enligt artikel 11.1 i nämnda direktiv. Detta beror på att beviljade utsläppsrätter skall lämnas till verksamhetsutövarna (artikel 11.4) och att de kan överlåtas inom gemenskapen (artikel 12.1). Kommissionen har preciserat att

när fördelningsbeslutet väl har fattats blir det allmänna syftet med direktiv 2003/87 – nämligen att ge verksamhetsutövare ekonomisk stimulans till att minska sina utsläpp, med hjälp av förutbestämda utsläppsrätter – avgörande.

68 Vad avser sökandens påståenden om att det är nödvändigt att undvika missbruk och felaktiga prognoser har kommissionen inledningsvis anmärkt att det alltid är möjligt att rätta till felaktiga upplysningar innan fördelningsbeslutet fattas med tillämpning av artikel 11.1 i direktiv 2003/87. Det system som sökanden har valt medför med nödvändighet vissa risker och utrymme för fel – exempelvis vad avser nya verksamhetsutövares prognoser – men detta utgör inte grund för att åsidosätta bestämmelserna i direktiv 2003/87. Det är bara ett litet antal medlemsstater som i likhet med sökanden anser eller har ansett att de inte klarar sig utan förändringar i efterhand. Kommissionen har tillagt att det i vilket fall som helst i medlemsstaterna finns bestämmelser i allmänna lagar om uppsåtligt missbruk som kan tillämpas för att bekämpa desamma.

69 Vad avser sökandens argument att möjligheten till sänkningar i efterhand gör det möjligt att inskränka utsläppen av växthusgaser till vad som är absolut nödvändigt och att sänkningar i efterhand på detta sätt bidrar till kampen mot klimatförändringar har kommissionen invänt att detta resultat endast kan uppnås om reserven uttöms och utsläppsrätter annulleras. I så fall är det endast fråga om en oförutsedd bieffekt som förklaras av att färre nya verksamhetsutövare har tillkommit än man väntade sig. Om sökanden hade velat försöka uppnå detta miljöskyddssyfte, hade den från början bort föreskriva färre utsläppsrätter totalt räknat, detta för att undvika ”överfördelning”, eller i vart fall omedelbart annullerat överflödiga utsläppsrätter. Kommissionen drar härav slutsatsen att förändringar i efterhand är neutrala ur miljöskyddssynpunkt, eftersom det totala antalet utsläppsrätter förblir oförändrat. Kommissionen anser att dessa förändringar till och med kan leda till att verksamhetsutövare förlorar incitamentet att minska utsläppen, eftersom dessa förlorar möjligheten att på marknaden sälja utsläppsrätter som de erhållit genom sina egna ekonomiska beslut, exempelvis genom att minska produktionen.

70 Kommissionen anser att dess ståndpunkt inte strider mot artikel 38.2 i förordning nr 2216/2004, eftersom denna bestämmelse endast tillåter att justeringar görs enligt den fördelningsmetod som föreskrivs i NFP:n och eftersom denna metod också måste överensstämma med kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87. Dessutom utgör det faktum att det i denna bestämmelse hänvisas till artikel 9.3 i direktiv 2003/87 en bekräftelse på att kriterierna i bilaga III och övriga bestämmelser i direktivet är avgörande för huruvida NFP:n är förenlig med direktivet.

71 Kommissionen har tillagt att indragning av utsläppsrätter när en anläggning läggs ner, tvärtemot vad sökanden påstår, inte utgör en förändring i efterhand, eftersom utsläppsrätterna är knutna till anläggningarna. Enligt kommissionen har en anläggning som försvinner inte längre behov av utsläppsrätter. Så snart denna anläggning försvinner faller syftet att uppmuntra minskningar av utsläppen för att frigöra utsläppsrätter, och medlemsstaten kan således dra tillbaka utsläppsrätter som den nedlagda anläggningen inte längre behöver. I ett sådant fall utgör inte indragningen av utsläppsrätter en förändring i efterhand som kan jämföras med de förändringar i efterhand som föreskrivs i Tysklands NFP.

c) Frågan huruvida Tysklands NFP överensstämmer med kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87

72 Enligt kommissionen kan det angripna beslutet inte heller ifrågasättas med utgångspunkt från kriterium nr 5. Kommissionen anser att möjligheten att göra sänkningar i efterhand kan leda till att nya verksamhetsutövare får oberättigade fördelar genom att de redan från början kan få fler utsläppsrätter än de hade kunnat hoppas på om en sådan möjlighet inte hade förekommit, vilket försvårar för andra verksamhetsutövare som inte har möjlighet att få till stånd förändringar av den ursprungliga fördelningen. Med hänsyn till att det är nödvändigt för nya verksamhetsutövare att själva prognostisera hur mycket av sin kapacitet de kommer att utnyttja och hur stor produktionsvolymen kommer att bli, kommer de att bli mindre intresserade av att ge

precisa uppskattningar och de kommer bara att göra kontroller om den ursprungliga fördelningen inte kan ändras. En för stor ursprunglig fördelning kan ge en ny verksamhetsutövare oberättigade fördelar om denna kan sälja mer varor på grund av ökad efterfrågan utan att behöva betala för fler utsläppsrätter. Den som driver en befintlig anläggning måste däremot köpa fler utsläppsrätter på marknaden vid en oväntad produktionsökning.

73 Kommissionen har tillagt att systemet för handel med utsläppsrätter för flera år i taget endast kan fungera effektivt om det bygger på en prövning på förhand som främst bygger på prognoser. Förutom omständigheten att de berörda parterna – om det är möjligt att göra förändringar i efterhand – kommer att bete sig mindre omsorgsfullt när de deltar i utarbetandet av NFP:n, vilket påverkar fördelningsbeslutets precision, så kan den slutgiltiga fördelningen enligt logiken i sökandens argumentation först bestämmas vid fördelningsperiodens slut, då samtliga upplysningar om de verkliga utsläppen är tillgängliga. Förändringar i efterhand leder alltså till att kriterium nr 5 endast kan upprätthållas i efterhand. Kommissionen anser emellertid att man i förväg skall undersöka om det eventuellt förekommer diskriminering – med utgångspunkt från detta kriterium – vad avser vissa anläggningar, närmare bestämt när NFP:n har upprättats och kommissionen har fattat sitt beslut. Av detta följer att förändringar i efterhand strider mot fördelningssystemets och utsläppsrättshandelns syfte och verkan. Kommissionen har dessutom preciserat att det ligger i sakens natur att i ett system som bygger på prognoser kommer verkligheten, såsom den kan iakttas i efterhand, att avvika från prognoserna. Senare utveckling får emellertid inte leda till att ett fördelningsbeslut som fattats med utgångspunkt från en prövning i förhand och som syftar till att skapa ekonomiska incitament för att minska utsläppen ifrågasätts. Att föreskriva att utsläppsrätter som inte längre behövs på grund av att utsläppen har minskat skall dras in samtidigt som sådana utsläppsrätter får säljas skulle nämligen innebära samma sak som att dra in en del av incitamentet att minska utsläppen. Systemet för handel med utsläppsrätter skulle härigenom påverkas på ett avgörande sätt.

74 Härvid spelar det ingen roll om förändringarna i efterhand beror på utsläppen eller produktionsvolymen, eftersom det enligt kommissionen finns ett positivt samband mellan dessa två parametrar, vilka båda påverkar det ekonomiska beslutet att

optimera den vinst som anläggningens produktion kan ge. Enligt kommissionens mening har det införts ett osäkerhetsmoment i den ekonomiska beräkningen genom att möjligheten till förändringar i efterhand knyts till produktionsvolymen, vilket gör att det blir svårt att avgöra om det är lönsammast att minska utsläppen genom effektivitetsvinster eller att minska produktionsvolymen för att kunna sälja överflödiga utsläppsrätter. Denna osäkerhet, som uppstår genom möjligheten till förändringar i efterhand, leder till att verksamhetsutövarna investerar mindre i egen produktionsteknik och avstår från att väsentligt minska sin produktionsvolym. Detta är emellertid precis det som kommissionen har velat undvika. Kommissionen har tillagt att denna inverkan på verksamhetsutövarnas motivation även kan påverka miljön negativt, medan de positiva verkningar som sökanden talar om endast kan uppkomma under vissa hypotetiska förhållanden, exempelvis om det inte tillkommer många nya verksamhetsutövare.

75 Vad avser sökandens argument att indragna utsläppsrätter överförs till reserven för att kunna överföras till nya verksamhetsutövare, anser kommissionen att om sökanden anser att det är nödvändigt att öka reserven, bör sökanden redan från början föreskriva en mer betydande reserv i sin NFP. Kommissionen har dessutom anmärkt att det antal utsläppsrätter som kan erhållas genom förändringar i efterhand är osäkert och således inte erbjuder nya verksamhetsutövare rättssäkerhet vad gäller deras investeringsbeslut. För övrigt innebär omständigheten att det i NFP:n och 6 § tredje stycket i fördelningslagen föreskrivs en möjlighet att öka reserven genom återköp av utsläppsrätter från privata organ och genom att dessa överlåts gratis till ansvariga myndigheter en bekräftelse på att det inte är nödvändigt att öka reserven genom förändringar i efterhand. Kommissionen har slutligen erinrat om att det inte är absolut nödvändigt att föreskriva en reserv för nya verksamhetsutövare, eftersom dessa kan inhandla nödvändiga utsläppsrätter på marknaden (se även kommissionens riktlinjer, punkt 56).

76 Kommissionen anser mot denna bakgrund att det angripna beslutet står i överensstämmelse med kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87 och att talan inte kan bifallas med stöd av grunden om åsidosättande av artikel 9.3 i nämnda direktiv, jämförd med bilaga III till detsamma.

B — *Förstainstansrättens bedömning*

1. Fördelningen av uppgifter och befogenheter mellan kommissionen och medlemsstaterna och domstolsprövnings omfattning

77 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att sökanden i första hand har hävdat att tvärtemot vad kommissionen har konstaterat i det angripna beslutet strider inte de förändringar i efterhand som föreskrivs i Tysklands NFP mot kriterium nr 5 eller kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87. I detta sammanhang har det bland annat diskuterats mellan parterna huruvida dessa förändringar i efterhand gör det svårare för att systemet för handel med utsläppsrätter att fungera som det är tänkt och huruvida dessa förändringar är förenliga med syftet med och den allmänna systematiken i direktiv 2003/87, som avgör hur dessa kriterier skall tolkas. Förstainstansrätten har härvid dels att dra gränsen mellan vad domstolsprövningen omfattar och vad som ingår i kommissionens beslutsbefogenheter, särskilt enligt direktiv 2003/87, dels att avgöra vilket manöverutrymme som medlemsstaten har när den införlivar direktivet med nationell rätt i enlighet med gemenskapsrättens krav.

78 Vad avser fördelningen av uppgifter och befogenheter mellan kommissionen och medlemsstaterna och vad avser införlivandet av ett direktiv som rör miljöskydd, erinrar förstainstansrätten om ordalydelse av artikel 249 tredje stycket EG, enligt vilken följande gäller: ”Ett direktiv skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.” Av detta följer att om direktivet i fråga inte innehåller föreskrifter om form och tillvägagångssätt med avseende på det resultat som skall uppnås, har medlemsstaten i princip full frihet när den väljer vilken form och vilket tillvägagångssätt som den anser är lämpligt med avseende på det resultat som skall uppnås. Medlemsstaterna är emellertid skyldiga, inom ramen för den frihet som de har enligt artikel 249 tredje stycket EG, att bestämma de former och tillvägagångssätt som är bäst lämpade för att säkerställa direktivets ändamålsenliga verkan (se domstolens dom av den 8 september 2005 i mål C-40/04, Yonemoto, REG 2005, s. I-7755, punkt 58 och där

omnämnd rättspraxis). Av detta följer dessutom att i fall där det inte finns en gemenskapsregel som på ett klart och tydligt sätt anger vilken form och vilket tillvägagångssätt som medlemsstaten skall använda, ankommer det på kommissionen, inom ramen för dess tillsynsbehörighet enligt bland annat artiklarna 211 EG och 226 EG, att styrka att de lösningar som medlemsstaten har valt i detta syfte strider mot gemenskapsrätten.

79 Förstainstansrätten vill tillägga att det endast är genom att tillämpa dessa principer som det går att följa subsidiaritetsprincipen, vilken har stadfästs genom artikel 5 andra stycket EG, princip som också gäller för gemenskapens institutioner när de utövar sina uppgifter enligt lag och vilken anses ha beaktats när direktiv 2003/87 antogs (skäl 30 i direktivet). Enligt denna princip skall gemenskapen, på de områden där den inte är ensam behörig, vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå. På ett område som miljöskyddsområdet, vilket regleras av artiklarna 174–176 EG, där gemenskapen och medlemsstaterna har delad behörighet ligger bevisbördan på gemenskapen, i förevarande fall kommissionen, att styrka på vilket sätt medlemsstatens befogenheter och därmed dess manöverutrymme är begränsade med utgångspunkt från villkoren i punkt 78 ovan.

80 Vad närmare bestämt avser kommissionens kontrollbefogenheter enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 vill förstainstansrätten anmärka att även om medlemsstaten har ett visst manöverutrymme vad avser direktivets införlivande är det inte desto mindre så att kommissionen är behörig att pröva om medlemsstatens åtgärder överensstämmer med kriterierna i bilaga III och bestämmelserna i artikel 10 i direktivet och att kommissionen, när den gör detta själv, har ett visst utrymme för eget skön i den del som dess kontroll förutsätter att den har att göra komplicerade ekonomiska och miljömässiga bedömningar med avseende på det allmänna syftet att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser (artikel 1 och skäl 5 i direktiv 2003/87).

81 Av detta följer att gemenskapsdomstolarna när de gör sin prövning i detta avseende skall göra en fullständig prövning av huruvida kommissionen har tillämpat relevanta regler korrekt, varvid reglernas innebörd skall bestämmas med hjälp av de metoder för tolkning som fastställts i rättspraxis. Förstainstansrätten kan däremot inte träda in i kommissionens ställe, vad avser de komplicerade ekonomiska och miljömässiga bedömningar som denna har gjort i detta sammanhang. Förstainstansrätten måste inskränka sig till att pröva huruvida åtgärden i fråga bygger på en uppenbart felaktig bedömning eller maktmissbruk, huruvida den behöriga myndigheten inte klart har överskridit gränserna för skönsmässig bedömning och huruvida de processuella garantierna, som är av grundläggande vikt i detta sammanhang, har iakttagits fullt ut (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens domar av den 11 september 2002 i mål T-13/99, Pfizer Animal Health mot rådet, REG 2002, s. II-3305, punkterna 166 och 171, och i mål T-70/99, Alpharma mot rådet, REG 2002, s. II-3495, punkterna 177 och 182, samt av den 21 oktober 2003 i mål T-392/02, Solvay Pharmaceuticals mot rådet, REG 2002, s. II-4555, punkt 126).

82 I förevarande fall rör det sig om prövning av huruvida den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand är förenlig med bland annat kriterierna nr 5 och nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, vilken kommissionen har tagit ställning till enligt artikel 9.3 i nämnda direktiv. Förstainstansrätten vill understryka att i detta fall är denna prövning i första hand beroende av vad de relevanta reglerna på området har för tillämpningsområde och först i andra hand av komplicerade ekonomiska och miljömässiga bedömningar, bland annat vad avser de praktiska konsekvenser som denna möjlighet till förändringar har för hur systemet för handel med utsläppsrätter fungerar. Förstainstansrätten kommer därför först att undersöka huruvida kommissionen när den har utövat sina kontrollbefogenheter har hållit sig till relevanta rättsregler, såsom förstainstansrätten tolkar dem, när den avgjort om det angripna beslutet grundar sig på en felaktig rättstillämpning. Det är först om det visar sig att kommissionen har tillämpat relevanta rättsregler på ett korrekt sätt och uppfyllt sin bevisbörda i enlighet med vad som preciserats ovan i punkterna 78 och 79 som förstainstansrätten kommer att ha anledning att ta ställning till frågan huruvida kommissionens bedömning av de faktiska och ekonomiska omständigheterna är plausibel eller bygger på en uppenbart oriktig bedömning.

83 Härvid preciserar förstainstansrätten att det är ostridigt mellan parterna att frågan rörande den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand inte uttryckligen

har behandlats i direktiv 2003/87. Mot denna bakgrund skall det presumeras att denna möjlighet till förändringar ingår i medlemsstatens frihet vad avser form och tillvägagångssätt för genomförandet av nämnda direktiv, och det ankommer således på kommissionen att visa att denna möjlighet till förändringar inverkar på dessa bestämmelsers ändamålsenliga verkan.

84 Förstainstansrätten anser att det är lämpligt att börja med att undersöka om det angripna beslutet, med hänsyn till kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, är lagenligt i den del detta rör frågan huruvida det är tillåtet att införa en möjlighet till vissa förändringar i efterhand, eftersom detta kriteriums tillämpningsområde, såsom kommissionen tolkar det, är nära knutet till frågan huruvida denna möjlighet till förändringar i efterhand är förenlig med syftet med och den allmänna systematiken i det system för handel med utsläppsrätter som upprättats genom direktivet.

2. Frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt med hänsyn till kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

a) Den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand

85 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om vilka förändringar i efterhand som kommissionen anser strider mot kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87.

86 Förstainstansrätten anmärker härvid att det vid ett första påseende verkar som om kommissionen i artikel 1 i det angripna beslutet konstaterar att samtliga förändringar i efterhand som anges i denna artikel strider mot kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87. Det framgår emellertid av skälen 4–6 i det angripna beslutet, som är avgörande för tolkningen av denna artikel i beslutet (se, för ett liknande resonemang,

domstolens dom av den 12 maj 2005 i mål C-415/03, kommissionen mot Grekland, REG 2005, s. I-3875, punkt 41, och förstainstansrättens dom av den 18 januari 2005 i mål T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel mot kommissionen, REG 2005, s. II-143, punkt 74), att denna bedömning inte gäller för förändringar i efterhand avseende nya verksamhetsutövare, i den mening som avses i artikel 1 a i beslutet, eftersom kommissionen anser att dessa förändringar endast strider mot kriterium nr 5. Inledningen av artikel 1 i det angripna beslutet skall således och i enlighet med vad kommissionen har bekräftat vid förhandlingen (förhandlingsprotokollet, s. 2) läsas enligt följande:

”Följande delar av den tyska [NFP:n] är oförenliga med kriterium [nr] 5 och [/eller nr] 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 …”

87 I artikel 1 b och skäl 5 i det angripna beslutet konstaterar kommissionen att föreskrivna förändringar i efterhand som beslutats med tillämpning av överföringsregeln är rättsstridiga. Även om kommissionen inte vänder sig mot överföringsregeln i sig, i den del denna gör det möjligt för den som driver en ny anläggning att återanvända utsläppsrätter som beviljats för en anläggning som denne tidigare har drivit men som lagts ner (se bland annat kommissionens meddelande av den 7 juli 2004, punkt 3.3), förklarar den dock tydligt att det inte är lagenligt att göra sådana förändringar om den nya anläggningens produktionskapacitet är mindre än den nedlagda anläggningens.

88 Vad avser det första typfallet i artikel 1 c och skäl 6 i det angripna beslutet konstaterar kommissionen dessutom att det är rättsstridigt att göra förändringar i efterhand på grund av att en anläggning använder mindre av sin produktionskapacitet än vad som har angetts i verksamhetsutövarens prognoser. Enligt kommissionens senare förklaringar i dess meddelande av den 7 juli 2004 (s. 8, näst sista stycket) påverkar en sådan

rättsstridighet endast förändringar i efterhand som gäller anläggningar som började drivas efter den 1 januari 2003 och inte nya verksamhetsutövare. Kommissionen har som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten bekräftat denna tolkning men preciserat att det var ett misstag att det i kommissionens meddelande av den 7 juli 2004 angavs att detta endast gällde förändringar i efterhand som avser anläggningar som började drivas efter den 1 januari 2003 och att det angripna beslutet således även omfattar anläggningar som började drivas före detta datum.

89 Kommissionen har vidare konstaterat att det enligt det andra typfallet i artikel 1 c och skäl 6 i det angripna beslutet, såsom dessa har rättats vid förhandlingen (se punkt 40 ovan), är rättsstridigt att göra sänkningar i efterhand när anläggningens årliga utsläpp är 60 procent mindre än de var under referensperioden (de facto-nedläggning).

90 I det sista typfallet, i artikel 1 c och skäl 6 i det angripna beslutet, konstaterar kommissionen slutligen att det är rättsstridigt att göra förändringar i efterhand vad avser fördelning av utsläppsrätter i särskild ordning för en kombianläggning när denna har producerat mindre elektricitet än under referensperioden.

91 Rent allmänt framgår det av skälen 4 och 5 i det angripna beslutet samt av punkt 3.2 första stycket i kommissionens meddelande av den 7 juli 2004 (se punkt 41 ovan) att kommissionen anser att i en NFP skall antalet utsläppsrätter att fördela till varje anläggning bestämmas i förväg för den första fördelningsperioden och NFP:n får i vilket fall som helst inte ändras efter det att medlemsstaten har fattat sitt beslut enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87. Sökanden hävdar å sin sida i huvudsak att kriterium nr 10 i bilaga III till direktivet inte innehåller ett formellt krav på att till NFP:n bifoga en förteckning över anläggningar med preliminära upplysningar om hur många utsläppsrätter medlemsstaten har för avsikt att fördela, och antalet utsläppsrätter som individuellt fördelas kan således tänkas ändras när det fördelningsbeslut som fattas enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87 senare verkställs.

92 Förstainstansrätten anser att det för att avgöra huruvida parternas argument är grundade är nödvändigt att göra en bokstavlig, historisk, kontextuell och teleologisk tolkning av tillämpningsområdet för kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 (se, vad avser metodiken, förstainstansrättens dom av den 20 november 2002 i mål T-251/00, Lagardère och Canal+ mot kommissionen, REG 2002, s. II-4825, punkt 72 och följande punkter, och av den 6 oktober 2005 i de förenade målen T-22/02 och T-23/02, Sumitomo Chemical och Sumika Fine Chemicals mot kommissionen, REG 2005, s. II-4065, punkt 41 och följande punkter).

b) Bokstavlig tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

93 Det skall först genom en bokstavlig tolkning avgöras huruvida ordalydelsen i kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 utgör hinder för bestämmelserna om förändringar i efterhand i Tysklands NFP.

94 Förstainstansrätten har härvid anmärkt att det i den franska versionen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 anges att NFP:n ”contient la liste des installations couvertes par la présente directive avec pour chacune d’elles les quotas que l’on souhaite lui allouer” [”skall innehålla en förteckning över de anläggningar som omfattas av detta direktiv tillsammans med de mängder utsläppsrätter som avses tilldelas var och en”]. Det framgår således av ordalydelsen av detta kriterium dels att NFP:n skall innehålla en förteckning över anläggningar som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2003/87, dels att det i denna förteckning skall anges det antal utsläppsrätter ”que l’on souhaite [*]… allouer” till var och en av dessa anläggningar. Det finns således anledning att ägna särskild uppmärksamhet åt innebörden av uttrycket ”que l’on souhaite … allouer” [Översättarens anmärkning: ’önskar’, snarare än ’avser”].

95 Vid en bokstavlig tolkning skall hänsyn tas till den omständigheten att gemenskapsrättens bestämmelser är avfattade på flera olika språk och att alla olika språkversioner är giltiga. Vid tolkningen av en gemenskapsbestämmelse måste således de olika språkversionerna jämföras (domstolens dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, Cilfit, REG 1982, s. 3415 punkt 18; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513).

Uttrycket i den franska versionen ”que l’on souhaite … allouer” stämmer väl överens med den spanska och den portugisiska versionen ”que se prevé asignar” respektive ”que se pretende de atribuir”, och båda innehåller ett subjektivt element, där det finns en viss grad av självständig vilja vad avser hur utsläppsrätterna individuellt skall fördelas mellan olika anläggningar. Detta subjektiva element är mildrat och det handlar i stället om avsikt i versionerna på engelska (”intended to be allocated”), danska (”hensigten”), finska (”aiotaan myöntää”) och svenska (”som avses”). I alla dessa versioner har uttrycket en annan något annorlunda innebörd, närmast med betydelsen ”som medlemsstaten avser fördela”. Den tyska (”zugeteilt werden sollen”) och den nederländska (”bestemd om te worden toegewezen”) versionen uttrycker i neutrala och objektiva termer att utsläppsrätter individuellt ”skall fördelas” till olika anläggningar. Det neutrala och objektiva perspektivet återkommer än mer tydligt i den grekiska (”pou prokeitai na diatethoun”) och den italienska (”saranno assegnate”) versionen, där det helt enkelt talas om att utsläppsrätter ”kommer att fördelas” individuellt som ett framtida faktum.

96 Mot denna bakgrund ser förstainstansrätten viktiga nyanser mellan de olika språkversionerna av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, men samtliga är giltiga. I vissa versioner handlar det snarast om subjektiva element och avsikten hos den som fördelar utsläppsrätterna individuellt, i andra versioner har önskningar och avsikt försvunnit och det talas i objektiva och neutrala ordalag om händelsen. Dessa språkversioner kan tillsammans varken anses ge företräde för kommissionens ståndpunkt, nämligen att NFP:n och fördelningsbeslutet skall innehålla definitiva uppgifter om hur många utsläppsrätter som kommer att fördelas till var och en av de angivna anläggningarna, eller sökandens ståndpunkt, som i huvudsak går ut på att medlemsstaten har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende. Ovan sagda innebär emellertid inte heller att det är uteslutet att gemenskapslagstiftaren har velat åstadkomma en del flexibilitet eller till och med ge medlemsstaten ett visst utrymme för eget skön, genom att ge denna möjlighet att ändra antalet utsläppsrätter från det antal som anges i den förteckning över anläggningar som skall bifogas NFP:n i ett senare skede av genomförandet av direktiv 2003/87.

97 Förstainstansrätten måste således komplettera denna bokstavliga tolkning och komparativa läsning av de olika språkversionerna av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 genom en historisk tolkning.

c) Historisk tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

98 Om man ser till det lagstiftningsarbete som ledde till att direktiv 2003/87 antogs, konstaterar förstainstansrätten att kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 dök upp i förslaget till direktiv relativt sent, närmare bestämt i gemensam ståndpunkt (EG) nr 28/2003 av den 18 mars 2003, antagen av rådet inför antagandet av nämnda direktiv (EGT C 125E, s. 72). Såsom sökanden har anfört införlivades detta kriterium i förslaget till direktiv till följd av ett ändringsförslag från Europaparlamentets utskott för miljö, folkhälsa och konsumentfrågor av den 13 september 2002 med motiveringen att ”det är viktigt att kunna förfoga över uppgifter som ger korrekt och specificerad kunskap om läget inom utsläppsrättshandel avseende växthusgaser” (förhandlingsprotokoll A5-0303/2002, I, s. 48, tillägg nr 73).

99 En historisk tolkning ger således inga tolkningsdata som förändrar slutsatsen i punkt 96 ovan.

100 Förstainstansrätten skall därför göra en kontextuell tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87.

d) Kontextuell tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

Relevanta bestämmelser i direktiv 2003/87 och förordning nr 2216/2004

i) Artiklarna 9 och 11 i direktiv 2003/87

101 Förstainstansrätten vill vid sin kontextuella tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 inledningsvis hänvisa till artikel 9.1 i direktiv 2003/87, vilket är den rättsliga grund som medlemsstaterna skall utgå ifrån när de upprättar NFP:er. I denna bestämmelse föreskrivs bland annat att ”[v]arje medlemsstat skall … upprätta en [NFP] över det sammanlagda antal utsläppsrätter som medlemsstaten avser att fördela för den perioden och hur den föreslår att fördela dem” och att NFP:n ”skall utgå från objektiva och öppna kriterier, däribland dem som anges i bilaga III, med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter”.

102 Förstainstansrätten konstaterar, vad avser frågan huruvida medlemsstatens fördelning av utsläppsrätter i NFP:n är definitiv eller preliminär, att det uttryck som har använts i artikel 9.1 i direktiv 2003/87 (”avser att fördela”) i var och av de språkversioner som undersökts i punkt 95 ovan i huvudsak överensstämmer med det uttryck som har använts i kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 (”som avses tilldelas”). Dessa formuleringar innebär emellertid inte med nödvändighet att medlemsstaten förfogar över ett stort manöverutrymme vid genomförandet. De kan även förstås som en konsekvens av omständigheten att NFP:n kommer att kontrolleras av kommissionen enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 och att den fördelning av utsläppsrätter som föreskrivs i förteckningen över anläggningar som bifogats nämnda NFP – och som således motsvarar medlemsstatens ”önskan” – endast är preliminär fram till dess att kommissionen stadfäster eller avslår den, med begäran om ändringar.

103 Förstainstansrätten hänvisar härefter till artikel 9.3 i direktiv 2003/87, enligt vilken kommissionen får ”avslå [NFP:n] eller någon del av denna, på grundval av att den är oförenlig med de kriterier som anges i bilaga III eller med artikel 10” och att medlemsstaten ”skall fatta beslut i enlighet med artikel 11.1 … endast om kommissionen godtagit de föreslagna ändringarna”. Förstainstansrätten vill dessutom erinra om ordalydelsen i artikel 11.1 i direktiv 2003/87, enligt vilken ”varje medlemsstat [skall] bestämma det sammanlagda antal utsläppsrätter som den kommer att fördela … och fördelningen av utsläppsrätterna till verksamhetsutövare för varje anläggning”. I samma bestämmelse preciseras vidare att varje medlemsstats beslut ”skall … grundas på [NFP:n] … med vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter”.

104 Förstainstansrätten anser i detta sammanhang att det är lämpligt att erinra om de olika stegen i det förfarande som beskrivs i artikel 9.1 och 9.3, jämförd med artikel 11.1 i direktiv 2003/87. I artikel 9.3 föreskrivs följande steg: NFP:n anmäls, NFP:n stadfästs och medlemsstaten antar fördelningsbeslutet. Vid åtminstone två tillfällen har kommissionen möjlighet att kontrollera och avslå NFP:n. I det första steget anmäler medlemsstaten för första gången NFP:n till kommissionen i enlighet med artikel 9.1 och kommissionen undersöker denna NFP. I förekommande fall tillkommer ytterligare ett steg. I detta steg kan NFP:n ändras, antingen på kommissionens begäran eller efter förslag från medlemsstaten, varvid kommissionen antar eller avslår dessa ändringar. Det är först sedan det första steget och – i förekommande fall – det andra steget har avslutats som medlemsstaten har rätt att i ett tredje steg och på grundval av sin NFP fatta sitt beslut om fördelning av utsläppsrätter enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87 (förstainstansrättens dom av den 23 november 2005 i mål T-178/05, Förenade kungariket mot kommissionen, REG 2005, s. II-4807, punkt 56). Vidare framgår det av artikel 9.1 och artikel 11.1 i nämnda direktiv att medlemsstaten är skyldig att ta ”vederbörlig hänsyn till allmänhetens synpunkter”, både i NFP:n, det vill säga efter det första tillfälle då allmänheten bereds att komma med synpunkter, och fördelningsbeslutet, vilket fattas efter det andra tillfälle då

allmänheten bereds att komma med synpunkter. Härvid preciseras i kriterium nr 9 i bilaga III till direktiv 2003/87 att NFP:n ”skall ge allmänheten möjlighet att lämna synpunkter och innehålla uppgifter om arrangemangen för beaktande av dessa synpunkter, innan beslut fattas om fördelning av utsläppsrätter”.

105 Förstainstansrätten anmärker mot denna bakgrund för det första att det fördelningsbeslut som medlemsstaten fattar enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87 enligt direktivet inte är föremål för särskild prövning från kommissionens sida på det sätt som sker för NFP:n enligt artikel 9 i direktivet. Omständigheten att medlemsstaten enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87 är skyldig att grunda sitt fördelningsbeslut på sin NFP, efter det att kommissionen har granskat den enligt artikel 9 i direktivet och eventuellt begärt ändringar i den, innebär inte med nödvändighet att det därefter är omöjligt att ändra den individuella fördelningen av utsläppsrätter. Enligt artikel 11.1 andra meningen in fine, jämförd med kriterium nr 9 i bilaga III till direktiv 2003/87, kan nämligen fördelningsbeslutets innehåll också förändras med hänsyn till allmänhetens synpunkter. Detta andra steg av inhämtande av synpunkter sker emellertid först efter det att kommissionen har granskat den anmälda NFP:n och det skall vara utformat på ett sådant sätt att det kan medföra ändringar i hur medlemsstaten fördelar utsläppsrätter i fördelningsbeslutet, så att detta inhämtande av synpunkter inte blir meningslöst och en ren formaliefråga (domen i det ovan i punkt 104 nämnda målet Förenade kungariket mot kommissionen, punkt 57). Av detta följer att även om det i princip är så att varje ändring i NFP:ns grundläggande delar, efter det att granskningsförfarandet enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 har avslutats, innebär en risk att granskningsförfarandet förlorar sin verkan, så skulle ett absolut förbud mot ändringar i den individuella fördelning som beslutats i NFP:n innebära att inhämtandet av allmänhetens synpunkter enligt artikel 11.1 andra meningen in fine, jämförd med kriterium nr 9 i bilaga III till direktiv 2003/87, skulle förlora sin ändamålsenliga verkan (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 104 nämnda målet Förenade kungariket mot kommissionen punkt 58). Förstainstansrätten vill tillägga att såsom framgår av punkterna 93, 95 och 96 i kommissionens riktlinjer verkar denna själv utgå från principen att eftersom det finns ett krav att allmänheten skall få avge synpunkter, så kommer eventuella ändringar som visat sig nödvändiga efter det andra inhämtandet av allmänhetens synpunkter att kunna påverka fördelningsbeslutet, under förutsättning att medlemsstaten informerar kommissionen därom innan de antar nämnda beslut.

106 För det andra har artikel 11.1 i direktiv 2003/87 i den här relevanta passagen (”varje medlemsstat [skall] bestämma det sammanlagda antal utsläppsrätter som den kommer att fördela … och fördelningen av utsläppsrätterna till verksamhetsutövare för varje anläggning”) formulerats ganska öppet och framtidsinriktat och denna bestämmelse innebär inte ett uttryckligt förbud mot att senare ändra antalet utsläppsrätter som skall fördelas individuellt enligt den förteckning som bifogats NFP:n och enligt fördelningsbeslutet. På samma sätt hänvisas det i artikel 9.1 i nämnda direktiv, där villkoren för att en NFP skall anses lagenlig anges, inte endast till kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87, utan NFP:n kan grunda sig på andra fördelningskriterier, under förutsättning att de är ”objektiva och öppna”. Av detta följer för det första att eftersom det inte finns ett uttryckligt förbud i artikel 11.1 mot senare ändringar i den individuella fördelningen av utsläppsrätter, kan det i NFP:n och fördelningsbeslutet föreskrivas en sådan möjlighet att göra ändringar, förutsatt att kriterierna för genomförandet har bestämts på ett objektivt och öppet sätt. Av detta följer för det andra att eftersom dessa ytterligare kriterier inte hör till dem som har definierats i bilaga III till direktiv 2003/87, är kommissionens kontrollbefogenheter enligt artikel 9.3 i direktivet med nödvändighet begränsade och kan bara röra frågan huruvida dessa ytterligare kriterier – som medlemsstaten har infört med tillämpning av sitt utrymme för eget skön vad avser direktivets genomförande – uppfyller kraven på objektivitet och öppenhet. Det skall tilläggas att en eventuell senare ändring av den individuella fördelningen av utsläppsrätter, som sker efter fördelningsbeslutet, i den mening som avses i artikel 11.1 i direktiv 2003/87, inte leder till att kommissionen helt förlorar kontrollen, eftersom denna utövar ständig tillsyn med tillämpning av de instrument för förvaltning och kontroll som föreskrivs i förordning nr 2216/2004 och med stöd av sina allmänna tillsynsbefogenheter enligt artiklarna 211 EG och 226 EG, vilket gör att kommissionen kan ingripa när som helst om gemenskapsrätten åsidosätts.

ii) Artikel 29 i direktiv 2003/87

107 Enligt artikel 29 i direktiv 2003/87 kan i synnerliga fall göras avsteg från det sammanlagda antalet utsläppsrätter genom att antalet individuellt beviljade utsläppsrätter

ökas. Detta bekräftar idén att medlemsstaten i princip inte har rätt att fördela ytterligare utsläppsrätter. Det förekommer emellertid ingen uttrycklig bestämmelse i direktivet som begränsar medlemsstatens manöverutrymme vad gäller hur den individuellt fördelar utsläppsrätter i de fall detta inte leder till ökningar utan endast till sänkningar i efterhand. I det senare fallet finns det nämligen ingen risk att det, i strid mot medlemsstatens skyldighet att minska utsläppen, fördelas fler utsläppsrätter än det sammanlagda antal utsläppsrätter som anges i NFP:n. Förstainstansrätten vill härvid även anmärka att sökanden i sitt svar på ett frågeformulär från kommissionen under det administrativa förfarandet har anmärkt att tvärtemot vad som angavs i NFP:n i den version som först meddelades innehåller fördelningsbeslutet, som antogs med stöd av artikel 11.1 i direktiv 2003/87, inte några sänkningar i efterhand och inga individuella höjningar (se punkt 34 ovan).

iii) Artikel 38.2 i förordning nr 2216/2004

108 Såsom kommissionen med rätta har påpekat är artikel 38.2 i förordning nr 2216/2004 bara en teknisk förfaranderegel som rör centraliserad förvaltning på Europanivå i ett standardiserat och säkert registersystem, som bland annat innehåller NFP-tabeller med uppgifter om olika NFP:er som medlemsstaterna har meddelat. I denna regel fastställs under vilka villkor ändringar kan meddelas och införas i NFP –tabellen. Emellertid får sådana ändringar endast ske om förfarandet där kommissionen meddelar och kontrollerar enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 har genomförts. Av detta följer att möjligheten att göra ändringar inte innebär att det inte är möjligt att överpröva huruvida ändringar är lagenliga och välgrundade och att denna möjlighet i vilket fall som helst inte innebär att tillämpningsområdet för relevanta bestämmelser i direktiv 2003/87 förändras. Den formulering som använts i artikel 38.2 andra meningen i förordning nr 2216/2004, nämligen ”rättelsen är i överensstämmelse med metoder som anges i [NFP:n]”, bekräftar åtminstone indirekt möjligheten att i efterhand göra en ändring av antalet fördelade utsläppsrätter, förutsatt att NFP:n

som sådan uttryckligen föreskriver vilken metod som skall tillämpas vid en sådan ändring. I nämnda regel förutsätts nämligen att medlemsstaten i NFP:n kan föreskriva metoder för ändring, förutsatt de är objektiva och öppna, i den mening som avses i artikel 9.1 i direktiv 2003/87.

Tillämpningsområdet för kommissionens riktlinjer

i) Frågan vilken verkan det har att kommissionen själv har begränsat sitt utrymme för eget skön genom sina riktlinjer

109 Eftersom kommissionens riktlinjer ingår bland de relevanta bestämmelserna, kommer förstainstansrätten att avgöra vad de har för tillämpningsområde och vad de har för betydelse för tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87.

110 Härvid anmärker förstainstansrätten, vad avser riktlinjernas juridiska status, att även om riktlinjerna har tillkommit med uttryckligt stöd av artikel 9.1 första stycket sista meningen i direktiv 2003/87, enligt vilken ”[k]ommissionen skall … utveckla riktlinjer för genomförandet av de kriterier som anges i bilaga III”, så ingår de inte i sekundärrätten enligt artikel 249 EG (se, analogivis, domstolens dom av den 6 april 2000 i mål C-443/97, Spanien mot kommissionen, REG 2000, s. I-2415, punkt 28 och följande synpunkter, samt domarna i de ovan i punkt 81 nämnda målen Pfizer Animal Health mot rådet, punkt 119, och Alpharma mot rådet, punkt 140). Av detta följer inte desto mindre att kommissionen är behörig att utarbeta riktlinjer genom vilka den i förväg informerar om hur den tolkar innehållet och tillämpningsområdet för kriterierna i bilaga III till direktivet samt hur den har för avsikt att utöva sina

kontrollbefogenheter enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 vad gäller frågan huruvida de åtgärder för införlivande som en medlemsstat har vidtagit överensstämmer med kriterierna. Riktlinjerna hör alltså till de regler som i sig i princip inte har tvingande verkan gentemot tredje man och som kommissionen ofta använder i sin förvaltningspraxis för att åstadkomma bättre ordning och öppenhet vad gäller hur den utnyttjar sitt utrymme för eget skön och för övervakning.

111 Förstainstansrätten erinrar härvid om att enligt rättspraxis har den ifrågavarande institutionen – genom att anta administrativa förhållningsregler som är tänkta att ge externa effekter och genom att offentliggöra desamma – tillkännagivit att den hädanefter kommer att tillämpa sina förvaltningsregler på de fall som berörs och att institutionen härigenom själv begränsat sitt utrymme för eget skön. Sanktionsåtgärder får vidtas mot institutionen i fråga om den åsidosätter allmänna rättsprinciper såsom likabehandlingsprincipen, rättssäkerhetsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar, om den frångår dessa regler. Det kan följaktligen inte uteslutas att sådana förhållningsregler med allmän räckvidd, under vissa förutsättningar och beroende på deras innehåll, kan ha rättsverkningar, och administrationen kan exempelvis inte göra avsteg ifrån reglerna i ett speciellt fall utan att förklara varför detta agerande ändå är förenligt med likabehandlingsprincipen (se, vad avser kommissionens riktlinjer för beräkning av böter i konkurrensärenden, domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkterna 209–211, se även, vad avser kommissionens riktlinjer om statligt stöd, förstainstansrättens dom av den 30 april 1998 i mål T-16/96, Cityflyer Express mot kommissionen, REG 1998, s. II-757, punkt 57), under förutsättning att ett sådant förfaringssätt inte strider mot överordnade regler i gemenskapsrätten. Vad gäller jordbruk, hälsoskydd och miljöskydd har förstainstansrätten närmare bestämt förklarat att gemenskapens institutioner kan fastställa vägledande regler för hur de skall utöva sin befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar genom rättsakter som inte anges i artikel 249 EG, bland annat genom meddelanden, förutsatt att dessa rättsakter innehåller bestämmelser om den inriktning som gemenskapsinstitutionerna avser att följa och inte avviker från normerna i fördraget (se domarna i de ovan i punkt 81 nämnda målen Pfizer Animal Health mot rådet, punkt 119, och Alpharma mot rådet, punkt 140 och där omnämnd rättspraxis).

112 Av detta följer att när kommissionen utövar sina kontrollbefogenheter enligt artikel 9 i direktiv 2003/87 har kommissionen själv begränsat sitt utrymme för eget skön genom sina riktlinjer, så att den i förekommande fall åsidosätter allmänna rättsprinciper, såsom likabehandlingsprincipen, principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen, om den frångår dessa regler. Om kommissionen vidtar åtgärder som strider mot riktlinjerna, kan medlemsstaterna, som riktlinjerna riktar sig till, åberopa desamma gentemot kommissionen.

ii) Tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 med hänsyn till kommissionens riktlinjer

113 Förstainstansrätten erinrar om att vad gäller kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 har kommissionen uttalat följande i punkterna 97–100 i riktlinjerna:

”97. Detta kriterium innehåller föreskrifter om öppenhet för [NFP:n]. Det innebär att mängden utsläppsrätter per anläggning skall anges, så att allmänheten informeras, när [NFP:n] lämnas till kommissionen och andra medlemsstater. …

…

98. Detta kriterium kommer att anses uppfyllt om en medlemsstat fullgjort sin skyldighet att förteckna alla anläggningar som omfattas av direktivet. …

…

100. En medlemsstat måste ange den totala mängd utsläppsrätter som man avser att tilldela varje anläggning och den mängd som utfärdas för varje år till varje anläggning i enlighet med artikel 11.4 [i direktiv 2003/87].”

114 Förstainstansrätten anser att punkt 97 i kommissionens riktlinjer bygger på samma tanke som ledde till att parlamentets utskott föreslog att kriterium nr 10 skulle införas i direktiv 2003/87 (se punkt 98 ovan). Tanken är i huvudsak att allmänheten och myndigheter som är inblandade i systemet för handel med utsläppsrätter skall garanteras att NFP:n är tydlig vad gäller antalet utsläppsrätter som beviljas varje anläggning. På samma sätt tyder uttrycket ”[d]etta kriterium kommer att anses uppfyllt” i punkt 98 i kommissionens riktlinjer på att kommissionen själv har velat ange att den skyldighet som följer av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 endast innebär en formell skyldighet att meddela en förteckning över ”alla anläggningar som omfattas av [direktiv 2003/87]”. Enligt punkt 100 i kommissionens riktlinjer krävs, i likhet med vad som anges i kriterium nr 10, endast att medlemsstaten skall ”ange den totala mängd utsläppsrätter som man avser att tilldela varje anläggning och den mängd som utfärdas för varje år till varje anläggning”. Den formulering som har valts för att beskriva vilket manöverutrymme medlemsstaten har när den fördelar utsläppsrätterna (”som man avser att tilldela”) skiljer sig således knappast från formuleringen i kriterium nr 10 (”som avses tilldelas”) eller den som använts i övriga relevanta bestämmelser i direktiv 2003/87 (se punkterna 101–106 ovan).

115 Förstainstansrätten drar härav slutsatsen att kommissionen i sina riktlinjer inte har gjort några ytterligare preciseringar jämfört med vad som framgår av ordalydelsen av relevanta bestämmelser i direktiv 2003/87, vad gäller innebörden av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, vilket skulle kunna stödja kommissionens tolkning

att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand strider mot detta kriterium. Kommissionens riktlinjer innehåller inte heller något som kan användas för att utreda huruvida medlemsstaten har rätt att ändra den individuella fördelningen av utsläppsrätter efter det att den har antagit sin NFP eller fördelningsbeslutet enligt artikel 11.1 i direktiv 2003/87.

116 Eftersom kommissionens riktlinjer anses förtydliga dess förvaltningspraxis och underlätta för andra berörda att bedöma om denna praxis är korrekt samt beskriva medlemsstatens manöverutrymme när den genomför kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87, är kommissionen dock skyldig att upprätta riktlinjer som är så klara och tydliga som möjligt, särskilt vad gäller de viktigaste aspekterna. Detta gäller än mer eftersom kommissionens befogenheter att pröva och avslå NFP:er enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87 är mycket inskränkt och endast rör huruvida NFP:erna är förenliga med kriterierna i bilaga III och med artikel 10 i direktiv 2003/87. Eftersom det i kommissionens riktlinjer inte på något ställe hänvisas till frågan huruvida det är lagenligt att göra sänkningar i efterhand vad gäller antalet individuellt fördelade utsläppsrätter och frågan om medlemsstatens manöverutrymme i detta avseende, har kommissionen ingen grund för att hävda att medlemsstaten är förbjuden att göra sådana förändringar, vilket i så fall skulle innebära att kommissionen åsidosatte rättssäkerhetsprincipen och principen om berättigade förväntningar. Medlemsstaten har däremot rätt att åberopa detta faktum gentemot kommissionen, om det inte är så att detta rättsläge skulle strida mot andra bestämmelser i gemenskapsrätten, särskilt bestämmelser i gemenskapsrätten som äger företräde.

iii) Tillämpningsområdet för kommissionens meddelande av den 7 juli 2004

117 Förstainstansrätten vill tillägga att kommissionens meddelande av den 7 juli 2004, där skälen för det angripna beslutet som antogs samma dag upprepas och kompletteras, och skälen varför kommissionen anser att den omtvistade möjligheten till

förändringar i efterhand strider mot kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 inte utgör skäl för att tolka kommissionens riktlinjer annorlunda än vad som anförts ovan i punkterna 114 och 116. Meddelandet utgör visserligen ett viktigt tolkningsdatum vad gäller det omedelbara sammanhanget för det angripna beslutet och är därför en kompletterande motivering av skälen till beslutet, vilka gemenskapsdomstolarna är skyldiga att beakta när de prövar beslutets lagenlighet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juli 2003 i mål T-374/00, Verband der freien Rohrwerke m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-2275, punkterna 122–124). Detta saknar emellertid härvid betydelse eftersom meddelandet inte hade meddelats innan Tysklands NFP utarbetades, så att Förbundsrepubliken Tyskland skulle kunna ta hjälp av meddelandet för att förstå kriterierna i bilaga III, och det grundar sig inte heller på artikel 9.1 första stycket sista meningen i direktiv 2003/87. Meddelandet påverkar därför inte innehållet i kommissionens riktlinjer, vilka har utarbetats med tillämpning av denna bestämmelse.

Slutsats om den kontextuella tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

118 Av det ovanstående drar förstainstansrätten slutsatsen att det inte är möjligt att med hjälp av en kontextuell tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, jämförd med övriga bestämmelser i direktivet och kommissionens riktlinjer, få ett klart och tydligt svar på frågan huruvida medlemsstaten har möjlighet att, efter det att kommissionen har godkänt NFP:n och medlemsstaten har antagit fördelningsbeslutet, göra sänkningar vad gäller den individuella fördelningen av utsläppsrätter till olika anläggningar.

e) Teleologisk tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

Inledande anmärkningar

119 Vad avser den teleologiska tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 hänvisar förstainstansrätten särskilt till direktivets ändamål och allmänna

sammanhang, vilka kriterierna i bilaga III är tänkta att understödja. I detta sammanhang finns det anledning att bland annat fråga sig om det är lagenligt med sänkningar i efterhand, vad gäller beviljade utsläppsrätter, med hänsyn till kravet att direktivets ändamål skall förverkligas på ett effektivt sätt och med hänsyn till att relevanta bestämmelser i direktivet med syftet att uppnå dessa mål, däribland kriterierna i bilaga III, skall ges ändamålsenlig verkan (se punkterna 93–118 ovan).

120 Förstainstansrätten kommer därför först att definiera innebörden av de mål med direktiv 2003/87 som eventuellt inte kan förverkligas, om den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand godkänns.

Syftet med direktiv 2003/87

121 Enligt artikel 1 i direktiv 2003/87 är direktivets syfte att införa ”ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen …, vilket syftar till att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen av växthusgaser”. I detta sammanhang föreskrivs det i slutet av kriterium nr 1 i bilaga III till direktivet att den sammanlagda mängden utsläppsrätter som fördelas för en period ”inte [skall] vara större än vad som kan förväntas behövas för en strikt tillämpning av kriterierna i denna bilaga” och ”[f]öre 2008 skall … stämma överens med strävandena mot att nå eller överträffa respektive medlemsstats mål enligt beslut 2002/358 … och Kyotoprotokollet”. På samma sätt omnämns i skäl 4 i direktiv 2003/87 gemenskapens och medlemsstaternas åtaganden för att minska de antropogena utsläppen av växthusgaser enligt Kyotoprotokollet.

122 I skäl 5 i direktiv 2003/87 preciseras att ”[d]etta direktivs syfte är att bidra till ett effektivare fullgörande av Europeiska gemenskapens och dess medlemsstaters åtaganden, genom en effektiv europeisk marknad för utsläppsrätter för växthusgaser, med minsta möjliga försvagning av ekonomisk utveckling och sysselsättning”. I skäl 7 anges vidare att det ”krävs gemenskapsbestämmelser om medlemsstaternas fördelning av utsläppsrätter för att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen”.

123 I skäl 20 understryks att ”[d]etta direktiv syftar till att uppmuntra till användning av mer energieffektiv teknik, bland annat kraftvärme, som ger mindre utsläpp per produktionsenhet”. I skäl 25 anges dessutom att ”[p]rogram och åtgärder bör genomföras på medlemsstats- och gemenskapsnivå inom alla sektorer av Europeiska unionens ekonomi…, så att en avsevärd minskning av utsläppen åstadkoms”.

124 Av detta följer att det främsta deklarerade syftet med direktiv 2003/87 är att kraftigt minska utsläppen av växthusgaser, så att gemenskapen och medlemsstaterna kan respektera sina åtaganden enligt Kyotoprotokollet. Detta syfte skall uppnås genom att ta hänsyn till ett antal bisyften och tillämpa vissa instrument. Det viktigaste instrumentet är gemenskapens system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser (artikel 1 och skäl 2 i direktiv 2003/87), som skall hanteras i enlighet med ett antal bisyften, nämligen att främja kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet samt bevara ekonomisk utveckling och sysselsättning, den inre marknadens integritet och konkurrensvillkoren (artikel 1 samt skälen 5 och 7 i direktivet). I direktiv 2003/87 uppmuntras vidare att en viss typ av instrument används, närmare bestämt mer energieffektiv teknik, som ger mindre utsläpp per produktionsenhet (skäl 20 i direktivet).

125 Förstainstansrätten anmärker dessutom att kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, där det hänvisas till fördelningen av utsläppsrätter till de anläggningar som anges i NFP:n, är just en sådan gemenskapsbestämmelse om medlemsstaternas fördelning av utsläppsrätter som avses i skäl 7 i direktivet, och det syftar således till ”att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen”. (Text saknas) ”Bisyftena” att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen är således av största vikt för den teleologiska tolkningen av kriterium nr 10 och således vid prövningen av huruvida det angripna beslutet är lagenligt.

126 Det är således med utgångspunkt från dessa ”bisyften” som det skall göras en teleologisk tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87.

Tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 med hänsyn till direktivets syften

i) Parternas främsta argument

127 Kommissionen har härvid, och inom ramen för sina argument rörande kriterium nr 5, gjort gällande att förändringar i efterhand påverkar verksamhetsutövarnas vilja att anpassa sig till syftet med direktiv 2003/87 och slutgiltigt minska sina utsläpp. Kommissionen har till stöd för denna tanke i huvudsak anfört att denna minskning av utsläppen kan uppstå genom verksamhetsutövarnas fria val, antingen genom investeringar i mer effektiv energiteknik, vilket leder till att varje produktionsenhet släpper ut mindre växthusgaser, eller genom att helt enkelt minska produktionen, vilket leder till att utsläppen minskar i samma mån. Möjligheten till förändringar i efterhand skapar däremot en osäkerhet och kan till och med leda till att

verksamhetsutövarna avstår från investeringar, vilket leder till att det mer sällan kommer till stånd förbättrad produktionsteknik och produktionsminskningar än om det inte hade förekommit en sådan möjlighet.

128 Sökanden har invänt att en möjlighet till förändringar i efterhand, som avskräcker verksamhetsutövarna från att komma med för höga prognoser vad gäller deras behov av utsläppsrätter och som således minskar risken för ”överfördelning”, är ett nödvändigt villkor (conditio sine qua non) för att uppnå syftet med direktiv 2003/87, det vill säga att avsevärt minska utsläppen av växthusgaser på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt. Omständigheten att möjligheten till förändringar i efterhand är knuten till att det konstateras att den verkliga produktionen skiljer sig från vad som prognostiserats och inte till att utsläppen har minskat leder just till att frågan huruvida verksamhetsutövaren måste köpa eller tvärtom kan sälja utsläppsrätter beror på hur effektiv anläggningen är. Möjligheten till förändringar i efterhand påverkar således varken verksamhetsutövarnas vilja att minska sina utsläpp eller utfallet av investeringar på detta område på ett negativt sätt, utan förhållandet är tvärtom det motsatta.

ii) Relevanta kriterier för analysen

129 Vid en teleologisk tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 och hur detta kriterium skall tillämpas på den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand är bland annat följande analyskriterier relevanta: För det första förhållandet mellan produktionsvolymen och utsläppen, vad avser syftet att minska utsläppen, för det andra förhållandet mellan detta syfte och syftet att bevara kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet (artikel 1 i direktiv 2003/87), för det tredje syftet att minska utsläppen genom teknikutveckling (skäl 20 i direktivet) och för det fjärde syftet att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen (skäl 7 i direktivet).

— Förhållandet mellan produktionsvolymen och utsläppens storlek och syftet att minska utsläppen

130 Förstainstansrätten anmärker inledningsvis att det är ostridigt mellan parterna att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand i första hand är knuten till förändringar i produktionsvolymen, det vill säga antalet producerade enheter, och inte till en förändring av en anläggnings utsläpp. Såsom sökanden har förklarat som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten, och utan att kommissionen har kommit med några invändningar, gäller samma sak för regeln om ”de facto-nedläggningar” i Tysklands NFP (se punkt 31 första strecksatsen ovan), såsom denna har införlivats i 7 § nionde stycket första meningen i fördelningslagen, varvid det viktigaste för huruvida denna regel skall tillämpas är om produktionsvolymen går ner, eftersom omständigheten att en anläggnings utsläpp går ner under 10 procent eller till 60 procent av de årliga utsläppen under referensperioden endast medför att förvaltningen gör en särskild prövning av frågan.

131 Mot bakgrund av vad kommissionen har anfört i det angripna beslutet räcker det således att i den teleologiska tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 undersöka om detta kriterium utgör hinder för förändringar i efterhand vad gäller beviljade utsläppsrätter på grund av minskad produktionsvolym.

132 Förstainstansrätten konstaterar, såsom kommissionen har förklarat som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten, att när produktionsvolymen minskar, så minskar också anläggningens utsläpp, och verksamhetsutövaren får då utsläppsrätter över som denne kan sälja på marknaden eller spara, eftersom dessa inte behöver återlämnas och inte annulleras. I så fall sjunker inte utsläppen räknat per producerad enhet, utan endast i absoluta tal, och detta i proportion till produktionsvolymen. Av detta följer också att när produktion sjunker på detta sätt minskar inte nödvändigtvis de totala utsläppen från de industrier som omfattas av bilaga I till direktiv 2003/87,

eftersom de utsläppsrätter som inte har använts kan användas senare av verksamhetsutövaren själv eller av andra verksamhetsutövare som köper upp dem på marknaden. Detta betyder att även om produktionsminskningar är ett sätt att förse marknaden med utsläppsrätter, garanterar de inte på egen hand att det viktigaste och slutgiltiga syftet med direktiv 2003/87 uppnås, nämligen att kraftigt minska de sammanlagda utsläppen av växthusgaser inom gemenskapen.

133 Såsom kommissionen har påpekat kommer en verksamhetsutövare, som vet att varje produktionsminskning som gör att produktionen inte överensstämmer med vad denne har angett i sina prognoser kommer att bestraffas genom förändringar i efterhand, att helt eller delvis förlora sitt incitament att minska sin produktion för att få tillgång till utsläppsrätter att överlåta, och detta även om det finns en stor efterfrågan på marknaden genom att andra verksamhetsutövare önskar förvärva ytterligare utsläppsrätter. Om man utgår ifrån att efterfrågan måste kunna mötas, för att systemet för handel med utsläppsrätter skall fungera, är det viktigt att se till att verksamhetsutövarna har möjlighet att minska sin produktion och sälja överskottet av utsläppsrätter på marknaden, så att andra verksamhetsutövares efterfrågan möts på kort sikt. Om förändringar i efterhand – vilka endast skall ske om produktionen har minskat väsentligt, exempelvis genom en ”de facto-nedläggning” (se punkt 31 ovan första strecksatsen) – sällan på ett avgörande sätt påverkar incitamentet att tidvis och för en begränsad del förändra produktionsvolymen som reaktion på fluktuationer i efterfrågan på marknaden för utsläppsrätter, är läget ett helt annat för förändringar i efterhand som redan är tillämpliga i fall av tämligen blygsam produktionsneddragning, såsom är fallet med anläggningar som började drivas efter år 2003 och nya verksamhetsutövare (se punkt 31 ovan, tredje och fjärde strecksatserna).

134 Förstainstansrätten anser därför att kommissionen har styrkt att vissa delar av den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand kan inverka på möjligheten att förverkliga syftet att få till stånd en väl fungerande marknad, i den mening som avses i artikel 1 och skäl 5 i direktiv 2003/87, genom att verksamhetsutövare förlorar incitamentet att minska produktionsvolymen i sina anläggningar. Kommissionen har dock inte styrkt att dessa förändringar inverkar på huvudsyftet med direktiv 2003/87, det vill säga minskning av de sammanlagda utsläppen av växthusgaser.

135 Förstainstansrätten måste därför undersöka om den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand är förenlig med de ”bisyften” med direktiv 2003/87 som behandlats i punkterna 124–126 ovan, som huvudsyftet att minska de sammanlagda utsläppen av växthusgaser skall ligga i linje med.

— Hur syftet att minska utsläppen skall förenas med syftet att bevara kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet

136 Enligt artikel 1 i direktiv 2003/87 är direktivets syfte att införa ett system för handel med utsläppsrätter för att på ett kostnadseffektivt och ekonomiskt effektivt sätt minska utsläppen. Såsom kommissionen har medgett vid förhandlingen skall kriterierna rörande kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet inte bara tillämpas på utsläppsmarknaden som sådan, utan också på de verksamheter som beskrivs i bilaga I till direktiv 2003/87 och som omfattas av syftet med minskade utsläpp, såsom stålindustrin och energisektorn. Detta konstaterande bekräftas, åtminstone indirekt, dels av skäl 5 in fine i direktiv 2003/87, enligt vilket utsläppsmarknaden skall medföra minsta möjliga försvagning av ekonomisk utveckling och sysselsättning, dels av skäl 7 i direktivet, i vilket det krävs gemenskapsbestämmelser om medlemsstaternas fördelning av utsläppsrätter för att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen.

137 Förstainstansrätten vill härvid erinra om att även om minskad produktionsvolym kan förse marknaden med utsläppsrätter, så medför detta inte nödvändigtvis att de samlade utsläppen minskar (se punkt 132 ovan). Denna minskade produktionsvolym riskerar dessutom att medföra att för få varor kommer ut på marknaden, om produktionen inte motsvarar efterfrågan på marknaden, vilket är en situation som bland annat kan uppstå om det föreligger ett strukturellt underskott i utbudet av utsläppsrätter på marknaden och priset på utsläppsrätter är sådant att

verksamhetsutövaren kan dra större ekonomisk nytta av att sälja utsläppsrätter än att producera varor. Om en sådan situation är det logiska resultatet av utsläppsmarknadens ekonomiska villkor, är denna situation svårligen förenlig med syftet att bevara kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet, vad avser de verksamheter och varumarknader som är i fråga, såsom dessa beskrivs i bilaga I till direktiv 2003/87. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat kan förändringar i efterhand, med hänsyn till den positiva verkan som dessa har för hur de berörda varumarknaderna fungerar, inte anses strida mot det syfte som beskrivs i artikel 1 i direktiv 2003/87, eftersom de medför att verksamhetsutövarna får mindre incitament att minska sin produktionsvolym.

138 Av detta följer att kommissionen inte har styrkt att förändringar i efterhand med anledning av att produktionsvolymen har minskat strider mot syftet att bevara kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet vad avser de verksamheter och varumarknader som är i fråga, såsom dessa beskrivs i bilaga I till direktiv 2003/87.

— Syftet att minska utsläppen genom teknisk utveckling

139 Det skall också undersökas om den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand är förenlig med ”bisyftet” i skäl 20 i direktiv 2003/87, enligt vilket direktivet ”syftar till att uppmuntra till användning av mer energieffektiv teknik … som ger mindre utsläpp per produktionsenhet”. Härvid anser förstainstansrätten att kommissionen hade fel när den vid förhandlingen hävdade att detta skäl bara innebär ett ”konstaterande” av en önskad och framtida effekt av att direktiv 2003/87 genomförs och att det i vilket fall som helst är fråga om ett ”syfte av lägre dignitet”. Även om skälet är formulerat i futurum (”encouragera”) och som ett konstaterande av ett faktum, är det ändå så att ny produktionsteknik som är mer effektiv utifrån ett ekologiskt perspektiv genom att utsläppen per producerad enhet minskar i väsentlig grad

kan bidra till dels att huvudsyftet att minska utsläppen uppnås, dels att kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet bevaras, vad avser både utsläppsmarknaden och varumarknaderna i fråga, eftersom ny produktionsteknik inte medför minskad produktionsvolym som gör att marknaderna fungerar sämre (se punkt 137 ovan). Detta visar även att investeringar i bättre energiteknik utgör ett instrument som alltid är lika bra och oftast bättre än att minska produktionsvolymen, vad gäller uppgiften att förena syftet att kraftigt minska utsläppen och syftet att bevara kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet vad avser både utsläppsmarknaden och varumarknaderna i fråga.

140 Förstainstansrätten anser dessutom att även om den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand kan leda till att verksamhetsutövare förlorar incitamentet att minska sin produktionsvolym för att på detta sätt minska utsläppen, strider de, tvärtemot vad kommissionen har hävdat, inte mot syftet att ge verksamhetsutövarna incitament att investera i bättre energiteknik eller syftet att skapa säkerhet vad gäller sådana investeringar. Tvärtom är det så att i den mån den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand leder till att verksamhetsutövarna minskar sin produktion på ett sätt som avviker från deras egna prognoser, är dessa förändringar, med hänsyn till det begränsade antalet utsläppsrätter som finns till förfogande, ägnade att öka incitamentet för verksamhetsutövaren att minska utsläppen genom investeringar i förbättrad energiteknik i produktionen.

141 Kommissionen kan i detta sammanhang inte med rätta hävda att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand inte är ägnad att stödja syftet att minska utsläppen, eftersom de utsläppsrätter som blir tillgängliga inte omedelbart dras in utan överförs till reserven, så att de kan fördelas på nya verksamhetsutövare, vilket innebär att det sammanlagda antalet tillgängliga utsläppsrätter förblir oförändrat. Detta påstående innebär att hänsyn inte tas till att resultatet inte med nödvändighet blir ett annat än om utsläppsrätter blir tillgängliga genom att produktionsvolymen minskar och de oanvända utsläppsrätterna säljs på marknaden (se punkt 132 ovan). Det är just i det senare typfallet som incitamentet att investera i utveckling av mer effektiv teknik åtminstone försvagas, eftersom verksamhetsutövarna ges en möjlighet

att på kort sikt minska utsläppen på ett billigare sätt. Det finns således inget stöd för kommissionens argument att förändringar i efterhand inte medför positiva verkningar eller till och med inverkar negativt på miljöskyddet. Kommissionen verkar dessutom motsäga sig själv i förhållande till sina uttalanden i meddelandet av den 7 juli 2004 (s. 8), där det anges att det ”kan anses” att sänkningar i efterhand är ”bra för miljön”. Förstainstansrätten vill emellertid precisera att den positiva effekten av förändringar i efterhand för syftet att kraftigt minska utsläppen skulle bli betydligt större om utsläppsrätterna, i stället för att överföras till reserven, omedelbart annullerades.

142 Den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand strider således, tvärtemot vad kommissionen har hävdat, inte mot syftet att minska utsläppen genom att uppmuntra investeringar i mer energieffektiv teknik, i den mening som avses i skäl 20 i direktiv 2003/87.

— Syftet att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen

143 Förstainstansrätten anser vidare att det är nödvändigt att undersöka frågan huruvida den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand bidrar till att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen, i den mening som avses i skäl 7 i direktiv 2003/87, vilka är syften som är av särskild vikt för tolkningen av kriterium nr 10 i direktivet (se punkt 125 ovan).

144 Såsom sökanden har anmärkt har verksamhetsutövarna en naturlig tendens att försöka få så många utsläppsrätter som möjligt, vilket innebär att de har ett incitament att övervärdera – om än av oaktsamhet – sina behov av utsläppsrätter. Av detta

följer att det finns en risk för ”överfördelning” till förmån för vissa verksamhetsutövare, särskilt i de fall då det är svårt eller omöjligt att objektivt verifiera uppgifterna på grundval av uppgifter om historisk produktion (se punkt 31 tredje och fjärde strecksatserna ovan). Förstainstansrätten anser härvid att kommissionen, förutom att rent allmänt förklara att det är nödvändigt att fastställa antalet utsläppsrätter i förväg, inte har anfört något konkret som motsäger sökandens argument att förändringar i efterhand just bidrar till att bibehålla och återupprätta konkurrensvillkoren genom att undvika att vissa verksamhetsutövare får oberättigade fördelar gentemot andra genom ”överfördelning” av utsläppsrätter.

145 Förstainstansrätten vill också precisera att kommissionen själv verkar utgå från den princip som denna har beskrivit i sin skrivelse riktad till medlemsstaterna av den 17 mars 2004 om tillämpning av gemenskapens regler om statligt stöd på NFP:erna, nämligen att en sådan ”överfördelning” kan antas strida mot artikel 87.1 EG och att denna allvarligt snedvrider eller riskerar att allvarligt snedvrida konkurrensen. Kommissionens dåligt underbyggda påstående att systemet för handel med utsläppsrätter bygger på prognoser och självrättelse som gör att verksamhetsutövarna får samma möjligheter, vilket innebär att konkurrensen inte kan snedvridas, är således obegripligt och kan inte utgöra stöd för att ogilla talan.

146 Kommissionen har på samma sätt varken under det administrativa förfarandet, i det angripna beslutet, i meddelandet av den 7 juli 2004, eller ens under det skriftliga förfarandet vid förstainstansrätten, anfört något som räcker som stöd för slutsatsen att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand är rättsstridig med hänsyn till målet att bevara den inre marknadens integritet. Kommissionen har först vid förhandlingen och som svar på en tydlig fråga från förstainstansrätten i detta ämne hävdat att det föreligger en otillåten inskränkning av den fria handeln med utsläppsrätter inom gemenskapen – genom att utsläppsrätter dras in från marknaden och överförs till den reserv som endast kan utnyttjas av verksamhetsutövare som har anläggningar i Tyskland – och detta påstående förekommer varken i det angripna beslutet eller i handlingarna i förvaltningsärendet. Förstainstansrätten anser i vilket

fall som helst att kommissionens mycket allmänt hållna hänvisningar till möjligheten att enligt artikel 12.1 i direktiv 2003/87 överföra utsläppsrätter inom gemenskapen (punkt 2 i svarsinlagan) och till att det är nödvändigt att se till att systemet för handel med utsläppsrätter fortsätter att fungera effektivt (punkterna 5 och 6 i dupliken) inte kan anses som tillräckliga invändningar i detta avseende. Förstainstansrätten anmärker dock att denna bedömning inte påverkar en eventuell prövning av den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand med utgångspunkt från de grundläggande friheterna enligt fördraget, särskild den fria rörligheten för varor och etableringsfriheten enligt artiklarna 28 EG och 43 EG, och att någon sådan bedömning inte har gjorts alls i det angripna beslutet eller i kommissionens meddelande av den 7 juli 2004. Eftersom kommissionen inte har anfört något klart och tydligt försvar för sin underlåtenhet och då det är nödvändigt att bevara balansen mellan förvaltningsmyndigheterna och domstolarna, vad avser uppgifter och institutionella befogenheter, kan förstainstansrätten i förevarande fall inte träda i kommissionens ställe vad gäller uppgiften att i förvaltningsstadiet avgöra huruvida relevanta regler i Tysklands NFP är förenliga med de grundläggande friheterna enligt fördraget.

147 Förstainstansrätten drar härav slutsatsen att kommissionen inte har styrkt att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand strider mot målet att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen.

Slutsats om den teleologiska tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

148 Med hänsyn till allt det ovan anförda anser förstainstansrätten att kommissionen missförstod innebörden av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87, såsom denna skall förstås med hänsyn till direktivets syften, särskilt som dessa har formulerats i skäl 7, när kommissionen ansåg att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand strider mot systematiken och det allmänna syftet med direktivet. Omständigheten att den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand kan leda till att verksamhetsutövarna förlorar incitamentet att minska sin produktionsvolym, för att på detta sätt minska sina utsläpp, är i detta sammanhang inte tillräcklig för att denna möjlighet skall anses rättsstridig med hänsyn till samtliga mål med

direktiv 2003/87. Vidare följer det av den självbegränsning som kommissionen har ålagt sig genom sina riktlinjer att sökanden, om riktlinjerna är oklara och otydliga, vad avser ett eventuellt förbud mot förändringar i efterhand, med hänsyn till direktivets syften kan åberopa detta faktum (se punkterna 112 och 116 ovan).

f) Slutsats i frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt enligt kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87

149 Förstainstansrätten finner därför efter en bokstavstolkning och en historisk, kontextuell och teleologisk tolkning att kommissionen inte har styrkt att kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 minskar medlemsstatens manöverutrymme när det gäller att bestämma form och tillvägagångssätt när direktivet införlivas med nationell rätt och att kriteriet innebär ett förbud mot att tillämpa den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand. Det angripna beslutet bygger således på en felaktig rättstillämpning.

150 Av detta följer att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i sin tillämpning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 och att sökandens talan skall bifallas med stöd av den första grundens första del.

3. Frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt enligt kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87

a) Allmänt

151 I skäl 4 i det angripna beslutet anser kommissionen i huvudsak att förändringar i efterhand avseende det antal utsläppsrätter som tilldelas nya verksamhetsutövare

strider mot kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87, eftersom dessa får en oberättigad fördel gentemot dem som driver anläggningar som redan omfattas av Tysklands NFP och för vilka sådana förändringar inte får göras. Kommissionen har dessutom i sitt meddelande av den 7 juli 2004 preciserat att ”[sökandens] avsikt att … justera tilldelningen av utsläppsrätter till nya deltagare strider mot kriterium [nr] 5, som föreskriver icke-diskriminering i enlighet med fördraget, eftersom sådana justeringar i efterhand skulle innebära att nya deltagare diskriminerades jämfört med verksamhetsutövarna vid andra anläggningar för vilka [direktiv 2003/87] inte tillåter någon efterhandsjustering av fördelningen”.

152 Förstainstansrätten vill härvid erinra om att enligt ordalydelsen i kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 skall NFP:n ”inte göra skillnad mellan företag eller sektorer på ett sätt som otillbörligt gynnar vissa företag eller verksamheter i enlighet med kraven i fördraget, i synnerhet artiklarna 87 [EG] och 88 [EG]”. Vad avser diskrimineringsförbudet preciseras dessutom i punkt 51 i kommissionens riktlinjer – som rör kriterium nr 6, vilket specifikt avser nya verksamhetsutövare – att likabehandlingsprincipen utgör den vägledande principen för hur utsläppsrätter skall fördelas till nya verksamhetsutövare. I punkt 61 i riktlinjerna anges slutligen att medlemsstaterna ”[f]ör att följa principen om lika behandling … i möjligaste mån [skall] använda samma metod för att fördela utsläppsrätter till nya deltagare som för jämförbara befintliga deltagare” men att [ä]ndringar [dock får] göras av motiverade skäl.

153 Av det ovanstående följer att kommissionen har rätt i att kriterium nr 5, där det i dess ordalydelse uttryckligen hänvisas till diskrimineringsbegreppet, utgör en särskild tillämpning av den allmänna likabehandlingsprincipen inom ramen för medlemsstaternas genomförande av direktiv 2003/87, särskilt inom ramen för den fördelning av utsläppsrätter som sker på grundval av NFP:n. Dessutom gjorde kommissionen rätt när den i sina riktlinjer hänvisade till villkoren för tillämpning av likabehandlingsprincipen, såsom dessa framgår av rättspraxis, det vill säga bland annat kravet

att de berörda personernas situation skall jämföras (”liknande situation”) och att det måste finnas sakliga skäl för en diskriminering (”[ä]ndringar … får … göras av motiverade skäl”). Enligt nämnda rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se domstolens dom av den 12 juli 2005 i de förenade målen C-154/04 och C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl., REG 2005, s. I-6451, punkt 115 och där omnämnd rättspraxis).

b) Jämförelse mellan de olika berörda verksamhetsutövarnas situation

154 För att avgöra huruvida kommissionen har tillämpat likabehandlingsprincipen på ett korrekt sätt i förevarande fall är det lämpligt att börja med att undersöka huruvida kommissionen verkligen har undersökt huruvida nya verksamhetsutövare befinner sig i en liknande situation som andra verksamhetsutövare, vad avser hur förändringar i efterhand tillämpas.

155 Förstainstansrätten vill härvid erinra om att tvärtemot vad kommissionen verkar anse föreskrivs i Tysklands NFP att förändringar i efterhand inte bara skall ske för nya verksamhetsutövare, utan även för vissa verksamhetsutövare som redan har anläggningar i drift och som omfattas av Tysklands NFP.

156 Enligt Tysklands NFP kan nämligen för det första förändringar i efterhand tillämpas på samtliga verksamhetsutövare om produktionen kraftigt har minskat eller vid ”de

facto-nedläggning” (se punkt 31 första strecksatsen och punkt 89 ovan). Kommissionen kunde härvid därför inte – utan att först ha prövat huruvida en verksamhetsutövare befinner sig en situation som skiljer sig eller liknar en annans, när regeln om förändringar i efterhand är tillämplig på båda – med rätta och så generellt göra gällande att det i Tysklands NFP föreskrivs att andra verksamhetsutövare skall behandlas på ett annat sätt än nya verksamhetsutövare.

157 För det andra föreskriver Tysklands NFP regler om förändringar i efterhand som liknar dem som gäller för nya verksamhetsutövare vad gäller särfallet av anläggningar som började drivas år 2003 eller år 2004 (se punkt 31 tredje strecksatsen och punkt 88 ovan). Detta bekräftas av fördelningslagen där det föreskrivs samma mekanismer för indragning för nya verksamhetsutövare och för verksamhetsutövare som började sin produktion efter år 2002 (se dels 8 § fjärde stycket i fördelningslagen, dels 11 § femte stycket, jämförd med 8 § fjärde stycket). Förstainstansrätten vill härvid hänvisa till förklaringen rörande förändringar i efterhand som tillämpas på nya verksamhetsutövare och anmärka att sökanden har anfört samma skäl vad gäller möjligheten till förändringar i efterhand vad avser anläggningar som började drivas år 2003 eller år 2004, nämligen att det föreligger en risk för ”överfördelning”, på grund av att de berörda verksamhetsutövarna kan tänkas inkomma med överdrivna produktionsprognoser i det fördelningsförfarande som bygger på beräkningsmetoden ”benchmarking”. Enligt sökanden finns nämligen ingen sådan risk vad avser anläggningar som drivs sedan senast år 2002, för vilka beräkningsmetoden ”grandfathering” används, eftersom denna metod ger någorlunda säkra uppgifter om tidigare produktionsvolym.

158 Mot denna bakgrund anser förstainstansrätten att kommissionen inte har stöd för sina argument i sin allmänna slutsats i skäl 4 i det angripna beslutet att möjligheten till förändringar i efterhand, vad avser nya verksamhetsutövare strider mot kriterium nr 5 genom att den kan antas gynna nya verksamhetsutövare, framför andra verksamhetsutövare, för vilka reglerna om förändringar i efterhand inte gäller, och att dessa argument inte har stöd i lag.

159 För det första framgår det varken av det angripna beslutet eller av kommissionens meddelanden av vilket skäl och i vilken mån nya verksamhetsutövare befinner sig i en situation som liknar eller skiljer sig från den som gäller för andra verksamhetsutövare, vad gäller möjligheten till förändringar i efterhand. Tvärtom står det klart att kommissionen, i det angripna beslutet, inte har beaktat att liknande, eller till och med identiska, regler om nya verksamhetsutövare också gäller för verksamhetsutövare som har börjat produktionen i sina anläggningar efter år 2002.

160 För det andra står det klart att kommissionens argument i förfarandet vid förstainstansrätten, såsom sökanden har gjort gällande i sin tredje grund, om att det utgör en fördel för nya verksamhetsutövare att ha en möjlighet att i efterhand få en ändring av antalet tilldelade utsläppsrätter, eftersom dessa ger dem möjlighet att överskatta produktionsvolymen när de inger sin ansökan om fördelning och de tyska myndigheterna inte behöver kontrollera dessa uppgifter lika noggrant, är självmotsägande och felaktigt på flera punkter.

161 För det första är argumentet att en minskning i efterhand av det antal utsläppsrätter som en verksamhetsutövare har tilldelats – det vill säga en indragning som är till nackdel för den berörda verksamhetsutövaren, eftersom denne berövas en ”tillgång” med kommersiellt värde – kan utgöra en ”fördel” för denne jämfört med vad som gäller för andra verksamhetsutövare som inte omfattas av en sådan ändringsmekanism självmotsägande. För det andra innebär detta argument att andra verksamhetsutövare, om de befinner sig i en liknande situation, inte har samma ”fördel” som i vilket fall som helst inte gäller för verksamhetsutövare som har inträtt på marknaden efter år 2002, för vilka samma ändringsmekanism gäller.

162 Vad avser påståendet att nya verksamhetsutövare får ett större incitament att överdriva sina prognoser när det föreligger en möjlighet till förändring i efterhand än

när det inte finns en sådan möjlighet finner förstainstansrätten att det är ett mycket spekulativt påstående och dessutom självmotsägande. Läget är nämligen precis det motsatta. Varje verksamhetsutövare som när denne inger en ansökan är medveten om att en förändring i efterhand är möjlig vill nämligen snarare undvika att så sker. Förstainstansrätten anser slutligen att argumentet att de behöriga myndigheterna är mindre uppmärksamma när de vet att de har en möjlighet att göra ändringar i efterhand inte heller det är övertygande, eftersom det ligger i varje effektiv myndighets intresse att på förhand undvika senare komplikationer, bland annat när det gäller att dra in utsläppsrätter, vilket är ett tidskrävande förfarande som kostar mycket administrativt arbete.

163 Mot denna bakgrund är det uppenbart att skäl 4 i det angripna beslutet är självmotsägande och felaktigt samt att detta uppenbart strider mot hur likabehandlingsprincipen skall tillämpas. Det skall tilläggas att kommissionen – när denna utövar sina kontrollbefogenheter enligt artikel 9 i direktiv 2003/87 vad gäller frågan huruvida medlemsstaten har beaktat kriterium nr 5 – inte kan nöja sig med att påstå att likabehandlingsprincipen har åsidosatts, utan att först med den omsorg som krävs ha undersökt relevanta omständigheter, enligt vad som har angetts i den rättspraxis som nämns i punkt 153 ovan, och utan att på ett korrekt sätt ha beaktat desamma som grund för sin slutsats.

164 Av detta följer att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i fråga om hur den har tillämpat kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 och att talan även skall bifallas med stöd av den andra delen av den första grunden.

165 Förstainstansrätten anser emellertid att även den tredje grunden skall prövas med hänsyn till dess nära anknytning till den första grunden.

III — *Den tredje grunden: Åsidosättande av den motiveringsskyldighet som följer av artikel 253 EG*

A — *Parternas argument*

166 Sökanden har anfört att artiklarna 1 a och 2 a i det angripna beslutet grundar sig på ett åsidosättande av den motiveringsskyldighet som följer av artikel 253 EG, eftersom det i skäl 4 i nämnda beslut uppenbart felaktigt, med stöd av kriterium 5 i bilaga III till direktiv 2003/87, konstateras att möjligheten till förändringar i efterhand på ett oberättigat sätt ger nya verksamhetsutövare fördelar som de som driver andra anläggningar inte har. Enligt sökanden har kommissionen härvid åsidosatt dels att det i NFP:n inte föreskrivs att nya verksamhetsutövare kan få ytterligare utsläppsrätter, utan endast att deras tilldelning kan minskas i efterhand, dels att en indragning av utsläppsrätter efter en sådan förändring utgör en nackdel och inte en fördel. Sökanden kan inte heller se någon som helst fördel i den omständigheten att tilldelningen för nya verksamhetsutövare, till skillnad från vad som gäller för befintliga anläggningar, görs med utgångspunkt från produktionsprognoser, eftersom detta kompenseras med möjligheten att göra sänkningar i efterhand. Artiklarna 1 a och 2 a i det angripna beslutet skall således ogiltigförklaras av detta skäl.

167 Kommissionen har hänvisat till sina anmärkningar om att invändningen om åsidosättande av kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 saknar stöd och hävdar att det angripna beslutet inte strider mot artikel 253 EG.

B — *Förstainstansrättens bedömning*

168 Förstainstansrätten anmärker inledningsvis att den motiveringsskyldighet som följer av artikel 253 EG, såsom denna bekräftas i artikel 9.3 sista meningen i direktiv 2003/87, och som rör kommissionens beslut att helt eller delvis avslå en NFP är av särskilt stor vikt i förevarande fall, där kommissionen vid utövande av sina kontrollbefogenheter enligt artikel 9.3 i nämnda direktiv har att göra komplicerade ekonomiska och miljömässiga bedömningar och gemenskapsdomstolens behörighet att överpröva dessa är begränsad (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München, REG 1991, s. I-5469, punkt 14).

169 Det skall härvid erinras om att sökandens argument till stöd för denna grund snarast rör frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt vad avser hur kommissionen har tillämpat kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87. Förstainstansrätten kommer dock att pröva om argumentet är välgrundat, eftersom gemenskapsdomstolarna i vilket fall som helst på eget initiativ kan pröva frågan huruvida motiveringsskyldigheten har uppfyllts (domstolens dom av den 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Daffix, REG 1997, s. I-983, punkt 24, och av den 3 juli 2003 i mål C-457/00, Belgien mot kommissionen, REG 2003, s. I-6931, punkt 102).

170 Mot bakgrund av vad förstainstansrätten har anfört i punkterna ovan anser den att kommissionen har åsidosatt den motiveringsskyldighet som följer av artikel 253 EG genom att, inte vare sig i det angripna beslutet eller i sitt meddelande av den 7 juli 2004 eller i samband med att dessa rättsakter antogs, ge den minsta förklaring till hur den har tillämpat likabehandlingsprincipen. Frånvaron av motivering rör bland annat påståendet i det angripna beslutet att nya verksamhetsutövare befinner sig i en fördelaktigare situation, som skiljer sig från den situation som gäller för andra verksamhetsutövare, vad gäller förändringar i efterhand, att det i nämnda beslut inte görs någon jämförelse mellan situationen för nya verksamhetsutövare och

situationen för verksamhetsutövare som kan bli föremål för liknande eller till och med identiska förändringar och att kommissionen inte har angett vad som skulle kunna utgöra berättigade skäl för en sådan eventuell skillnad i behandling.

171 Förstainstansrätten finner därför att talan skall bifallas med stöd av den tredje grunden och att artiklarna 1 a och 2 a i det angripna beslutet skall ogiltigförklaras även med stöd av denna grund.

IV — *Slutsats*

172 Eftersom det finns stöd för den första grunden och den tredje grunden och detta räcker för att bifalla sökandens talan om ogiltigförklaring, finns det ingen anledning att även pröva den andra grunden om åsidosättande av artikel 176 EG.

Rättegångskostnader

173 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom kommissionen har förlorat målet, skall den förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med sökandens yrkanden.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) **Artikel 1 i kommissionens beslut K(2004) 2515/2 slutlig av den 7 juli 2004, riktat till Förbundsrepubliken Tyskland, om sådan tilldelning av utsläppsrätter för växthusgaser som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG ogiltigförklaras.**

2) **Artikel 2 a–c i nämnda beslut ogiltigförklaras i den del som Förbundsrepubliken Tyskland dels förpliktas att återkalla sina bestämmelser om förändring i efterhand, dels förpliktas att meddela kommissionen att så har skett.**

3) Kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna.

Jaeger Tiili Azizi

Cremona Czúcz

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 7 november 2007.

E. Coulon M. Jaeger

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser ..... II - 4442

Bakgrund, förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 4452

Rättslig bedömning ..... II - 4463

I — Inledande anmärkningar ..... II - 4463

II — Första grunden: Åsidosättande av artikel 9.3 i direktiv 2003/87 jämförd med bilaga III till samma direktiv ..... II - 4463

A — Parternas argument ..... II - 4463

1. Sökandens argument ..... II - 4463

a) Inledande anmärkningar ..... II - 4463

b) Fråga huruvida kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 har beaktats ..... II - 4464

c) Fråga huruvida kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 har beaktats ..... II - 4466

d) Omfattningen av kommissionens kontrollbefogenheter enligt artikel 9.3 i direktiv 2003/87, jämförd med bilaga III till detsamma, och medlemsstaternas manöverutrymme enligt samma direktiv .. II - 4467

e) Kommissionens argument om ekonomin ..... II - 4469

2. Kommissionens argument ..... II - 4471

a) Fråga huruvida tillämpningsområdet för kriterierna i bilaga III till direktiv 2003/87 är avgörande för kommissionens kontroll enligt artikel 9.3 i direktivet ..... II - 4471

b) Frågan huruvida Tysklands NFP står i överensstämmelse med kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4471

c) Frågan huruvida Tysklands NFP överensstämmer med kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4473

B — Förstainstansrättens bedömning ..... II - 4476

1. Fördelningen av uppgifter och befogenheter mellan kommissionen och medlemsstaterna och domstolsprövnings omfattning ..... II - 4476

2. Frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt med hänsyn till kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4479

a) Den omtvistade möjligheten till förändringar i efterhand ..... II - 4479

b) Bokstavlig tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4482

c) Historisk tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4484

d) Kontextuell tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4485

Relevanta bestämmelser i direktiv 2003/87 och förordning nr 2216/2004 ..... II - 4485

i) Artiklarna 9 och 11 i direktiv 2003/87 ..... II - 4485

ii) Artikel 29 i direktiv 2003/87 ..... II - 4488

iii) Artikel 38.2 i förordning nr 2216/2004 ..... II - 4489

Tillämpningsområdet för kommissionens riktlinjer ..... II - 4490

i) Frågan vilken verkan det har att kommissionen själv har begränsat sitt utrymme för eget skön genom sina riktlinjer .. II - 4490

ii) Tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 med hänsyn till kommissionens riktlinjer II - 4492

iii) Tillämpningsområdet för kommissionens meddelande av den 7 juli 2004 ..... II - 4494

Slutsats om den kontextuella tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4495

e) Teleologisk tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4495

Inledande anmärkningar ..... II - 4495

Syftet med direktiv 2003/87 ..... II - 4496

Tolkning av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 med hänsyn till direktivets syften ..... II - 4498

i) Parternas främsta argument ..... II - 4498

ii) Relevanta kriterier för analysen ..... II - 4499

— Förhållandet mellan produktionsvolymen och utsläppens storlek och syftet att minska utsläppen ..... II - 4500

— Hur syftet att minska utsläppen skall förenas med syftet att bevara kostnadseffektivitet och ekonomisk effektivitet ..... II - 4502

— Syftet att minska utsläppen genom teknisk utveckling .. II - 4503

— Syftet att bevara den inre marknadens integritet och undvika snedvridning av konkurrensen ..... II - 4505

Slutsats om den teleologiska tolkningen av kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4507

f) Slutsats i frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt enligt kriterium nr 10 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4508

3. Frågan huruvida det angripna beslutet är lagenligt enligt kriterium nr 5 i bilaga III till direktiv 2003/87 ..... II - 4508

a) Allmänt ..... II - 4508

b) Jämförelse mellan de olika berörda verksamhetsutövarnas situation ..... II - 4510

III — Den tredje grunden: Åsidosättande av den motiveringsskyldighet som följer av artikel 253 EG ..... II - 4514

A — Parternas argument ..... II - 4514

B — Förstainstansrättens bedömning ..... II - 4515

IV — Slutsats ..... II - 4516

Rättegångskostnader ..... II - 4516