FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 22. december 2010[1]

1. Kommissionen har i den foreliggende sag iværksat appel til prøvelse af dom af 10. april 2008, Nederlandene mod Kommissionen[2] (herefter »den appellerede dom«), hvorved De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans annullerede Kommissionens beslutning af 24. juni 2003[3] om statsstøtte N 35/2003 vedrørende en ordning for omsættelige emissionsrettigheder for nitrogenoxid anmeldt af Kongeriget Nederlandene (herefter »beslutningen«). Dommen har også givet anledning til to kontraappeller iværksat af Kongeriget Nederlandene og Forbundsrepublikken Tyskland.

I — Sagens faktiske omstændigheder og beslutningen

2. Den ordning for handel med emissionsrettigheder for nitrogenoxid (NO_x), som Nederlandene underrettede Kommissionen om (herefter »den omhandlede ordning«), samt indholdet af beslutningen beskrives således i præmis 8-13 og præmis 16-20 i den appellerede dom:

»8 Ved skrivelse af 23. januar 2003 underrettede de nederlandske myndigheder i overensstemmelse med artikel 88, stk. 3, EF Kommissionen om en ordning for handel med emissionsrettigheder for NO_x […]. De nederlandske myndigheder anmodede Kommissionen om at træffe en beslutning om, at der ikke var tale om støtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

9 Den 24. juni 2003 vedtog Kommissionen [beslutningen].

10 Kommissionen beskrev indledningsvis den omhandlede ordning i den anfægtede beslutnings punkt 1. Hvad angår det nederlandske nationale emissionsloft for NO_x, der er defineret i [Europa-Parlamentets og Rådets] direktiv 2001/81[/EF af 23. oktober 2001 om nationale emissionslofter for visse luftforurenende stoffer (EFT L 309, s. 22)], fastsatte de

1 — Originalsprog: italiensk.
2 — Sag T-233/04, Sml. II, s. 591.
3 — K(2003) 1761 endelig.

nederlandske myndigheder et emissionsmål på 55 kilotons NO_x i 2010 for deres store industrianlæg, der udgør ca. 250 virksomheder.

11 Kommissionen anførte i den anfægtede beslutnings punkt 1.2 vedrørende ordningens anvendelse, at en national lov fastsætter en NO_x-emissionsstandard til overholdelse for hvert industrianlæg. En virksomhed kan overholde den fastsatte emissionsstandard ved at træffe foranstaltninger til reduktion af NO_x i sine egne anlæg, ved at købe emissionsrettigheder af andre virksomheder, eller ved at kombinere de to muligheder. Anlæg, der har lavere emissioner end emissionsstandarden [udbyder] reduktioner af emission i form af NO_x-kreditter på markedet for handel med emissionsrettigheder.

12 Et anlægs årlige samlede emission af NO_x, korrigeret for eventuelle købte eller solgte NO_x-kreditter, skal svare til det emissionsniveau, der er godkendt for det pågældende anlæg. Den årlige emission — i absolutte tal — beregnes ud fra den relevante emissionsstandard og ud fra den energimængde, som det nævnte anlæg har brugt.

13 De nederlandske myndigheder kontrollerer ved udgangen af hvert år, om anlæggene har overholdt den foreskrevne emissionsstandard. Hvert år kan NO_x-kreditter købes, opspares eller udlånes til fremtidige perioder. Hvis et anlæg overskrider den foreskrevne emissionsstandard, skal det kompensere for overskridelsen det følgende år. Endvidere forhøjes overskridelsen, der skal kompenseres for, med 25 % med henblik på præventivt at forebygge alle overskridelser. Hvis et anlæg ikke overholder sin emissionsstandard, pålægger de nederlandske myndigheder anlægget en passende bøde, der er proportional og afskrækkende.

[…]

16 Kommissionen præciserede derefter i den anfægtede beslutnings punkt 1.5 og 1.6, at den omhandlede ordning parallelt med fællesskabsbestemmelserne vil finde anvendelse på alle industrivirksomheder, som har en eksisterende kapacitet på mere end 20 termiske megawatt (MWt). De nederlandske myndigheder vil fortsat anvende de emissionsgrænseværdier, der er fastsat i de forskellige gældende fællesskabsdirektiver.

17 Ved prøvelsen af den omhandlede ordning (den anfægtede beslutnings punkt 3) redegjorde Kommissionen indledningsvis for sin beslutningspraksis vedrørende ordninger for handel med

emissionsrettigheder og sondrede mellem to systemtyper som følger:

»1) systemer, hvor omsættelige emissions- og forureningskvoter anses for immaterielle aktiver med en kommerciel værdi, som medlemsstaten både kunne have solgt eller tildelt ved licitation, hvilket indebærer et indtægtstab (eller et tab af statsmidler), hvorefter der foreligger statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand

2) systemer, hvor omsættelige emissions- og forureningskvoter anses for et officielt bevis på, at en vis produktion ikke kan sælges eller tildeles indehaveren af kvoten, hvorved der ikke foreligger et indtægtstab — og dermed ingen anvendelse af statsmidler — hvorefter der ikke foreligger statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand«.

18 Kommissionen redegjorde dernæst for grundene til, at den anser den omhandlede ordning for statsstøtte, nemlig nærmere bestemt, at staten gratis tildeler NO_x-kreditter til en bestemt gruppe virksomheder, der drev handel mellem medlemsstaterne. De nederlandske myndigheder havde ifølge den anfægtede beslutning mulighed for at sælge emissionsrettighederne eller tildele dem ved licitation. Ved at tilbyde NO_x-kreditter gratis som immaterielle aktiver mister medlemsstaten derfor en indtægt. Kommissionen udledte heraf, at nævnte ordning indeholder statsmidler i artikel 87, stk. 1, EF's forstand. Styrkelsen af de omhandlede virksomheder påvirkede handelen mellem medlemsstaterne.

19 Endelig undersøgte Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 3.3 den omhandlede ordnings forenelighed med fællesmarkedet.

20 Kommissionen konkluderede i den anfægtede beslutnings punkt 4, at den omhandlede ordning indebærer statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand, men tilføjede, at denne støtte er forenelig med fællesmarkedet i overensstemmelse med artikel 87, stk. 3, EF […]. Kommissionen opfordrede de nederlandske myndigheder til årligt at fremsende en rapport til Kommissionen vedrørende gennemførelsen af den omhandlede ordning og til på forhånd at underrette Kommissionen om enhver ændring af betingelserne for at modtage støtte.«

3. Nederlandene har bekræftet i sit svarskrift, at den omhandlede ordning trådte i kraft den 1. juni 2005.

II — Parternes påstande for Retten og den appellerede dom

4. Kongeriget Nederlandene nedlagde, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, påstand ved Retten om annullation af beslutningen, for så vidt som den kvalificerede den omhandlede ordning som statsstøtte, og at Kommissionen tilpligtedes at betale sagens omkostninger. Kommissionen nedlagde påstand om principalt afvisning af sagen og subsidiært frifindelse og påstand om, at Nederlandene tilpligtedes at betale sagens omkostninger.

5. Retten forkastede den formalitetsindsigelse, som Kommissionen havde fremsat, i den appellerede dom (præmis 37-49). Med hensyn til realiteten forkastede Retten det første anbringendes første led vedrørende tilsidesættelse af artikel 87 EF, hvorved Nederlandene gjorde gældende, at der ikke forelå nogen fordel, som var finansieret af statsmidler (præmis 63-78), og gav medhold i det andet led, hvorved den sagsøgende medlemsstat bestred, at selektivitetsbetingelsen var opfyldt. Retten annullerede derfor beslutningen og pålagde Kommissionen at betale sagens omkostninger.

III — Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

6. Kommissionen har iværksat den foreliggende appel ved appelskrift indgivet til Domstolens Justitskontor den 23. juni 2008. Kongeriget Nederlandene og Forbundsrepublikken Tyskland har iværksat kontraappeller i deres respektive svarskrifter. Domstolens præsident har ved kendelse af 23. december 2008 givet Det Forenede Kongerige og Republikken Slovenien tilladelse til at indtræde i sagen. Den Franske Republik har ved kendelse af 8. maj 2009 fået tilladelse til at intervenere på de betingelser, der er fastsat i artikel 93, stk. 7, i Domstolens procesreglement. Kommissionens og den nederlandske, tyske og franske regerings repræsentanter afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 14. oktober 2010.

7. Kommissionen har i appelskriftet nedlagt påstand om principalt, at den appellerede dom ophæves, og at søgsmålet med påstand om annullation af beslutningen afvises, og subsidiært, at den appellerede dom ophæves, og at Kommissionen frifindes i søgsmålet med påstand om annullation af beslutningen. Den har i begge tilfælde nedlagt påstand om, at Nederlandene tilpligtes at betale sagens omkostninger for Retten og omkostningerne vedrørende denne appelsag. Kommissionen har i sit svarskrift vedrørende de kontraappeller, der er iværksat af Nederlandene og Forbundsrepublikken Tyskland, nedlagt påstand om, principalt at den appellerede dom ophæves, og at søgsmålet i første instans afvises, og subsidiært at kontraappellerne forkastes, den appellerede dom ophæves, og Kommissionen frifindes i søgsmålet i første instans.

8. Kongeriget Nederlandene har nedlagt påstand om, principalt at appellen forkastes, og subsidiært, såfremt Domstolen giver appellanten medhold, at den appellerede dom ophæves, for så vidt som den forkaster denne medlemsstats første anbringendes første led om den manglende fordel finansieret af statsmidler. Kongeriget Nederlandene har i begge tilfælde nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i sagen i første instans og i appelsagen.

9. Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om, principalt at appellen forkastes, og at den appellerede dom ophæves, og subsidiært, såfremt Domstolen finder, at den sidstnævnte påstand ikke kan antages til realitetsbehandling, at appellen forkastes, og såfremt Domstolen giver Kommissionen medhold i appelsagen, at den appellerede dom ophæves. Den har i begge tilfælde fastholdt de påstande, den nedlagde i første instans, og nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

10. Det Forenede Kongerige har nedlagt påstand om, at Kommissionens påstand om afvisning af søgsmålet i første instans forkastes, og støtter Nederlandenes principale påstand. Republikken Slovenien har nedlagt påstand om, at Kommissionens appel forkastes, og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Den Franske Republik nedlagde i retsmødet påstand om, at Kommissionens påstand om, at søgsmålet i første instans ikke kunne antages til realitetsbehandling, forkastes.

IV — Appellen

11. Kommissionen har fremsat to anbringender til støtte for sin appel. Det første anbringende, der vedrører en tilsidesættelse af artikel 230 EF, er rettet mod den del af den appellerede dom, hvori det fastslås, at Kongeriget Nederlandenes søgsmål kan antages til realitetsbehandling. Med det andet anbringende, der er subsidiært, har Kommissionen påberåbt sig, at der er sket en tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF.

A — *Det første anbringende til støtte for appellen om tilsidesættelse af artikel 230 EF*

12. Kommissionen mener ikke, at en medlemsstat har søgsmålskompetence i henhold til artikel 230 EF med hensyn til en beslutning om ubetinget godkendelse af en foranstaltning, der er anmeldt som led i ordningen for kontrol med statsstøtte. Det første anbringende falder i to led.

1. Det første anbringendes første led

13. Kommissionen har med det første appelanbringendes første led gjort gældende,

at Retten fejlagtigt sondrede mellem den konkrete sag, som den skulle tage stilling til, og den sag, der gav anledning til kendelse af 28. januar 2004, Nederlandene mod Kommissionen [4] (herefter »kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen«). Kommissionen mener ikke, at der er nogen retligt relevant forskel mellem de to sager. Nederlandene, der støttes af Det Forenede Kongerige, Republikken Slovenien og Den Franske Republik, samt Forbundsrepublikken Tyskland mener til gengæld, at omstændighederne i den sag, der gav anledning til denne kendelse, adskiller sig væsentligt fra omstændighederne i den foreliggende sag, og at dette præjudikat derfor ikke er relevant.

14. Jeg vil i det følgende kort beskrive indholdet af kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, som blev afsagt mens den sag, der blev afgjort ved den appellerede dom, stadig verserede.

15. Domstolen afviste ved denne kendelse den sag, som Nederlandene havde anlagt til prøvelse af en beslutning, hvorved Kommissionen havde erklæret visse foranstaltninger til fremme af forarbejdning af opmudringsmateriale, som denne medlemsstat havde anmeldt, forenelige med fællesmarkedet. Sagen var begrænset til den del af beslutningen, hvori »Kommissionen […] konkluderer, at de tilskud, der er ydet til havnemyndighederne i medfør af disse bestemmelser, udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF« (præmis 1).

16. Kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen indeholder kun en meget kortfattet begrundelse. Efter at have henvist til retspraksis, hvoraf det fremgår, at det kun er foranstaltninger, der har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgernes interesser gennem en væsentlig ændring af deres retsstilling, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 230 EF, bemærkede Domstolen i præmis 20, at den anfægtede beslutning, der erklærede den anmeldte støtteordning for forenelig med fællesmarkedet, ikke kunne ændre Kongeriget Nederlandenes retsstilling mærkbart, »[f]or så vidt som den nederlandske regering i sin anmeldelse af denne ordning [havde] anmodet Kommissionen om at tage stilling til lovligheden af foranstaltningen i forhold til artikel 87 EF og 88 EF« [5]. Domstolen behandlede i præmis 21 og 22 Nederlandenes argument om, at en del af begrundelsen for den anfægtede beslutning (den, hvori Kommissionen anfører, at visse havnemyndigheder er omfattet af begrebet virksomhed som omhandlet i artikel 87 EF) under alle omstændigheder indebar bebyrdende retsvirkninger for denne medlemsstat. Domstolen bemærkede herved, at det kun er en beslutnings konklusion, der kan have retsvirkninger og derfor være bebyrdende, og at de opfattelser, der fremføres i en beslutnings begrundelse, kun kan undergives Fællesskabernes retsinstansers prøvelse, »for så vidt som de som begrundelse for en bebyrdende retsakt er nødvendige til støtte for retsaktens konklusion«. Domstolen konkluderede i præmis 22, at i

4 — Sag C-164/02, Sml. I, s. 1177.

5 — Det skal indskydes, at jeg har vanskeligt ved at forstå den sammenhæng, der efter Domstolens opfattelse er mellem anmeldelsens indhold og vurderingen af foranstaltningens virkninger. Jeg mener således, at der kræves en objektiv vurdering af en støttebeslutnings virkninger for at afgøre, hvordan denne beslutning vil påvirke den støttemodtagende medlemsstats retsstilling, uafhængigt af denne medlemsstats eventuelle holdning til de påtænkte foranstaltningers præcise kvalificering eller forenelighed med fællesmarkedet, i hvert fald når den beslutter at anmelde disse foranstaltninger.

det konkrete tilfælde »udgør den omtvistede begrundelse imidlertid ikke det nødvendige grundlag for konklusionen i en retsakt, der er bebyrdende for Kongeriget Nederlandene«, og præciserede, at »[d]a Kommissionen — i den anfægtede beslutnings konklusion uafhængigt af den omstændighed, at visse af de pågældende tilskud kan udgøre støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF — har fastslået, at den pågældende ordning under alle omstændigheder er begrundet med hensyn til de i artikel 87, stk. 3, litra c), EF omhandlede grunde, *udgør denne konklusion på ingen måde en stillingtagen til spørgsmålet, om alle havnemyndigheder er virksomheder, eller om alle deres aktiviteter er af erhvervsmæssig karakter*« [6]. Domstolen tilføjede i præmis 23, at »de særlige omstændigheder ved den ene eller den anden af de pågældende havnemyndigheder ikke [omtales] i den anfægtede beslutning«, og at »den pågældende beslutning ikke [foregriber] kvalifikationen i forhold til artikel 87, stk. 1, EF af eventuelle andre tilskud, som ydes til havnemyndigheder«.

17. Det fremgår af kendelsens begrundelse, der er skitseret ovenfor, at to forhold var årsag til, at Domstolen afviste Nederlandenes søgsmål i dette tilfælde. Ifølge Domstolens tankegang spiller det for det første en væsentlig, om ikke afgørende, rolle, at Nederlandene i anmeldelsen blot anmodede Kommissionen om at tage stilling til lovligheden af de pågældende foranstaltninger til fremme af forarbejdning af opmudringsmateriale, uden at gøre opmærksom på, at disse foranstaltninger efter Nederlandenes opfattelse ikke udgjorde støtte, når de var rettet mod havnemyndighederne [7]. Domstolen fandt for det andet ikke, at Kommissionen, som under alle omstændigheder mente, at alle de anmeldte foranstaltninger var forenelige med artikel 87, stk. 3, EF, havde taget endelig stilling til, om de tilskud, der var ydet til havnemyndighederne, havde karakter af støtte.

18. Disse to forhold gør sig ikke gældende i den foreliggende sag.

19. Nederlandene havde i forbindelse med anmeldelsen af den omhandlede ordning

6 — Min fremhævelse.

7 — Det fremgår af sagsakterne, at Kommissionen selv havde anset denne omstændighed for at være vigtig og påpeget, at Nederlandene under den administrative procedure ikke havde underrettet den om, hvordan de stimulerende foranstaltninger til fordel for havnemyndighederne efter Nederlandenes opfattelse skulle kvalificeres.

præciseret, at den efter denne medlemsstats opfattelse ikke udgjorde statsstøtte, og anmodet Kommissionen om at fastslå dette. Kommissionen fastslog desuden klart og utvetydigt, at ordningen havde karakter af støtte, i beslutningen. I modsætning til det af appellanten anførte, og henset til begrundelsen i kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, er disse forskelle retligt relevante og indebærer, at Domstolens afgørelse i denne sag ikke uden videre kan overføres på den foreliggende sag.

20. Mere generelt mener jeg ikke, at det kan udledes af kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, at Domstolen principielt har til hensigt at udelukke, at medlemsstaterne har ret til at anlægge søgsmål til prøvelse af beslutninger, hvorved Kommissionen ubetinget godkender de støtteforanstaltninger, de har anmeldt. De særlige forhold, der kendetegner den foreliggende sag, og den måde som Domstolen har fortolket dem på, tyder snarere på, at denne dom har en begrænset rækkevidde.

21. Jeg må heraf konkludere, at Retten ikke har begået en fejl ved at sondre mellem den konkrete sag, som den skulle tage stilling til, og den situation, der gav anledning til kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen. Kommissionens bemærkning om, at Retten gengav de faktiske omstændigheder forkert i den appellerede doms præmis 47, ændrer ikke ved denne konklusion [8].

22. Kommissionens første appelanbringendes første led bør derfor forkastes.

2. Det første anbringendes andet led

23. Kommissionen har med det første appelanbringendes andet led anfægtet Rettens bemærkning om, at det havde retsvirkninger, at den omhandlede ordning var blevet kvalificeret som statsstøtte. Denne indsigelse er især rettet mod den appellerede doms præmis 41, hvori Retten bemærker, at denne kvalificering, som gjorde det muligt for Kommissionen at prøve den omhandlede ordnings foreneliged med fællesmarkedet, »medfører […], at proceduren for støtteordninger i forordning nr. 659/1999, og navnlig den procedure, der fremgår af artikel 17-19 og af artikel 21, der pålægger medlemsstaten en forpligtelse til at fremsende en årlig rapport om alle eksisterende støtteordninger, finder anvendelse«, og

8 — Kommissionen mener, at Retten fejlagtigt fastslog, at de aspekter af den beslutning, der gav anledning til kendelsen i sagen Nederlandene mod Kommissionen, som den sagsøgende medlemsstat anfægtede, kun fandtes i begrundelsen og ikke i den dispositive del.

»kan […] influere på tildelingen af ny støtte i medfør af reglerne om kumulation af støtte fra forskellige kilder, som omhandlet i navnlig punkt 74 i EF-rammebestemmelserne for statsstøtte til miljøbeskyttelse«.

24. Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at støttebegrebet er af objektiv karakter, og at de konsekvenser, som Retten har beskrevet, ikke følger af beslutningen, men af selve den omhandlede ordnings art. Dette argument kan jeg ikke tilslutte mig. Domstolen har ganske vist gentagne gange fastslået, selv om det er sket for at fastlægge udstrækningen af den retslige efterprøvelse af Kommissionens anvendelse af støttebegrebet, at dette begreb er af objektiv karakter [9], hvilket giver anledning til at tro — sådan som Kommissionen synes at gøre — at en beslutning, der træffes i medfør af artikel 87, stk. 1, EF (nu artikel 107, stk. 1, TEUF), blot har til formål at konstatere, om den anmeldte foranstaltning har karakter af støtte eller ej. Jeg finder det dog vanskeligt at bestride, at når Kommissionen med urette beslutter, at en statslig intervention udgør støtte, udspringer de retsvirkninger, som en sådan kvalificering har, af denne beslutning og ikke af den omhandlede foranstaltning, som rent faktisk ikke opfylder støttebetingelserne, og den pågældende medlemsstat kan ikke undgå disse retsvirkninger, medmindre beslutningen annulleres på dette punkt. Det skal i øvrigt påpeges, at Domstolen har afvist et lignende argument, som Kommissionen havde fremført til støtte for, at en sag til prøvelse af en beslutning om at undersøge en statslig foranstaltning som »ny« støtte i stedet for »eksisterende« støtte ikke kunne fremmes til realitetsbehandling [10].

25. Kommissionen har desuden gjort gældende, at anvendelsen af de begrænsninger for kumulation af støtte, der er fastsat i fællesskabsbestemmelserne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og nævnt i den appellerede doms præmis 41, udgør en rent hypotetisk følge af beslutningen. Dette synspunkt er jeg enig i. Disse begrænsninger vil således kun få betydning, hvis Nederlandene beslutter at yde andre former for støtte til de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning. Det samme gælder i øvrigt for anmeldelsesforpligtelsen og standstill-forpligtelsen i henhold til artikel 88, stk. 3, EF (nu artikel 108, stk. 3, TEUF), som navnlig den tyske regering har påberåbt sig. Disse forpligtelser skulle kun opfyldes, hvis Nederlandene besluttede at træffe foranstaltninger, der svarede til den omhandlede ordning, eller at ændre visse elementer i denne ordning i overensstemmelse med beslutningens punkt 4.

9 — Jf. f.eks. dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, Sml. I, s. 3271, præmis 24 og 25, som Kommissionen har henvist til.

10 — Jf. domme af 30.6.1992, sag C-312/90, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4117, præmis 6 og 13, og sag C-47/91, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4145, præmis 14 og 26.

26. Hvad angår den pågældende medlemsstats forpligtelse til at fremsende en rapport om gennemførelsen af den omhandlede ordning, som også er nævnt i den appellerede doms præmis 41, har Kommissionen i det væsentlige blot anført, at de nederlandske myndigheder ifølge de oplysninger, som den råder over, aldrig har fremsendt nogen rapport. Dette argument er efter min opfattelse ikke relevant. At Nederlandene endnu ikke har opfyldt denne forpligtelse har således ingen betydning for, om den tages i betragtning som en retsvirkning af den omhandlede ordnings kvalificering som støtte.

27. Jeg mener generelt, at den vigtigste retsvirkning af en anmeldt statslig interventions kvalificering som støtte er, at det er proceduren vedrørende eksisterende støtteordninger, som Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 41, der finder anvendelse. Kommissionen foretager i henhold til artikel 108, stk. 1, TEUF en løbende undersøgelse af de støtteordninger, som findes i medlemsstaterne, efter den fremgangsmåde, der er angivet i artikel 108, stk. 2, TEUF og præciseret i artikel 17-19 i Rådets forordning nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1). Det betyder, at Kommissionen fører løbende tilsyn med en statslig intervention, der er kvalificeret som støtte, og regelmæssigt fører kontrol med den. Det følger heraf, at en beslutning om, at en foranstaltning er forenelig med det indre marked, der træffes i henhold til artikel 107, stk. 3, TEUF, indebærer mindre retssikkerhed for den berørte medlemsstat og en mere begrænset handlefrihed ved gennemførelsen af den anmeldte foranstaltning, end en beslutning, hvori det fastslås, at denne foranstaltning ikke udgør støtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF. I Nederlandene var det netop for at skabe retssikkerhed, at myndighederne i denne medlemsstat anmeldte den omhandlede ordning, selv om de var sikre på, at den ikke udgjorde støtte som omhandlet i artikel 87 EF.

28. På baggrund af det ovenfor anførte mener jeg derfor også, at Kommissionens første appelanbringendes andet led bør forkastes.

3. Forslag til afgørelse vedrørende det første appelanbringende

29. Jeg foreslår på baggrund heraf, at Domstolen forkaster Kommissionens første appelanbringende vedrørende tilsidesættelse af artikel 230 EF i sin helhed.

B — *Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF*

30. Det andet appelanbringende, der er subsidiært, falder også i to led.

1. Det andet anbringendes første led

31. Kommissionen har med det andet appelanbringendes første led anfægtet Rettens konklusion om, at den omhandlede ordning ikke udgør statsstøtte, fordi den ikke kan begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. Denne indsigelse vedrører den appellerede doms præmis 84-96 og består af to underled.

a) Det første underled

32. Kommissionen har først og fremmest gjort gældende, at Retten lagde for stor vægt på, at alle store nederlandske industrianlæg er underlagt den omhandlede ordning, dvs. at denne ordning finder anvendelse efter et objektivt kriterium uden hensyntagen til geografiske eller sektorspecifikke faktorer, da den konkluderede, at ordningen ikke er selektiv.

33. Den omstændighed, at et stort antal virksomheder kan blive omfattet af foranstaltningen, eller at disse virksomheder hører til i forskelligartede erhvervssektorer, er efter fast retspraksis ikke tilstrækkelig til at rejse tvivl med hensyn til støttens selektive karakter og følgelig til, at foranstaltningen ikke kvalificeres som statsstøtte [11]. Det fremgår af den samme retspraksis, at den omstændighed, at en foranstaltning er undergivet objektive kriterier, der finder horisontal anvendelse, alene tjener til at påvise, at de stimulerende tiltag, den indebærer, ikke udgør individuel støtte, men henhører under en støtteordning [12]. Kommissionen har derfor med rette anført i det første underled, at dette forhold ikke i sig selv gør det muligt at betragte en statslig intervention som en generel økonomisk-politisk foranstaltning og dermed som en foranstaltning, der ikke er selektiv.

34. Den indsigelse, der er fremført i dette underled, er imidlertid baseret på en urigtig fortolkning af den appellerede dom og bør forkastes. I modsætning til, hvad Kommissionen synes at mene, er konklusionen i den appellerede doms præmis 96 om, at »den omhandlede ordning [samlet set] ikke [begunstiger] visse virksomheder eller visse produktioner i artikel 87, stk. 1, EF's forstand«, således ikke eller i hvert fald ikke overvejende baseret på

11 — Jf. dom af 17.6.1999, sag C-75/97, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3671, præmis 32, af 8.11.2001, sag C-143/99, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, Sml. I, s. 8365, præmis 48, og af 13.2.2003, sag C-409/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1487, præmis 48.

12 — Jf. bl.a. dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 49.

dommens præmis 87 og 88, som appellanten især har taget afstand fra. For det første giver Retten i den appellerede doms præmis 87 ikke udtryk for sin egen opfattelse, men fremhæver blot nogle af de aspekter, der kendetegner den omhandlede ordning, sådan som de er beskrevet i beslutningen, og den første sætning i præmis 88 indeholder blot en faktisk konstatering.

35. For det andet har konklusionen i den anden sætning i præmis 88 om, at »[o]rdningen finder […] anvendelse efter et objektivt kriterium uden hensyntagen til geografiske eller sektorspecifikke faktorer«, kun begrænset betydning for Rettens tankegang og under alle omstændigheder langt mindre betydning, end Kommissionen har tillagt den. Det fremgår således af den appellerede doms præmis 89 ff., at Retten i højere grad baserede sin konklusion om, at den omhandlede ordning ikke er selektiv, på konstateringen i præmis 90 af, at den faktiske og retlige situation for de virksomheder, som er underlagt det NO_x-emissionsloft, der gælder for store industrianlæg, »ikke kan anses for sammenlignelig med situationen for de virksomheder, for hvilke dette loft ikke finder anvendelse«. Konklusionen i præmis 94 om, at Kommissionen »ikke [har] påvist eksistensen af en generel ordning, som fandt anvendelse på virksomheder, der befinder sig i en faktisk eller retlig situation, der er sammenlignelig med anlæggene underlagt den omhandlede ordning, men som ikke indeholdt fordelen med omsættelige NOx-emissionsrettigheder«, har lige så stor betydning.

36. Det må set i dette perspektiv fastslås, at det første underled af det andet appelanbringendes første led, hvorved Kommissionen har kritiseret Retten for at have baseret sit ræsonnement på, at kriteriet for anvendelsen af den omhandlede ordning er af objektiv karakter, er grundløst. Det er under alle omstændigheder ikke relevant, fordi det — selv om det måtte være begrundet — ikke rejser tilstrækkelig tvivl om Rettens konklusion om, at denne ordning ikke er af selektiv karakter, eftersom denne konklusion som tidligere nævnt overvejende er baseret på andre betragtninger.

b) Det andet underled

37. Med det andet appelanbringendes første led har Kommissionen desuden anfægtet den

bevisbyrde, som Retten har pålagt den [13]. Dette argument er rettet mod den appellerede doms præmis 89-96, hvoraf det i det væsentlige fremgår, at Kommissionen for at godtgøre, at den omhandlede ordning var af selektiv karakter, burde have fremlagt bevis for: a) at de virksomheder, der ikke er omfattet af denne ordning, ogb som derfor ikke har fordel af de omsættelige NO_x-emissionsrettigheder, er underlagt *samme forpligtelser* (dvs. præstationsstandarder (PSR)) eller »*forpligtelser af samme karakter*« som dem, der er fastsat i denne ordning, og b) at disse virksomheder pålægges bøder i tilfælde af manglende overholdelse [14].

38. Kommissionen mener, at det bevis, som Retten har efterspurgt, er overflødigt, fordi det fremgår klart af beslutningen og af selve den appellerede dom, at alle nederlandske virksomheder er underlagt restriktioner for NO_x-emissioner. Det viser tydeligt, at den omhandlede ordning er selektiv, eftersom det, selv om alle virksomheder i Nederlandene er omfattet af begrænsninger, kun er virksomhederne i den gruppe, som denne ordning finder anvendelse på, der har ret til at handle med emissionsrettigheder indbyrdes. Det bevis, som Retten har efterspurgt, er desuden umuligt at fremlægge, fordi det er indlysende, at de virksomheder, der ikke er omfattet af den omhandlede ordning, ikke er forpligtet til at overholde kravene heri. Nederlandene har imidlertid gjort gældende, at Retten har

13 — Kommissionen har med dette argument indirekte rejst tvivl om, hvorvidt den appellerede dom med hensyn til vurderingen af den omhandlede ordnings selektivitet er forenelig med gældende retspraksis, hvorefter et annullationssøgsmål ikke kan støttes på faktiske omstændigheder eller anbringender, der hverken blev fremført under proceduren i henhold til artikel 107 TEUF og 108 TEUF eller i stævningen. Da der er tale om vage tilkendegivelser, og Kommissionen ikke synes at have fremsat et egentligt anbringende, vil jeg nøjes med at knytte to korte bemærkninger hertil. Den retspraksis, som appellanten formentlig henviser til, og hvorefter retmæssigheden af en beslutning om støtte skal vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen sad inde med på det tidspunkt, da den gennemførte den (jf. bl.a. dom af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 16, og af 26.9.1996, sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4551, præmis 33), synes for det første ikke at være relevant i den foreliggende sag. Retten traf således ikke sin afgørelse på grundlag af oplysninger, som Kommissionen ikke havde kendskab til, men kritiserede i det væsentlige Kommissionen for, at den havde fastslået, at den omhandlede ordning var selektiv, selv om den ikke var i besiddelse af tilstrækkelige oplysninger til at kunne drage denne konklusion. For det andet fremgår det ikke klart, om Kommissionen ved at påberåbe sig, at Nederlandene ikke rejste spørgsmålet om selektivitet i stævningen, ønsker at gøre gældende, at Retten har truffet afgørelse *ultra petita* eller i strid med artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, hvorefter der ikke må fremsættes nye anbringender under sagens behandling. Kommissionens eventuelle klagepunkt er ud fra denne synsvinkel ikke tilstrækkeligt klart til, at Domstolen kan tage stilling til det.

14 — Den appellerede doms præmis 89-96 kan opsummeres som følger. I betragtning af det formål, der forfølges med den omhandlede ordning, og den omstændighed, at det kun påhviler de virksomheder, der er omfattet af ordningen, under bødeansvar, at overholde en emissionsstandard eller streng præstationsstandard, finder Retten ikke, at den faktiske og retlige situation for disse virksomheder kan anses for sammenlignelig med situationen for de virksomheder, for hvilke dette loft ikke finder anvendelse (præmis 89 og 90). Retten konstaterer herefter, at Kommissionen ikke har fremlagt dokumentation for, at virksomheder, der forbruger mindre end 20 MWt, er i en situation, der er sammenlignelig med situationen for virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, eller at disse virksomheder under bødeansvar er underlagt »forpligtelser af samme karakter«. Kommissionen har navnlig undladt at påvise, at de pågældende virksomheder er underlagt PSR. Retten konkluderer derfor, at Kommissionen ikke har påvist eksistensen af en generel ordning, som den omhandlede ordning adskiller sig fra (præmis 92-94).

fortolket omfanget af den bevisbyrde, der påhviler Kommissionen, korrekt, eftersom det selektivitetskriterium, Domstolen fastsatte i dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke [15], netop bygger på, at situationen for de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, er sammenlignelig med situationen for dem, der ikke er omfattet af den. I det foreliggende tilfælde befinder de 250 virksomheder, som den omhandlede ordning gælder for, sig ikke i en situation, som er sammenlignelig med andre virksomheders, eftersom de er blevet pålagt yderligere forpligtelser som følge af det særlige mål om at reducere NO_x-emissionerne til 55 kilotons i 2010.

39. Det skal understreges, at selektivitetsbetingelsen gør det muligt at udelukke såkaldt generelle foranstaltninger fra støttebestemmelsernes anvendelsesområde, dvs. foranstaltninger, der ikke har til formål at støtte specifikke aktiviteter eller virksomheder, men alle erhvervsdrivende, der udøver virksomhed på statens område. Det er i denne henseende præciseret i retspraksis, at en offentlig intervention til fordel for et ubestemt antal støttemodtagere, der identificeres efter objektive kriterier, må anses for en støtteforanstaltning med en selektiv karakter, hvis den som følge af kriterierne for sin anvendelse indebærer fordele alene for visse virksomheder eller produktioner og ikke for andre [16]. Det fremgår desuden udtrykkeligt, at selv foranstaltninger, der forekommer generelle, fordi de ikke er begrænset til bestemte sektorer eller områder og ikke er rettet mod en begrænset kategori af virksomheder, kan henhøre under forbuddet i artikel 87, stk. 1, EF, hvis valget af begunstigede, størrelsen af den finansielle intervention og betingelserne for den er overladt til de nationale myndigheders skøn [17]. Domstolen har i øvrigt udtalt, at støtte kan være selektiv, selv når den vedrører en hel økonomisk sektor [18]. Det fremgår i bredere forstand af retspraksis, at det skal vurderes i hvert enkelt tilfælde, om betingelsen om selektivitet er opfyldt, for at afgøre, om den undersøgte foranstaltning i kraft af sin art, sit anvendelsesområde, den måde, den gennemføres på, og sine virkninger indebærer *fordele alene for visse virksomheder eller visse erhvervssektorer* [19]. Domstolen præciserede i dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, at der i forbindelse med en sådan vurdering skal tages stilling til, om en statslig foranstaltning som led i en bestemt retlig ordning kan begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner« i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til det formål,

15 — Jf. ovenfor.

16 — Jf. Rettens dom af 29.9.2000, sag T-55/99, CETM mod Kommissionen, Sml. II, s. 3207, præmis 40.

17 — Jf. dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 13, samt dom af 29.6.1999, sag C-256/97, DM Transport, Sml. I, s. 3913, præmis 28-30, og af 17.6.1999, sag C-295/97, Piaggio, Sml. I, s. 3735, præmis 39.

18 — Jf. bl.a. dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 33, og dom af 15.12.2005, sag C-148/04, Unicredito Italiano, Sml. I, s. 11137, præmis 45.

19 — Jf. dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 24, dom af 1.12.1998, sag C-200/97, Ecotrade, Sml. I, s. 7907, præmis 40 og 41, og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11.

der forfølges med den pågældende foranstaltning, befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation [20].

40. De kritikpunkter, som Kommissionen har rejst mod den appellerede dom, skal undersøges på grundlag af denne retspraksis. Disse kritikpunkter er efter min opfattelse velbegrundede.

41. Det skal indledningsvis påpeges, at den omstændighed, at en statslig foranstaltning begunstiger visse virksomheder, som fastlægges ud fra de faktorer, der kendetegner deres situation i forhold til situationen for alle andre erhvervsdrivende — f.eks. fordi de hører til en bestemt sektor eller udøver en bestemt form for virksomhed [21] eller har en vis størrelse [22] — i princippet indikerer, at der er tale om en selektiv foranstaltning [23]. Når den omhandlede ordning *alene* finder anvendelse på virksomheder, der råder over store industrianlæg, peger det derfor i retning af, at den er selektiv.

42. Fordi den omhandlede ordning både medfører fordele og byrder, fandt Retten, at det var nødvendigt at bevise, at disse byrder også blev pålagt virksomheder, der ikke var omfattet af ordningen og dermed ikke kunne opnå de respektive fordele, og konkluderede, at situationen for de to grupper af virksomheder uden dette bevis ikke var sammenlignelig, og at de fordele, der indrømmes virksomheder i den første gruppe, ikke kan anses for at være selektive. Der er efter min opfattelse to årsager til, at denne konklusion ikke kan støttes.

43. Jeg mener for det første, at den bygger på en urigtig faktisk forudsætning. Den kvantitative forskel [24] mellem de NO_x-reduktionsforpligtelser, der påhviler de forskellige nederlandske anlæg set i forhold til deres forureningspotentiale (disse forpligtelser

20 — Præmis 41. I samme retning Ecotrade-dommen, præmis 41, og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 26.

21 — Jf. dom af 15.6.2006, forenede sager C-393/04 og C-41/05, Air Liquide Industries Belgium, Sml. I, s. 5293, præmis 31, og af 15.7.2004, sag C-501/00, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6717, præmis 120.

22 — Jf. bl.a. Ecotrade-dommen, præmis 28.

23 — Jf. bl.a. Unicredito Italiano-dommen, præmis 49.

24 — Selv om der i den appellerede dom henvises til den måde, emissionsstandarden beregnes på (præmis 91), og overordnet set til »karakteren« af de forpligtelser, som den omhandlede ordning indebærer, har Retten i det væsentlige refereret til det *kvantitative niveau* for emissionsreduktionsmålene.

bevirker, at de 250 virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, skal nedbringe deres samlede emissioner med 55 kilotons NO_x i 2010), er efter min opfattelse ikke til hinder for, at man sammenligner situationen for de virksomheder, der driver disse anlæg, i forhold til den byrde, som opfyldelsen af disse forpligtelser medfører for dem. En virksomhed, der råder over et eller flere anlæg med en eksisterende kapacitet på mindre end 20 MWt, og som derfor ikke er omfattet af den omhandlede ordning, kan således støde på de samme investerings- og omkostningsmæssige problemer med at overholde det emissionsloft, den er underlagt, som en virksomhed, der driver anlæg med en kapacitet på over 20 MWt, og som i henhold til den omhandlede ordning skal opfylde et kvantitativt højere emissionsreduktionsmål. Når udgifterne til at nedbringe emissionerne varierer fra virksomhed til virksomhed, kan det teoretisk set heller ikke afvises, at en sådan tilpasning er vanskeligere for den førstnævnte virksomhed, hvis dens udgifter til at reducere disse emissioner er højere end for den sidstnævnte virksomhed [25]. Det følger heraf, at selv om disse to virksomheder er pålagt forskellige forpligtelser, er den byrde, der hviler på dem, *relativt betragtet sammenlignelig*.

44. For det andet synes jeg heller ikke, at den konklusion, som Retten har draget, er forenelig med dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, der er nævnt i den appellerede doms præmis 86, og som Retten har baseret hele sit ræsonnement på. Det fremgår af denne doms præmis 41, at det for at afgøre, om en statslig foranstaltning er af selektiv karakter, er nødvendigt at tage stilling til, om den kan begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner« i forhold til andre virksomheder, der *under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning*, befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation. I det foreliggende tilfælde er det miljømæssige formål med den omhandlede ordning at reducere industriens emissioner af NO_x, dvs. af forurenende gasser, hvor det ikke er relevant, hvilken emissionskilde der foretager denne reduktion. I modsætning til, hvad Retten har konkluderet, *befinder alle virksomheder, hvis industrianlæg i Nederlandene udleder NO_x, sig* under hensyntagen til dette formål *i en sammenlignelig situation* [26]. Deres situation er stadig sammenlignelig, selv om staten for nogle af disse virksomheder har besluttet at forfølge dette formål ved at indføre en ordning for handel med emissionsrettigheder. Hvis denne ordning, uanset hvilke byrder den medfører, giver de virksomheder, der deltager i den, en fordel, er denne fordel selektiv, fordi

25 — Som den nederlandske regering i øvrigt har oplyst som svar på en række spørgsmål fra Retten, blev emissionsstandarden for det første år, hvor den omhandlede ordning fandt anvendelse, »med vilje fastsat på et højere niveau end gennemsnitsemissionen«, for at give de fleste virksomheder mulighed for at overholde den og erhverve et tilstrækkeligt antal emissionskreditter.

26 — I denne henseende gjorde Kommissionen også gældende i første instans, at det heller ikke er nødvendigt at påvise, at de virksomheder, der ikke er omfattet af ordningen for handel med emissionskvoter, er underlagt reduktionsforpligtelser eller emissionslofter, for at bekræfte, at den omhandlede ordning har selektiv karakter.

den kun gælder for et begrænset antal af de virksomheder, der udleder NO_x i Nederlandene — selv om der er tale om mange virksomheder, og de er udvalgt ud fra objektive kriterier.

45. En lang række afgørelser har bekræftet denne vurdering [27].

46. Jeg mener sammenfattende, at Retten gjorde sig skyldig i urigtig retsanvendelse i forbindelse med fastlæggelsen af omfanget af den bevisbyrde, der påhviler Kommissionen, hvor den konkluderede, at Kommissionen havde pligt til at bevise, at de virksomheder, der ikke var omfattet af den omhandlede ordning, var underlagt de samme forpligtelser til at nedbringe NO_x-emissionerne som de virksomheder, der henhørte under denne ordning.

47. Retten fandt desuden, at det påhvilede Kommissionen at bevise, at virksomheder, der var underlagt andre emissionslofter end dem, der var fastsat som led i den omhandlede ordning, kunne pålægges bøder, hvis de ikke overholdt disse lofter. Ved vurderingen af, om det er berettiget at pålægge en sådan bevisbyrde i det foreliggende tilfælde, skal det understreges, at Retten i den appellerede doms præmis 68 ff. fastslog, at den omhandlede ordning indebærer *to specifikke fordele* for de virksomheder, der er omfattet af den. Den gør det for det første muligt for disse virksomheder indbyrdes at handle med emissionsrettigheder, som følger indirekte af den emissionsstandard, som er fastsat for dem, og gør det for det andet muligt for virksomheder, der har udledt mere NO_x end den fastsatte emissionsstandard, at undgå at blive pålagt en bøde ved at købe emissionsrettigheder af de virksomheder, der har rettigheder i overskud. Det kan imidlertid være nødvendigt at bevise, at de virksomheder, der ikke er omfattet af den omhandlede ordning, pålægges bøder, hvis de overskrider emissionslofterne, for at fastslå, at den fordel, der er forbundet med muligheden for at undgå en sådan bøde, er selektiv, eftersom disse virksomheder uden dette bevis logisk set ikke befinder sig i en situation, der med hensyn til denne fordel kan sammenlignes med situationen for de virksomheder, der er omfattet af ordningen. Et sådant bevis er dog ikke relevant for vurderingen af, om den fordel, der ligger i, at emissionsrettighederne er omsættelige, er af selektiv karakter.

48. Det følger heraf, at Retten heller ikke i denne henseende har fortolket omfanget af Kommissionens bevisbyrde korrekt.

27 — Jf. bl.a. Ecotrade-dommen, hvori Domstolen fandt, at en lov, som indførte en procedure om særlig administration, der kun gjaldt for større kriseramte industrivirksomheder og ikke for alle insolvente virksomheder, var selektiv; dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11, vedrørende en støtteordning for anskaffelse af erhvervskøretøjer, der var forbeholdt fysiske personer og små og mellemstore virksomheder (jf. navnlig præmis 50, hvori Domstolen forkaster Kongeriget Spaniens argument om, at det var nødvendigt at udelukke store virksomheder, »som fornyer deres bilpark hyppigere og uden at have behov for støtte med henblik herpå«, med henblik på sikring af ordningens funktion); dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11, vedrørende en forhøjet reduktion af socialsikringsbidraget for specialarbejdere, som kun indrømmes virksomheder i visse sektorer i forarbejdningsindustrien og ikke tildeles virksomheder i andre sektorer, som også er karakteriseret ved manuel arbejdskraft (præmis 23-31), samt dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, præmis 48-53.

49. Jeg må, henset til det ovenfor anførte, tilslutte mig det andet underled af det andet appelanbringendes første led, hvorved appellanten har gjort gældende, at Retten har foretaget urigtig retsanvendelse ved fastlæggelsen af den bevisbyrde, der påhviler appellanten.

2. Det andet anbringendes andet led

50. Kommissionen har også delt dette led i to underled. Kommissionen mener for det første, at Retten i den sidste sætning i den appellerede doms præmis 88 og i dens præmis 97-100 fejlagtigt har konkluderet, at den omhandlede ordning ikke udgør statsstøtte, fordi den har til formål at beskytte miljøet. Retten har for det andet med urette anvendt en retspraksis, hvoraf det fremgår, at en foranstaltning ikke udgør statsstøtte, hvis den er berettiget af karakteren eller den almindelige opbygning af det system, som den er et led i.

51. Hvad angår det første underled vil jeg blot bemærke, at det følger af en urigtig fortolkning af den appellerede dom. I modsætning til det af appellanten anførte har Retten i de passager, som appellanten har henvist til, i det væsentlige bemærket, at kriteriet for fastlæggelsen af, hvilke virksomheder den omhandlede ordning finder anvendelse på, er i overensstemmelse med det miljømæssige formål, som den forfølger, og berettiget af karakteren og den almindelige opbygning af det system, den har indført. Der må tilsvarende tages afstand fra Kommissionens påstand — som den først og fremmest har fremsat i det andet underled — om, at Retten har modsagt sig selv i den appellerede doms præmis 97-100 ved at bemærke, at der i Nederlandene findes et mere omfattende system for emission af NO_x, som den omhandlede ordning er en del af, når den netop havde kritiseret Kommissionen for ikke at have godtgjort, at der fandtes et sådant generelt system, i dommens præmis 91-94. Præmis 97-100 bygger for det første på en ren hypotese, der i øvrigt er nævnt for fuldstændighedens skyld, og for det andet har Retten i de passager, hvor den omtaler »systemets karakter og almindelige opbygning«, henvist til det »system«, der er indført ved den omhandlede ordning — med hensyn til hvilket det efter Rettens opfattelse skal kontrolleres, om den sondring mellem virksomhederne, som den antager, at der foreligger, er sammenhængende [28] — og ikke, som Kommissionen mener, til et generelt »mere omfattende« system for NO_x, der finder anvendelse i Nederlandene.

52. Kommissionen har i forbindelse med det andet underled subsidiært anført, at det i

28 — Jf. den appellerede doms præmis 97.

modsætning til, hvad Retten har konkluderet, hverken af hensyn til ordningens miljømæssige formål eller af hensyn til systemets karakter eller almindelige opbygning er berettiget at tildele omsættelige emissionsrettigheder til et begrænset antal virksomheder, som fastlægges ud fra kapaciteten af de industrianlæg, som de råder over. Den har herved henvist til præmis 52 og 53 i dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, der er nævnt i punkt 39 i dette forslag til afgørelse. Kommissionen har overordnet gjort gældende, dels at det tilkommer den pågældende medlemsstat at bevise under den administrative procedure, at den anmeldte foranstaltning er begrundet i systemets karakter og almindelige opbygning — hvilket Nederlandene ikke har bevist i det foreliggende tilfælde — dels at en sådan begrundelse skal fortolkes og anvendes strengt, da den udgør en undtagelse fra princippet om, at en foranstaltning, der begunstiger visse virksomheder, må anses for statsstøtte.

53. Der gøres opmærksom på, at Domstolen i den retspraksis, der er nævnt i den appellerede doms præmis 97, i forbindelse med skattemæssige indgreb har præciseret, at foranstaltninger, der er af selektiv karakter, fordi de indfører en sondring mellem virksomheder, ikke nødvendigvis skal kvalificeres som støtte, når denne sondring følger af det afgiftssystems karakter eller opbygning, som disse foranstaltninger er en del af [29]. Domstolen anvender generelt det kriterium, der er fastsat i denne retspraksis, på »foranstaltninger, hvorved virksomheder pålægges forskellige byrder« [30].

54. Retten udtalte i den appellerede doms præmis 99, at i det foreliggende tilfælde »fastlægges de virksomheder, der modtager fordelen, efter systemets karakter og almindelige opbygning på baggrund af deres betydelige NO_x-emissioner og den specifikke standard for reduktion, som gælder for dem«, og at »[ø]kologiske hensyn begrunder, at der sondres mellem virksomheder med udledninger af store mængder NO_x og andre virksomheder«. Retten bemærkede desuden, at »[g]ennemførelsen af disse principper skal ske under hensyntagen til artikel 6 EF, sammenholdt med artikel 87 EF«.

55. Jeg finder ikke Rettens ræsonnement overbevisende. Jeg mener for det første ikke, at sondringen mellem mere eller mindre forurenende anlæg kan anses for at være »uadskilleligt forbundet med« et system, der sigter mod at reducere industriel forurening, og at det derfor er klart, at denne sondring er

29 — Jf. i denne retning dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 33, Unicredito Italianodommen, præmis 51, og dom af 6.9.2006, sag C-88/03, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 7115, præmis 52.

30 — Jf. bl.a. dom af 26.9.2002, sag C-351/98, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8031, præmis 42, af 14.4.2005, forenede sager C-128/03 og C-129/03, AEM og AEM Torino, Sml. I, s. 2861, og af 2.4.2009, sag C-431/07 P, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2665, der stadfæstede Rettens dom af 4.7.2007, sag T-475/04, Sml. II, s. 2097.

berettiget af dets miljømæssige formål. Som Kommissionen med rette har påpeget, er alle NO_x-emissioner skadelige for miljøet, uanset hvor stort et anlæg de stammer fra [31]. I modsætning til det af Retten anførte er de økologiske hensyn ikke tilstrækkelige til at begrunde en sondring mellem virksomheder, som kun er baseret på et kvantitativt kriterium som det, der er anvendt i forbindelse med den omhandlede ordning. Det skal i øvrigt indskydes, at Rettens ikke nærmere præciserede henvisning til artikel 6 EF, sammenholdt med artikel 87 EF, leder tankerne hen på visse præmisser i Rettens dom af 13. september 2006 i sagen British Aggregates mod Kommissionen, som Domstolen ophævede nogle måneder efter afsigelsen af den appellerede dom [32].

56. Når der ikke var ført bevis for, at PSR ikke fandt anvendelse på virksomheder, hvis industrianlæg var mindre end dem, der var fastsat efter den omhandlede ordning — hvilket det påhvilede Nederlandene at gøre [33] — er det for det andet ikke muligt at konkludere, som Retten har gjort, at den sondring mellem virksomheder, der foretages i henhold til denne ordning, følger af systemets karakter og almindelige opbygning på baggrund af den specifikke standard for reduktion, som gælder for nogle af disse virksomheder, men ikke for dem alle.

57. Jeg mener på dette grundlag også, at det andet underled af Kommissionens andet appelanbringendes andet led bør tiltrædes, og at Retten fejlagtigt har konkluderet i den appellerede doms præmis 97-100, at den sondring, der efter den omhandlede ordning foretages mellem virksomheder med anlæg, hvis kapacitet er på mere end 20 MWt, og virksomheder med anlæg, hvis kapacitet ligger under denne tærskel, er begrundet i systemets karakter og opbygning som beskrevet i den retspraksis, der er nævnt i punkt 53 i dette forslag til afgørelse.

C — *Forslag til afgørelse vedrørende appellen*

58. Jeg foreslår, henset til det ovenfor anførte, at Domstolen tager det andet appelanbringende, som Kommissionen har fremsat subsidiært, til følge og ophæver den appellerede dom.

31 — Jf. i denne retning præmis 52 og 53 i dommen i sagen Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, som Kommissionen har henvist til.

32 — Sag T-210/02, Sml. II, s. 2789, særligt præmis 115 og 117; jf. Domstolens dom af 22.12.2008, sag C-487/06 P, British Aggregates mod Kommissionen, Sml. I, s. 10505, præmis 86 ff., særligt præmis 90-92.

33 — Dom af 29.4.2004, sag C-159/01, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 4461, præmis 43.

V — Kontraappellerne

59. Nederlandene og Tyskland har iværksat kontraappel til prøvelse af den del af dommen, hvori Retten forkastede det anbringende, som Nederlandene havde fremført i første instans vedrørende Kommissionens urigtige anvendelse af begrebet »fordel finansieret ved hjælp af statsmidler« i artikel 87, stk. 1, EF's forstand (den appellerede doms præmis 63-78).

60. Tysklands appel er både iværksat på et selvstændigt grundlag og under forudsætning af, at hovedappellen tages til følge. For så vidt som der er tale om et selvstændigt klagepunkt, skal det efter min opfattelse afvises. Efter fast retspraksis er det således kun parter, der helt eller delvis har tabt sagen i første instans, der kan iværksætte appel til prøvelse af Rettens dom [34]. Selv om Retten i det foreliggende tilfælde i den del af dommen, som kontraappellen er rettet mod, forkastede det anbringende, som Nederlandene havde fremført med støtte af Tyskland, gav den alligevel disse medlemsstater fuldt medhold i deres påstande og annullerede den anfægtede beslutning i det hele. Domstolen kan derfor kun antage disse medlemsstaters appel til realitetsbehandling, for så vidt som Domstolen tager Kommissionens appel til følge og dermed rejser tvivl om Rettens kvalificering af den omhandlede ordning.

61. Nederlandene og Tyskland har støttet deres kontraappeller på et enkelt anbringende, der er delt i to led, vedrørende tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF. De har for det første gjort gældende, at de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, ikke har *nogen fordel* af den, og for det andet, at denne fordel — såfremt den foreligger — ikke er *finansieret af statsmidler*. Retten har som følge heraf fortolket og anvendt begreberne »fordel« og »finansiering ved hjælp af statsmidler« i artikel 87, stk. 1, EF's forstand forkert.

34 — Jf. dom af 29.4.2004, forenede sager C-199/01 P og C-200/01 P, IPK-München mod Kommissionen, Sml. I, s. 4627, præmis 42, og generaladvokat Mischos forslag til afgørelse af 10.7.2003 i denne sag, punkt 21-29. Jf. ligeledes Domstolens præsidents kendelse af 17.12.1998, sag C-363/98 P(R), Emesa Sugar mod Rådet, Sml. I, s. 8787. I dommen i sagen Procter & Gamble mod KHIM synes Domstolen at have indtaget en anden holdning. Her havde appellanten i sagen for Domstolen fået annulleret den anfægtede retsakt i første instans på grundlag af et processuelt anbringende, der var fremført til støtte for de subsidiære påstande, hvorimod det realitetsanbringende, som appellanten havde fremført til støtte for sin principale påstand, var blevet forkastet (dom af 20.9.2001, sag C-383/99 P, Sml. I, s. 6251, præmis 18-26).

A — *Det første led om urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet fordel i artikel 87, stk. 1, EF's forstand*

62. Med det eneste appelanbringendes første led har den nederlandske og tyske regering først og fremmest anfægtet Rettens konklusion om, at det udgør en fordel for virksomhederne, at emissionsrettighederne ifølge den omhandlede ordning er omsættelige. Nederlandene har desuden anfægtet konklusionen i den appellerede doms præmis 73 om, at den omhandlede ordning giver de virksomheder, der udleder mere NO_x end den fastsatte emissionsstandard, mulighed for at undgå at blive pålagt en bøde ved at købe emissionsrettigheder på markedet.

1. Emissionsrettighedernes omsættelighed

63. Det skal indledningsvis påpeges, at Domstolen, fordi der i EU-retten lægges stor vægt på målet om at indføre og bevare en ordning med fri konkurrence [35], på et meget tidligt tidspunkt i sin retspraksis har anlagt en vid fortolkning af begrebet statsstøtte. Dette begreb omfatter ikke blot positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes »de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger« [36]. En foranstaltning, der har til formål at forhindre, at en virksomheds budget belastes med en omkostning, der under normale omstændigheder ikke ville være forekommet, udgør imidlertid ikke støtte [37]. Som jeg tidligere har nævnt, fremgår det desuden af fast retspraksis, at artikel 87, stk. 1, EF ikke sondrer under hensyn til grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger [38]. Det følger heraf, at den omstændighed, at en foranstaltning har et økonomisk, strukturelt, socialt [39] eller miljømæssigt [40] formål, ikke uden videre kan medføre, at den falder uden for begrebet støtte i

35 — Jf. bl.a. dom af 29.6.2006, sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, præmis 31, og af 11.9.2008, forenede sager C-75/05 P og C-80/05 P, Tyskland m.fl. mod Kronofrance, Sml. I, s. 6619, præmis 66.

36 — Jf. bl.a. dom af 23.2.1961, sag 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, på s. 217, org.ref.: Rec. s. 1, på s. 38, af 29.6.1999, sag C-256/97, DM Transport, Sml. I, s. 3913, præmis 19, og af 14.9.2004, sag C-276/02, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8091, præmis 24.

37 — Dom af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 43-49.

38 — Jf. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, Sml. s. 709, præmis 27, dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 20, og dom af 13.6.2002, sag C-382/99, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 5163, præmis 61.

39 — Jf. dom af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit Italiana, Sml. s. 1205, præmis 31, dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 13, vedrørende foranstaltninger til bevaring af beskæftigelsen i tekstilsektoren, og dom af 12.12.2002, sag C-5/01, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 11991, præmis 46, vedrørende foranstaltninger til finansiering af en nedsættelse af arbejdstiden for de tarifansatte i en virksomhed.

40 — Jf. bl.a. dommen i sagen British Aggregates mod Kommissionen, præmis 84.

denne bestemmelse [41]. Som generaladvokat Léger understregede i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg [42], er de aspekter, der kendetegner en foranstaltning — det gælder f.eks. den form, hvorunder støtten ydes, foranstaltningens juridiske status i national ret, den omstændighed, at foranstaltningen indgår i en støtteordning, foranstaltningens formål eller de offentlige myndigheders og modtagervirksomhedens hensigter — ikke relevante på det trin, hvor det skal fastslås, om der er tale om støtte, da de ikke kan påvirke konkurrencen. De kan derimod være relevante på et senere trin af vurderingen, når det skal fastslås, om den statslige foranstaltning er berettiget under hensyn til undtagelsesbestemmelserne i traktaten.

64. De argumenter, som Nederlandene og Tyskland har gjort gældende, skal især efterprøves ud fra disse principper. Disse medlemsstater har til støtte for deres antagelse om, at emissionsrettighedernes omsættelighed ikke udgør en fordel for de virksomheder, der er underlagt den omhandlede ordning, indledningsvis påpeget, at disse virksomheder kun kan sælge deres emissionsrettigheder, hvis og i det omfang det lykkes for dem at reducere deres NO_x-emissioner ud over den fastsatte standard takket være de investeringer, de har foretaget. Antallet af omsættelige emissionsrettigheder er således ikke fastsat på forhånd, men afhænger udelukkende af denne yderligere reduktion. Disse rettigheders værdi fastsættes desuden af de pågældende aktører og afhænger helt og holdent af, hvor mange rettigheder der findes på markedet. Den tyske regering har desuden anført, at denne værdi også kan være nul, når alle de virksomheder, der er omfattet af ordningen, overholder de emissionslofter, der gælder for dem. Ifølge den tyske regering kan en ydelse i form af et vederlag, der svarer til markedsprisen, i hvert fald ikke medføre en fordel og udgør ikke statsstøtte.

65. Disse argumenter har dels til formål at bestride, at den formodede fordel, der består i, at emissionsrettighederne er omsættelige, kan *tilregnes staten*, dels at rejse tvivl om, hvorvidt der *foreligger en sådan fordel*, der betegnes som rent teoretisk. Argumenterne bør efter min mening forkastes i forhold til begge aspekter.

66. Med hensyn til det første aspekt skal det påpeges, at den form, hvorunder den statslige intervention finder sted, ikke er relevant på det trin, hvor det skal fastslås, om der er tale om støtte. En foranstaltning, som kun indirekte er til fordel for den begunstigede virksomhed, fordi den letter de byrder, der normalt belaster dens budget, kan også udgøre støtte

41 — Jf. bl.a. dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 21, dom af 29.4.1999, sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2459, præmis 23, og dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 25.

42 — Punkt 81 i forslaget til afgørelse af 14.1.2003 (dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Sml. I, s. 7747).

som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Den fordel, der følger af en offentlig intervention, kan desuden stadig tilregnes staten, selv om den begunstigede virksomhed er nødt til at udvise en bestemt adfærd for at opnå denne fordel [43]. I det foreliggende tilfælde er det klart, at de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, uanset hvilken adfærd der kræves af dem, indrømmes en fordel som følge af NO_x-emissionsrettighedernes omsættelighed, men at denne fordel først og fremmest afhænger af, at staten dels tillader, at de sælger disse rettigheder, dels tillader, at virksomheder, der har udledt for meget NO_x, kan erhverve de manglende emissionsrettigheder fra andre virksomheder, således at der etableres et marked for disse rettigheder. Som det med rette bemærkes i den appellerede doms præmis 70, er en sådan fordel, såfremt den foreligger, knyttet til statens intervention, selv om staten ikke direkte tildeler emissionsrettigheder til de omhandlede virksomheder.

67. Hvad angår det andet aspekt af den nederlandske og den tyske regerings argumentation giver den omstændighed, at den fordel, der er forbundet med en specifik statslig intervention, under visse omstændigheder ikke er til reel gavn for den pågældende virksomhed — f.eks. hvis alle de virksomheder, der deltager i ordningen, blot overholder de emissionslofter, der finder anvendelse for dem — efter min opfattelse ikke i sig selv anledning til at udelukke, at den tages i betragtning, når interventionen kvalificeres som støtte. Det skal i øvrigt understreges, at formålet med det system, der er indført ved den omhandlede ordning, er at regulere reduktionen af NO_x-emissioner i industrisektoren i en årrække, og at de virksomheder, der er tilknyttet dette system, som det bl.a. fremgår af den appellerede doms præmis 71, har mulighed for at omsætte alle emissionsrettigheder og ikke kun de kreditter, der er til overs ved årets udgang, fordi der er en positiv forskel mellem den godkendte emission og den faktiske emission. Under disse omstændigheder er den af den tyske regering opstillede hypotese i praksis uden større betydning.

68. Nederlandene og Tyskland har desuden gjort gældende, at ordningen med omsættelige rettigheder har til formål at *dække* de omkostninger, som virksomhederne må afholde for at nedbringe deres emissioner eller for at erhverve de rettigheder, der er nødvendige for, at de kan overholde den fastsatte standard. Denne ordning bidrager ikke til at lette de byrder, der normalt belaster de pågældende virksomheders budget, og giver dem ingen fordel, men skal sættes i relation til de strengere emissionslofter, der er indført som led i den omhandlede ordning. Den tyske regering har endelig anført, at det i modsætning til, hvad Retten har bemærket, heller ikke kan konkluderes, at det medfører en fordel for de

43 — Hensigten med at iværksætte stimulerende foranstaltninger er netop at tilskynde virksomhederne til at anlægge en bestemt adfærd, som opfylder specifikke formål, bl.a. af økonomisk, social eller miljømæssig karakter, som staten forfølger.

virksomheder, der indgår i ordningen, at de har mulighed for at handle med kreditter i forbindelse med emissionsrettigheder.

69. Jeg mener også, at dette argument bør forkastes.

70. Det skal indledningsvis understreges, at det i princippet ikke kan afvises, at der er tale om støtte, når den omhandlede foranstaltning har til formål at kompensere for de ulemper, som de pågældende virksomheder udsættes for, og de merudgifter, som de pålægges, som følge af negative økonomiske konjunkturer, lovindgreb [44] eller ændringer af de regler, som disse virksomheder er underlagt [45].

71. Som den nederlandske regering selv har gjort opmærksom på, skal det dog påpeges, at virksomheder, der har foretaget investeringer for at nedbringe NO_x-emissionerne ud over de lofter, der følger af anvendelsen af PSR, i hvert fald delvis kan få dækket deres omkostninger ved at sælge de tilsvarende emissionsrettigheder på markedet. De virksomheder, der ikke formår at overholde disse lofter, kan vælge at investere i foranstaltninger med henblik på at reducere emissionerne fra deres anlæg eller at erhverve de nødvendige emissionsrettigheder på markedet. Som Nederlandenes repræsentant selv påpegede under retsmødet, afhænger dette valg især af, hvor stor forskel der er på udgifterne til at erhverve emissionsrettigheder, som svinger med markedet, og udgifterne til finansiering af de interventioner, der skal reducere NO_x-emissionerne. De virksomheder, der er omfattet af ordningen, kan i begge tilfælde, fordi Nederlandene har gjort emissionsrettighederne omsættelige, i større eller mindre grad sænke de omkostninger, som er forbundet med deres miljøinvesteringer, eller som er nødvendige for at opfylde de miljømæssige forpligtelser, der

44 — Jf. bl.a. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, hvori Domstolen fandt, at Den Italienske Republiks nedsættelse af de sociale byrder i tekstilsektoren udgjorde støtte, selv om formålet var at kompensere for den ulempe, som den tidligere gældende finansieringsordning for familietilskud medførte for sektorer, der havde en stor andel af kvindelig arbejdskraft, samt dom af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, hvori Domstolen forkastede den græske regerings argument om, at rentegodtgørelsen til eksportørerne skulle være neutral, fordi den alene ophævede de negative virkninger, som de forhøjede rentesatser havde for eksportørerne, men ikke gav dem en ekstra fordel, og af 5.10.1999, sag C-251/97, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 6639, hvori Domstolen forkastede den franske regerings argument om, at den omhandlede lettelse af de sociale sikringsbidrag alene dækkede de usædvanlige merudgifter, som virksomhederne havde påtaget sig efter de kollektive forhandlinger, og at de anfægtede foranstaltninger under alle omstændigheder, når henses til disse merudgifter, måtte anses for økonomisk neutrale.

45 — Jf. bl.a. vedrørende støtte til kompensation for strandede omkostninger i liberaliserede sektorer, med forbehold af den eventuelle anvendelse af dommen i sagen Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg; vedrørende kompensation for omkostninger til opfyldelse af forpligtelser til offentlig tjeneste, dom af 17.7.2008, sag C-206/06, Essent Netwerk Noord m.fl., Sml. I, s. 5497.

normalt belaster deres budget [46]. Muligheden for at sænke omkostningerne udgør en fordel for disse virksomheder. Som Nederlandene har præciseret i sit svar på Rettens skriftlige spørgsmål, »bestemmer [virksomhederne] selv, hvordan de vil overholde den fastsatte emissionsstandard« som led i ordningen for handel med emissionsrettigheder for NO_x. Ordningen gør det desuden muligt at fordele de samlede udgifter til at indføre denne standard mellem de 250 virksomheder i gruppen, hvilket både er til fordel for de virksomheder, hvis omkostninger til at reducere emissionerne er lave, og som får råd til at foretage reduktioner ud over standarden, og for virksomheder, hvis omkostninger er højere, og som får et alternativ til de strukturinterventioner, der er nødvendige for at overholde standarden.

72. Nederlandenes og Tysklands argument om, at muligheden for at omsætte emissionsrettigheder skal sættes i relation til de strengere mål, som de pågældende virksomheder er underlagt med hensyn til reduktion af NO_x-emissioner, er under disse omstændigheder ikke relevant. For så vidt som dette argument sigter mod at begrunde de fordele ved emissionsrettighedernes omsættelighed, som jeg har beskrevet ovenfor, henset til de miljømæssige formål, der forfølges med den omhandlede ordning, bør det forkastes ifølge Domstolens faste praksis, der er nævnt i punkt 63 i dette forslag til afgørelse, hvorefter artikel 87, stk. 1, EF ikke sondrer under hensyn til grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger.

73. Det argument, som den tyske regering har gjort gældende, og som Nederlandenes repræsentant gentog under retsmødet, nemlig at de omsættelige emissionsrettigheder udgør et vederlag, der svarer til markedsprisen, for det arbejde, som virksomhederne har gjort for at nedbringe deres emissioner af NO_x, bør ligeledes forkastes. Som jeg netop har forklaret, er de omkostninger, der er forbundet med at reducere emissionerne, selv om det er hensigten er at reducere disse ud over den lovligt tilladte standard for en virksomhed, et led i de byrder, der normalt belaster virksomhedens budget, og en sådan reduktion kan ikke anses for en »ydelse«, for hvilken de omsættelige rettigheder udgør et vederlag, der svarer til markedsprisen. Selv om den kompensationsmekanisme, som indgår i det system for handel med emissionsrettigheder, der er indført

46 — Ifølge princippet om, at »forureneren betaler«, der i henhold til artikel 191 TEUF er et af de grundlæggende principper for EU's miljøpolitik, som fortolket af Domstolen, skal operatørerne afholde udgifter til genopretning af skader i relation til forurening på grund af deres medvirken til frembringelse af forurening eller risiko for forurening (jf. bl.a. dom af 9.3.2010, sag C-378/08, ERG m.fl., Sml. I, s. 1919, præmis 56). Disse udgifter skal derfor betragtes som byrder, der *normalt belaster budgettet* for de virksomheder, hvis aktiviteter har negative miljøvirkninger, og der er ikke tale om ekstraordinære byrder for disse virksomheder.

ved den omhandlede ordning, kan tages i betragtning, når det vurderes, om ordningen er forenelig med det indre marked[47], er den dog ikke relevant for afgørelsen af, om denne ordning giver de virksomheder, der er omfattet af den, en fordel, som kan udgøre støtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand.

74. Det skal endelig tilføjes, at de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, som jeg allerede har nævnt, har mulighed for at omsætte alle emissionsrettigheder og ikke kun de rettigheder, der er til overs ved årets udgang som følge af den positive forskel mellem den godkendte emission og den faktiske emission. Det giver dem en ekstra fordel, at de får adgang til likvide midler ved at sælge emissionsrettigheder, inden betingelserne for den endelige tildeling heraf er opfyldt.

2. Muligheden for at undgå bøder

75. Nederlandene mener, at Retten fejlagtigt bemærkede i den appellerede doms præmis 73, at den omhandlede ordning udgør en fordel for de virksomheder, der udleder mere NO_x end den fastsatte emissionsstandard, fordi den gør det muligt for dem at undgå at blive pålagt en bøde ved at købe emissionsrettigheder af de virksomheder, der har rettigheder i overskud.

76. Nederlandene har til støtte herfor i det væsentlige gjort gældende, at virksomhederne ikke slipper for at erhverve de manglende emissionsrettigheder ved at betale bøden, og at der derfor ikke er tale om noget reelt alternativ for dem. Det skal indledningsvis påpeges, at dette argument, selv om det antages, at formålet er at gøre gældende, at der er foretaget en urigtig retsanvendelse, og ikke at bestride de vurderinger af de faktiske omstændigheder, der er sket i den appellerede dom, efter min opfattelse er uden betydning, fordi det ikke afkræfter Rettens konklusion om, at de virksomheder, der har overskredet emissionsstandarden, undgår at blive pålagt en bøde ved at erhverve de manglende emissionsrettigheder inden årets udgang.

77. Det kan på den anden side heller ikke påstås, sådan som det ser ud til, at Nederlandene indirekte har gjort, at der i denne konklusion ikke tages højde for, at den strafbare adfærd består i, at to betingelser, der skal betragtes som kumulative, ikke er blevet opfyldt, nemlig at den fastsatte standard er blevet overskredet, og at de manglende emissionsrettigheder ikke er blevet erhvervet. Dette argument er således alt for formalistisk. I forhold til en virksomhed, som ikke er omfattet af det system for handel med emissionsrettigheder, der er indført ved den omhandlede ordning, og som under bødeansvar er forpligtet til at overholde de gældende

47 — Jf. beslutningens punkt 3.3.

emissionsgrænser [48], har de virksomheder, der er omfattet af dette system, et alternativ til sanktionen, hvis de overskrider den fastsatte standard. Nederlandene synes at mene, at der ikke er tale om et reelt alternativ, hvilket er forkert. De pågældende virksomheder kan ved årets udgang beslutte, om de vil erhverve de manglende rettigheder med det samme eller betale bøden og erhverve rettighederne på et senere tidspunkt [49]. De vil vælge den første løsning, når det set ud fra emissionsrettighedernes markedsværdi er mere fordelagtigt at erhverve de manglende rettigheder end at betale bøden. Den anden løsning vil de til gengæld vælge, når de anslår, at rettighedernes markedsværdi vil falde i et sådant omfang, at det er mere fordelagtigt at udskyde købet, selv om det betyder, at de er nødt til at betale bøden, eller når de skønner, at de i det følgende år, takket være de investeringer, de har foretaget eller har planer om at foretage, vil råde over emissionsrettigheder, der gør det muligt at kompensere for dem, de mangler i det indeværende år (herunder den yderligere reduktion på 25 %, som de vil blive pålagt).

78. Jeg mener som følge heraf ikke, at det ud fra de argumenter, Nederlandene har fremført, kan konkluderes, at der er foretaget en urigtig retsanvendelse i den appellerede doms præmis 73.

3. Forslag til afgørelse vedrørende det første led

79. Jeg mener på baggrund af det anførte, at det første led om urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet fordel i artikel 87, stk. 1, EF's forstand bør forkastes.

B — *Det andet led om urigtig fortolkning og anvendelse af begrebet »finansiering ved hjælp af statsmidler« i artikel 87, stk. 1, EF's forstand*

80. Nederlandene og Tyskland har med det andet led anfægtet den appellerede doms præmis 75-77, hvori det konkluderes, at de fordele, som den omhandlede ordning indebærer, er finansieret af statsmidler.

81. Retten har i den appellerede dom i det væsentlige fastslået, at Nederlandene har givet afkald på statsmidler ved at stille

48 — Nederlandene bekræftede under retsmødet, at de virksomheder, der er omfattet af den omhandlede ordning, er ansvarlige for ca. 90 % af de industrielle emissioner af NO_x, og at de virksomheder, der er ansvarlige for de resterende 10 %, er underlagt emissionsgrænser og pålægges sanktioner, hvis grænserne overskrides.

49 — Jf. Kongeriget Nederlandenes svar på Rettens skriftlige spørgsmål.

NO_x-emissionsrettigheder gratis til rådighed for de pågældende virksomheder i stedet for at sælge disse rettigheder eller tildele dem ved licitation og ved at tillade virksomheder, der har udledt for meget NO_x, at erhverve de manglende emissionsrettigheder, så de undgår at skulle betale en bøde. Den har baseret sig på Domstolens faste praksis, hvoraf det fremgår, at det også kan udgøre støtte, at staten giver afkald på indtægter, selv om det ikke indebærer en overførsel af statslige midler [50]. Domstolen har på grundlag af denne praksis tidligere fastslået, at betingelsen om, at der skal være sket en finansiering ved hjælp af statsmidler, er opfyldt i forbindelse med en afgiftsfritagelse eller skattebegunstigelse [51], en henstand med betaling af skat og under visse omstændigheder lettelser med hensyn til betaling af socialsikringsbidrag, der ydes skønsmæssigt til en virksomhed af et organ, der har til opgave at indkassere disse bidrag [52], levering af varer og tjenesteydelser på særligt gunstige vilkår [53] samt afkald på offentlige fordringer eller fritagelse for forpligtelsen til at betale bøder [54].

82. Nederlandene har til støtte for sin indsigelse først og fremmest gjort gældende, at denne medlemsstat har begrænset sig til at »skabe et regelsæt, som gør det muligt for virksomheder med store industrianlæg at mindske udledningen af NO_x på rentabel måde«. Nederlandene har understreget, at de omsættelige emissionsrettigheder skabes direkte af disse virksomheder, og at deres værdi bestemmes af markedet. En sådan ordning gør det muligt for virksomhederne indbyrdes at »kompensere for« emissioner, der er større eller lavere end den fastsatte standard. Da formålet med disse argumenter i det væsentlige er at rejse i tvivl om, hvorvidt de fordele, der er forbundet med muligheden for at omsætte emissionsrettigheder, kan tilregnes staten, vil jeg herved blot henvise til punkt 66 ff. i dette forslag til afgørelse, hvori jeg allerede har behandlet dette spørgsmål [55].

83. Nederlandene har tilføjet, at det alternativ, som Retten har anført i den appellerede dom, dvs. at staten sælger rettigheder til emission af NO_x eller tildeler dem ved licitation, vil forværre situationen for virksomhederne, der allerede er underlagt strenge mål for reduktion af disse emissioner, og at det under alle omstændigheder vil være uforeneligt med den ordning, der er indført. Dette argument finder jeg ikke relevant. Betragtningerne om, at det er nødvendigt at bevare sammenhængen i ordningen og dens stimulerende effekt samt dens miljømæssige formål i almindelighed, kan således spille en rolle for vurderingen af, om den omhandlede ordning

50 — Jf. bl.a. dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, præmis 14, og af 19.5.1999, sag C-6/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2981, præmis 16.

51 — Jf. dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 26 og 27, samt dommen i sagen Banco Exterior de España, præmis 14, og i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 50, præmis 16.

52 — DM Transport-dommen.

53 — Dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 59.

54 — Piaggio-dommen, præmis 41.

55 — Jeg kan indskyde, at Domstolen i dommen i sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, præmis 26-27, udelukkede, at den forbindelse, der består mellem en skattebegunstigelse med hensyn til erhvervelse af andele i visse virksomheder og den fordel, som de berørte virksomheder opnår, kan ophæves, alene fordi tildelingen af denne fordel beror på investorernes selvstændige beslutning.

er forenelig med det indre marked, men de er ikke relevante for afgørelsen af, om de fordele, som ordningen medfører for de pågældende virksomheder, er finansieret af statsmidler. Den omstændighed, at de pågældende virksomheder er underlagt meget strenge mål med hensyn til reduktion af emissioner, og at de er tildelt omsættelige emissionsrettigheder, er ganske vist forskellige aspekter af den samme ordning, men disse aspekter kan alligevel bedømmes særskilt med henblik på at fastslå, om denne ordning indebærer elementer af støtte [56].

84. Det argument, som den tyske regering har fremført, er efter min opfattelse mere holdbart. Denne regering har påpeget, at fællesskabsretten ikke indebærer, at medlemsstaterne har pligt til at sælge emissionsrettigheder for luftforurenende stoffer eller tildele dem ved licitation, men gør det muligt for dem at tildele emissionsrettigheder mod betaling eller gratis.

85. Som Kommissionen selv erkendte under sagen i første instans og i retsmødet for Domstolen, indeholder fællesskabsretten ikke en sådan forpligtelse og pålægger heller ikke medlemsstaterne at indføre en særlig ordning for at opfylde de målsætninger om reduktion af NO_x-emissionerne, der er fastsat i direktiv 2001/81. Medlemsstaterne kan i det væsentlige frit vælge mellem at indføre en traditionel ordning, der er baseret på teknologiske krav eller emissionslofter, og hvor der pålægges bøder i tilfælde af overskridelser, eller et reguleringsinstrument, der er baseret på markedsmekanismen, og hvor der indføres et ordning med omsættelige emissionsrettigheder, eller de kan, som Nederlandene har gjort, vælge at kombinere de to muligheder. Hvis de bestemmer sig for at indføre en ordning med omsættelige rettigheder, kan de frit vælge at tildele disse rettigheder gratis (»grandfathering«) eller at sælge dem eller tildele dem ved licitation.

86. Jeg mener dog ikke, at denne frihed udelukker, at de foranstaltninger, der træffes for at gennemføre dette valg, indeholder støtteelementer, ligesom bestemmelserne om en skatteordnings gennemførelse kan indebære, at der tildeles støtte, selv om staterne i mangel af specifikke fællesskabsforpligtelser principielt frit kan vælge, om de vil gøre brug af skattelettelser eller ej og ikke har pligt til at generere skatteindtægter i et bestemt omfang.

87. I det foreliggende tilfælde mener jeg snarere, at det svarer til at »give afkald på offentlige midler« som beskrevet i den retspraksis, der er nævnt i punkt 81 i dette forslag til afgørelse, hvis en medlemsstat direkte eller indirekte stiller rettigheder til emission af luftforurenende stoffer gratis til rådighed for de

56 — Jf. Domstolens dom af 22.3.1977, sag 74/76, Iannelli & Volpi, Sml. s. 557, præmis 14-17, der vedrører muligheden for at sondre mellem forskellige aspekter af en statsstøtteforanstaltning med henblik på at undersøge, om den er forenelig med traktatens støttebestemmelser.

virksomheder, der er aktive på markedet for disse rettigheder, når den tillader og ligefrem tilskynder til, at der oprettes et sådant marked og dermed reelt gør disse rettigheder til omsættelige immaterielle aktiver.

88. Jeg er ikke enig i de indvendinger, som den nederlandske og den tyske regering har fremført mod denne konklusion.

89. De har indledningsvis afvist, at staten har tildelt emissionsrettigheder i det foreliggende tilfælde, eftersom disse rettigheder er en konsekvens af virksomhedernes handlinger og af de investeringer, som de har foretaget for at nedbringe deres emissioner. Denne indvending gendrives af de faktiske omstændigheder, hvoraf det fremgår, at staten ganske vist ikke tildeler disse rettigheder som sådan, men dog indirekte stiller dem til rådighed for de virksomheder, der er omfattet af ordningen. Det skal herved understreges, at emissionsrettighederne ifølge Retten [57] kan omsættes når som helst, dvs. både før og efter, at betingelserne for, at de opstår, er opfyldt (nedbringelse af emissionerne til en mængde, der ikke overstiger det fastsatte loft). Der gøres desuden opmærksom på, at staten på det tidspunkt, hvor den indførte den omhandlede ordning for handel med rettigheder — som det fremgår af Nederlandenes svar på Rettens skriftlige spørgsmål — ikke nøjedes med at gøre det tilladt at omsætte disse rettigheder og overlod det til markedsmekanismerne at afgøre, hvor mange rettigheder der skulle handles med, og hvilken værdi de skulle have, men med vilje fastsatte standarden på et lavt niveau for at gøre det muligt for størsteparten af virksomhederne at disponere over et tilstrækkeligt antal kreditter, som de kunne handle med, og fastlægge rettighedernes værdi på et niveau, der var fordelagtigt for dem.

90. Den nederlandske og den tyske regering har desuden indvendt, at de pågældende emissionsrettigheder ikke har nogen værdi på det tidspunkt, hvor de stilles til rådighed for virksomhederne, og ikke får nogen egentlig værdi, før de bringes på markedet. Dette forhold er efter min opfattelse ikke afgørende. Ved efterprøvelsen af, om staten har givet afkald på indtægter ved at stille disse rettigheder gratis til rådighed for virksomhederne, skal der således lægges vægt på, om disse rettigheder *kan* gøres til genstand for handel og opnå en værdi på markedet. Som Kommissionen med rette har bemærket, virker det i øvrigt kunstigt at adskille den fase, hvor rettigheden stilles til rådighed, fra den fase, hvor den omsættes, når emissionsrettighederne kan omsættes når som helst.

91. Når ordningen gør det muligt at handle med rettigheder, der endnu ikke er opstået, afkræfter det desuden den tyske regerings

57 — I dommens præmis 71 er det anført, at »alle indehavere af en emissionskvote havde en konto i registret over NO_x-emissioner og kunne sælge alle de rettigheder, der vedrørte de år, for hvilke en standard var blevet fastsat, herunder for kommende år«.

argument om, at virksomhederne ved at udlede en mængde NO_x, som ligger under det loft, der gælder for dem, får ret til at modtage et tilsvarende certifikat fra staten, hvilket betyder, at staten ikke kan kræve en bestemt pris eller tildele dette certifikat ved licitation.

92. Den nederlandske og den tyske regering har endelig argumenteret for, at den foreliggende sag minder om den, der gav anledning til PreussenElektra-dommen [58]. Dette argument bør efter min opfattelse også forkastes. I PreussenElektra-dommen fastslog Domstolen, at en medlemsstats ordning, der dels forpligtede private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet i deres forsyningsområde fra vedvarende energikilder til mindstepriser, der var højere end den reelle værdi af denne type elektricitet, dels fordelte den heraf følgende finansielle byrde mellem de nævnte elforsyningsvirksomheder og primære private systemoperatører, ikke udgjorde statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand. Domstolen bemærkede, at når der ikke var tale om direkte eller indirekte overførsel af statsmidler, var den omstændighed, at denne ordning medførte en ubestridt fordel for producenter af elektricitet fra vedvarende energikilder, og at denne fordel skyldtes offentlige myndigheders intervention, ikke tilstrækkelig til at kvalificere den pågældende foranstaltning som støtte [59]. Domstolen fastslog bl.a. i præmis 62, at det forhold, som den nationale ret havde fremført, at den finansielle byrde som følge af forpligtelsen til køb til mindstepriser kunne have negative følger for de forpligtede virksomheders driftsresultater og følgelig forringe statens skatteindtægter, var »uadskilleligt forbundet med en sådan ordning og […] ikke […] et middel til at give producenter af elektricitet fra vedvarende energikilder en bestemt fordel til skade for staten«. Når der i det foreliggende tilfælde stilles omsættelige emissionsrettigheder gratis til rådighed for de pågældende virksomheder, og staten dermed giver afkald på at modtage det tilsvarende vederlag, kan det dog ikke sammenlignes med den situation, hvor staten har indført en forpligtelse til køb til faste priser, som (kun potentielt) vil kunne forringe dens indtægter. Et sådant afkald kan ikke anses for at være »uadskilleligt forbundet« med ethvert instrument, der har til formål at regulere emissionerne af luftforurenende stoffer ved hjælp af en ordning for handel med emissionsrettigheder. Når staten anvender sådanne instrumenter, kan den som nævnt principielt vælge mellem at tildele disse rettigheder gratis eller at afhænde dem eller tildele dem ved licitation. I det foreliggende tilfælde er der desuden en tilstrækkelig direkte sammenhæng mellem den omhandlede ordning og indtægtstabet, hvorimod der i PreussenElektra-dommen ikke var en

58 — Dom af 13.3.2001, sag C-379/98, Sml. I, s. 2099.

59 — Jf. bl.a. præmis 59 og 61.

tilsvarende sammenhæng mellem købsforpligtelsen og den eventuelle forringelse af skatteindtægterne. De faktiske omstændigheder i de to sager er således ikke sammenlignelige, og den løsning, som Domstolen valgte i PreussenElektra-dommen, kan derfor ikke overføres på den foreliggende sag [60].

93. Jeg vil afslutningsvis påpege, at det efter min opfattelse ikke fremgår af de oplysninger, som den nederlandske og den tyske regering har fremlagt, at Retten har tilsidesat artikel 87, stk. 1, EF ved at konkludere i den appellerede doms præmis 75-78, at Nederlandene under de foreliggende omstændigheder indirekte har stillet de omhandlede emissionsrettigheder gratis til rådighed for de pågældende virksomheder og dermed har tildelt disse virksomheder et aktiv og givet afkald på den indtægt, der svarer til dets salgspris eller til den pris, der kan opnås ved en licitation. Denne konklusion understøttes til gengæld af, at Domstolen på et meget tidligt tidspunkt i sin praksis anlagde en vid fortolkning af støttebegrebet af hensyn til målet om at skabe et indre marked, hvor konkurrencevilkårene ikke fordrejes af medlemsstaternes ensidige interventioner [61]. Denne tilgang ses også i retspraksis vedrørende betingelsen om finansiering ved hjælp af offentlige midler. Ud over den retspraksis, som jeg har nævnt i punkt 81 i dette forslag til afgørelse, og som repræsenterer en bred og varieret vifte af »støtteforanstaltninger, som er finansieret ved, at der er givet afkald på offentlige indtægter«, vil jeg i den forbindelse også henvise til, at Domstolen gentagne gange har fastslået, at artikel 107, stk. 1, EF omfatter alle økonomiske midler, som den offentlige sektor faktisk kan anvende til at støtte virksomheder, *uden at det har nogen betydning, om disse midler til stadighed udgør en del af statens formue*, når blot de til stadighed er under de offentlige myndigheders kontrol [62]. Det skal desuden påpeges, at der i de tilfælde, hvor Domstolen har afvist, at der forelå finansiering ved hjælp af statsmidler, var tale om situationer, hvor den ved at træffe en anden afgørelse klart ville have fastslået, at støttebegrebet også omfattede fordele, der ganske vist var forbundet med en statslig intervention, men ikke medførte direkte eller indirekte overførsel af statsmidler [63], og dermed i realiteten have fjernet et af

60 — Det skal indskydes, at jeg allerede i mit forslag til afgørelse i sagen Essent Netwerk Noord — ganske vist i en anden sammenhæng — anbefalede Domstolen ikke at anvende den løsning, den havde valgt i PreussenElektra-dommen, under andre faktiske omstændigheder end de der omhandlede. Jf. forslaget til afgørelse af 24.1.2008 i sagen Essent Netwerk Noord, punkt 97 og 98.

61 — Jf. bl.a. dommen i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, præmis 31, og i sagen Tyskland m.fl. mod Kronofrance, præmis 66.

62 — Jf. dommen i sagen Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 50, og dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 37.

63 — Jf. bl.a. dom af 17.3.1993, forenede sager C-72/91 og C-73/91, Sloman Neptun, Sml. I, s. 887, og af 7.5.1998, forenede sager C-52/97 - C-54/97, Viscido m.fl., Sml. I, s. 2629, samt PreussenElektra-dommen.

de vigtigste elementer i støttebegrebet i artikel 87, stk. 1, EF [64].

C — *Forslag til afgørelse vedrørende kontraappellerne*

95. Jeg foreslår på baggrund heraf, at Domstolen forkaster de kontraappeller, som Nederlandene og Tyskland har iværksat.

94. Nederlandene har endvidere anfægtet Rettens konklusion om, at Nederlandene har givet afkald på offentlige indtægter, fordi virksomheder, der udleder mere NO_x end den fastsatte standard, har fået mulighed for at undgå at skulle betale en bøde ved at erhverve de manglende emissionsrettigheder på markedet. Nederlandene har i den forbindelse påpeget, at den omhandlede bøde er en sanktion, der står ved magt, selv om de manglende emissionsrettigheder tilvejebringes. Dette argument har jeg allerede behandlet og forkastet i punkt 76-78 i dette forslag til afgørelse, som jeg henviser til. Nederlandenes indvending kan derfor ikke tage til følge.

VI — Søgsmålet i første instans

96. Ifølge artikel 61, stk. 1, første afsnit, i statutten for Domstolen kan denne, når den ophæver den af Retten trufne afgørelse, enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

97. Det er i det foreliggende tilfælde ikke nødvendigt at hjemvise sagen til Retten. Som Kommissionen og de sagsøgte regeringer har anført, er sagen moden til påkendelse, således at Domstolen kan træffe afgørelse. Det er i denne henseende nødvendigt at efterprøve Nederlandenes andet anbringende om beslutningens manglende begrundelse, som Retten ikke tog stilling til.

64 — Det skal herved understreges, at det i visse af Domstolens tidligere domme og visse generaladvokaters forslag til afgørelser er blevet drøftet, om en statslig foranstaltning nødvendigvis skal være finansieret af det offentlige for at kunne kvalificeres som støtte. Jf. dom af 30.1.1985, sag 290/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 439, præmis 13 og 14, af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Kwekerij van der Kooy m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 219, præmis 32-38, og af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 12, samt generaladvokat VerLoren van Themaats forslag til afgørelse i forenede sager 213/81-215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl. (dom af 13.10.1982, Sml. s. 3583), generaladvokat Slynns forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Grækenland og generaladvokat Darmons forslag til afgørelse i Sloman Neptun-sagen. Siden dommen i Sloman Neptun-sagen har Domstolen dog flere gange og uden tøven stadfæstet princippet om, at en støtteforanstaltning direkte eller indirekte skal være finansieret af statsmidler. I PreussenElektra-sagen opfordrede Kommissionen direkte Domstolen til at revurdere sin praksis, navnlig i lyset af den seneste udvikling i fællesskabsretten. Domstolen efterkom dog ikke denne opfordring.

A — *Det andet anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten*

98. Nederlandene har gjort gældende, at beslutningen ikke er tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår den del, hvori Kommissionen konkluderer, at der foreligger statsstøtte.

99. Nederlandene har for det første anført, at Kommissionen med urette fastslog i beslutningen, at en virksomhed, der ikke overholder det fastsatte emissionsloft og derfor pålægges en bøde, alligevel modtager emissionskreditter. Dette argument kan ikke tiltrædes, eftersom hensigten er at gøre gældende, at der foreligger en faktisk vildfarelse, og ikke, at beslutningen er utilstrækkeligt begrundet. Det tilsvarende argument, som Nederlandene fremførte i punkt 65 i stævningen, bør ligeledes forkastes.

100. Nederlandene har for det andet henvist til en række uklarheder og uoverensstemmelser i beslutningens begrundelse. Der gøres indledningsvis gældende, at Kommissionen har modsagt sig selv ved at påstå, dels at emissionsrettighederne tildeles *gratis* til virksomhederne, dels at der er tale om en *modydelse* for, at virksomhederne har bragt NO_x-emissionerne ned under loftet. Det skal hertil siges, at de to påstande findes henholdsvis i den del af beslutningen, hvori det undersøges, om der foreligger støtte, og i den del, hvori det vurderes, om støtten er forenelig med det indre marked. Kommissionen fandt i forbindelse med denne vurdering, at den omstændighed, at virksomhederne tilskyndes til at bringe deres emissioner ned på et niveau, som er lavere end det loft, de er omfattet af, måtte anses for en modydelse, som var »i overensstemmelse med rammebestemmelserne for statsstøtte til miljøbeskyttelse«, for den fordel, som disse virksomheder havde opnået på grund af den omhandlede ordning (punkt 3.3 i beslutningen). Denne konklusion modsiger på ingen måde påstanden om, at emissionsrettighederne for NO_x tildeles gratis til de virksomheder, der er omfattet af denne ordning.

101. Den sagsøgende medlemsstat mener desuden, at Kommissionen er upræcis i sin argumentation, når den i konklusionen (punkt 4 i beslutningen) påstår, at et »dynamic cap-system« som det, Nederlandene har indført, ikke er den bedste løsning, fordi det er uvist, hvilke miljømæssige resultater der kan opnås ved hjælp af dette system, og de administrative omkostninger er betydelige. Hertil vil jeg blot bemærke, at det fremgår klart af samtlige betragtninger i beslutningen, at denne tilkendegivelse, der må betragtes som en form for *obiter dictum* i forhold til beslutningens begrundelse, hverken havde betydning for den omhandlede ordnings kvalificering som støtte eller for undersøgelsen af, om den var forenelig med det indre marked. Nederlandenes argument bør derfor ikke tiltrædes.

102. Nederlandene hævder for det tredje, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad

har begrundet sin konklusion om, at den omhandlede ordning påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og fordrejer konkurrencen. Dette anbringende bør efter min opfattelse også forkastes. Det næstsidste afsnit i punkt 3.2. i beslutningen indeholder således en tilstrækkelig, omend kortfattet, begrundelse for, hvorfor Kommissionen mener, at den omhandlede ordning giver de virksomheder, der er omfattet af den, en konkurrencemæssig fordel, der kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne.

103. Jeg mener i betragtning af det ovenfor anførte, at det andet anbringende er grundløst. For så vidt angår søgsmålet i første instans bør Kommissionen derfor frifindes i det hele.

VII — Forslag til afgørelse

104. Jeg foreslår på baggrund af det anførte, at Domstolen:

— tager appellen til følge og ophæver dom afsagt af Retten i Første Instans den 10. april 2008, Nederlandene mod Kommissionen (sag T-233/04)

— forkaster kontraappellerne

— træffer afgørelse i sagen og frifinder Kommissionen.

105. Da det fremgår af procesreglementets artikel 122, stk. 1, at Domstolen træffer afgørelse om sagens omkostninger, såfremt der ikke gives appellanten medhold, eller såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, og da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Nederlandene tilpligtes at betale omkostningerne i appelsagen og i sagen for Retten, foreslår jeg, at Kongeriget Nederlandene tilpligtes at betale disse omkostninger, og at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Republikken Slovenien og Det Forenede Kongerige bærer deres egne omkostninger.