CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 22 december 2010 [1]

1. Met de onderhavige hogere voorziening komt de Commissie op tegen het arrest van 10 april 2008, Nederland/Commissie [2] (hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht van eerste aanleg de beschikking van de Commissie van 24 juni 2003 [3] betreffende steunmaatregel N 35/2003, die betrekking heeft op een door het Koninkrijk der Nederlanden aangemeld systeem van verhandelbare emissierechten voor stikstofoxiden (hierna: „beschikking" of „beschikking van de Commissie"), heeft nietig verklaard. Tegen dat arrest zijn twee incidentele hogere voorzieningen ingesteld, door het Koninkrijk der Nederlanden en door de Bondsrepubliek Duitsland.

I — Feiten en beschikking

2. Het door Nederland bij de Commissie aangemelde systeem van verhandelbare emissierechten voor stikstofoxiden (NO_x) (hierna: „litigieuze maatregel"), alsmede de inhoud van de beschikking, zijn in de punten 8 tot en met 13 en 16 tot en met 20 van het bestreden arrest als volgt omschreven:

„8. Bij brief van 23 januari 2003 hebben de Nederlandse autoriteiten overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG een systeem van verhandelbare emissierechten voor NO_x aangemeld bij de Commissie (...), met het verzoek om een beschikking ‚geen steun' te geven als bedoeld in artikel 4, lid 2, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 [van het EG-Verdrag] (PB L 83, blz. 1).

9. Op 24 juni 2003 heeft de Commissie [de beschikking gegeven].

10. In de [...] beschikking geeft de Commissie in punt 1 eerst een beschrijving van de [litigieuze] maatregel. In het kader van het bij richtlijn 2001/81 voor Nederland vastgestelde nationale emissieplafond voor NO_x hebben de Nederlandse

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.
2 — Zaak T-233/04 (Jurispr. blz. II-591).
3 — C(2003) 1761 def.

autoriteiten voor 2010 een doelstelling vastgesteld van 55 kiloton NO_x-emissie voor hun grote industriële installaties, dat wil zeggen ongeveer 250 ondernemingen.

11. Met betrekking tot de werking van dit systeem zet de Commissie in punt 1.2 van de [...] beschikking uiteen, dat de nationale wetgeving een NO_x-emissienorm zal omvatten voor elke industriële installatie. De onderneming kan aan de aldus voor haar geldende emissienorm voldoen door hetzij in de eigen installatie NO_x-reducerende maatregelen te nemen, hetzij emissierechten van andere ondernemingen te kopen, hetzij door een combinatie van beide opties. Emissiereducties in de vorm van NO_x-credits zullen op een emissiemarkt worden aangeboden door installaties waarvan de emissies onder de emissienorm liggen.

12. De totale NO_x-jaaremissie van een installatie, gecorrigeerd met eventuele ge- of verkochte NO_x-credits, moet in overeenstemming zijn met de voor die installatie toegestane emissie. De toegestane jaaremissie — in absolute cijfers — wordt berekend met gebruikmaking van de relatieve emissienorm en de hoeveelheid door de installatie verbruikte energie.

13. Aan het eind van elk jaar onderzoeken de Nederlandse autoriteiten of de installaties de voorgeschreven emissienorm in acht hebben genomen. Elk jaar kunnen NO_x-credits worden gekocht, gespaard of uitgeleend voor toekomstige perioden. Indien een installatie de voorgeschreven emissienorm overschrijdt, moet zij de overschrijding in het daaropvolgende jaar compenseren. Bovendien wordt dit te compenseren excedent verhoogd met 25 % teneinde ondernemingen te ontmoedigen om de norm te overschrijden. Indien een installatie er niet in slaagt om aan de voor haar geldende emissienorm te voldoen, leggen de Nederlandse autoriteiten haar een doeltreffende, evenredige en afschrikkende boete op.

[...]

16. In de punten 1.5 en 1.6 van de [...] beschikking preciseert de Commissie voorts, dat de [litigieuze] maatregel zal gelden voor alle industriële installaties met een geïnstalleerde capaciteit van meer dan 20 MWth (thermische capaciteit in megawatt) en dat deze maatregel parallel aan de communautaire regelgeving zal worden toegepast. De Nederlandse autoriteiten zullen de grenswaarden voor emissies blijven hanteren die zijn vastgelegd in de verschillende vigerende communautaire richtlijnen.

17. In het kader van haar beoordeling van de [litigieuze] maatregel (punt 3 van de [...] beschikking) zet de Commissie eerst haar beschikkingspraktijk betreffende regelingen voor het verhandelen van

emissierechten uiteen, waarbij zij twee soorten systemen onderscheidt:

„1) [S]ystemen waarbij verhandelbare emissie- of vervuiling[s]documenten worden beschouwd als immateriële activa die een marktwaarde vertegenwoordigen die de overheid ook had kunnen verkopen of veilen, hetgeen resulteert in gederfde inkomsten (of een verlies aan staatsmiddelen), zodat er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, [EG];

2) Systemen waarbij verhandelbare emissie- of vervuiling[s]documenten worden beschouwd als een geautoriseerd bewijs dat een bepaalde productie niet aan de ontvanger ervan kan worden verkocht of bij veiling toegewezen, zodat er geen sprake is van gederfde inkomsten — en dus ook geen staatsmiddelen — hetgeen dan weer inhoudt dat er geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, [EG]".

18. Vervolgens zet de Commissie de redenen uiteen waarom zij de [litigieuze] maatregel als staatssteun heeft aangemerkt, namelijk in wezen de toekenning om niet van NO_x-credits door de staat aan een specifieke groep ondernemingen die handel drijven tussen de lidstaten. Volgens de [...] beschikking hadden de Nederlandse autoriteiten de optie om emissierechten te verkopen of te veilen. Door NO_x-credits als immateriële activa om niet ter beschikking te stellen, derft de staat dus inkomsten. De Commissie leidt daaruit af, dat met deze regeling staatsmiddelen gemoeid zijn in de zin van artikel 87, lid 1, EG. De versterking van de positie van de betrokken ondernemingen beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten op ongunstige wijze.

19. Tot slot onderzoekt de Commissie in punt 3.3 van de [...] beschikking de verenigbaarheid van de [litigieuze] maatregel met de gemeenschappelijke markt.

20. Concluderend stelt de Commissie in punt 4 van de [...] beschikking vast, dat de [litigieuze] maatregel staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt. Zij voegt hieraan echter toe, dat deze steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig artikel 87, lid 3, EG [...]. De Commissie verzoekt de Nederlandse autoriteiten om haar jaarlijks een rapport over de uitvoering van de [litigieuze] maatregel te verstrekken en haar vooraf in kennis te stellen van elke aanpassing van de voorwaarden waaronder de steun wordt toegekend."

3. In zijn verweerschrift stelt Nederland dat de litigieuze maatregel op 1 juni 2005 in werking is getreden.

II — Vorderingen van partijen voor het Gerecht en bestreden arrest

4. Het Koninkrijk der Nederlanden, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, verzocht het Gerecht de beschikking van de Commissie nietig te verklaren voor zover de litigieuze maatregel daarin als staatssteun was gekwalificeerd, en de Commissie te verwijzen in de kosten. Laatstgenoemde vorderde primair dat het beroep niet-ontvankelijk zou worden verklaard en subsidiair dat het zou worden verworpen en verzocht het Gerecht Nederland te verwijzen in de kosten.

5. In het bestreden arrest wees het Gerecht de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep af (punten 37-49). Ten gronde wees het het eerste onderdeel van het eerste middel, betreffende schending van artikel 87 EG, waarmee Nederland betoogde dat er geen sprake was van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel, af (punten 63-78), en wees het het tweede onderdeel, waarmee Nederland betwistte dat was voldaan aan de selectiviteitsvoorwaarde (punten 84-101), toe. Het Gerecht verklaarde de beschikking bijgevolg nietig en verwees de Commissie in de kosten.

III — Procesverloop voor het Hof en vorderingen van partijen

6. Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 23 juni 2008, heeft de Commissie de onderhavige hogere voorziening ingesteld. In hun respectieve verweerschriften hebben het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland incidentele hogere voorzieningen ingesteld. Bij beschikking van de president van het Hof van 23 december 2008 zijn het Verenigd Koninkrijk en de Sloveense Republiek toegelaten tot interventie in het onderhavige geding. Bij beschikking van 8 mei 2009 is de Franse Republiek toegelaten tot interventie onder de voorwaarden van artikel 93, lid 7, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Ter terechtzitting van 14 oktober 2010 zijn de gemachtigden van de Commissie alsmede die van de regering van Nederland, van de Bondsrepubliek Duitsland en van de Franse Republiek gehoord.

7. In haar verzoekschrift in hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof, primair, het bestreden arrest te vernietigen en het beroep in eerste aanleg tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie niet-ontvankelijk te verklaren, en, subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en het beroep in eerste aanleg tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie te verwerpen. In beide gevallen vordert zij dat Nederland wordt verwezen in de kosten van het beroep in eerste aanleg en van de hogere voorziening. In het verweerschrift op de incidentele hogere voorzieningen van Nederland en van de Bondsrepubliek Duitsland verzoekt de Commissie, primair, dat het Hof het bestreden arrest vernietigt en het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk verklaart, en, subsidiair, dat het Hof de incidentele hogere voorzieningen afwijst en het beroep in eerste aanleg ongegrond verklaart.

8. Het Koninkrijk der Nederlanden vordert, primair, dat de hogere voorziening wordt afgewezen en, subsidiair, voor het geval het Hof de hogere voorziening mocht toewijzen, dat het bestreden arrest wordt vernietigd voor zover daarin het middel betreffende het ontbreken van een uit staatsmiddelen gefinancierd voordeel is afgewezen. In beide gevallen vordert zij dat de Commissie wordt verwezen in de kosten in eerste aanleg en in hogere voorziening.

9. De Bondsrepubliek Duitsland vordert, primair, afwijzing van de hogere voorziening en vernietiging van het bestreden arrest, en subsidiair, voor het geval het Hof deze vordering niet-ontvankelijk verklaart, afwijzing van de hogere voorziening, en voor het geval de hogere voorziening wordt toegewezen, vernietiging van het bestreden arrest. In beide gevallen handhaaft zij de in eerste aanleg aangevoerde vorderingen en vordert zij dat de Commissie wordt verwezen in de kosten.

10. Het Verenigd Koninkrijk vordert afwijzing van de vorderingen van de Commissie dat het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk wordt verklaard en ondersteunt de door Nederland primair aangevoerde conclusies. De Sloveense Republiek concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening van de Commissie en tot verwijzing van de Commissie in de kosten. Ter terechtzitting heeft de Franse Republiek geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van de Commissie tot niet-ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg.

IV — Principale hogere voorziening

11. Tot staving van haar hogere voorziening voert de Commissie twee middelen aan. Het eerste middel betreft schending van artikel 230 EG en is gericht tegen het gedeelte van het bestreden arrest waarin het beroep van het Koninkrijk der Nederlanden ontvankelijk wordt verklaard. Met het tweede middel, dat subsidiair wordt aangevoerd, voert de Commissie schending van artikel 87, lid 1, EG aan.

A — *Eerste middel van de hogere voorziening: schending van artikel 230 EG*

12. Volgens de Commissie is een lidstaat niet gerechtigd om krachtens artikel 230 EG op te komen tegen een besluit waarbij een maatregel die in het kader van de regeling van toezicht op staatssteun is aangemeld, onvoorwaardelijk is goedgekeurd. Het middel bestaat uit twee onderdelen.

1. Eerste onderdeel

13. Met het eerste onderdeel van het eerste middel betoogt de Commissie dat het

Gerecht ten onrechte onderscheid heeft gemaakt tussen de in casu aan hem voorgelegde zaak en die waarin de beschikking van het Hof van 28 januari 2004, Nederland/Commissie [4] (hierna: „beschikking Nederland/Commissie"), is gegeven. Volgens de Commissie bestaat er tussen de twee zaken geen juridisch relevant onderscheid. Nederland, ondersteund door het Verenigd Koninkrijk, door de Sloveense Republiek en door de Franse Republiek, alsmede de Bondsrepubliek Duitsland betogen daarentegen dat de omstandigheden van de zaak die tot genoemde beschikking hebben geleid, wezenlijk verschillen van die in het onderhavige geding, en dat die beschikking dus niet relevant is.

14. De inhoud van de beschikking Nederland/Commissie, die is gegeven in afwachting van de uitkomst van de procedure die tot het bestreden arrest heeft geleid, dient kort in herinnering te worden gebracht.

15. In die beschikking heeft het Hof het door Nederland ingestelde beroep tegen de beschikking van de Commissie waarbij zij de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt heeft vastgesteld van enkele door deze lidstaat aangemelde stimuleringsmaatregelen voor de verwerking van baggerspecie, nietontvankelijk verklaard. Het beroep betrof de beschikking slechts „voor zover de Commissie daarin de bijdragen aan havenautoriteiten op grond van deze regeling aanmerkt[e] als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG" (punt 1).

16. De motivering van de beschikking van het Hof is bijzonder beknopt. Na de rechtspraak in herinnering te hebben gebracht volgens welke slechts maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen welke de belangen van de verzoekers aantasten doordat zij hun rechtssituatie aanmerkelijk wijzigen, zijn te beschouwen als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 230 EG, heeft het Hof in punt 20 daarvan vastgesteld dat de bestreden beschikking, waarbij de aangemelde steunregeling verenigbaar met de gemeenschappelijke markt was verklaard, de rechtssituatie van het Koninkrijk der Nederlanden niet aanmerkelijk kon wijzigen, „voor zover de Nederlandse regering bij haar aanmelding van deze maatregel de Commissie [had] gevraagd, de maatregel te toetsen aan de artikelen 87 EG en 88 EG". [5] In de punten 21 en 22 is het Hof ingegaan op het argument van Nederland dat een deel van de motivering van de bestreden beschikking (waarin de Commissie meende dat sommige havenautoriteiten ondernemingen zijn in de zin van artikel 87 EG) voor die staat hoe dan ook nadelige rechtsgevolgen met zich mee had gebracht. Het Hof stelde in dit verband om te beginnen vast dat alleen het dispositief van een beschikking rechtsgevolgen kan hebben en derhalve bezwarend kan zijn, en dat de communautaire rechter de rechtmatigheid van de in de motivering van een beschikking geformuleerde beoordelingen slechts kan toetsen „voor zover zij als motivering van een bezwarende handeling noodzakelijk zijn ter ondersteuning van het dispositief van die handeling". In punt 22 kwam het Hof tot de slotsom dat in casu „de bestreden motivering

4 — Zaak C-164/02 (Jurispr. blz. I-1177).

5 — Louter incidenteel moet ik toegeven het moeilijk te vinden om het verband te begrijpen dat het Hof lijkt te leggen tussen de inhoud van de aanmelding en de beoordeling van de gevolgen van de maatregel. De bepaling van de gevolgen van een steunmaatregel voor de rechtssituatie van de geadresseerde staat, lijkt mij immers afhankelijk te zijn van de objectieve beoordeling van de gevolgen ervan en los te staan van de overtuiging die deze staat kan hebben over de juiste kwalificatie van de beoogde maatregelen of over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, althans wanneer hij heeft besloten die maatregelen aan te melden.

niet de noodzakelijke ondersteuning [vormt] van het dispositief van een voor het Koninkrijk der Nederlanden bezwarende beschikking", waarbij het preciseerde dat „waar de Commissie in het dispositief van de bestreden beschikking heeft geconstateerd dat, onafhankelijk van het gegeven dat sommige van de betrokken bijdragen steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG kunnen zijn, de onderhavige maatregel in elk geval gerechtvaardigd is gelet op het bepaalde in artikel 87, lid 3, sub c, EG, dat dispositief *geenszins een stellingname [vormt] over de vraag of alle havenautoriteiten ondernemingen zijn of over de economische aard van het geheel van de activiteiten van deze autoriteiten*".[6] In punt 23 voegde het Hof daaraan toe dat „de bestreden beschikking zich niet uit[spreekt] over de bijzondere omstandigheden van de ene of de andere betrokken havenautoriteit" en dat „deze beschikking niet vooruit[loopt] op de vraag, hoe eventuele andere bijdragen aan de havenautoriteiten met het oog op artikel 87, lid 1, EG moeten worden gekwalificeerd".

17. Blijkens de motivering van de beschikking van het Hof, waarvan de grote lijnen in het vorige punt zijn weergegeven, hebben twee elementen het Hof er in dat geval toe gebracht het beroep van Nederland nietontvankelijk te verklaren. Ten eerste is in de structuur van de redenering van het Hof een bijzonder belangrijke, zo niet beslissende, betekenis gegeven aan de omstandigheid dat Nederland zich bij de aanmelding heeft beperkt tot het verzoek aan de Commissie om de rechtmatigheid van de stimuleringsmaatregelen voor de verwerking van baggerspecie te beoordelen, zonder erop te wijzen dat het ervan uitging dat die maatregelen geen steun vormden voor zover zij bestemd waren voor de havenautoriteiten.[7] Ten tweede heeft het Hof vastgesteld dat de Commissie, door alle aangemelde maatregelen hoe dan ook als verenigbaar met artikel 87, lid 3, EG te beschouwen, zich ervan heeft onthouden zich definitief uit te spreken over de vraag of de stimuleringsmaatregelen voor de havenautoriteiten steun vormden.

18. Beide elementen ontbreken in casu.

19. Enerzijds heeft Nederland in de aanmelding van de litigieuze maatregel gepreciseerd

6 — Cursivering van mij.

7 — Uit lezing van de handelingen van de zaak blijkt dat de Commissie de relevantie van deze omstandigheid had benadrukt, door te onderlijnen dat Nederland haar gedurende de administratieve procedure geenszins in kennis had gesteld van zijn standpunt over de kwalificatie van de stimuleringsmaatregelen voor de havenautoriteiten.

dat deze zijns inziens geen staatssteun vormde en heeft deze staat verzocht om een verklaring van de Commissie in die zin. Anderzijds heeft de Commissie er in haar beschikking een duidelijk en eenduidig standpunt over ingenomen dat die maatregel steun vormde. Anders dan deze instelling betoogt, zijn deze verschillen, gelet op de motivering in de beschikking Nederland/Commissie, juridisch relevant en beletten zij dat de door het Hof in die eerdere beschikking gegeven oplossing automatisch wordt toegepast op het onderhavige geval.

20. Meer in het algemeen, meen ik dat in de beschikking Nederland/Commissie niet de bedoeling van het Hof kan worden ontwaard om in beginsel uit te sluiten dat de lidstaten het recht hebben om op te komen tegen beschikkingen waarbij de Commissie bij haar aangemelde steunmaatregelen onvoorwaardelijk goedkeurt. Integendeel, de specifieke feitelijke kenmerken van die zaak, en de wijze waarop deze door het Hof zijn uitgelegd, leiden er eerder toe dat aan die uitspraak een afgebakende draagwijdte wordt toegekend.

21. Bijgevolg ben ik van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste beoordeling door de aan hem voorgelegde zaak te onderscheiden van die waarin de beschikking Nederland/Commissie is gegeven. Aan deze slotsom wordt evenmin afgedaan indien zou worden vastgesteld dat er sprake is van een onjuiste opvatting van de feiten, waaraan het Gerecht zich volgens de Commissie heeft schuldig gemaakt in punt 47 van het bestreden arrest. [8]

22. Het eerste onderdeel van het eerste door de Commissie aangevoerde middel van de hogere voorziening moet derhalve worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel

23. Met het tweede onderdeel betwist de Commissie de vaststelling van het Gerecht dat de kwalificatie van de litigieuze maatregel als steun, rechtsgevolgen heeft gehad. Dit onderdeel is in het bijzonder gericht tegen punt 41 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat deze kwalificatie, op basis waarvan de Commissie kon overgaan tot onderzoek van de verenigbaarheid van de litigieuze maatregel met de gemeenschappelijke markt, enerzijds „leidt [...] tot toepasselijkheid van de in verordening nr. 659/1999 voorziene procedure voor bestaande steunregelingen, en met name de procedure van de artikelen 17 tot en met 19 en 21 daarvan, welk laatste artikel de lidstaten ertoe verplicht om bij de Commissie jaarlijks een verslag in te dienen over alle bestaande

8 — Volgens de Commissie heeft het Gerecht ten onrechte gesteld dat de vaststellingen waartegen bezwaar wordt gemaakt door de betrokken lidstaat, in de bestreden beschikking die heeft geleid tot de beschikking Nederland/Commissie, uitsluitend voorkwamen in de motivering en niet in het dispositief.

steunregelingen", en anderzijds „gevolgen [kan] hebben voor de toekenning van nieuwe steun, op grond van de voorschriften inzake cumulatie van steun uit verschillende bronnen, zoals met name opgenomen in punt 74 van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu".

24. Rekwirante betoogt om te beginnen dat, gegeven dat het begrip „steun" een objectief begrip is, de door het Gerecht genoemde consequenties voortvloeien uit de aard van de litigieuze maatregel en niet uit de beschikking van de Commissie. Die redenering kan ik niet aanvaarden. Het Hof heeft weliswaar meermaals vastgesteld — zij het in andere contexten dan de afbakening van de omvang van het toezicht van de rechter op de toepassing van het begrip steun door de Commissie — dat dit begrip een objectief begrip is [9], zodat kan worden aangenomen, zoals de Commissie lijkt te doen, dat een krachtens artikel 87, lid 1, EG (thans artikel 107, lid 1, VWEU) vastgestelde beschikking enkel de waarde heeft van een constatering dat de aangemelde maatregel al dan niet steun vormt. Niettemin lijkt mij moeilijk te betwisten dat wanneer de Commissie ten onrechte heeft verklaard dat een bepaald staatsoptreden steun vormt, de rechtsgevolgen die aan een dergelijke kwalificatie zijn verbonden, uit die beschikking voortvloeien en niet uit de betrokken maatregel, die in werkelijkheid niet aan de vereisten van steun voldoet. De betrokken lidstaat zal deze consequenties slechts kunnen opheffen indien hij nietigverklaring verkrijgt van de beschikking op dat punt. Een vergelijkbaar argument is door rekwirante tevens aangevoerd om de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring uit te sluiten tegen de beslissing om een staatsmaatregel te onderzoeken als „nieuwe" en niet als „bestaande" steun, welk argument door het Hof is afgewezen. [10]

25. De Commissie betoogt voorts dat de toepassing van de beperking van steuncumulatie als voorzien in de gemeenschapsregeling inzake staatssteun voor milieubescherming, die wordt genoemd in punt 41 van het bestreden arrest, een louter hypothetische consequentie van de beschikking vormt. Ik stem in met deze analyse. Die beperking is immers alleen bedoeld om gevolgen te hebben indien Nederland besluit verder steun toe te kennen aan de ondernemingen die door de litigieuze maatregel worden geraakt. Dit kan ook worden gezegd met betrekking tot de verplichting tot aanmelding en de standstillverplichting als bedoeld in artikel 88, lid 3, EG (thans artikel 108, lid 3, VWEU), waarop in het bijzonder de Duitse regering wijst. Nederland moet deze verplichtingen alleen nakomen wanneer het besluit om vergelijkbare maatregelen vast te stellen als de litigieuze maatregel of om, overeenkomstig punt 4 van de beschikking, onderdelen van die maatregel aan te passen.

9 — Zie bijvoorbeeld arrest van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie (C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punten 24 en 25), waarop de Commissie zich baseert.

10 — Zie arresten van 30 juni 1992, Spanje/Commissie (C-312/90, Jurispr. blz. I-4117, punten 6 en 13), en Italië/Commissie (C-47/91, Jurispr. blz. I-4145, punten 14 en 26).

26. Wat de — eveneens in punt 41 van het bestreden arrest genoemde — verplichting van de betrokken lidstaat betreft om een verslag over de tenuitvoerlegging van de litigieuze maatregel in te dienen, merkt de Commissie in wezen enkel op dat, volgens de gegevens in haar bezit, door de Nederlandse autoriteiten nooit een verslag is toegezonden. Dit argument is mijns inziens niet ter zake dienend. De omstandigheid dat een dergelijke verplichting tot nog toe niet is uitgevoerd door Nederland, doet er immers niet aan af dat daarmee rekening wordt gehouden als rechtsgevolg van de kwalificatie van de litigieuze maatregel als steun.

27. Meer in het algemeen meen ik dat juist de toepassing van de procedure voor bestaande steunregelingen, die door het Gerecht is genoemd in punt 41 van het bestreden arrest, het belangrijkste rechtsgevolg is dat voortvloeit uit de kwalificatie van een aangemeld staatsoptreden als steun. Overeenkomstig artikel 108, lid 1, VWEU onderwerpt de Commissie in de lidstaten bestaande steunregelingen aan een voortdurend onderzoek volgens de procedure als vermeld in lid 2 daarvan en nader bepaald in de artikelen 17 tot en met 19 van verordening nr. 659/1999. Dat betekent dat een staatsoptreden dat als steun is aangemerkt, voortdurend aan toezicht door de Commissie is onderworpen en periodiek wordt gecontroleerd. Daaruit volgt dat een verenigbaarheidsbeschikking uit hoofde van artikel 107, lid 3, VWEU de betrokken lidstaat minder rechtszekerheid geeft, naast het feit dat hij minder manoeuvreerruimte heeft bij de uitvoering van de aangemelde maatregel, vergeleken met een besluit waarbij wordt uitgesloten dat die maatregel steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt. In het geval van Nederland was het juist het zoeken naar rechtszekerheid dat de autoriteiten van deze lidstaat ertoe heeft bewogen de litigieuze maatregel aan te melden ook al was hij ervan overtuigd dat deze geen steun in de zin van artikel 87 EG vormde.

28. Op basis van het bovenstaande ben ik dus van oordeel dat ook het tweede onderdeel dat de Commissie in het kader van het eerste middel van de hogere voorziening heeft aangevoerd, moet worden afgewezen.

3. Conclusie over het eerste middel van de hogere voorziening

29. Gelet op bovenstaande uiteenzettingen geef ik het Hof in overweging het eerste door de Commissie aangevoerde middel van de hogere voorziening, ontleend aan schending van artikel 230 EG, in zijn geheel af te wijzen.

B — *Tweede middel: schending van artikel 87, lid 1, EG*

30. Het tweede middel van de hogere voorziening, dat subsidiair is aangevoerd, heeft eveneens twee onderdelen.

1. Eerste onderdeel

31. Met het eerste onderdeel van het tweede middel van de hogere voorziening, betwist de Commissie de slotsom van het Gerecht dat de betrokken maatregel geen staatssteun vormt, omdat daarmee niet bepaalde ondernemingen of bepaalde producties worden begunstigd. Dit onderdeel heeft betrekking op de punten 84 tot en met 96 van het bestreden arrest en betreft twee afzonderlijke bezwaren.

a) Eerste bezwaar

32. De Commissie verwijt het Gerecht om te beginnen dat het, teneinde de selectiviteit van de litigieuze maatregel uit te sluiten, een bijzonder belang heeft gehecht aan de omstandigheid dat alle grote industriële installaties in Nederland daaraan zijn onderworpen en dat bijgevolg het criterium voor toepassing van die maatregel objectief is en niet is gebaseerd op overwegingen van geografische of sectorale aard.

33. Volgens vaste rechtspraak kan de omstandigheid dat het aantal ondernemingen dat op de betrokken maatregel aanspraak kan maken erg groot is, of dat deze ondernemingen tot verschillende sectoren van activiteit behoren, niet volstaan om het selectieve karakter daarvan ter discussie te stellen en bijgevolg de kwalificatie als staatssteun weg te nemen. [11] Volgens die rechtspraak toont de omstandigheid dat een overheidsmaatregel door objectieve, horizontaal van toepassing zijnde criteria wordt bepaald, enkel aan dat de daarin voorziene stimuleringen geen individuele steunmaatregel vormen, maar een steunregeling. [12] De Commissie stelt in het kader van haar eerste bezwaar dus terecht dat deze omstandigheid op zich niet de slotsom toelaat dat een staatsinitiatief moet worden aangemerkt als algemene maatregel van economisch beleid, en dus niet selectief is.

34. Dit bezwaar is echter gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en moet derhalve buiten beschouwing worden gelaten. Anders dan de Commissie lijkt te menen, is immers de slotsom in punt 96 van het bestreden arrest, dat „in zijn geheel bezien, [...] de betrokken maatregel [...] niet bepaalde ondernemingen of bepaalde producties in de zin van artikel 87, lid 1, EG [begunstigt]", niet, of niet op doorslaggevende

11 — Zie arresten van 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, Jurispr. blz. I-3671, punt 32); 8 november 2001, Adria Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Jurispr. blz. I-8365, punt 48), en 13 februari 2003, Spanje/Commissie (C-409/00, Jurispr. blz. I-1487, punt 48).

12 — Zie met name arrest Spanje/Commissie (C-409/00, reeds aangehaald, punt 49).

wijze, gebaseerd op de daaraan voorafgaande punten 87 en 88, waartegen rekwirante in het bijzonder bezwaar maakt. Enerzijds geeft het Gerecht in punt 87 van het bestreden arrest geen eigen beoordelingen maar zet het alleen enkele kenmerken van de litigieuze maatregel uiteen, zoals omschreven in de beschikking van de Commissie, terwijl de eerste volzin van het daaropvolgende punt 88 uitsluitend feitelijke vaststellingen bevat.

35. Anderzijds is de slotsom in de tweede volzin van punt 88, volgens welke „het criterium voor de toepassing van de betrokken maatregel [...] objectief [is], zonder geografische of sectoriële raakvlakken", van beperkt belang in de structuur van de redenering van het Gerecht en heeft deze dus aanzienlijk minder belang dan de Commissie daaraan toekent. Blijkens de punten 89 en volgende van het bestreden arrest heeft het Gerecht, teneinde de selectiviteit van de betrokken maatregel uit te sluiten, immers veeleer beslissend geacht de vaststelling in punt 90 van de motivering, dat de juridische en feitelijke situatie van de ondernemingen waarvoor de beperking van het NO_x-emissieplafond geldt, die wordt toegepast op grote industriële installaties, „niet vergelijkbaar [is] met de situatie van ondernemingen waarvoor dit plafond niet geldt". Evenzeer beslissend is de slotsom in het daaropvolgende punt 94, dat de Commissie „niet het bestaan [heeft] aangetoond van een algemene regeling die geldt voor ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden als de aan de [litigieuze] maatregel onderworpen installaties, doch die niet het voordeel van de verhandelbaarheid van de NO_x-emissierechten biedt".

36. Gelet op het voorgaande moet het eerste bezwaar dat de Commissie in het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel van de hogere voorziening heeft aangevoerd, waarmee zij het Gerecht verwijt dat het zijn redenering op de objectieve aard van het criterium voor toepassing van de litigieuze maatregel heeft gebaseerd, ongegrond worden verklaard. Dit bezwaar is hoe dan ook niet ter zake dienend, omdat, ook indien het gegrond zou zijn, dit op zich niet zou volstaan om afbreuk te doen aan de slotsom van het Gerecht dat die maatregel niet selectief is, voor zover die slotsom, zoals gezien, overwegend is gebaseerd op overwegingen van andere aard.

b) Tweede bezwaar

37. In het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel van de hogere voorziening, betwist de Commissie voorts de bewijslast

die het Gerecht op haar legt. [13] Dit bezwaar is gericht tegen de punten 89 tot en met 96 van het bestreden arrest, waaruit in wezen blijkt dat de Commissie, om de selectiviteit van de litigieuze maatregel aan te tonen, had moeten bewijzen a) dat voor bedrijven waarvoor die maatregel niet geldt, en waarvoor dus niet het voordeel bestaat van verhandelbaarheid van de NO_x-emissierechten, *dezelfde verplichtingen* (de PSR) gelden of „*verplichtingen van dezelfde aard*" als die welke genoemde maatregel oplegt, en b) dat aan die bedrijven in geval van overtreding een geldboete kan worden opgelegd. [14]

38. Volgens de Commissie is het door het Gerecht verlangde bewijs overbodig, omdat uit haar beschikking en uit het bestreden arrest duidelijk blijkt dat alle ondernemingen in Nederland zijn onderworpen aan beperkingen op het gebied van de NO_x-emissies: het volstaat dat wordt bewezen dat de litigieuze maatregel selectief is, aangezien, bij beperkingen die voor alle in Nederland gevestigde ondernemingen gelden, alleen de groep van ondernemingen waarop die maatregel van toepassing is, emissierechten mag verhandelen. Voorts is het onmogelijk om het door het Gerecht verlangde bewijs te leveren, daar het evident is dat de ondernemingen waarvoor de litigieuze maatregel niet geldt, de daarin voorziene verplichtingen niet hoeven te vervullen. Nederland betoogt daarentegen dat het Gerecht de strekking van de op de Commissie gelegde bewijslast correct heeft

13 — In het kader van dit bezwaar brengt de Commissie, louter incidenteel, twijfels tot uiting over de verenigbaarheid van het bestreden arrest, voor zover daarin de selectiviteit van de litigieuze maatregel is onderzocht, met de rechtspraak volgens welke een beroep tot nietigverklaring niet kan worden gebaseerd op feiten of gronden die noch in de procedure op grond van de artikelen 107 VWEU en 108 VWEU noch in het inleidend verzoekschrift zijn aangevoerd. Gegeven de vaagheid van dergelijke beweringen en het feit dat de Commissie geen werkelijke en eigenlijke grief lijkt te formuleren, beperk ik mij in dit opzicht tot twee korte opmerkingen. Ten eerste blijkt de rechtspraak waarop rekwirante zich lijkt te baseren, volgens welke de legitimiteit van een beschikking op het gebied van steunmaatregelen moet worden beoordeeld in het licht van de informatie waarover de Commissie kon beschikken op het tijdstip waarop zij deze vaststelde (zie onder meer arresten van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 16, en 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 33), in het onderhavige geval irrelevant te zijn: het Gerecht heeft immers geen uitspraak gedaan op basis van gegevens waarvan de Commissie niet in kennis was gesteld, maar heeft haar in wezen afgestraft omdat zij tot de slotsom was gekomen dat de litigieuze maatregel selectief was zonder dat er voldoende gegevens waren om die slotsom te schragen. Ten tweede is niet duidelijk of de Commissie, waar zij zich beroept op de omstandigheid dat Nederland de kwestie van de selectiviteit niet heeft aangevoerd in het beroep, bedoelt te betogen dat het Gerecht ultra petita recht heeft gedaan of in strijd met artikel 48, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering, op grond waarvan nieuwe middelen in de loop van de procedure niet mogen worden voorgedragen. Aldus bezien is de eventuele grief van de Commissie niet voldoende duidelijk opdat het Hof daarover uitspraak kan doen.

14 — De punten 89 tot en met 96 van het bestreden arrest kunnen als volgt worden samengevat. Het Gerecht stelt om te beginnen vast dat, rekening gehouden met het doel van de litigieuze maatregel en met het feit dat alleen aan de ondernemingen die daaronder vallen, op straffe van een boete, een emissienorm of een strikte uniforme emissienorm [Performance Standard Rate (PSR)] wordt opgelegd, de situatie van die ondernemingen feitelijk en juridisch niet vergelijkbaar kan worden geacht met de situatie van ondernemingen waarvoor dit plafond niet geldt (punten 89 en 90). Vervolgens stelt het Gerecht vast dat de Commissie geen gegevens heeft verstrekt die erop duiden dat ondernemingen die minder dan 20 MWth verbruiken, in een vergelijkbare situatie verkeren als de ondernemingen waarvoor de litigieuze maatregel geldt en evenmin dat zij, op straffe van een boete, aan „verplichtingen van dezelfde aard" zijn onderworpen: in het bijzonder heeft de Commissie geen gegevens verstrekt ten bewijze dat die ondernemingen aan de PSR zijn onderworpen. Het Gerecht leidt daaruit dus af dat de Commissie niet heeft bewezen dat er sprake is van een algemene regeling waarvan de litigieuze maatregel afwijkt (punten 92-94).

uitgelegd, omdat het door het Hof in het arrest Adria-Wien Pipeline [15] geformuleerde selectiviteitscriterium juist is gebaseerd op de vergelijkbaarheid van de situatie van de aan de betrokken maatregel onderworpen ondernemingen met die van de daarvan uitgesloten ondernemingen. In casu bevinden de 250 ondernemingen waarop de litigieuze maatregel van toepassing is zich niet in een situatie die vergelijkbaar is met die van de andere ondernemingen, omdat op hen bijkomende verplichtingen rusten, die voortvloeien uit de extra doelstelling van een vermindering van de NO_x-emissies tot 55 kiloton vanaf 2010.

39. Ik breng in herinnering dat op basis van de voorwaarde van selectiviteit zogenoemde algemene maatregelen, bedoeld om alle marktdeelnemers die op het grondgebied van de staat actief zijn te ondersteunen, en niet bepaalde activiteiten of ondernemingen, van de toepassing van de bepalingen inzake staatssteun zijn uitgesloten. Daarover heeft de rechtspraak uitgemaakt dat een overheidsmaatregel voor een onbepaald aantal begunstigden die met toepassing van een serie objectieve criteria worden geïdentificeerd, moet worden aangemerkt als een steunregeling van selectieve aard, indien op grond van de toepassingscriteria ervan een voordeel wordt verleend aan bepaalde ondernemingen of aan bepaalde producenten, met uitsluiting van andere. [16] Volgens de rechtspraak kunnen echter ook schijnbaar algemene maatregelen, die dus niet tot een sector noch een geografisch gebied zijn beperkt en niet tot een bepaalde categorie ondernemingen zijn gericht, onder het verbod van artikel 87, lid 1, EG vallen, als de uitvoering ervan, met name de keuze van de adressaten, de hoogte en de voorwaarden van de financiële maatregel, aan het oordeel van de nationale autoriteiten wordt overgelaten. [17] Daarnaast heeft het Hof geoordeeld dat een steunmaatregel zelfs dan selectief kan zijn wanneer hij een gehele economische sector betreft. [18] Meer in het algemeen komt uit de rechtspraak naar voren dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of de betrokken maatregel selectief is, waarbij moet worden getoetst of de maatregel, in het licht van zijn aard, werkingssfeer, uitvoeringswijze en gevolgen, *al dan niet leidt tot voordelen die uitsluitend aan bepaalde ondernemingen of bepaalde bedrijfstakken ten goede komen.* [19] In het arrest Adria-Wien Pipeline heeft het Hof gepreciseerd dat voor een dergelijke beoordeling moet worden vastgesteld of een overheidsmaatregel binnen het kader van een bepaalde rechtsregeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan

15 — Reeds aangehaald.

16 — Zie arrest Gerecht van 29 september 2000 CETM/Commissie (T-55/99, Jurispr. blz. II-3207, punt 40).

17 — Zie arrest Frankrijk/Commissie (C-241/94, zie supra); arresten van 29 juni 1999, DM Transport (C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punten 28-30), en 17 juni 1999, Piaggio (C-295/97, Jurispr. blz. I-3735, punt 39).

18 — Zie met name arrest België/Commissie (C-75/97, reeds aangehaald, punt 33), en arrest van 15 december 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Jurispr. blz. I-11137, punt 45).

19 — Zie arrest Frankrijk/Commissie (C-241/94, reeds aangehaald, punt 24); arrest van 1 december 1998, Ecotrade (C-200/97, Jurispr. blz. I-7907, punten 40 en 41), en arrest België/Commissie (C-75/97, reeds aangehaald).

begunstigen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van die regeling. [20]

40. De door de Commissie geuite kritiek op het bestreden arrest moet in het licht van deze rechtspraak worden onderzocht. Ik zeg meteen dat ik instem met die kritiek.

41. Vooropgesteld moet worden dat de omstandigheid dat een overheidsmaatregel bepaalde ondernemingen begunstigt die zijn geïndividualiseerd op basis van elementen die hun situatie ten opzichte van alle andere marktdeelnemers karakteriseren — bijvoorbeeld doordat zij tot een bepaalde sector behoren of doordat zij een bepaald soort activiteit verrichten [21], ofwel wegens hun omvang [22] — in beginsel voor erkenning van de selectiviteit van die maatregel pleit. [23] Bijgevolg pleit de omstandigheid dat de litigieuze maatregel *uitsluitend* van toepassing is op ondernemingen die over grote industriële installaties beschikken, eerder voor de selectiviteit ervan.

42. Daar de door de litigieuze maatregel geboden voordelen in casu zijn gekoppeld aan de oplegging van lasten, achtte het Gerecht het noodzakelijk dat werd bewezen dat diezelfde lasten — maar niet de daaraan verbonden voordelen — ook aan alle van de maatregel uitgesloten ondernemingen werden opgelegd. Het kwam tot de slotsom dat bij gebreke van dergelijk bewijs de situatie van de twee groepen ondernemingen niet vergelijkbaar was en dat de aan de eerste groep ondernemingen toegekende voordelen niet als selectief konden worden aangemerkt. Deze slotsom lijkt mij op twee punten vatbaar voor kritiek.

43. In de eerste plaats wordt hierbij mijns inziens uitgegaan van een onjuiste feitelijke veronderstelling. Het kwantitatieve verschil [24] in de verplichtingen tot vermindering van de NO_x-emissies die op de verschillende in Nederland gevestigde installaties rusten

20 — Zie arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, reeds aangehaald, punt 41; zie in die zin ook arresten Ecotrade, reeds aangehaald, punt 41, en België/Commissie, C-75/97, reeds aangehaald, punt 26.

21 — Zie arresten van 15 juni 2006, Air Liquide Industries Belgium (C-393/04 en C-41/05, Jurispr. blz. I-5293, punt 31), en 15 juli 2004, Spanje/Commissie (C-501/00, Jurispr. blz. I-6717, punt 120).

22 — Zie bijvoorbeeld arrest Ecotrade, punt 28.

23 — Zie onder meer arrest Unicredito, reeds aangehaald, punt 49.

24 — Hoewel het bestreden arrest verwijst naar de wijze van berekening van de emissienorm (punt 91) en meer in het algemeen naar de „aard" van de bij de litigieuze maatregel opgelegde verplichtingen, baseert het Gerecht zich hoofdzakelijk op het *kwantitatieve niveau* van de doelstellingen van vermindering van de emissies.

naargelang van hun verontreinigingspotentieel (welke verplichtingen voor de 250 ondernemingen die door de litigieuze maatregel worden geraakt, een totale verlaging tot 55 kiloton NO_x voor 2010 meebrengt), vormt mijns inziens immers geen belemmering voor de mogelijkheid om de situatie van de ondernemingen die dergelijke installaties beheren, te vergelijken vanuit het oogpunt van de last die de naleving van die verplichtingen voor hen meebrengt. Een onderneming die beschikt over een of meer installaties met een geïnstalleerde capaciteit van minder dan 20 MWth, en die dus niet onder de litigieuze maatregel valt, kan worden geconfronteerd met dezelfde moeilijkheden, in termen van te verrichten investeringen en van te dragen kosten, om te voldoen aan de daarbij opgelegde emissieplafonds als een onderneming die installaties beheert met een capaciteit van meer dan 20 MWth, waarvoor de litigieuze maatregel een kwantitatief hogere doelstelling vaststelt voor de vermindering van emissies. Theoretisch gezien is het dus ook niet uitgesloten, nu de kosten voor het verlagen van de emissies van onderneming tot onderneming variëren, dat een dergelijke nakoming voor eerstbedoelde onderneming zwaarder blijkt te wegen wanneer deze hogere kosten voor de verlaging heeft dan laatstbedoelde. [25] Daaruit volgt dat de last die op deze twee ondernemingen drukt, niettegenstaande de verschillen in de verplichtingen die zij moeten nakomen *verhoudingsgewijs vergelijkbaar* is.

44. In de tweede plaats lijkt mij de slotsom waartoe het Gerecht komt, evenmin in lijn te zijn met de in punt 86 van het bestreden arrest genoemde rechtspraak Adria-Wien Pipeline, waarop de gehele redenering van de rechter in eerste aanleg is gebaseerd. Volgens punt 41 van dat arrest moet, om vast te stellen of een overheidsmaatregel selectief is, worden beoordeeld of deze „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties" kan begunstigen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden, *gelet op de doelstelling van de maatregel*. In casu is de milieudoelstelling van de litigieuze maatregel de vermindering van industriële NO_x-emissie, dat wil zeggen, van verontreinigende gassen, waarvoor niet van belang is welke bron van emissie de vermindering uitvoert. Anders dan het Gerecht concludeerde, *bevinden alle ondernemingen waarvan in Nederland gevestigde industriële installaties NO_x uitstoten, zich in een vergelijkbare situatie*. [26] Aan deze vergelijkbaarheid wordt niet afgedaan door het enkele feit dat de staat voor een aantal van deze ondernemingen heeft besloten die doelstelling na te streven middels de instelling van een systeem van verhandeling van emissierechten. Wanneer een systeem een voordeel toekent aan de ondernemingen die daaraan deelnemen, is dat voordeel, niettegenstaande de kosten die het meebrengt, selectief omdat het enkel

25 — Op basis van hetgeen Nederland heeft gesteld in antwoord op enkele vragen van het Gerecht, is de emissienorm voor het eerste jaar van toepassing van de litigieuze maatregel bovendien „met opzet ruimer genomen dan de „gemiddelde emissie"" teneinde de meerderheid van de ondernemingen in staat te stellen daaraan te voldoen en voldoende emissierechten (credits) te verkrijgen.

26 — In dit opzicht heeft de Commissie in eerste aanleg ook betoogd dat evenmin hoefde te worden bewezen dat er sprake was van verplichtingen tot vermindering of van emissiegrenzen die drukken op de ondernemingen die van het systeem van verhandeling van emissierechten zijn uitgesloten, om te kunnen stellen dat de litigieuze maatregel selectief is.

een beperkt aantal — ook al is dit aantal aanzienlijk en wordt het bepaald op basis van objectieve criteria — ondernemingen die NO_x uitstoten in Nederland, begunstigt.

45. Een groot aantal precedenten in de rechtspraak bevestigen bovenstaande analyse. [27]

46. Ik meen bijgevolg dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de afbakening van de op de Commissie rustende bewijslast, voor zover het tot de slotsom is gekomen dat zij moest bewijzen dat voor de niet aan de litigieuze maatregel onderworpen ondernemingen dezelfde verplichtingen golden om de NO_xemissies te verminderen als voor de wel daaraan onderworpen ondernemingen.

47. Het Gerecht heeft voorts geoordeeld dat het aan de Commissie stond om te bewijzen dat aan de ondernemingen waarvoor andere emissieplafonds gelden dan die welke in de litigieuze maatregel zijn vastgesteld, een geldboete kon worden opgelegd in geval van niet-naleving van die plafonds. Om te beoordelen of het in het onderhavige geval gerechtvaardigd is om een dergelijke bewijslast op te leggen, dient in herinnering te worden gebracht dat het Gerecht in de punten 68 en volgende van het bestreden arrest heeft overwogen dat de litigieuze maatregel *twee afzonderlijke voordelen* ten gunste van de daaraan onderworpen ondernemingen meebrengt. Ten eerste staat hij die ondernemingen toe de indirect uit de emissienorm voortvloeiende emissierechten onderling te verhandelen, en ten tweede biedt hij aan ondernemingen die méér NO_x dan de vastgestelde emissienorm hebben uitgestoten, de mogelijkheid aan een boete te ontkomen door emissierechten te kopen van ondernemingen met een emissieoverschot. Het bewijs dat aan de niet aan de litigieuze maatregel onderworpen ondernemingen een geldboete kan worden opgelegd wanneer de emissieplafonds worden overschreden, kan noodzakelijk zijn om het voordeel dat bestaat in de mogelijkheid om oplegging van een dergelijke geldboete te voorkomen, als selectief te beschouwen, nu bij het ontbreken van een dergelijk bewijs de situatie van die ondernemingen logischerwijs niet vergelijkbaar is met die van de wel aan die maatregel onderworpen ondernemingen. Een dergelijk bewijs kan echter niet van belang zijn voor de beoordeling of het voordeel van de verhandelbaarheid van de emissierechten eventueel selectief is.

48. Daaruit volgt dat het Gerecht ook in dat opzicht de strekking van de op de Commissie rustende bewijslast onjuist heeft uitgelegd.

27 — Zie bijvoorbeeld reeds aangehaalde arresten Ecotrade, waarin het Hof heeft geoordeeld dat een wet waarbij een procedure betreffende buitengewoon beheer is ingesteld uitsluitend ten gunste van grote industriële ondernemingen in moeilijkheden en niet ten gunste van alle insolvente ondernemingen, selectief is; Commissie/Spanje, C-409/00, betreffende een alleen voor natuurlijke personen en kmo's bestemde steunregeling voor de aanschaf van bedrijfsvoertuigen (zie in het bijzonder punt 50 waarin het Hof het argument van het Koninkrijk Spanje afwijst dat de uitsluiting van grote ondernemingen „die met grotere regelmaat en zonder daarvoor steun nodig te hebben, hun wagenpark vernieuwen", noodzakelijk was voor de opzet van het stelsel); België/Commissie, C-75/97, betreffende een verhoging van de aan bepaalde ondernemingen toegekende vermindering van sociale bijdragen voor handarbeiders ten gunste van alleen ondernemingen in enkele sectoren van de verwerkende industrieën en onder uitsluiting van andere, hoewel die wel werden gekenmerkt door de aanwezigheid van handarbeiders (punten 23-31), en Adria-Wien Pipeline, punten 48-53.

49. Op basis van het voorgaande ben ik van oordeel dat het tweede bezwaar dat de Commissie in het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel van de hogere voorziening heeft aangevoerd, waarmee zij betoogt dat er sprake is van een onjuiste rechtsopvatting bij de afbakening van de op haar rustende bewijslast, gegrond is.

2. Tweede onderdeel

50. Ook in het kader van dit onderdeel voert de Commissie twee afzonderlijke bezwaren aan. Ten eerste is het Gerecht in de laatste volzin van punt 88 en in de punten 97 tot en met 100 van het bestreden arrest ten onrechte tot de slotsom gekomen dat de litigieuze maatregel geen staatssteun vormde omdat deze de bescherming van het milieu tot doel heeft. Ten tweede heeft het de rechtspraak volgens welke een maatregel geen steun vormt wanneer deze wordt gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt, verkeerd toegepast.

51. Wat het eerste bezwaar betreft, beperk ik mij tot de opmerking dat het voortkomt uit een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Anders dan de Commissie betoogt, heeft het Gerecht in de door haar genoemde passages in wezen immers enkel vastgesteld dat het criterium voor de keuze van de ondernemingen waarop de litigieuze maatregel van toepassing is, in overeenstemming is met de milieudoelstelling die daarmee wordt nagestreefd en zijn rechtvaardiging vindt in de aard en de algemene opzet van het daarbij opgezette systeem. Eveneens moet worden afgewezen de in het kader van haar tweede bezwaar primair aangevoerde stelling van de Commissie dat het Gerecht zich schuldig heeft gemaakt aan een tegenstrijdigheid door in de punten 97 tot en met 100 van het bestreden arrest vast te stellen dat er in Nederland een ruimer stelsel bestaat op het gebied van de NO_x-emissies waarvan de litigieuze maatregel deel uitmaakt, terwijl het de Commissie in de punten 91 tot en met 94 van dat arrest juist had verweten dat zij niet had bewezen dat er een dergelijk algemeen stelsel bestond. Enerzijds zijn de punten 97 tot en met 100 immers louter gebaseerd op veronderstellingen, die bovendien slechts ten overvloede zijn geformuleerd, en anderzijds verwijst het Gerecht in de passages waarin het „de aard en de algemene opzet van het stelsel" noemt, naar het „stelsel" dat daarbij is opgezet — ten aanzien waarvan het stelt dat moet worden nagegaan of de differentiatie tussen ondernemingen, waarvan het als hypothese aanneemt dat sprake is, coherent is [28] — en niet, zoals de Commissie stelt, naar een in Nederland toegepast „ruimer" algemeen stelsel op het gebied van NO_x.

52. In het kader van het tweede, subsidiaire, bezwaar betoogt de Commissie dat, anders

28 — Zie punt 97 van het bestreden arrest.

dan het Gerecht heeft vastgesteld, de toekenning van verhandelbare emissierechten aan een beperkt aantal ondernemingen, die zijn bepaald op basis van de capaciteit van de industriële installaties waarover zij beschikken, noch door de milieudoelstellingen van de maatregel noch door de aard of de opzet van het stelsel wordt gerechtvaardigd. Zij verwijst in dit verband naar de punten 52 en 53 van het in punt 39 van deze conclusie aangehaalde arrest Adria-Wien Pipeline. Meer in het algemeen betoogt zij ten eerste dat het aan de betrokken lidstaat staat om in de administratieve procedure te bewijzen dat de aangemelde maatregel gerechtvaardigd is op basis van de aard en de algemene opzet van het stelsel — welk bewijs in casu niet is geleverd door Nederland — en ten tweede dat een dergelijke rechtvaardiging, voor zover het een uitzondering vormt op het beginsel dat een maatregel die bepaalde ondernemingen begunstigt staatssteun vormt, strikt moet worden uitgelegd en toegepast.

53. Ik breng in herinnering dat het Hof, gelet op de in punt 97 van het bestreden arrest genoemde rechtspraak, heeft uitgemaakt dat, wat met name overheidsmaatregelen op belastinggebied betreft, ook selectieve maatregelen, die tussen ondernemingen differentiëren, aan de kwalificatie steun kunnen ontkomen wanneer deze differentiatie gerechtvaardigd wordt door de aard en de algemene opzet van het belastingstelsel waarvan deze maatregelen deel uitmaken. [29] Meer in het algemeen past het Hof de in de rechtspraak voorziene test toe op „maatregelen waarmee tussen ondernemingen onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de lasten”. [30]

54. In casu heeft het Gerecht in punt 99 van het bestreden arrest vastgesteld dat „de keuze van de begunstigde ondernemingen wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het stelsel, gegeven de hoge NO_x-emissies van de ondernemingen en de specifieke reductienorm waaraan zij zijn onderworpen” en dat „overwegingen van ecologische orde rechtvaardigen dat een onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemingen met aanzienlijke NO_x-emissies en de overige ondernemingen”.

55. De redenering van het Gerecht overtuigt mij niet. In de eerste plaats meen ik dat het onderscheid tussen meer of minder vervuilende installaties niet kan worden geacht „inherent” te zijn aan een stelsel dat erop is gericht industriële verontreinigingen te verminderen,

29 — Zie in die zin arresten van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 33); 15 december 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Jurispr. blz. I-11137, punt 51), en 6 september 2006, Portugal/Commissie (C-88/03, Jurispr. blz. I-7115, punt 52).

30 — Zie onder meer arresten van 26 september 2002, Spanje/Commissie (C-351/98, Jurispr. blz. I-8031, punt 42); 14 april 2005, AEM en AEM Torino (C-128/03 en C-129/03, Jurispr. blz. I-2861), en 2 april 2009, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (C-431/07 P, Jurispr. blz. I-2665), waarbij het arrest van het Gerecht 4 juli 2007 (T-475/04, Jurispr. blz. II-2097), is bevestigd.

en derhalve noodzakelijkerwijs te zijn gerechtvaardigd door de milieudoelstelling ervan. Zoals de Commissie terecht stelt, is vanuit het oogpunt van de impact op het milieu elke NO_x-emissie schadelijk, ongeacht de omvang van de installatie waaruit de emissie afkomstig is. [31] Anders dan het Gerecht stelt, kan een differentiatie tussen ondernemingen die uitsluitend is gebaseerd op een kwantitatief criterium van het type dat wordt toegepast door de litigieuze maatregel, op zich niet worden geacht te zijn gerechtvaardigd door ecologische overwegingen. Voorts vertoont de verwijzing door het Gerecht naar artikel 6 EG juncto artikel 87 EG, zonder nadere preciseringen, gelijkenissen met enkele gronden in het arrest British Aggregates, gewezen door het Gerecht op 13 september 2006, die door het Hof enkele maanden nadat het bestreden arrest was gewezen, van de hand zijn gewezen. [32]

56. In de tweede plaats kan, bij gebreke van bewijzen — die Nederland moest leveren [33], over de niet-toepasbaarheid van het PSR op ondernemingen met industriële installaties van geringere omvang dan vastgesteld in de litigieuze maatregel — niet de gevolgtrekking worden gemaakt, zoals het Gerecht doet, dat de differentiatie tussen ondernemingen die in die maatregel wordt gemaakt, voortvloeit uit de aard en de algemene opzet van het stelsel, vanwege de specifieke verminderingsnorm die wel op een aantal van deze ondernemingen drukt, maar niet op andere.

57. Gelet op het voorgaande, meen ik dat het door de Commissie in het kader van haar tweede onderdeel aangevoerde tweede bezwaar gegrond is en dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door in de punten 97 tot en met 100 van het bestreden arrest de conclusie te trekken dat de differentiatie die in de litigieuze maatregel wordt gemaakt tussen ondernemingen met installaties met een capaciteit van meer dan 20 MWth en ondernemingen met een capaciteit die beneden deze drempel ligt, haar rechtvaardiging vindt in de aard en de opzet van het stelsel in de zin van de in punt 53 hierboven aangehaalde rechtspraak.

C — Conclusies over de principale hogere voorziening

58. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging het tweede middel van de hogere voorziening, dat door de Commissie subsidiair is aangevoerd, te aanvaarden, en het bestreden arrest te vernietigen.

31 — Zie in die zin punten 52 en 53 van het arrest Adria-Wien Pipeline, reeds aangehaald door de Commissie.

32 — Zie arrest Gerecht British Aggregates/Commissie (T-210/02, Jurispr. blz. II-2789, met name punten 115 en 117), en arrest Hof van 22 december 2008, British Aggregates, (C-487/09 P, Jurispr. blz. I-10505, punten 86 e.v., met name 90-92).

33 — Arrest van 29 april 2004, Nederland/Commissie (C-159/01, Jurispr. blz. I-4461, punt 43).

V — Incidentele hogere voorzieningen

59. Nederland en Duitsland stellen incidentele hogere voorzieningen in tegen het gedeelte van het arrest waarbij het Gerecht het in eerste aanleg door Nederland aangevoerde bezwaar heeft afgewezen dat de Commissie een onjuiste toepassing heeft gegeven aan het begrip „voordeel dat met staatsmiddelen is bekostigd" in artikel 87, lid 1, EG (punten 63-78 van het bestreden arrest).

60. De hogere voorziening van Duitsland is zowel autonoom ingesteld als onder voorwaarde van toewijzing van de principale hogere voorziening ten gronde. Voor zover het een autonoom bezwaar vormt, moet zij mijns inziens niet-ontvankelijk worden verklaard. Blijkens vaste rechtspraak kunnen immers alleen de partijen die in eerste aanleg gedeeltelijk of geheel in het ongelijk zijn gesteld hogere voorziening instellen tegen een arrest van het Gerecht.[34] In casu heeft het Gerecht in het gedeelte van het arrest waarop de incidentele hogere voorziening betrekking heeft, weliswaar het door Nederland, ondersteund door Duitsland, aangevoerde middel afgewezen, doch heeft het niettemin de vorderingen van deze lidstaten volledig toegewezen, door de betwiste beschikking in haar geheel nietig te verklaren. Een hogere voorziening van deze lidstaten bij het Hof is dus slechts ontvankelijk voor zover het Hof, door de principale hogere voorziening van de Commissie ten gronde toe te wijzen, de door het Gerecht gegeven kwalificatie van de litigieuze maatregel in twijfel trekt.

61. Tot staving van hun incidentele hogere voorzieningen voeren Nederland en Duitsland één middel aan, betreffende schending van artikel 87, lid 1, EG, dat uit twee onderdelen bestaat. Ten eerste kent de litigieuze maatregel *geen enkel voordeel* toe aan de daaraan onderworpen ondernemingen en ten tweede, ook indien zou worden vastgesteld dat er sprake is van een dergelijk voordeel, dan is het niet *gefinancierd uit overheidsmiddelen*. Het Gerecht heeft de begrippen „voordeel" en „financiering middels staatsmiddelen" als bedoeld in artikel 87, lid 1, EG, bijgevolg op onjuiste wijze uitgelegd en toegepast.

34 — Zie arrest van 29 april 2004, IPK-München en Commissie (C-199/01 P en C-200/01 P, Jurispr. blz. I-4627, punt 42), en conclusie van advocaat-generaal Mischo in deze zaak van 10 juli 2003, punten 21-29. Zie voorts beschikking van de president van het Hof van 17 december 1998, Emesa Sugar/Raad [C-363/98 P(R), Jurispr. blz. I-8787]. In het arrest Procter & Gamble/BHIM lijkt het Hof een ander standpunt te hebben ingenomen; in die zaak had de rekwirant voor het Hof in eerste aanleg nietigverklaring van de bestreden handeling verkregen op basis van een middel van procedurele aard, dat in het kader van de vorderingen subsidiair was aangevoerd, terwijl het middel dat betrekking had op de zaak ten gronde, dat was aangevoerd tot staving van zijn twee principale vorderingen, was afgewezen (arrest van 20 september 2001, C-383/99 P, Jurispr. blz. I-6251, punten 18-26).

A — *Eerste onderdeel: onjuiste uitlegging en toepassing van het begrip „voordeel" in de zin van artikel 87, lid 1, EG*

62. Met het eerste onderdeel van het enige middel van de hogere voorziening betwisten de Nederlandse en de Duitse regering om te beginnen de slotsom van het Gerecht dat de verhandelbaarheid van emissierechten, waarin de litigieuze maatregel voorziet, voor de ondernemingen een voordeel vormt. Nederland betwist voorts de slotsom in punt 73 van het bestreden arrest, dat de litigieuze maatregel ondernemingen die meer NO_x hebben uitgestoten dan de vastgestelde norm, in staat stelt aan de betaling van een geldboete te ontkomen door op de markt emissierechten te kopen.

1. Verhandelbaarheid van emissierechten

63. Vooraf dient in herinnering te worden gebracht dat het Hof, in lijn met het belang dat vanuit het oogpunt van het Unierecht wordt gehecht aan het doel van invoering en handhaving van een stelsel van vrije mededinging [35], het begrip „staatssteun" sinds zijn eerste uitspraken ruim heeft uitgelegd. Dit begrip omvat niet alleen positieve prestaties, zoals subsidies, maar ook „maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor — zonder subsidies in de strikte zin van het woord te zijn — van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben". [36] Een maatregel die erop gericht is te voorkomen dat op het budget van een onderneming een last drukt die zich in een normale situatie niet zou hebben voorgedaan, vormt daarentegen geen steun. [37] Zoals reeds in herinnering is gebracht maakt artikel 87, lid 1, EG volgens vaste rechtspraak geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, doch ziet naar de gevolgen ervan. [38] Daaruit volgt dat het enkele feit dat met een maatregel doelstellingen van economisch, structureel, sociaal [39] of milieubeleid [40] worden nagestreefd op zich niet volstaat om te ontkomen aan de kwalificatie

35 — Zie onder meer arresten van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punt 31), en 11 september 2008, Duitsland/Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 66).

36 — Zie met name arresten van 23 februari 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit (30/59, Jurispr. blz. 3, 39); 29 juni 1999, DM Transport (C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 19), en 14 september 2004, Spanje/Commissie (C-276/02, Jurispr. blz. I-8091, punt 24).

37 — Arrest van 23 maart 2006, Enirisorse (C-237/04, Jurispr. blz. I-2843, punten 43-49).

38 — Zie arresten van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 27); 26 september 1996, Frankrijk/Commissie (C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 20), en 13 juni 2002, Nederland/Commissie (C-382/99, Jurispr. blz. I-5163, punt 61).

39 — Zie arrest van 27 maart 1980, Denkavit italiana (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 31); arrest Commissie/Italië, 173/73, reeds aangehaald, punt 13, met verwijzing naar maatregelen die erop gericht zijn de werkgelegenheid in de textielsector te steunen, en arrest van 12 december 2002, België/Commissie (C-5/01, Jurispr. blz. I-11991, punt 46), betreffende maatregelen voor de financiering van de arbeidstijdverkorting van de volgens loonschalen bezoldigde werknemers.

40 — Zie met name arrest Hof British Aggregates/Commissie, reeds aangehaald, punt 84.

als steun in de zin van genoemde bepaling. [41] Meer in het algemeen, zoals advocaat-generaal Leger in de zaak Altmark [42] heeft beklemtoond, zijn de voor de maatregel kenmerkende factoren — zoals de vorm waarin de steun wordt verleend, het rechtskarakter van de maatregel naar nationaal recht, het feit dat de maatregel deel uitmaakt van een steunregeling, de doeleinden van de maatregel, dan wel de bedoeling van de overheid en de begunstigde onderneming — niet relevant in het stadium waarin vastgesteld wordt of er sprake is van steun, aangezien zij geen invloed kunnen hebben op de mededinging. Zij kunnen daarentegen relevant worden in een later stadium van het onderzoek, bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel uit hoofde van de uitzonderingsbepalingen van het Verdrag.

64. De argumenten van Nederland en Duitsland moeten in het bijzonder op basis van deze beginselen worden onderzocht. Tot staving van de stelling dat de verhandelbaarheid van emissierechten geen enkel voordeel meebrengt voor de aan de litigieuze maatregel onderworpen ondernemingen, merken deze lidstaten om te beginnen op dat die ondernemingen hun emissierechten alleen kunnen verkopen wanneer, en in de mate waarin, zij er dankzij investeringen die ze hebben verricht in slagen hun NO_x-emissies verder te verlagen dan de vastgestelde norm. Bijgevolg is de hoeveelheid emissierechten die zij kunnen verhandelen niet van tevoren bepaald, maar wordt deze bepaald op basis van die extra vermindering. Bovendien wordt de waarde van die rechten bepaald door de betrokken marktdeelnemers en hangt deze uitsluitend af van de hoeveelheid op de markt beschikbare rechten. De Duitse regering merkt voorts op dat deze waarde ook gelijk zou kunnen zijn aan nul, wanneer alle ondernemingen binnen het systeem de hun opgelegde emissieplafonds naleven. Hoe dan ook kent volgens deze regering een prestatie die bestaat in een tegenprestatie tegen de marktprijs geen enkel voordeel toe en vormt dus geen staatssteun.

65. Deze argumenten zijn er enerzijds op gericht *de toerekenbaarheid aan de staat* van het vermeende voordeel, dat bestaat in de verhandelbaarheid van de emissierechten, ter discussie te stellen en anderzijds *het bestaan op zich van dat voordeel* in twijfel te trekken door het als louter theoretisch te kwalificeren. Zij moeten mijns inziens op beide aspecten worden afgewezen.

66. Wat het eerste aspect betreft breng ik in herinnering dat de vorm waarin overheidsinterventie plaatsvindt irrelevant is voor de kwalificatie ervan als steun; ook een maatregel die voor de begunstigde onderneming een *louter indirect voordeel* meebrengt, doordat lasten die normalerwijs op zijn budget drukken worden verlicht, kan steun vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Bovendien

41 — Zie in het bijzonder arrest Frankrijk/Commissie (C-241/94, reeds aangehaald, punt 21); arresten van 29 april 1999, Spanje/Commissie (C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 23), en 17 juni 1999, België/Commissie (C-75/97, Jurispr. blz. I-3671 punt 25).

42 — Conclusie van 14 januari 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. 2003 blz. I-7747, punt 81).

wordt aan de toerekenbaarheid aan de staat van het voordeel dat voortvloeit uit een overheidsoptreden, niet afgedaan door het enkele feit dat de begunstigde onderneming, om dat voordeel te verkrijgen, gehouden is een bepaalde handelwijze aan de dag te leggen.[43] Vervolgens is in casu, los van alle overwegingen over de handelwijze die van de aan de litigieuze maatregel onderworpen ondernemingen wordt verlangd, duidelijk dat ofschoon de verhandelbaarheid van NO_x-emissierechten hun een voordeel toekent, dit vooral afhankelijk is van het feit dat de staat, enerzijds, de verkoop van die rechten toestaat en, anderzijds, de ondernemingen die meer NO_x hebben uitgestoten toestaat om de ontbrekende emissierechten te kopen van andere ondernemingen binnen het systeem, waardoor de staat aldus toelaat dat er een markt voor die rechten ontstaat. Zoals in punt 70 van het bestreden arrest terecht is vastgesteld, kan een dergelijk voordeel, indien het wordt bevestigd, worden teruggevoerd op de staatsinterventie, niettegenstaande het feit dat de staat niet rechtstreeks emissierechten aan de betrokken ondernemingen toekent.

67. Wat het tweede aspect betreft kan op grond van feit dat, in bepaalde omstandigheden, het voordeel dat is verbonden aan een specifieke staatsinterventie, niet kan worden geconcretiseerd tot een daadwerkelijk voordeel voor de betrokken onderneming — zoals het geval zou zijn wanneer alle aan het systeem deelnemende ondernemingen de hun opgelegde emissieplafonds naleven — mijns inziens niet zonder meer worden uitgesloten dat daarmee rekening wordt genouden bij de kwalificatie van de interventie als steun. Bovendien moet in het onderhavige geval worden opgemerkt, ten eerste, dat het bij de litigieuze maatregel in het leven geroepen systeem bedoeld is om de vermindering van de NO_x-emissie in de industriesector voor meerdere jaren te regelen, en ten tweede dat, zoals in het bijzonder blijkt uit punt 71 van het bestreden arrest, de ondernemingen die deel uitmaken van dat systeem de mogelijkheid hebben alle emissierechten te verhandelen en niet alleen die welke aan het einde van het jaar beschikbaar zijn geworden uit het positieve verschil tussen de feitelijke en de toegestane emissies. In die omstandigheden zal de hypothese van de Duitse regering praktisch gezien marginaal blijven.

68. Nederland en Duitsland betogen voorts dat het systeem van verhandelbare rechten bedoeld is als *compensatie* voor de door de ondernemingen gedragen kosten voor de vermindering van de emissies dan wel, als alternatief, voor de aanschaf van de rechten die noodzakelijk zijn om de vastgestelde norm na te leven. Dat systeem leidt er niet toe dat lasten die normalerwijze op het budget van de betrokken ondernemingen drukken worden verlicht, en verleent hun geen enkel voordeel, maar moet in verband worden gebracht met de strengere emissieplafonds die bij de litigieuze maatregel zijn opgelegd. Ten slotte merkt de Duitse regering op dat ook de functie van „credits" die aan de emissierechten is toegekend, anders dan het Gerecht heeft vastgesteld, evenmin de conclusie rechtvaardigt

43 — De toekenning van stimuleringsmaatregelen is er vaak juist op gericht de ondernemingen ertoe aan te zetten een bepaalde handelwijze aan te nemen, in lijn met bepaalde doelstellingen van bijvoorbeeld economisch, sociaal of milieubeleid die de staat nastreeft.

dat er sprake is van een voordeel ten gunste van de ondernemingen die deel uitmaken van het systeem.

69. Ook deze argumenten moeten mijns inziens worden afgewezen.

70. Vooraf breng ik in herinnering dat in beginsel niet is uitgesloten dat er sprake is van steun wanneer de betrokken maatregel bedoeld is om de nadelen of extra kosten te compenseren die ten laste komen van de betrokken ondernemingen ten gevolge van een ongunstige economische conjunctuur, optreden van de wetgever [44] of ook wijzigingen in de wettelijke regeling die van toepassing is op die ondernemingen. [45]

71. Dit gezegd zijnde wijs ik erop dat, naar Nederland stelt, de ondernemingen die investeringen hebben gedaan om de NO_x-emissies te verminderen tot beneden het plafond dat voortvloeit uit de toepassing van het PSR, door de overeenkomstige emissierechten op de markt te verkopen, de in verband met die investeringen gemaakte kosten, zij het slechts gedeeltelijk, kunnen terugkrijgen. De ondernemingen die er daarentegen niet in slagen dat plafond te eerbiedigen, kunnen ervoor kiezen hetzij om te investeren in maatregelen die geschikt zijn om de emissies van hun installaties te verminderen dan wel om de benodigde emissierechten op de markt te kopen. Zoals de gemachtigde van Nederland ter terechtzitting heeft beklemtoond, is die keuze in het bijzonder afhankelijk van het verschil tussen de kosten van de aanschaf van emissierechten, die variëren naargelang van de marktontwikkeling, en de kosten die noodzakelijk zijn om de interventies ter vermindering van de NO_x-emissies te financieren. In beide gevallen kunnen de ondernemingen die deel uitmaken van het systeem, wegens de in Nederland toegestane verhandelbaarheid van de emissierechten dus in meer of mindere mate de kosten verminderen die verbonden zijn aan milieu-investeringen of aan de nakoming van milieuverplichtingen, die normalerwijze

44 — Zie bijvoorbeeld arresten Commissie/Italië, 173/73, reeds aangehaald, waarin het Hof heeft vastgesteld dat steun vormt de verlichting van de sociale lasten die door de Italiaanse Republiek werd toegekend aan de textielsector, hoewel deze bedoeld was om een nadeel te compenseren dat het financieringsstelsel van de gezinstoelagen dat voordien van kracht was, meebracht voor sectoren met een hoog aandeel vrouwelijk personeel; arrest van 7 juni 1988, Griekenland/Commissie (57/86, Jurispr. blz. 2855), waarin het Hof het argument van de Griekse regering heeft afgewezen dat de rentevergoeding die werd toegekend aan de exporteurs, neutraal was omdat daarmee enkel de negatieve gevolgen van de verhoging van de rentetarieven voor de marktdeelnemers werden tenietgedaan, zonder hun enig bijkomend voordeel te verschaffen; en 5 oktober 1999, Frankrijk/Commissie (C-251/97, Jurispr. blz. I-6639), waarin het Hof het argument van de Franse regering heeft afgewezen dat sociale lasten slechts waren verlicht in ruil voor de extra kosten die de ondernemingen na het overleg over de collectieve akkoorden hadden aanvaard, en dat de omstreden maatregelen in elk geval, gelet op die meerkosten, financieel neutraal waren.

45 — Zie bijvoorbeeld met betrekking tot steun die bedoeld is ter compensatie van niet-terugvorderbare kosten in de geliberaliseerde sectoren, onverminderd de eventuele toepassing van de rechtspraak Altmark (reeds aangehaald arrest) over de compensatie van kosten die voortvloeien uit de nakoming van openbaredienstverplichtingen, arrest van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a. (C-206/06, Jurispr. blz. I-5497).

op hun budget drukken.[46] De mogelijkheid van een dergelijke vermindering vormt voor die ondernemingen een voordeel. Meer in het algemeen, zoals Nederland in antwoord op schriftelijke vragen van het Gerecht heeft uiteengezet, bepalen in het systeem van verhandeling van NO_x-rechten „de ondernemingen zelf de wijze waarop zij de opgelegde emissienormen zullen naleven". Dat systeem staat voorts toe de totale kosten van de nakoming van die norm binnen de groep van de 250 betrokken ondernemingen te verdelen, met een voordeel zowel voor de ondernemingen waarvan de kosten voor de verlaging van de emissies laag zijn, die de verlaging tot beneden die norm te gelde kunnen maken, als voor de ondernemingen waarvoor die kosten hoger zijn, die over een alternatief beschikken voor de structurele interventies die noodzakelijk zijn om aan de norm te voldoen.

72. In die omstandigheden is de stelling van Nederland en van Duitsland, dat de verhandelbaarheid van de emissierechten in verband moet worden gebracht met de strengere doelstellingen die aan de betrokken ondernemingen worden opgelegd op het vlak van de vermindering van de NO_x-emissies, niet ter zake dienend. Voor zover deze stelling erop doelt de hierboven uiteengezette aan de verhandelbaarheid van de emissierechten verbonden voordelen te rechtvaardigen middels de verwijzing naar de met de litigieuze maatregel nagestreefde milieudoelstellingen, moet zij worden afgewezen op grond van de in punt 63 hierboven in herinnering gebrachte vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke artikel 87, lid 1, EG geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, doch uitsluitend ziet op de gevolgen ervan.

73. Eveneens moet worden afgewezen het argument dat is aangevoerd door de Duitse regering en dat ter terechtzitting door de gemachtigde van Nederland is ondersteund, dat de verhandelbaarheid van de emissierechten een tegenprestatie, tegen de marktprijs, vormt voor de aan de ondernemingen opgelegde inspanningen om hun NO_x-emissies te verminderen. Zoals zojuist immers is uiteengezet, behoren de kosten van de verlaging van de emissies, ook al hebben zij tot doel die emissies te verminderen tot beneden de bij de wet voor één onderneming toegestane drempel, tot de kosten die normalerwijze op het budget van de onderneming drukken. Een dergelijke vermindering kan dus niet worden opgevat als een „dienst" waarvoor de verhandelbaarheid een tegenprestatie tegen de marktprijs vormt. Het vergoedingsmechanisme dat eigen is aan

46 — In dit verband breng ik in herinnering dat op grond van het beginsel „de vervuiler betaalt", dat ingevolge artikel 191 VWEU een van de hoekstenen van het milieubeleid van de Unie is, zoals uitgelegd door het Hof, de kosten van het herstel van de schade in verband met de verontreiniging aan de exploitanten worden opgelegd voor zover zij hebben bijgedragen tot het ontstaan van de verontreiniging of tot het risico van verontreiniging (zie met name arrest van 9 maart 2010, ERG e.a., C-378/08, Jurispr. blz. I-1919, punt 56). Bijgevolg moeten deze kosten worden aangemerkt als kosten die *normalerwijze op het budget drukken* van de ondernemingen waarvan de activiteiten een negatieve impact op het milieu hebben. Zij vormen voor die ondernemingen dus geen uitzonderlijke kosten.

het bij de litigieuze maatregel opgezette systeem van verhandeling van emissierechten, kan weliswaar in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de verenigbaarheid ervan met de interne markt [47], doch het is irrelevant voor de beoordeling of die maatregel de daaraan onderworpen ondernemingen een voordeel toekent dat steun kan vormen in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

74. Ten slotte dient aan hetgeen tot nog toe is uiteengezet te worden toegevoegd dat, zoals reeds in herinnering is gebracht, de aan de litigieuze maatregel onderworpen ondernemingen, binnen bepaalde grenzen, de mogelijkheid hebben alle emissierechten te verhandelen en niet alleen die welke aan het eind van het jaar beschikbaar zijn geworden uit het positieve verschil tussen de feitelijke emissies en de toegestane emissies. Dit biedt hun het verdere voordeel om over liquiditeit te beschikken door de emissierechten te verkopen voordat is voldaan aan de voorwaarden voor definitieve toewijzing ervan.

2. Mogelijkheid om de geldboete te voorkomen

75. Nederland is van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door in punt 73 van het bestreden arrest vast te stellen dat de litigieuze maatregel een voordeel toekent aan de ondernemingen die meer NO_x hebben uitgestoten dan de vastgestelde emissienorm, omdat hun de mogelijkheid wordt gegeven de oplegging van een geldboete te voorkomen door emissierechten te kopen van ondernemingen die een overschot hebben behaald.

76. Tot staving van hun stelling voeren zij in wezen aan dat de betaling van een geldboete de ondernemingen niet vrijstelt van de aankoop van de ontbrekende emissierechten en bijgevolg voor hen geen werkelijk alternatief vormt. Ik zeg meteen dat dit argument, ook indien zou worden aangenomen dat het is gericht tegen een onjuiste rechtsopvatting en niet bedoeld is om een feitelijke beoordeling in het bestreden arrest opnieuw ter discussie te stellen, mij niet ter zake dienend lijkt, omdat darmee niet wordt ingegaan tegen de slotsom van het Gerecht dat de ondernemingen die de emissienorm hebben overschreden, ontkomen aan oplegging van de geldboete indien zij vóór het einde van het jaar de ontbrekende emissierechten kopen.

77. Anderzijds kan evenmin worden betoogd, zoals Nederland impliciet lijkt te doen, dat een dergelijke slotsom geen rekening houdt met het feit dat de handelwijze waarvoor de geldboete kan worden opgelegd, bestaat in de niet-naleving van twee als cumulatief aan te merken voorwaarden: de overschrijding van de vastgestelde norm en het verzuim om de ontbrekende emissierechten te kopen. Een dergelijke redenering maakt zich in feite zondig aan excessief formalisme. Ten opzichte van een onderneming die is uitgesloten van het bij de litigieuze maatregel opgezette systeem van verhandeling van emissierechten, die gehouden is de opgelegde emissieplafonds te eerbiedigen dan wel een geldboete

47 — Zie punt 3.3 van de beschikking van de Commissie.

te betalen [48], beschikken de ondernemingen die deel uitmaken van dat systeem, wanneer zij de vaststelde norm overschrijden, wel over een alternatief voor de sanctie. Anders dan Nederland lijkt te stellen, is dit een werkelijk alternatief. Die ondernemingen kunnen immers aan het einde van elk jaar beslissen of zij de ontbrekende rechten onmiddellijk kopen dan wel de geldboete betalen en die rechten op een later tijdstip kopen. [49] Zij zullen voor de eerste optie kiezen wanneer het op basis van de waarde van de emissierechten op de markt voor hen voordeliger is de ontbrekende rechten te kopen dan om de geldboete te betalen. Zij zullen daarentegen voor de tweede optie kiezen wanneer zij menen dat de waarde van de rechten op de markt zodanig zal dalen dat het voordeliger wordt om de aankoop ervan uit te stellen ondanks het feit dat dit impliceert dat zij de geldboete moeten betalen, of wanneer zij menen dat zij voor het daarop volgende jaar, dankzij verrichte of te verrichten investeringen, over zoveel meer emissierechten kunnen beschikken dat zij daarmee de ontbrekende van het lopende jaar kunnen compenseren (de extra verlaging van 25 %, die hun zal worden opgelegd, inbegrepen).

78. Ik meen bijgevolg dat op basis van de door Nederland aangevoerde argumenten dus niet kan worden geconcludeerd dat in punt 73 van het bestreden arrest blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3. Conclusie over het eerste onderdeel

79. Gelet op het voorgaande moet het eerste onderdeel, betreffende een onjuiste uitlegging en toepassing van het begrip „voordeel" in de zin van artikel 87, lid 1, EG mijns inziens worden afgewezen.

B — *Tweede onderdeel: onjuiste uitlegging en toepassing van het begrip „financiering uit staatsmiddelen" in de zin van artikel 87, lid 1, EG*

80. In het tweede onderdeel maken Nederland en Duitsland bezwaar tegen de slotsom in de punten 75 tot en met 77 van het bestreden arrest dat de bij de litigieuze maatregel verleende voordelen met staatsmiddelen zijn bekostigd.

81. In het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat Nederland, door de $_x$-emissierechten om niet ter beschikking te stellen

48 — Ter terechtzitting heeft Nederland bevestigd dat de aan de litigieuze maatregel onderworpen ondernemingen verantwoordelijk zijn voor ongeveer 90 % van de industriële NO_x-emissies en dat aan de voor de overige 10 % verantwoordelijke ondernemingen emissieplafonds worden opgelegd, met een geldboete in geval van overschrijding.

49 — Zie de antwoorden van het Koninkrijk der Nederlanden op de schriftelijke vragen van het Gerecht.

van de betrokken ondernemingen in plaats van deze te verkopen of te veilen en door de ondernemingen die te veel NO_x hebben uitgestoten toe te staan de betaling van de geldboete te voorkomen door de ontbrekende emissierechten op de markt te kopen, afstand heeft gedaan van staatsinkomsten. Het heeft zich gebaseerd op vaste rechtspraak van het Hof volgens welke ook wanneer de staat ervan afziet om inkomsten te innen, hoewel in dat kader geen staatsmiddelen worden overgedragen, er sprake kan zijn van steun. [50] Op basis van die rechtspraak heeft het Hof reeds vastgesteld dat aan het vereiste van financiering met staatsmiddelen kunnen voldoen: een belastingvrijstelling of -vermindering [51], een uitstel van belastingbetaling en, onder bepaalde voorwaarden, betalingsfaciliteiten die in verband met socialezekerheidsbijdragen door het met de inning van die bijdragen belaste orgaan op discretionaire wijze aan een onderneming worden toegekend [52], de levering van goederen of verrichting van diensten tegen een voordeeltarief [53], de feitelijke kwijtschelding van vorderingen van de overheid of een vrijstelling van de verplichting tot betaling van geldboeten of andere financiële sancties [54].

82. Tot staving van zijn bezwaar betoogt Nederland om te beginnen dat het „enkel een wettelijk kader [heeft geschapen] om de uitstoot van NO_x-emissies op een kosteneffectieve wijze voor ondernemingen met grote installaties te beperken". Nederland beklemtoont dat de emissierechten die kunnen worden verhandeld, rechtstreeks door die ondernemingen worden gecreëerd en dat de waarde ervan door de markt wordt bepaald. Een dergelijk systeem staat die ondernemingen toe de overschotten en tekorten ten opzichte van de opgelegde norm onderling te „verevenen". Aangezien deze argumenten in wezen gericht zijn op de vraag of de voordelen die voortvloeien uit de verhandelbaarheid van de emissierechten, aan de staat kunnen worden toegerekend, verwijs ik hier enkel naar de punten 66 en volgende hierboven, waarin dit aspect reeds is besproken. [55]

83. Nederland merkt voorts op dat het alternatief waarop het Gerecht in het bestreden arrest heeft gewezen, dat wil zeggen de verkoop of de veiling van $_x$-emissierechten door de staat, zou hebben geleid tot een zwaardere last voor de ondernemingen, waaraan reeds zware doelstellingen van vermindering van die emissies zijn opgelegd, en hoe dan ook onverenigbaar zou zijn met het opgezette systeem. Deze redenering kan mijns inziens niet slagen. Overwegingen betreffende de noodzaak om de coherentie en de stimulerende werking van het systeem te behouden, alsmede meer in het algemeen de milieudoelstelling ervan, kunnen immers weliswaar van

50 — Zie met name arresten van 15 maart 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 14), en 19 mei 1999, Italië/Commissie (C-6/97, Jurispr. blz. I-2981, punt 16).

51 — Zie arrest van 19 september 2000, Duitsland/Commissie (C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punten 26 en 27), en reeds aangehaalde arresten Banco Exterior de España, punt 14, en Italië/Commissie, C-6/97, punt 16.

52 — Arrest DM Transport, reeds aangehaald.

53 — Arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 59).

54 — Arrest Piaggio, reeds aangehaald, punt 41.

55 — Aan hetgeen reeds is uiteengezet voeg ik toe dat het Hof in het arrest Duitsland/Commissie (C-156/98, reeds aangehaald, punten 26 en 27) heeft uitgesloten dat het verband tussen de belastingvermindering voor de verkrijging van deelnemingen in bepaalde ondernemingen en het indirecte voordeel dat die ondernemingen genieten zou kunnen worden weggenomen door het enkele feit dat voor de verkrijging van dat voordeel een autonome beslissing van de investeerders nodig is.

belang zijn bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de litigieuze maatregel met de interne markt, doch zijn irrelevant voor de vaststelling of de daarbij aan de betrokken ondernemingen toegekende voordelen met overheidsmiddelen zijn gefinancierd. Bovendien vormen het opleggen van bijzonder zware doelstellingen van vermindering van de emissies aan de betrokken ondernemingen, enerzijds, en het toekennen van verhandelbare emissierechten aan die ondernemingen, anderzijds, weliswaar aspecten van één enkel systeem, doch zij kunnen bij de beoordeling of dat systeem steunelementen omvat niettemin afzonderlijk in beschouwing worden genomen. [56]

84. Sterker lijkt mij daarentegen het argument van de Duitse regering, die opmerkt dat het gemeenschapsrecht de lidstaten niet verplicht om de emissierechten voor luchtverontreinigende stoffen te verkopen of te veilen, maar hun de vrije keuze laat om die tegen betaling dan wel om niet toe te kennen.

85. Het is juist, zoals de Commissie zelf zowel in eerste aanleg als ter terechtzitting voor het Hof erkent, dat het gemeenschapsrecht een dergelijke verplichting niet kent, en evenmin de lidstaten verplicht om de bij richtlijn 2001/81 vastgestelde doelstellingen van vermindering van de NO_x-emissies middels een specifiek systeem te bereiken. Het staat de lidstaten in wezen vrij om een traditioneel stelsel vast te stellen, dat is gebaseerd op het verplicht stellen van technologieën of de vaststelling van emissieplafonds, waaraan sancties zijn verbonden in geval van overschrijding, of een reguleringsinstrument dat is gebaseerd op de marktwerking, middels de creatie van een systeem van verhandelbare emissierechten, of ook, zoals in het geval van Nederland, om de twee mogelijkheden te combineren. Wanneer zij kiezen voor een systeem van verhandelbare emissierechten staat het hun vrij om te kiezen voor toekenning om niet van dergelijke rechten (zogeheten grandfathering) dan wel voor verkoop of veiling daarvan.

86. Mij dunkt echter dat een dergelijke vrijheid niet uitsluit dat het optreden dat erop gericht is uitvoering te geven aan de gekozen optie, steunelementen kan omvatten, zoals ook de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan een belastingstelsel steunverlening kan impliceren, niettegenstaande het feit dat de lidstaten, bij het ontbreken van communautaire verplichtingen, in beginsel vrij zijn om te beslissen of zij al dan niet gebruik maken van de belastingheffing en niet verplicht zijn om belastinginkomsten in een bepaalde omvang te verwezenlijken.

87. In casu neig ik eerder tot de opvatting dat wanneer een lidstaat de creatie van een markt voor emissierechten voor luchtverontreinigende stoffen toelaat of zelfs stimuleert, waardoor die rechten in wezen verhandelbare immateriële zaken worden, het feit dat die

56 — Met betrekking tot de scheidbaarheid van de verschillende aspecten van een overheidsmaatregel met het oog op het onderzoek van de verenigbaarheid ervan met de Verdragsbepalingen inzake steunmaatregelen, zie arrest Hof van 22 maart 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Jurispr. blz. 557, punten 14-17).

zaken, rechtstreeks of indirect, om niet ter beschikking worden gesteld van de ondernemingen die actief zijn op die markt, dan te beschouwen is als „afstand van overheidsinkomsten" overeenkomstig de in punt 81 hierboven aangehaalde rechtspraak.

88. De door de Nederlandse en de Duitse regering tegen deze slotsom aangevoerde argumenten zijn mijns inziens niet overtuigend.

89. Om te beginnen ontkennen deze regeringen dat er in casu sprake is van toekenning van emissierechten door de staat, omdat die rechten de consequentie zijn van de handelwijze van de ondernemingen en de door hen verrichte investeringen ter vermindering van hun emissies. Dit argument houdt bij het onderzoek van de feiten geen stand. Daaruit blijkt immers dat de staat weliswaar niet een daadwerkelijke toekenning van die rechten verricht, maar deze rechten niettemin indirect ter beschikking stelt van de ondernemingen die deelnemen aan het systeem. In dit opzicht dient in herinnering te worden gebracht dat emissierechten, volgens hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld [57], te allen tijde kunnen worden verhandeld, dat wil zeggen ook voordat is voldaan aan de voorwaarden voor het ontstaan daarvan (vermindering van de emissies tot beneden het opgelegde plafond). Zoals voorts blijkt uit de antwoorden van Nederland op de door het Gerecht gestelde schriftelijke vragen, heeft de staat zich in de aanvangsfase van het betrokken systeem van verhandelbare emissierechten niet beperkt tot het toestaan van de verhandeling van die rechten, door de bepaling van de hoeveelheid en de waarde van de voor verhandeling beschikbare rechten volledig aan de marktwerking over te laten, maar heeft hij het emissieplafond met opzet op een laag niveau vastgesteld, opdat de meerderheid van de ondernemingen in staat werd gesteld over een voldoende aantal te verhandelen credits te beschikken, en opdat de waarde van de rechten op een voor die ondernemingen voordelig niveau kon worden vastgesteld.

90. De Nederlandse en de Duitse regering merken voorts op dat de betrokken emissierechten geen waarde hebben op het tijdstip waarop zij ter beschikking worden gesteld van de ondernemingen en pas een daadwerkelijke waarde krijgen wanneer zij op de markt worden gebracht. Die omstandigheid lijkt mij niet doorslaggevend. Wat telt bij de toetsing of de staat afstand heeft gedaan van inkomsten door die rechten om niet ter beschikking te stellen van de ondernemingen, is immers de *geschiktheid* ervan om voorwerp van handelstransacties te vormen en om op de markt een waarde te krijgen. Bovendien, zoals de Commissie terecht heeft beklemtoond, lijkt het gekunsteld om de fase van de terbeschikkingstelling van de rechten te scheiden van de fase van de verhandeling ervan, aangezien de emissierechten te allen tijde kunnen worden verhandeld.

91. De door het systeem geboden mogelijkheid om nog niet ontstane rechten te verhandelen neemt in feite ook de grondslag weg

57 — In punt 71 van het bestreden arrest is vermeld dat „elke houder van een emissievergunning een rekening in het NO_x-emissieregister had en alle rechten kon verkopen van de jaren waarvoor een norm was vastgesteld, met inbegrip van toekomstige jaren".

van het door de Duitse regering aangevoerde argument dat de ondernemingen die minder NO_x uitstoten dan het voor hen geldende plafond, jegens de staat een recht verkrijgen op een overeenkomstig certificaat, welk recht uitsluit dat de staat daarvoor een prijs kan eisen of dat certificaat kan veilen.

92. Ten slotte voeren de Nederlandse en de Duitse regering argumenten aan voor hun stelling inzake de vermeende gelijkenis tussen de onderhavige zaak en de zaak waarin het arrest PreussenElektra [58] is gewezen. Ook die argumenten moeten mijns inziens volledig worden afgewezen. In het arrest PreussenElektra heeft het Hof uitgesloten dat er sprake was van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG in het geval van een overheidsregeling die aan de particuliere elektriciteitsbedrijven een verplichting oplegde om tegen minimumprijzen die hoger waren dan de economische waarde van dit soort energie, elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen, en waarbij de uit deze verplichting voortvloeiende financiële last werd verdeeld tussen de elektriciteitsbedrijven en de toeleverende particuliere netexploitanten. Volgens het Hof is, bij het ontbreken van enige rechtstreekse of indirecte overdracht van staatsmiddelen, het feit dat die regeling twijfelloos een economisch voordeel toekent aan de elektriciteitsbedrijven die elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen leveren en dat dit voordeel het gevolg is van overheidsinterventie, niet voldoende om de betrokken maatregel als steun te kwalificeren. [59] In het bijzonder in punt 62 heeft het Hof overwogen dat de omstandigheid dat de financiële last die uit de afnameverplichting tegen minimumprijzen voortvloeit, negatieve gevolgen kan hebben voor de economische resultaten van de aan die verplichting onderworpen ondernemingen, en bijgevolg tot een daling van de belastingontvangsten van de staat kan leiden, immers een gevolg is dat „inherent is aan een dergelijke regeling en niet [...] een middel [is] om de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen een bepaald voordeel ten laste van de staat te verlenen". In casu kan de terbeschikkingstelling om niet van verhandelbare emissierechten ten gunste van de betrokken ondernemingen en de daaruit voortvloeiende afstand door de staat van de inning van de overeenkomstige tegenprestatie, niet vergelijkbaar worden geacht met de vermindering van inkomsten ten gevolge van de (louter potentiële) impact van een door de staat opgelegde verplichting tot aankoop tegen vaste prijzen. Die afstand kan in het bijzonder niet worden geacht „inherent" te zijn aan elk instrument voor regulering van de emissies van luchtverontreinigende stoffen middels een systeem van verhandeling van emissierechten. Zoals gezien heeft de staat, wanneer hij gebruik maakt van dergelijke instrumenten, in beginsel immers de keuze tussen de toekenning om niet dan wel de vervreemding of veiling van die rechten. Voorts bestaat er in casu een voldoende rechtsreeks verband tussen de litigieuze maatregel en de inkomstenderving door de staat, welk verband in de zaak PreussenElektra niet bestond tussen de oplegging van de betrokken aankoopverplichting en de eventuele vermindering van belastinginkomsten. De feiten in deze laatstgenoemde zaak en in de onderhavige zaak kunnen dus niet worden

58 — Reeds aangehaald.

59 — Zie met name punten 59 en 61.

gelijkgesteld en de door het Hof in eerstgenoemde zaak gekozen oplossing kan dus niet worden toegepast op de onderhavige zaak. [60]

93. Bijgevolg lijkt mij dat de door de Nederlandse en de Duitse regering aangevoerde elementen niet van dien aard zijn dat daaruit schending van artikel 87, lid 1, EG door het Gerecht voortvloeit, voor zover het in de punten 75 tot en met 78 van het bestreden arrest tot de slotsom is gekomen dat in omstandigheden zoals die van het onderhavige geval, Nederland, door de emissierechten in kwestie indirect om niet ter beschikking te stellen van de betrokken ondernemingen, aan die ondernemingen een zaak toekent en daarbij afziet van de inning van de inkomsten die overeenkomen met de verkoopprijs ervan of die voortvloeien uit de veiling ervan. Vóór die slotsom pleit integendeel de ruime uitlegging van het begrip „steun" die het Hof sinds zijn eerste uitspraken heeft aanvaard, met het oog op het belang van de doelstelling van totstandbrenging van een interne mark waarin de mededingingsvoorwaarden niet zijn vervalst door eenzijdig optreden van de lidstaten. [61] Deze benadering is ook terug te vinden in de rechtspraak over de voorwaarden voor financiering middels overheidsmiddelen. In dit verband breng ik, naast de in punt 81 hierboven aangehaalde rechtspraak, die reeds een rijk en gevarieerd scala van gevallen van „financiering middels afstand van overheidsinkomsten" omvat, in herinnering dat het Hof bij herhaling heeft vastgesteld dat artikel 107, lid 1, VWEU alle geldelijke middelen omvat die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen *permanent deel uitmaken van het vermogen van de staat*, voor zover zij voortdurend onder staatscontrole staan. [62] Voorts hebben de gevallen waarin het Hof heeft ontkend dat er sprake was van financiering met staatsmiddelen, betrekking op situaties waarin een andere beslissing duidelijk zou hebben betekend dat wordt erkend dat het begrip „steun" ook voordelen omvat die weliswaar zijn terug te voeren op staatsinterventie doch geen rechtstreekse of indirecte overdracht van staatsmiddelen impliceren [63], waardoor feitelijk een van de bestanddelen

60 — Terloops merk ik op dat ik het Hof reeds in mijn conclusie in de zaak Essent in overweging had gegeven, zij het in een andere context, de in het arrest PreussenElektra gevolgde benadering niet uit te breiden tot buiten de specifieke feitelijk context waarin zij gerechtvaardigd was. Zie conclusie van 24 januari 2008 in de zaak Essent, reeds aangehaald, punten 97 en 98.

61 — Zie onder meer arresten van 29 juni 2006, SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punt 31), en 11 september 2008, Duitsland/Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 66).

62 — Zie arresten van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie (C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 50), en 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 37).

63 — Zie bijvoorbeeld arresten van 17 maart 1993, Sloman Neptun (C-72/91 en C-73/91, Jurispr. blz. I-887); 7 mei 1998, Viscido e.a. (C-52/97–C-54/97, Jurispr. blz. I-2629), en 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099).

van het begrip „steun" in de zin van artikel 87, lid 1, EG teniet zou worden gedaan. [64]

94. Nederland betwist voorts de slotsom van het Gerecht dat deze staat afstand heeft gedaan van overheidsinkomsten door de ondernemingen die te veel NO_x hebben uitgestoten, in staat te stellen de betaling van een geldboete te voorkomen door de ontbrekende emissierechten op de markt te kopen. Nederland voert in dit verband aan dat de betrokken geldboete een bijkomende sanctie vormt ten opzichte van het verstrekken van de ontbrekende emissierechten. Dit argument is echter reeds besproken en afgewezen in de punten 76 tot en met 78 hierboven, waarnaar ik verwijs. De door Nederland aangevoerde constatering kan dan ook niet worden aanvaard.

64 — In dit verband wijs ik erop dat een aantal eerdere uitspraken van het Hof en conclusies van enkele advocaten-generaal tot discussie hadden geleid over de onontbeerlijkheid van overheidsfinanciering voor de kwalificatie van een overheidsmaatregel als steun: zie arresten van 30 januari 1985, Commissie/Frankrijk (290/83, Jurispr. blz. 439, punten 13 en 14); 2 februari 1988, Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie (67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. blz. 219, punten 32-38), en 7 juni 1988, Griekenland/Commissie (57/86, Jurispr. blz. 2855, punt 12), en conclusies van de advocaten-generaal Verloren van Themaat, in de gevoegde zaken Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e.a. (213/81–215/81; arrest van 13 oktober 1982, Jurispr. blz. 3583); Slynn in de zaak Commissie/Griekenland, reeds aangehaald, en Darmon in de zaak Sloman Neptun, reeds aangehaald. Vanaf het arrest Sloman Neptun, heeft het Hof echter constant en zonder aarzeling het beginsel gevolgd dat steun rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen moet zijn bekostigd. In de zaak PreussenElektra, reeds aangehaald, werd het Hof door de Commissie openlijk verzocht zijn rechtspraak hierover opnieuw te bezien, in het bijzonder in het licht van de recente ontwikkelingen van de communautaire rechtsorde. Het Hof heeft echter geen gevolg gegeven aan dat verzoek.

C — *Conclusie inzake de incidentele hogere voorzieningen*

95. Op basis van al het voorgaande geef ik het Hof in overweging de incidentele hogere voorzieningen van Nederland en van Duitsland af te wijzen.

VI — Beroep in eerste aanleg

96. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel deze voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

97. In casu behoeft de zaak niet naar het Gerecht te worden verwezen. Zoals zowel de Commissie al de verwerende regeringen betogen, is de zaak in staat van wijzen, zodat het Hof de zaak inderdaad kan afdoen. Hiertoe moet het tweede middel worden onderzocht dat Nederland tot staving van zijn beroep had aangevoerd, betreffende een motiveringsgebrek in de beschikking van de Commissie, waarover het Gerecht geen uitspraak heeft gedaan.

A — *Tweede middel van het beroep: schending van de motiveringsplicht*

98. Nederland betoogt dat de beschikking van de Commissie, voor zover zij daarin tot de slotsom komt dat er sprake is van staatssteun, niet genoegzaam met redenen is omkleed.

99. Deze lidstaat voert ten eerste aan dat de Commissie in haar beschikking ten onrechte heeft vastgesteld dat een onderneming die het emissieplafond niet naleeft en waaraan derhalve een geldboete wordt opgelegd, niettemin emissiecredits krijgt. Dit argument moet worden afgewezen aangezien het gericht is op een onjuistheid met betrekking tot de feiten en niet op een motiveringsgebrek in de beschikking. Zo moet ook het analoge argument worden afgewezen dat Nederland in punt 65 van het verzoekschrift aanvoert.

100. Ten tweede voert Nederland aan dat er sprake is van enkele dubbelzinnigheden en tegenstrijdigheden in de motivering van de beschikking. Om te beginnen heeft de Commissie zichzelf tegengesproken door enerzijds te stellen dat de emissierechten *om niet* aan de ondernemingen worden verstrekt, en anderzijds te beweren dat de verlaging van de NO_x-emissies tot beneden het plafond door de ondernemingen een *tegenprestatie* vormt. In dit verband kan worden volstaan met vast te stellen dat de twee stellingen zijn opgenomen in respectievelijk het gedeelte van de beschikking betreffende het bestaan van steun en het gedeelte betreffende de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt. In het kader van die beoordeling heeft de Commissie vastgesteld dat de omstandigheid dat de ondernemingen ertoe worden gestimuleerd om hun emissies verder te verlagen dan het hun toegestane plafond, „in de geest van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu", een tegenprestatie vormt voor het voordeel dat bij de litigieuze maatregel aan die ondernemingen is toegekend (punt 3.3 van de beschikking van de Commissie). Een dergelijke slotsom is geenszins in tegenspraak met de stelling dat de NO_x-emissierechten om niet aan de aan die maatregel onderworpen ondernemingen worden toegekend.

101. Volgens Nederland is de redenering van de Commissie bovendien onnauwkeurig waar zij als conclusie vaststelt (punt 4 van de beschikking), dat een „dynamic cap"-systeem zoals dat wat Nederland heeft vastgesteld, een onzekerder milieuresultaat heeft en hogere administratieve kosten meebrengt, wat de reden is waarom het niet de goedkeuring van de Commissie kan wegdragen. In dit verband merk ik enkel op dat uit alle overwegingen samen in de beschikking van de Commissie duidelijk blijkt dat die vaststelling, die moet worden opgevat als een soort obiter dictum in de structuur van de motivering van die handeling, van geen enkel belang is geweest bij de kwalificatie van de litigieuze maatregel en evenmin invloed heeft gehad op het onderzoek van de verenigbaarheid ervan met de interne markt. Het argument van Nederland kan dus niet worden aanvaard.

102. Ten derde stelt Nederland dat de Commissie heeft verzuimd een afdoende

motivering te geven voor de conclusie dat de litigieuze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst. Ook dit argument moet mijns inziens worden afgewezen. De voorlaatste paragraaf van punt 3.2 van de beschikking van de Commissie geeft immers een afdoende, zij het beknopte, motivering over de redenen waarom zij op het standpunt staat dat de litigieuze maatregel aan de daaraan onderworpen ondernemingen een mededingingsvoordeel verschaft dat de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

103. Op basis van het voorgaande is het tweede middel van het beroep mijns inziens ongegrond. Daaruit volgt dat het beroep in eerste aanleg in zijn geheel moet worden verworpen.

VII — Conclusie

104. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

— de principale hogere voorziening toe te wijzen en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 10 april 2008, Nederland/Commissie, T-233/04, te vernietigen;

— de incidentele hogere voorzieningen af te wijzen;

— de zaak af te doen door het beroep in eerste aanleg te verwerpen.

105. Daar volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering het Hof ten aanzien van de proceskosten beslist wanneer de hogere voorziening ongegrond is of wanneer, bij gegrondheid ervan, het Hof zelf de zaak afdoet, en daar de Commissie heeft gevorderd dat het Koninkrijk der Nederlanden wordt verwezen in de kosten van de principale hogere voorziening en van de procedure voor het Gerecht van eerste aanleg, geef ik het Hof voorts in overweging het Koninkrijk der Nederlanden te verwijzen in die kosten en te verklaren dat de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Sloveense Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland hun eigen kosten zullen dragen.