CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. PAOLO MENGOZZI
presentadas el 22 de diciembre de 2010[1]

1. Mediante el recurso objeto del presente procedimiento, la Comisión recurre la sentencia de 10 de abril de 2008, Países Bajos/Comisión[2] (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas anuló la Decisión de la Comisión, de 24 de junio de 2003, relativa a la ayuda estatal nº N 35/2003 sobre el régimen comercial de las emisiones de óxidos de nitrógeno notificado por el Reino de los Países Bajos[3] (en lo sucesivo, «Decisión»). Dicha sentencia es objeto de dos adhesiones a la casación formuladas por el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania.

I. Hechos que originaron el litigio y Decisión

2. El régimen comercial de las emisiones de óxidos de nitrógeno (en lo sucesivo, «NO_x») notificado a la Comisión por el Reino de los Países Bajos (en lo sucesivo, «medida controvertida»), así como el contenido de la Decisión, se describen del siguiente modo en los apartados 8 a 13 y 16 a 20 de la sentencia recurrida:

«8. Mediante escrito de 23 de enero de 2003, las autoridades neerlandesas notificaron a la Comisión, con arreglo al artículo 88 CE, apartado 3, un régimen comercial de las emisiones de [NO_x] [...]. [Solicitaron] a la Comisión que adoptase una decisión por la que se declarase la [inexistencia] de ayuda en el sentido del artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83, p. 1).

9. El 24 de junio de 2003, la Comisión adoptó la [Decisión].

10. En la [Decisión] la Comisión describe en primer lugar la medida [controvertida] en el apartado 1. En el marco del techo nacional neerlandés para las emisiones de NO_x definido por la Directiva 2001/81, las autoridades neerlandesas fijaron un objetivo de 55 kilotoneladas de emisión

1 — Lengua original: italiano.
2 — Asunto T-233/04 (Rec. p. II-591).
3 — C(2003) 1761 final.

de NO_x para 2010 para sus grandes instalaciones industriales, es decir, en torno a 250 empresas.

11. Sobre el funcionamiento de dicho régimen la Comisión expone en el apartado 1.2 de la [Decisión] que una ley nacional fija, para cada instalación industrial, una norma relativa de emisión de NO_x que ha de respetarse. La empresa puede respetar la norma de emisión impuesta de este modo bien adoptando medidas de reducción de las emisiones de NO_x en su propia instalación, bien adquiriendo derechos de emisión de otras empresas, bien combinando las dos opciones. Las instalaciones cuyas emisiones sean inferiores a la norma de emisión ofrecen las reducciones de emisión en el mercado comercial de las emisiones en forma de créditos de NO_x.

12. La emisión anual total de NO_x de una instalación, corregida por los posibles créditos de NO_x vendidos o adquiridos, debe corresponderse con el nivel de emisión autorizado para la referida instalación. La emisión anual autorizada, en números absolutos, se calcula en función de la norma de emisión relativa y de la cantidad de energía que se utilice en la citada instalación.

13. Al final de cada año, las autoridades neerlandesas verifican si las instalaciones han respetado la norma de emisión impuesta. Cada año pueden adquirirse, ahorrarse o prestarse para períodos futuros los créditos de NO_x. En caso de que una instalación sobrepase la norma de emisión impuesta, deberá compensar el excedente al año siguiente. Además, dicho excedente que ha de ser compensado se incrementará en un 25 % con el fin de disuadir todo exceso. Cuando una instalación no respete su norma de emisión, las autoridades neerlandesas le pueden imponer una multa efectiva, proporcional y disuasiva.

[…]

16. […] En los apartados 1.5 y 1.6 de la [Decisión] la Comisión precisa que la medida [controvertida] será aplicable de manera paralela a la normativa comunitaria a todas las empresas industriales que tengan una potencia instalada superior a 20 megavatios térmicos (MWt). Las autoridades neerlandesas continuarán aplicando los límites de emisiones que fijan las diferentes directivas comunitarias en vigor.

17. En el marco de su apreciación de la medida [controvertida] (apartado 3 de la [Decisión]), la Comisión menciona, en primer lugar, su práctica decisoria relativa a los regímenes comerciales de las

emisiones y distingue del siguiente modo entre dos tipos de regímenes:

"1) Los regímenes en los que los permisos de emisión o de contaminación negociables se consideran activos inmateriales que representan un valor comercial que el Estado igualmente hubiese podido vender o adjudicar, lo que supone un lucro cesante (o una pérdida de fondos estatales), de manera que existe una ayuda estatal en el sentido del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE;

2) Los regímenes en los que los permisos de emisión o de contaminación negociables son considerados prueba oficial de que una determinada producción no puede ser vendida o adjudicada al beneficiario del permiso, de manera que no existe lucro cesante y por lo tanto no se compromete fondo estatal alguno, lo que implica, por su parte, la inexistencia de ayuda estatal en el sentido del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE".

18. A continuación, la Comisión expone las razones que la han conducido a concluir que existe una ayuda estatal en el caso de la medida [controvertida], a saber, esencialmente, la concesión gratuita por el Estado de créditos de NO_x a un grupo específico de empresas que ejerce una actividad comercial entre Estados miembros. Según la Decisión impugnada, las autoridades neerlandesas disponen de la posibilidad de vender o adjudicar los derechos de emisión. Al ofrecer gratuitamente los créditos de NO_x como activos inmateriales, el Estado miembro deja de percibir una ganancia. La Comisión deduce de ello que dicho régimen tiene por objeto fondos estatales en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. El refuerzo de la posición de las empresas de que se trata afecta al comercio entre Estados miembros.

19. Finalmente, en el [apartado] 3.3 de la [Decisión], la Comisión examina la compatibilidad de la medida [controvertida] con el mercado común.

20. Como conclusión, en el apartado 4 de la [Decisión], la Comisión declara que la medida [controvertida] contiene una ayuda estatal en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, al tiempo que añade que dicha ayuda es compatible con el mercado común de conformidad con el artículo 87 CE, apartado 3 […]. La Comisión solicita a las autoridades neerlandesas que le comuniquen anualmente un informe relativo a la aplicación de la medida [controvertida] y a notificarle con anterioridad cualquier adaptación de las condiciones en las que se otorga la ayuda».

3. En el escrito de contestación, el Reino de los Países Bajos afirma que la medida controvertida entró en vigor el 1 de junio de 2005.

II. Pretensiones de las partes ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

4. El Reino de los Países Bajos, apoyado por la República Federal de Alemania, solicitó al Tribunal de Primera Instancia que anulara la Decisión en la parte en que calificaba la medida controvertida de ayuda de Estado y que condenara en costas a la Comisión. Esta última solicitó, con carácter principal, que se declarara la inadmisibilidad del recurso y, con carácter subsidiario, que se desestimara y que se condenara en costas al Reino de los Países Bajos.

5. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó la excepción de inadmisibilidad del recurso formulada por la Comisión (apartados 37 a 49). En cuanto al fondo, desestimó la primera parte del primer motivo de recurso, relativa a la vulneración del artículo 87 CE, por la que el Reino de los Países Bajos alegó la inexistencia de una ventaja financiada mediante fondos estatales (apartados 63 a 78), y acogió la segunda parte, por la que el Estado recurrente cuestionó la existencia del requisito del carácter selectivo (apartados 84 a 101). En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión y condenó en costas a la Comisión.

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

6. La Comisión interpuso el presente recurso mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 23 de junio de 2008. En sus respectivos escritos de contestación, el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania formularon una adhesión a la casación. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 23 de diciembre de 2008 se autorizó al Reino Unido y a la República de Eslovenia a intervenir en el presente procedimiento. Mediante auto de 8 de mayo de 2009 se autorizó a la República Francesa a intervenir en las condiciones previstas en el artículo 93, apartado 7, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En la vista de 14 de octubre de 2010 fueron oídos los agentes de la Comisión y de los Gobiernos de los Países Bajos, la República Federal de Alemania y la República Francesa.

7. En el escrito de interposición del recurso, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia, con carácter principal, que anule la sentencia recurrida y que declare la inadmisibilidad del recurso de anulación de la Decisión y, con carácter subsidiario, que anule la sentencia recurrida y que desestime el recurso de anulación de la Decisión. En ambos casos solicita que se condene al Reino de los Países Bajos a cargar con las costas derivadas de los procedimientos sustanciados en primera instancia y en casación. En el escrito de contestación a las adhesiones a la casación del Reino de los Países Bajos y de la República Federal de Alemania, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia, con carácter principal, que anule la sentencia recurrida y que declare la inadmisibilidad del recurso en primera instancia y, con carácter subsidiario, que desestime las adhesiones a la casación, anule la sentencia recurrida y desestime por infundado el recurso en primera instancia.

8. El Reino de los Países Bajos solicita, con carácter principal, la desestimación del recurso de casación y, con carácter subsidiario, en caso de que el Tribunal de Justicia acoja el recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida en la medida en que desestima el motivo de recurso relativo a la inexistencia de una ventaja financiada mediante fondos estatales. En ambos casos solicita que se condene a la Comisión a cargar con las costas derivadas de los procedimientos sustanciados en primera instancia y en casación.

9. La República Federal de Alemania solicita, con carácter principal, la desestimación del recurso de casación y la anulación de la sentencia recurrida y, con carácter subsidiario, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia no acogiese esta última pretensión, la desestimación del recurso de casación y, en caso de que se estimara el recurso de casación, la anulación de la sentencia recurrida. En ambos casos mantiene las pretensiones invocadas en primera instancia y solicita la condena en costas de la Comisión.

10. El Reino Unido solicita la desestimación de las pretensiones de inadmisibilidad del recurso en primera instancia presentadas por la Comisión y apoya las pretensiones presentadas con carácter principal por el Reino de los Países Bajos. La República de Eslovenia solicita la desestimación del recurso de casación de la Comisión y la condena en costas de ésta. En la vista, la República Francesa pidió que se desestimaran las pretensiones de inadmisibilidad del recurso en primera instancia presentadas por la Comisión.

IV. Sobre el recurso de casación principal

11. La Comisión alega dos motivos en apoyo de su recurso de casación. En el primer motivo denuncia una infracción del artículo 230 CE y se dirige contra la parte de la sentencia recurrida en la que se declara la admisibilidad del recurso del Reino de los Países Bajos. Mediante el segundo motivo, que se invoca con carácter subsidiario, la Comisión alega una infracción del artículo 87 CE, apartado 1.

A. *Sobre el primer motivo de casación, relativo a una infracción del artículo 230 CE*

12. La Comisión considera que, conforme al artículo 230 CE, un Estado miembro no tiene legitimación activa para recurrir contra una decisión que apruebe incondicionalmente una medida notificada en el marco del régimen de control de las ayudas de Estado. El motivo se articula en dos partes.

1. Sobre la primera parte del primer motivo

13. En la primera parte de su primer motivo de casación, la Comisión alega que el Tribunal

de Primera Instancia distinguió erróneamente el caso de autos del asunto que dio lugar al auto del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2004, Países Bajos/Comisión [4] (en lo sucesivo, «auto Países Bajos/Comisión»). Según la Comisión, no existe ninguna diferencia jurídicamente relevante entre ambos asuntos. El Reino de los Países Bajos, con el apoyo del Reino Unido, de la República de Eslovenia y de la República Francesa, así como la República Federal de Alemania consideran, en cambio, que las circunstancias del asunto que dio lugar a dicho auto difieren sustancialmente de las del caso de autos, por lo que ese precedente carece de pertinencia.

14. Procede recordar brevemente el contenido del auto Países Bajos/Comisión, dictado mientras se sustanciaba el procedimiento en el que se dictó la sentencia recurrida.

15. En dicho auto, el Tribunal de Justicia declaró la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el Reino de los Países Bajos contra la decisión por la que la Comisión había declarado la compatibilidad con el mercado común de determinadas medidas de fomento del reciclado de fangos de dragado, notificadas por el citado Estado miembro. En ese recurso se solicitó la anulación de la decisión únicamente «en la medida en que la Comisión [señaló] en dicha Decisión que las ayudas concedidas a las autoridades portuarias en virtud de las referidas medidas de fomento [constituían] ayudas de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1» (apartado 1).

16. La motivación del auto es especialmente sintética. Después de citar la jurisprudencia según la cual sólo pueden ser objeto de un recurso de anulación con arreglo al artículo 230 CE las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de los demandantes modificando de forma caracterizada su situación jurídica, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 20, que la decisión recurrida, que había declarado el régimen de ayudas notificado compatible con el mercado común, no podía modificar de forma caracterizada la situación jurídica del Reino de los Países Bajos, «en la medida en que, al notificar dicho régimen de ayudas, el Gobierno neerlandés [había solicitado] a la Comisión que se pronunciase acerca de la legalidad de las mismas respecto a los artículos 87 CE y 88 CE». [5] En los apartados 21 y 22, el Tribunal de Justicia respondió a la alegación del Reino de los Países Bajos según la cual una parte de la motivación de la decisión recurrida (en la que la Comisión consideraba que determinadas autoridades portuarias podían estar comprendidas en el concepto de empresas a efectos del artículo 87 CE) había producido en cualquier caso efectos jurídicos lesivos para dicho Estado. A este respecto, el Tribunal de Justicia señaló en primer lugar que sólo la parte dispositiva de una decisión puede producir efectos jurídicos y, por tanto, lesivos, y que las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión solamente pueden ser sometidas al control de legalidad del juez comunitario «en la medida en que, tratándose de la motivación de un acto lesivo, constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de dicho acto». En el apartado 22, el Tribunal de Justicia

4 — Asunto C-164/02 (Rec. p. I-1177).

5 — Con carácter meramente incidental, confieso que tengo algunas dificultades para comprender la relación que el Tribunal de Justicia parece establecer entre el tenor de la notificación y la valoración de los efectos de la medida. La determinación de la incidencia de una medida en materia de ayudas sobre la situación jurídica del Estado destinatario depende, a mi juicio, de la valoración objetiva de sus efectos, al margen de la convicción que dicho Estado pueda tener sobre la calificación exacta o la compatibilidad con el mercado común de las medidas proyectadas, al menos en caso de que decida notificar dicha medida.

concluyó que, en el caso de autos, «no se trata de una motivación que constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de una decisión lesiva para el Reino de los Países Bajos», precisando que, «la Comisión afirma en la parte dispositiva de la Decisión recurrida que, con independencia de que algunas de las ayudas de que se trata puedan constituir ayudas en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, el régimen de ayudas controvertido está justificado en cualquier caso al amparo de lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 3, letra c). Por tanto, dicha parte dispositiva *no supone en modo alguno una toma de postura acerca del carácter de empresa de todas las autoridades portuarias, ni tampoco acerca de la naturaleza económica del conjunto de actividades de éstas*». [6] En el apartado 23, el Tribunal de Justicia añadió que «la Decisión recurrida tampoco se pronuncia acerca de las circunstancias particulares de alguna de las autoridades portuarias afectadas» y que «la mencionada Decisión no prejuzga en modo alguno la calificación que, a la vista del artículo 87 CE, apartado 1, deban recibir cualesquiera otras ayudas concedidas a las autoridades portuarias».

17. De la motivación del auto, que se recoge en líneas generales en el punto precedente, se desprende que dos elementos propiciaron que el Tribunal de Justicia declarara la inadmisibilidad del recurso del Reino de los Países Bajos en ese asunto. En primer lugar, en la estructura del razonamiento del Tribunal de Justicia desempeñó un papel especialmente significativo, si no determinante, la circunstancia de que, en la notificación, el Reino de los Países Bajos se limitó a solicitar a la Comisión que valorara la legalidad de las medidas de fomento del reciclado de fangos de dragado, sin indicar que consideraba que dichas medidas no constituían ayudas por estar destinadas a las autoridades portuarias. [7] En segundo lugar, el Tribunal de Justicia señaló que la Comisión, tomando en consideración todas las medidas notificadas y compatibles con el artículo 87 CE, apartado 3, no se había pronunciado de forma definitiva sobre el carácter de ayudas de los incentivos concedidos a las autoridades portuarias.

18. Esos dos elementos no concurren en el presente asunto.

19. Por una parte, al notificar la medida controvertida, el Reino de los Países Bajos

6 — El subrayado es mío.

7 — De la lectura de los autos se deduce que la propia Comisión había insistido en la pertinencia de tal circunstancia, subrayando que, de algún modo, durante el procedimiento administrativo previo, el Reino de los Países Bajos le había comunicado su posición sobre la calificación de los incentivos destinados a las autoridades portuarias.

precisó que, en su opinión, no constituía una ayuda de Estado y solicitó una declaración de la Comisión en ese sentido. Por otra parte, en la Decisión la Comisión adoptó una postura clara e inequívoca sobre el carácter de ayuda de dicha medida. En contra de lo que sostiene la institución recurrente, a la luz de la motivación del auto Países Bajos/Comisión, esas diferencias son jurídicamente relevantes e impiden trasladar automáticamente al presente asunto la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en el citado precedente.

20. Con carácter más general, no considero que sea posible percibir en el auto Países Bajos/Comisión la intención del Tribunal de Justicia de excluir en principio el derecho de los Estados miembros a recurrir contra las decisiones por las que la Comisión autoriza incondicionalmente las medidas de ayuda notificadas. Al contrario, las características específicas del caso y el modo en que han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia militan llevan más bien a atribuir un alcance restringido a dicha resolución.

21. En conclusión, considero que el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en un error al distinguir entre el asunto del que conoció y el que dio lugar al auto Países Bajos/Comisión. Esta conclusión no quedaría desvirtuada aun cuando se declarara la desnaturalización de los hechos que, según la Comisión, llevó a cabo el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 47 de la sentencia recurrida. [8]

22. Por tanto, procede desestimar la primera parte del primer motivo de casación invocado por la Comisión.

2. Sobre la segunda parte del primer motivo de casación

23. Mediante la segunda parte de su primer motivo, la Comisión cuestiona la afirmación del Tribunal de Primera Instancia según la cual la calificación de la medida controvertida como ayuda ha producido efectos jurídicos. La Comisión ataca en particular el apartado 41 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal de Primera Instancia señaló que dicha calificación, que permitió a la Comisión examinar la compatibilidad de la medida controvertida con el mercado común, por un lado, «supone la aplicación del procedimiento previsto para los regímenes de ayudas existentes en el Reglamento nº 659/1999 y, en particular, el de sus artículos 17 a 19 y de su artículo 21, que impone al Estado miembro la obligación de notificar un informe anual sobre todos los regímenes de ayuda existentes» y, por otro, «puede tener incidencia sobre

8 — Según la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia afirmó erróneamente que, en la decisión impugnada en el asunto que dio lugar al auto Países Bajos/Comisión, las declaraciones criticadas por parte del Estado miembro figuraban únicamente en la motivación y no en el fallo.

la concesión de una nueva ayuda en virtud de las normas relativas a la acumulación de ayudas de distinta procedencia previstas, en particular, en el apartado 74 de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente».

24. La institución recurrente alega en primer lugar que, dado el carácter objetivo del concepto de ayuda, las consecuencias mencionadas por el Tribunal de Primera Instancia derivan de la propia naturaleza de la medida controvertida, y no de la Decisión. A mi juicio, no cabe compartir esa alegación. Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones —aunque en un contexto diferente: el del alcance del control jurisdiccional sobre la aplicación del concepto de ayuda por parte de la Comisión—, que dicho concepto tiene carácter objetivo, [9] autorizando a considerar, como parece hacer la Comisión, que una decisión adoptada con arreglo al artículo 87 CE, apartado 1, actualmente artículo 107 TFUE, apartado 1) tiene el valor de una mera declaración, positiva o negativa, del carácter de ayuda de la medida notificada. No obstante, me parece difícilmente cuestionable que, en caso de que la Comisión declare erróneamente que una determinada intervención estatal constituye una ayuda, sea de dicha decisión y no de la medida de que se trate, que en realidad carece de los requisitos de una ayuda, de la que deriven las consecuencias jurídicas vinculadas a esa calificación, consecuencias que el Estado miembro interesado no podrá eliminar salvo que obtenga la anulación de la decisión en ese punto. Cabe recordar además que un argumento similar fue invocado también por la institución recurrente para excluir la admisibilidad de un recurso de anulación contra la decisión de examinar una medida estatal como ayuda «nueva» y no «existente», argumento desestimado por el Tribunal de Justicia. [10]

25. La Comisión aduce además que la aplicación del límite de acumulación de ayudas previsto en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente, que se menciona en el citado apartado 41 de la sentencia recurrida, constituye una consecuencia meramente hipotética de la Decisión. Estoy de acuerdo con este punto de vista. Dicho límite solo producirá efectos si el Reino de los Países Bajos decide conceder ulteriores ayudas a las empresas afectadas por la medida controvertida. Lo mismo cabe afirmar de las obligaciones de notificación y de «stand-still» previstas en el artículo 88 CE, apartado 3, (actualmente artículo 108 TFUE, apartado 3), a las que se refiere en particular el Gobierno alemán, obligaciones que el Reino de los Países Bajos únicamente debería respetar cuando decidiera adoptar medidas análogas a la impugnada o, con arreglo al apartado 4 de la Decisión, modificar elementos de dicha medida.

9 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), apartados 24 y 25, a la que se refiere la Comisión.

10 — Véanse las sentencias de 30 de junio de 1992, España/Comisión (C-312/90, Rec. p. I-4117), apartados 6 y 13, e Italia/Comisión (C-47/91, Rec. p. I-4145), apartados 14 y 26.

26. En lo que respecta a la obligación del Estado miembro interesado de presentar un informe sobre la ejecución de la medida controvertida, que también se menciona en el apartado 41 de la sentencia recurrida, la Comisión se limita, esencialmente, a indicar que, según la información que obra en su poder, las autoridades de los Países Bajos nunca remitieron informe alguno. A mi juicio, esa alegación es inoperante. En efecto, la circunstancia de que el Reino de los Países Bajos no haya cumplido hasta ahora dicha obligación no impide que sea tomada en consideración como consecuencia jurídica de la calificación como ayuda de la medida controvertida.

27. Con carácter más general, considero que precisamente la aplicación del procedimiento previsto para los regímenes de ayudas existentes, mencionada por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 41 de la sentencia recurrida, constituye la consecuencia jurídica más relevante que deriva de la calificación como ayuda de una intervención estatal notificada. Con arreglo al artículo 108 TFUE, apartado 1, la Comisión examinará permanentemente los regímenes de ayudas existentes en los Estados miembros según el procedimiento indicado en el apartado 2 siguiente, que se detalla en los artículos 17 a 19 del Reglamento nº 659/1999. Ello supone que una intervención estatal calificada de ayuda está sometida a un seguimiento constante por parte de la Comisión y a un control periódico. De ello se deduce que una decisión de compatibilidad adoptada con arreglo al artículo 107 TFUE, apartado 3, ofrece al Estado miembro interesado una menor seguridad jurídica, así como un margen de maniobra más estrecho en la ejecución de la medida notificada, que una decisión que excluye el carácter de ayuda de dicha medida conforme al artículo 107 TFUE, apartado 1. En el caso de los Países Bajos, fue precisamente la búsqueda de seguridad jurídica la que llevó a las autoridades de ese Estado miembro a notificar la medida controvertida, aun con la convicción de que no constituía una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE.

28. Por consiguiente, en virtud de todo lo expuesto considero que procede desestimar también la segunda parte del primer motivo de casación invocado por la Comisión.

3. Conclusiones sobre el primer motivo de casación

29. A la luz de todas las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que desestime en su totalidad el primer motivo de casación formulado por la Comisión, que se refiere a una infracción del artículo 230 CE.

B. *Sobre el segundo motivo, relativo a una infracción del artículo 87 CE, apartado 1*

30. El segundo motivo de casación, que se formula con carácter subsidiario, se articula también en dos partes.

1. Sobre la primera parte del segundo motivo

31. Mediante la primera parte del segundo motivo de casación la Comisión cuestiona la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual la medida controvertida no constituye una ayuda de Estado porque no puede favorecer a determinadas empresas o producciones. Esta crítica se refiere a los apartados 84 a 96 de la sentencia recurrida y plantea dos imputaciones distintas.

a) Sobre la primera imputación

32. La Comisión reprocha en primer lugar al Tribunal de Primera Instancia que, con objeto de excluir el carácter selectivo de la medida controvertida, atribuyera especial importancia a la circunstancia de que todas las grandes instalaciones industriales de los Países Bajos están sometidas a la medida controvertida, por lo que el criterio de aplicación de dicha medida es objetivo y no está basado en consideraciones de carácter geográfico o sectorial.

33. Según reiterada jurisprudencia, el hecho de que el número de empresas que pueden aspirar a obtener la medida controvertida sea muy significativo o que dichas empresas pertenezcan a distintos sectores de actividad no es suficiente para desvirtuar su carácter selectivo y, por consiguiente, para excluir la calificación de ayuda de Estado. [11] Según esta misma jurisprudencia, la circunstancia de que una medida estatal se rija por criterios objetivos de aplicación horizontal demuestra únicamente que los incentivos que prevé no constituyen una ayuda individual, sino que forman parte de un régimen de ayudas. [12] Por lo tanto, la Comisión afirma acertadamente, en el marco de su primera imputación, que dicha circunstancia no permite por sí misma concluir que ha de considerarse que una iniciativa estatal es una medida general de política económica, carente por tanto de carácter selectivo.

34. Sin embargo, esta imputación se basa en una interpretación inexacta de la sentencia recurrida y, por lo tanto, no procede acogerla. En efecto, en contra de lo que parece estimar la Comisión, la conclusión contenida en el apartado 96 de la sentencia recurrida, según la cual «la medida [controvertida], considerada en su conjunto, no favorece a determinadas empresas o producciones en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1», no se fundamenta, o no se fundamenta de forma

11 — Véanse las sentencias de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión (C-75/97, Rec. p. I-3671), apartado 32, de 8 de noviembre de 2001, Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Rec. p. I-8365), apartado 48, y de 13 de febrero de 2003, España/Comisión (C-409/00, Rec. p. I-1487), apartado 48.

12 — Véase, en particular, la sentencia España/Comisión, antes citada, apartado 49.

determinante, en los apartados 87 y 88 precedentes, que son cuestionados específicamente por la recurrente. Por una parte, en el apartado 87 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia no expresa valoraciones propias, sino que se limita a exponer algunos de los elementos que caracterizan la medida controvertida, tal como se describen en la Decisión, mientras que la primera frase del apartado 88 contiene únicamente una afirmación fáctica.

35. Por otra parte, la conclusión contenida en la segunda frase del mismo apartado 88, según la cual «el criterio de aplicación de la medida [controvertida] es […] objetivo, sin consideración alguna de tipo geográfico o sectorial», presenta una importancia limitada en la estructura de la argumentación del Tribunal de Primera Instancia y, en todo caso, considerablemente inferior a la que le atribuye la Comisión. En efecto, de los apartados 89 y siguientes de la sentencia recurrida se desprende que, a efectos de excluir el carácter selectivo de la medida de controvertida, el Tribunal de Primera Instancia consideró decisiva la conclusión, recogida en el apartado 90 de la motivación, según la cual la situación jurídica y fáctica de las empresas sujetas al techo de emisión de NO_x que se aplica a las grandes instalaciones industriales «no puede considerarse comparable a la de las empresas a las que no se aplica dicho techo». Igualmente determinante es la conclusión, que figura seguidamente en el apartado 94, según la cual la Comisión «no ha demostrado la existencia de un régimen general que se imponga a las empresas en una situación factual y jurídica comparable a la de las instalaciones sujetas a la medida [controvertida], pero que no ofrezca la ventaja que representa la posibilidad de negociar los derechos de emisión de NO_x».

36. En virtud del análisis expuesto, debe considerarse infundada la primera imputación alegada por la Comisión en el marco de la primera parte de su segundo motivo de casación, por la que la institución recurrente reprocha al Tribunal de Primera Instancia que basara su razonamiento en el carácter objetivo del criterio de aplicación de la medida controvertida. En cualquier caso, dicha imputación es inoperante, puesto que, aunque estuviera fundada, no sería suficiente por sí misma para desvirtuar la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual dicha medida no tiene carácter selectivo, ya que, como se ha indicado, esa conclusión se casa principalmente en otro orden de consideraciones.

b) Sobre la segunda imputación

37. En el marco de la primera parte de su segundo motivo de casación, la Comisión censura además la carga probatoria que le

ha impuesto el Tribunal de Primera Instancia. [13] Esa imputación se dirige contra los apartados 89 a 96 de la sentencia recurrida, de los que se deduce, esencialmente, que para demostrar el carácter selectivo de la medida controvertida, la Comisión debería haber aportado la prueba de que: a) las empresas a las que no se aplica dicha medida, y a las que, en consecuencia, no se ofrece la ventaja que representa la posibilidad de negociar los derechos de emisión de NO_x, están sujetas a las *mismas obligaciones* (el PSR) o a «*obligaciones de la misma naturaleza*», que las impuestas por dicha medida, y b) tales empresas pueden ser sancionadas con una multa en caso de transgresión. [14]

38. Según la Comisión, la prueba exigida por el Tribunal de Primera Instancia es superflua, puesto que de la Decisión y de la propia sentencia recurrida se deduce claramente que todas las empresas de los Países Bajos están sometidas a restricciones en materia de emisiones de NO_x. En su opinión, ello basta para demostrar el carácter selectivo de la medida controvertida, puesto que, frente a las limitaciones impuestas a todas las empresas establecidas en los Países Bajos, sólo el grupo de empresas a las que se aplica dicha medida están facultadas para comercializar entre sí derechos de emisión. Añade que es imposible aportar la prueba exigida por el Tribunal de Primera Instancia, ya que es evidente que las empresas no sujetas a la medida controvertida no están obligadas a cumplir las obligaciones previstas en la misma. En cambio, el Reino de los Países Bajos alega que el Tribunal de Primera Instancia interpretó correctamente

13 — En esa imputación, a título meramente incidental, la Comisión expresa dudas sobre la compatibilidad de la sentencia recurrida, en la parte en que analiza el carácter selectivo de la medida controvertida, con la jurisprudencia según la cual un recurso de anulación no puede basarse en hechos o motivos que no hayan sido alegados ni en el procedimiento conforme a los artículos 107 TFUE y 108 TFUE ni en el escrito de interposición del recurso. Dada la vaguedad de estas alegaciones y habida cuenta de que la Comisión no parece formular un verdadero y auténtico reproche, me limitaré a realizar dos breves observaciones a este respecto. En primer lugar, la jurisprudencia a la que parece referirse la institución recurrente, en virtud de la cual la legalidad de una decisión en materia de ayudas se debe examinar en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que la adoptó (véanse, entre otras, las sentencias de 10 de julio de 1986, Bélgica/Comisión, 234/84, Rec. p. 2263, apartado 16, y de 26 de septiembre de 1996, Francia/Comisión, C-241/94, Rec. p. I-4551, apartado 33), parece carecer de pertinencia en el caso de autos. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia no se pronunció basándose en elementos no conocidos por la Comisión, sino que, en sustancia, reprochó a esta última que concluyera que la medida controvertida tenía carácter selectivo, aun sin contar con elementos suficientes para apoyar esta conclusión. En segundo lugar, no está claro si, al alegar el hecho de que el Reino de los Países Bajos no hubiera planteado en el recurso la cuestión del carácter selectivo, la Comisión pretende alegar que el Tribunal de Primera Instancia resolvió *ultra petita* o infringiendo el artículo 48, apartado 2, de su Reglamento de Procedimiento, según el cual no podrán invocarse motivos nuevos en el curso del proceso. Desde este punto de vista, el eventual reproche de la Comisión carece de la claridad necesaria para que pueda pronunciarse el Tribunal de Justicia.

14 — Los apartados 89 a 96 de la sentencia recurrida pueden resumirse del siguiente modo. El Tribunal de Primera Instancia señala en primer lugar que, habida cuenta del objetivo perseguido por la medida controvertida y de que únicamente se les impone a las empresas sujetas a dicha medida, so pena de multa, una norma de emisión o un tipo normal de rendimiento [Performance Standard Rate (PSR)] estricto, la situación fáctica y jurídica de dichas empresas no puede considerarse análoga a la de las empresas a las que no se aplica dicho techo (apartados 89 y 90). A continuación señala que la Comisión no aportó elementos que permitan considerar que las empresas que consumen menos de 20 MWth se encuentran en una situación comparable a las empresas sometidas a la medida controvertida, ni que estén sujetas, so pena de multa, a «obligaciones de la misma naturaleza». En particular, la Comisión no aportó ninguna prueba para demostrar que dichas empresas están sujetas al PSR. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia concluye que la Comisión no demostró la existencia de un régimen general en el que introduzca una excepción la medida controvertida (apartados 92 a 94).

el alcance de la carga de la prueba que incumbe a la Comisión, puesto que el criterio de selectividad establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Adria-Wien Pipeline [15] se basa precisamente en el carácter comparable de la situación de las empresas cubiertas por la medida [controvertida] y de las que están excluidas de la misma. En el presente asunto, las 250 empresas a las que se aplica la medida controvertida no se encuentran en una situación comparable a la de las demás empresas, ya que sobre ellas recaen obligaciones adicionales, derivadas del objetivo adicional de reducir las emisiones de NO_x a 55 kilotoneladas para 2010.

39. Por mi parte, recordaré que, en virtud del requisito del carácter selectivo, las disposiciones en materia de ayudas no se aplican a las medidas de carácter general, que no se destinan a apoyar actividades o empresas específicas, sino a todos los operadores económicos activos en el territorio del Estado. A este respecto, la jurisprudencia, por un lado, ha precisado que una intervención pública a favor de un número indefinido de beneficiarios identificados en virtud de una serie de criterios objetivos debe considerarse un régimen de ayuda constitutivo de una medida selectiva si, como consecuencia de sus criterios de aplicación, proporciona una ventaja a determinadas empresas o producciones, con exclusión de otras. [16] Por otro lado, la jurisprudencia ha aclarado que incluso las medidas aparentemente generales, por no estar limitadas sectorial ni territorialmente y no estar dirigidas a una categoría restringida de empresas, pueden estar comprendidas en la prohibición prevista en el artículo 87 CE, apartado 1, si su aplicación, en lo que respecta en especial a la selección de los beneficiarios, el importe y las condiciones de la intervención financiera, se deja a la facultad discrecional de las autoridades nacionales. [17] El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que una ayuda puede ser selectiva aun cuando afecte a todo un sector económico. [18] Con carácter más general, de la jurisprudencia se infiere que la existencia del requisito del carácter selectivo debe ser objeto de una valoración casuística, destinada a verificar si la medida de que se trata, habida cuenta de su naturaleza, su ámbito de aplicación, sus modalidades de ejecución y sus efectos, da lugar o no a *ventajas en beneficio exclusivo de determinadas empresas o de determinados sectores de actividad.* [19] En la sentencia Adria-Wien Pipeline, el Tribunal de Justicia precisó que dicha valoración requiere determinar si en el marco de un régimen jurídico concreto, una medida estatal puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras empresas

15 — Antes citada.

16 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2000, CETM/Comisión (T-55/99, Rec. p. II-3207), apartado 40.

17 — Véanse las sentencias Francia/Comisión, C-241/94, antes citada, de 29 de junio de 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913), apartados 28 a 30, y de 17 de junio de 1999, Piaggio (C-295/97, Rec. p. I-3735), apartado 39.

18 — Véanse, en particular, las sentencias, Bélgica/Comisión, C-75/97, antes citada, apartado 33, y de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Rec. p. I-11137), apartado 45.

19 — Véanse las sentencias Francia/Comisión, C-241/94, antes citada, apartado 24; de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade (C-200/97, Rec. p. I-7907), apartados 40 y 41, y Bélgica/Comisión, C-75/97, antes citada.

que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable habida cuenta del objetivo perseguido por dicho régimen. [20]

40. Las críticas formuladas por la Comisión contra la sentencia recurrida deben ser examinadas a la luz de esta jurisprudencia. Señaleré de entrada que me parece que estas críticas pueden compartirse.

41. Hago constar que el hecho de que una medida estatal favorezca a ciertas empresas, que se determinan en función de elementos que caracterizan su situación con respecto a la de todos los demás operadores económicos —por ejemplo, porque pertenecen a un determinado sector o porque desarrollan un cierto tipo de actividad, [21] o incluso por su dimensión— [22] supone, en principio, un reconocimiento del carácter selectivo de dicha medida. [23] Por lo tanto, la circunstancia de que la medida controvertida se aplique *únicamente* a las empresas que disponen de grandes instalaciones industriales milita a favor de su carácter selectivo.

42. En el caso de autos, dado que las ventajas que ofrece la medida controvertida están vinculadas a la imposición de cargas, el Tribunal de Primera Instancia consideró que era necesario demostrar que las mismas cargas, pero no las correspondientes ventajas, se imponían también a las empresas excluidas de dicha medida y concluyó que, a falta de esa prueba, la situación de los dos grupos de empresas no era comparable y que las ventajas concedidas a las empresas pertenecientes al primer grupo no podían considerarse selectivas. Esta conclusión me parece criticable en dos aspectos.

43. En primer lugar, a mi juicio se parte de un presupuesto de hecho erróneo. En efecto, la diferencia cuantitativa [24] de las obligaciones de reducción de las emisiones de NO_x que incumben a las diversas instalaciones establecidas en los Países Bajos en función de su potencial contaminante (obligaciones que, para las 250 empresas afectadas por la medida

20 — Véase la sentencia Adria-Wien Pipeline y Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, antes citada, apartado 41; en el mismo sentido, véanse las sentencias Ecotrade, antes citada, apartado 41, y Bélgica/Comisión, C-75/97, antes citada, apartado 26.

21 — Véanse las sentencias de 15 de junio de 2006, Air Liquide Industries Belgium (asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05, Rec. p. I-5293), apartado 31, y de 15 de julio de 2004, España/Comisión (C-501/00, Rec. p. I-6717), apartado 120.

22 — Véase, por ejemplo, la sentencia Ecotrade, antes citada, apartado 28.

23 — Véase, entre otras, la sentencia Unicredito, antes citada, apartado 49.

24 — Aunque la sentencia recurrida hace referencia a las modalidades de cálculo de la norma de emisión (apartado 91) y, más en general, a la «naturaleza» de las obligaciones impuestas por la medida controvertida, el Tribunal de Primera Instancia se refiere fundamentalmente al *nivel cuantitativo* de los objetivos de reducción de las emisiones.

controvertida, suponen una reducción total de 55 kilotoneladas de NO_x para 2010) no constituye, en mi opinión, un obstáculo a la posibilidad de comparar la situación de las empresas que explotan dichas instalaciones desde el punto de vista de la carga que supone para ellas el cumplimiento de las mencionadas obligaciones. En efecto, una empresa que dispone de una o varias instalaciones con una potencia instalada inferior a 20 MWth, que por tanto no está cubierta por la medida controvertida, puede encontrar las mismas dificultades —en términos de las inversiones que ha de efectuar y de los costes que ha de soportar— para atenerse a los límites de emisión que se le imponen, que otra empresa que explota instalaciones dotadas de una potencia superior a 20 MWth, para la cual la medida controvertida establece un objetivo de reducción de las emisiones cuantitativamente superior. Es más, en teoría, dado que los costes de reducción de las emisiones varían entre las distintas empresas, tampoco cabe excluir que esa adaptación resulte más gravosa para la primera empresa, en caso de que tenga costes de reducción más elevados que la segunda. [25] De ello se deduce que, pese a la diversidad de las obligaciones que les incumben, la carga que recae sobre esas dos empresas es *proporcionalmente comparable.*

44. En segundo lugar, en mi opinión la conclusión a la que llega el Tribunal de Primera Instancia tampoco se atiene a la jurisprudencia establecida en la sentencia Adria-Wien Pipeline, citada en el apartado 86 de la sentencia recurrida y en la que se basa íntegramente el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia. Según el apartado 41 de dicha sentencia, para determinar si una medida estatal tiene carácter selectivo hay que examinar si puede favorecer a «determinadas empresas o producciones» en relación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable *habida cuenta del objetivo perseguido por la medida en cuestión.* En el caso de autos, el objetivo medioambiental de la medida controvertida consiste en la reducción de las emisiones industriales de NO_x, es decir, gases contaminantes, para los que por tanto carece de pertinencia la fuente de emisión que efectúa la reducción. En contra de lo que concluye el Tribunal de Primera Instancia, respecto a dicho objetivo, *todas las empresas cuyas instalaciones industriales establecidas en los Países Bajos emiten NO_x se encuentran en una situación comparable.* [26] Esa posibilidad de comparación no desaparece por el mero hecho de que, para algunas de esas empresas, el Estado haya decidido perseguir el referido objetivo mediante la creación de un régimen comercial de derechos de emisión. Cuando, pese a las cargas que entraña, dicho régimen confiera una ventaja a las empresas que participan en el mismo, esa

25 — Además, según afirmó el Gobierno de los Países Bajos en respuesta a algunas preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, en el primer año de aplicación de la medida controvertida la norma de emisión «se ha fijado a un nivel intencionadamente superior a la emisión media», para permitir a la mayoría de las empresas respetarla y adquirir suficientes créditos de emisión.

26 — En este sentido, en primera instancia la Comisión sostuvo asimismo que, para afirmar el carácter selectivo de la medida controvertida, no era siquiera necesario demostrar la existencia de obligaciones de reducción o de límites de emisión impuestos a las empresas excluidas del régimen comercial de los permisos de emisión.

ventaja reviste carácter selectivo, puesto que sólo favorece a un número limitado —aunque considerable y determinado en función de criterios objetivos— de empresas que emiten NO_x en los Países Bajos.

45. Numerosos precedentes jurisprudenciales confirman la tesis antes expuesta. [27]

46. En conclusión, considero que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho en la delimitación del alcance de la carga de la prueba que incumbe a la Comisión, al concluir que esta última estaba obligada a demostrar que las empresas no sujetas a la medida controvertida estaban sometidas a obligaciones de reducción de las emisiones de NO_x idénticas a las impuestas a las empresas sujetas a dicha medida.

47. El Tribunal de Primera Instancia declaró asimismo que corresponde a la Comisión demostrar que las empresas sujetas a límites de emisión distintos de los fijados en la medida controvertida podían ser sancionadas con multa en caso de incumplimiento de los referidos límites. Para valorar si la imposición de esa carga probatoria está justificada en el presente asunto, procede recordar que, en los apartados 68 y siguientes de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la medida controvertida comportaba *dos ventajas distintas* para las empresas sujetas a la misma. Por una parte, permitía a dichas empresas comercializar entre ellas los derechos de emisión que resultan indirectamente de la norma de emisión impuesta, por otra, daba a las empresas cuyas emisiones de NO_x hubieran superado la norma establecida la posibilidad de escapar a una multa adquiriendo derechos de emisión de aquellas empresas que hubieran liberado un excedente. Pues bien, la prueba de que las empresas no sujetas a la medida controvertida pueden ser sancionadas con multa en caso de que superen los límites de emisión puede ser necesaria para considerar que la ventaja de la posibilidad de evitar la imposición de dicha multa es selectiva, puesto que, sin esa prueba, la situación de tales empresas no sería lógicamente comparable, respecto a dicha ventaja, a la de las empresas sujetas a la referida medida. No obstante, dicha prueba no puede tener ninguna pertinencia cuando se trata de valorar el carácter eventualmente selectivo de la ventaja que representa la posibilidad de negociar los derechos de emisión.

48. De ello se deduce que, también en este aspecto, el Tribunal de Primera Instancia interpretó incorrectamente el alcance de la carga probatoria que incumbe a la Comisión.

27 — Véanse, por ejemplo, las sentencias antes citadas Ecotrade, en la que el Tribunal de Justicia consideró selectiva una ley que establecía un procedimiento de administración extraordinaria únicamente a favor de grandes empresas industriales en dificultades y no a favor de todas las empresas insolventes; la sentencia Comisión/España, C-409/00, antes citada, relativa a un régimen de ayudas a la adquisición de vehículos industriales destinado sólo a personas físicas y a pequeñas y medianas empresas (véase, en particular, el apartado 50, en el que el Tribunal de Justicia desestima la alegación del Reino de España según la cual la exclusión de las grandes empresas, «que renuevan su parque de vehículos con mayor regularidad y sin necesidad de ayudas a tal efecto», era necesaria para la estructura del sistema); sentencia Bélgica/Comisión, C-75/97, antes citada, relativa a un incremento de la reducción en el pago de las cotizaciones sociales por los trabajadores manuales a favor únicamente de las empresas pertenecientes a la industria de transformación y con exclusión de las demás, que, sin embargo, se caracterizan por la presencia de trabajadores manuales (apartados 23 a 31), así como la sentencia Adria-Wien Pipeline, antes citada, apartados 48 a 53.

49. Por todas las consideraciones expuestas, estimo fundada la segunda imputación formulada por la institución recurrente en el marco de la primera parte de su segundo motivo de recurso, por la que se alega un error de Derecho en la delimitación del alcance de la carga de la prueba que le incumbe.

2. Sobre la segunda parte del segundo motivo

50. En el marco de esta parte, la Comisión formula también dos imputaciones distintas. Por un lado, sostiene que el Tribunal de Primera Instancia concluyó erróneamente, en la última frase del apartado 88 y en los apartados 97 a 100 de la sentencia recurrida, que la medida controvertida no constituye una ayuda de Estado, ya que tiene por finalidad la protección del medio ambiente. Por otro, aplicó incorrectamente la jurisprudencia según la cual una medida no constituye una ayuda si encuentra justificación en la naturaleza o en la economía general del sistema en el que se inscribe.

51. En cuanto a la primera imputación, me limitaré a señalar que procede de una interpretación incorrecta de la sentencia recurrida. En efecto, a diferencia de lo que sostiene la institución recurrente, en los pasajes que cita, el Tribunal de Primera Instancia se limita esencialmente a afirmar que el criterio de determinación de las empresas a las que se aplica la medida controvertida se atiene a la finalidad medioambiental que persigue y encuentra justificación en la naturaleza y economía general del sistema establecido por dicha medida. Procede también desestimar la alegación de la Comisión —planteada con carácter principal en el marco de su segunda imputación— según la cual el Tribunal de Primera Instancia incurrió en una contradicción al afirmar, en los apartados 97 a 100 de la sentencia recurrida, que en los Países Bajos existe un sistema más amplio en materia de emisiones de NO_x en el que se inscribe la medida controvertida, mientras que, en los apartados 91 a 94 de dicha sentencia, reprochó precisamente a la Comisión que no hubiera demostrado la existencia de tal régimen general. En efecto, por una parte, los apartados 97 a 100 se basan en una simple hipótesis, formulada además a mayor abundamiento, y por otra parte, en los pasajes en que menciona «la naturaleza y la economía general del sistema», el Tribunal de Primera Instancia se refiere al «sistema» creado por la propia medida controvertida —respecto al cual considera que ha de comprobar la coherencia de la diferenciación entre empresas que supone existente con carácter hipotético—, [28] y no, como considera la Comisión, a un régimen general «más amplio» en materia de NO_x aplicado en los Países Bajos.

52. En el marco de su segunda imputación, la Comisión sostiene, con carácter subsidiario,

28 — Véase el apartado 97 de la sentencia recurrida.

que, en contra de lo que declara el Tribunal de Primera Instancia, la atribución de derechos de emisión negociables a un número limitado de empresas determinadas en función de la potencia de las instalaciones industriales de que disponen no se justifica ni por los objetivos medioambientales de la medida ni por la naturaleza o estructura del sistema. A este respecto, se remite a los apartados 52 y 53 de la sentencia Adria-Wien Pipeline, citada en el punto 39 de las presentes conclusiones. Con carácter más general alega, por un lado, que incumbe al Estado miembro interesado demostrar, en el procedimiento administrativo previo, que la medida notificada encuentra justificación en la naturaleza y la economía general del sistema —prueba que no aportó el Reino de los Países Bajos en el caso de autos— y, por otro lado, que dicha justificación, como excepción al principio general según el cual una medida que favorece a ciertas empresas constituye una ayuda de Estado, ha de interpretarse y aplicarse de forma restrictiva.

53. Procede recordar que, según la jurisprudencia citada en el apartado 97 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Justicia ha precisado, refiriéndose en especial a las intervenciones estatales de carácter fiscal, que incluso medidas que presentan carácter selectivo, por introducir una diferenciación entre empresas, pueden no ser calificadas como ayudas, cuando dicha diferenciación esté justificada por la naturaleza o la estructura del sistema fiscal en el que se inscriben dichas medidas. [29] Con carácter más general, el Tribunal de Justicia aplica el criterio previsto por esa jurisprudencia a «las medidas que creen una diferencia entre empresas en materia de cargas». [30]

54. En el caso de autos, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en el apartado 99 de la sentencia recurrida, que «la determinación de las empresas beneficiarias [encontraba] su justificación en la naturaleza o la economía general del sistema debido a sus emisiones importantes de NO_x y a la norma específica de reducción que pesa sobre ellas» y que «las consideraciones de orden ecológico [justificaban] la distinción entre empresas que emiten grandes cantidades de NO_x y las demás empresas». Además, según el Tribunal de Primera Instancia, «la aplicación de dichos principios debe tomar en consideración las disposiciones del artículo 6 CE en relación con el artículo 87 CE».

55. El razonamiento del Tribunal de Primera Instancia no me convence. En primer lugar, no considero que la distinción entre instalaciones más o menos contaminantes pueda considerarse «inherente» a un régimen destinado a reducir la contaminación de origen industrial y, por tanto, justificado necesariamente por su objetivo medioambiental.

29 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, Rec. p. 709), apartado 33; de 15 de diciembre de 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Rec. p. I-11137), apartado 51, y de 6 de septiembre de 2006, Portugal/Comisión (C-88/03, Rec. p. I-7115), apartado 52.

30 — Véanse, entre otras, las sentencias de 26 de septiembre de 2002, España/Comisión (C-351/98, Rec. p. I-8031), apartado 42; de 14 de abril de 2005, AEM y AEM Torino (C-128/03 y C-129/03, Rec. p. I-2861), y de 2 de abril de 2009, Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión (C-431/07 P, Rec. p. I-2665), que confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2007 (T-475/04, Rec. p. II-2097).

Como afirmó acertadamente la Comisión, desde el punto de vista del impacto medioambiental, toda emisión de NO_x es nociva, con independencia de la dimensión de la instalación de la que procede. [31] En contra de cuanto afirma el Tribunal de Primera Instancia, una diferenciación entre empresas basada únicamente en un criterio cuantitativo del tipo del aplicado por la medida controvertida no puede considerarse justificada por sí misma en consideraciones de orden ecológico. Además, procede señalar que la remisión que efectúa el Tribunal de Primera Instancia al artículo 6 CE en relación con el artículo 87 CE, sin ulteriores precisiones, recuerda algunos de los motivos de la sentencia British Aggregates, dictada por el Tribunal de Primera Instancia el 13 de septiembre de 2006, censurados por el Tribunal de Justicia algunos meses después de que se pronunciara la sentencia recurrida. [32]

56. En segundo lugar, a falta de pruebas —que debía aportar el Gobierno de los Países Bajos— [33] sobre la inaplicabilidad del PSR a empresas con instalaciones industriales de dimensiones inferiores a las establecidas en la medida controvertida, no cabe concluir, como hace el Tribunal de Primera Instancia, que la diferenciación entre empresas establecida por dicha medida se derive de la naturaleza y economía general del sistema debido a la norma específica de reducción que pesa sobre algunas de ellas y no sobre otras.

57. En virtud de cuanto precede, también considero fundada la segunda imputación formulada por la Comisión en el marco de la segunda parte del segundo motivo y estimo que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error al concluir, en los apartados 97 a 100 de la sentencia recurrida, que la diferenciación establecida por la medida controvertida entre empresas con instalaciones de potencia superior a 20 MWth y empresas con instalaciones de potencia inferior a ese umbral encontraba justificación en la naturaleza y estructura del sistema conforme a la jurisprudencia citada en el punto 53 *supra.*

C. *Conclusiones sobre el recurso de casación principal*

58. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que estime el segundo motivo de casación, formulado por la Comisión con carácter subsidiario, y que anule la sentencia recurrida.

31 — En ese sentido, véanse los apartados 52 y 53 de la sentencia Adria-Wien Pipeline, citados por la Comisión.

32 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de septiembre de 2006, British Aggregates/Comisión (T-210/02, Rec. p. II-2789), en particular los apartados 115 y 117, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2008, British Aggregates (C-457/06 P, Rec. p. I-10505), apartados 86 y ss., especialmente los apartados 90 a 92.

33 — Sentencia de 29 de abril de 2004, Países Bajos/Comisión (C-159/01, Rec. p. I-4461), apartado 43.

V. Sobre las adhesiones al recurso de casación

59. El Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania plantean una adhesión a la casación contra la parte de la sentencia en la que el Tribunal de Primera Instancia desestimó la crítica formulada en primera instancia por el Reino de los Países Bajos, relativa a la aplicación incorrecta por la Comisión del concepto de «ventaja financiada mediante fondos estatales» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1 (apartados 63 a 78 de la sentencia recurrida).

60. La adhesión a la casación de la República Federal de Alemania está formulada tanto con carácter autónomo como condicionada a que se estime el fondo del recurso de casación principal. A mi juicio, en la medida en que constituye un recurso autónomo, debe ser declarada inadmisible. En efecto, según reiterada jurisprudencia, sólo las partes cuyas pretensiones hayan sido total o parcialmente desestimadas en primera instancia pueden interponer recurso de casación contra una sentencia del Tribunal de Primera Instancia. [34] En el caso de autos, si bien el Tribunal de Primera Instancia había desestimado, en la parte de la sentencia a la que se refiere la adhesión a la casación, el motivo formulado por el Reino de los Países Bajos con el apoyo de la República Federal de Alemania, acogió no obstante plenamente las pretensiones presentadas por dichos Estados miembros, anulando la decisión impugnada en su totalidad. Por tanto, la adhesión a la casación de dichos Estados miembros sólo es admisible en caso de que el Tribunal de Justicia, acogiendo el fondo del recurso de casación principal de la Comisión, cuestione la calificación de la medida controvertida que efectuó el Tribunal de Primera Instancia.

61. En apoyo de su adhesión a la casación, el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania alegan un motivo único, relativo a una infracción del artículo 87 CE, apartado 1, articulado en dos partes distintas. En primer lugar, alegan que la medida controvertida no confiere *ventaja alguna* a las empresas sujetas a la misma y, en segundo lugar, aun cuando se declarara la existencia de dicha ventaja, ésta no estaría *financiada mediante fondos estatales*. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia interpretó y aplicó incorrectamente los conceptos de «ventaja» y de «financiación mediante fondos estatales», en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

34 — Véase la sentencia de 29 abril de 2004, IPK-München/Comisión (C-199/01 P y C-200/01 P, Rec. p. I-4627), apartado 42, y las conclusiones del Abogado General Mischo, presentadas en ese asunto el 10 de julio de 2003, puntos 21 a 29. Véase también el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Emesa Sugar/Consejo (C-363/98 P(R), Rec. 1998 p. I-8787). En la sentencia Procter & Gamble/OAMI, el Tribunal de Justicia parece haber adoptado una tesis distinta; no obstante, en ese asunto, la recurrente ante el Tribunal de Justicia había obtenido en primera instancia la anulación del acto impugnado sobre la base de un motivo de carácter procesal, alegado en el marco de las pretensiones con carácter subsidiario, mientras que se desestimó el motivo relativo al fondo del litigio, presentado en apoyo de sus pretensiones principales (sentencia de 20 de septiembre de 2001, C-383/99 P, Rec. p. I-6251, apartados 18 a 26).

A. *Sobre la primera parte, relativa a una interpretación y aplicación incorrectas del concepto de ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1*

62. Mediante la primera parte del motivo único de casación, los Gobiernos de los Países Bajos y alemán cuestionan en primer lugar la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual la negociabilidad de los derechos de emisión prevista en la medida controvertida constituye una ventaja para las empresas. El Reino de los Países Bajos discute además la conclusión, contenida en el apartado 73 de la sentencia recurrida, según la cual la medida controvertida permite a las empresas que han emitido más NO_x del previsto en la norma escapar al pago de una multa adquiriendo derechos de emisión en el mercado.

1. Sobre la negociabilidad de los derechos de emisión

63. Con carácter preliminar, conviene recordar que, en consonancia con la importancia que reviste desde el punto de vista del Derecho de la Unión el objetivo de establecer y mantener un régimen de libre competencia, [35] el Tribunal de Justicia lleva interpretando el concepto de ayuda de Estado de forma amplia desde sus primeras sentencias. Dicho concepto no sólo comprende las prestaciones positivas, como las subvenciones, sino también «intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen el mismo carácter e idénticos efectos». [36] Por el contrario, no constituye una ayuda una medida destinada a evitar que recaiga sobre el presupuesto de una empresa una carga que no habría existido en circunstancias normales. [37] Además, como ya se ha tenido ocasión de recordar, según reiterada jurisprudencia, el artículo 87 CE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos. [38] De ello se deduce que el mero hecho de que una medida estatal persiga objetivos de política económica, estructural, social [39] o medioambiental [40] no basta por

35 — Véanse, entre otras, las sentencias de 29 de junio de 2006, SGL Carbon/Comisión (C-308/04 P, Rec. p. I-5977), apartado 31, y de 11 de septiembre de 2008, Alemania/Kronofrance (C-75/05 P y C-80/05 P, Rec. p. I-6619), apartado 66.

36 — Véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad (30/59, Rec. p. 1, en particular, p. 38); de 29 de junio de 1999, DM Transport (C-256/97, Rec. p. I-3913), apartado 19, y de 14 de septiembre de 2004, España/Comisión (C-276/02, Rec. p. I-8091), apartado 24.

37 — Sentencia de 23 de marzo de 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartados 43 a 49.

38 — Véanse las sentencias de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión (173/73, Rec. p. 709), apartado 27; de 26 de septiembre de 1996, Francia/Comisión (C-241/94, Rec. p. I-4551), apartado 20, y de 13 de junio de 2002, Países Bajos/Comisión (C-382/99, Rec. p. I-5163), apartado 61.

39 — Véanse las sentencias de 27 de marzo de 1980, Denkavit Italiana (61/79, Rec. p. 1205), apartado 31; Comisión/Italia, 173/73, antes citada, apartado 13, con respecto a medidas destinadas a mantener la ocupación en el sector textil, y de 12 de diciembre de 2002, Bélgica/Comisión (C-5/01, Rec. p. I-11991), apartado 46, con respecto a las medidas de financiación de la reducción de la jornada laboral de los empleados de una empresa sujetos a escala salarial.

40 — Véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia British Aggregates/Comisión, antes citada, apartado 84.

sí solo para evitar la calificación de ayuda en el sentido de la citada disposición. [41] Con carácter más general, como destacó el Abogado General Sr. Léger en el asunto Altmark, [42] los elementos que caracterizan la medida —como la forma en que se concede la ayuda, el estatuto jurídico de la medida en Derecho nacional, el hecho de que la medida se inscriba en un régimen de ayudas, sus objetivos o la intención de las autoridades públicas y de la empresa beneficiaria— no son pertinentes en la fase de determinación de la existencia de la ayuda, porque no pueden tener repercusiones en la competencia. No obstante, pueden ser pertinentes en una fase posterior del análisis para apreciar la compatibilidad de la ayuda con arreglo a las disposiciones del Tratado por las que se establecen excepciones.

64. Procede examinar las alegaciones realizadas por el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania sobre la base, en particular, de tales principios. En apoyo de la tesis según la cual la negociabilidad de los derechos de emisión no entraña ninguna ventaja para las empresas sujetas a la medida controvertida, los citados Estados miembros señalan en primer lugar que dichas empresas pueden vender sus derechos de emisión sólo y en la medida en que, gracias a las inversiones que han realizado, consigan reducir sus emisiones de NO_x en mayor medida que la norma fijada. Por tanto, la cantidad de derechos de emisión que pueden negociar no está predeterminada, sino que depende únicamente de esa reducción adicional. Además, el valor de esos derechos está determinado por los operadores interesados y depende exclusivamente de la cantidad de derechos disponibles en el mercado. El Gobierno alemán observa además que dicho valor podría incluso ser igual a cero, en el supuesto de que todas las empresas del sistema respetaran los límites de emisión impuestos. En cualquier caso, según dicho Gobierno, una prestación que consiste en una contrapartida al precio de mercado no confiere ventaja alguna y no constituye una ayuda de Estado.

65. Estas alegaciones persiguen, por una parte, cuestionar *la imputabilidad al Estado* de la presunta ventaja que representa la negociabilidad de los derechos de emisión y, por otra, poner en duda la *propia existencia de dicha ventaja,* calificándola como meramente teórica. En mi opinión, dichas alegaciones deben ser desestimadas en ambos aspectos.

66. En cuanto al primer aspecto, conviene recordar que la forma en la que se realiza una intervención estatal carece de pertinencia a efectos de su calificación como ayuda. Incluso una medida que entraña una *ventaja meramente indirecta* para la empresa beneficiaria, aligerando las cargas que normalmente gravan su presupuesto, puede constituir una ayuda en el sentido del artículo 107 TFUE,

41 — Véanse, en particular, las sentencias Francia/Comisión, C-241/94, antes citada, apartado 21; de 29 de abril de 1999, España/Comisión (C-342/96, Rec. p. I-2459), apartado 23, y de 17 de junio de 1999, Bélgica/Comisión, C-75/97, antes citada, apartado 25.

42 — Conclusiones presentadas el 14 de enero de 2003 en el asunto Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg (sentencia de 24 de julio de 2003, C-280/00, Rec. p. I-7747), apartado 81.

apartado 1. Además, la imputabilidad al Estado de la ventaja que deriva de una intervención pública no desaparece por el mero hecho de que, para conseguir dicha ventaja, la empresa beneficiaria esté obligada a seguir un determinado comportamiento.[43] En el presente asunto, además, con independencia de cualquier consideración acerca de la conducta exigida a las empresas sujetas a la medida controvertida, está claro que si la negociabilidad de los derechos de emisión de NO_x les confiere una ventaja, ello es fruto principalmente de que el Estado, por un lado, autoriza la venta de esos derechos y, por otro, permite a las empresas que han emitido un excedente de NO_x adquirir los derechos de emisión que falten a otras empresas del sistema, permitiendo de ese modo la creación de un mercado de esos derechos. Por consiguiente, como se afirma acertadamente en el apartado 70 de la sentencia recurrida, tal ventaja, en el caso de que se confirmara, sería imputable a una intervención del Estado, aun cuando éste no otorgue de modo directo derechos de emisión a las empresas interesadas.

67. En cuanto al segundo aspecto, el hecho de que, en determinadas circunstancias, la ventaja relacionada con una intervención estatal específica pueda no materializarse en un beneficio real para la empresa interesada —como sucedería si todas las empresas participantes en el sistema se limitaran a respetar los límites de emisión que se les imponen— no permite, a mi juicio, excluir *ipso facto* que se tome en consideración a efectos de la calificación de la intervención como ayuda. Además, en el presente asunto, procede señalar, por una parte, que el sistema creado por la medida controvertida está destinado a regular la reducción de las emisiones de NO_x en el sector industrial durante varios años y, por otra, que como se desprende en particular del apartado 71 de la sentencia recurrida, las empresas pertenecientes a dicho sistema tienen la posibilidad de negociar todos los derechos de emisión y no sólo los liberados a finales de año como consecuencia de la diferencia positiva entre las emisiones realizadas y las emisiones autorizadas. En esas circunstancias, la hipótesis formulada por el Gobierno alemán tendrá, en la práctica, carácter marginal.

68. El Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania han alegado asimismo que el sistema de derechos negociables persigue *compensar* los costes soportados por las empresas para reducir las emisiones o, de forma alternativa, para adquirir los derechos necesarios para respetar la norma fijada. Dicho sistema no ocasiona un aligeramiento de las cargas que gravan normalmente el presupuesto de las empresas de que se trata y no les concede ninguna ventaja, sino que ha de relacionarse con los límites de emisión más estrictos impuestos por la medida controvertida. Por último, el Gobierno alemán observa que, en contra de cuanto afirma el Tribunal de Primera Instancia, ni siquiera la función de crédito otorgada a los derechos de

43 — La concesión de incentivos pretende a menudo precisamente inducir a la empresa a realizar determinados comportamientos, en consonancia con objetivos específicos, por ejemplo, de política económica, social o medioambiental, perseguidos por el Estado.

emisión permite concluir que exista una ventaja a favor de las empresas que participan en el sistema.

69. Considero que estas alegaciones también deben ser desestimadas.

70. Con carácter preliminar, hay que recordar que la existencia de una ayuda no queda excluida, en principio, en caso de que la medida de que se trate esté destinada a compensar desventajas o costes adicionales que afecten a las empresas interesadas a raíz de coyunturas económicas desfavorables, intervenciones legislativas [44] o incluso modificaciones del marco normativo aplicable a dichas empresas. [45]

71. Dicho esto, señalaré que, según afirma el propio Reino de los Países Bajos, las empresas que han realizado inversiones para reducir las emisiones de NO_x por debajo del límite resultante de la aplicación del PSR pueden, vendiendo en el mercado los correspondientes derechos de emisión, recuperar los costes relacionados con dichas inversiones, aun sólo parcialmente. Por su parte, las empresas que, en cambio, no consiguen respetar los referidos límites podrán elegir entre invertir en medidas que reduzcan las emisiones de sus instalaciones o adquirir los derechos de emisión necesarios en el mercado. Como subrayó en la vista el propio agente de los Países Bajos, esa elección dependerá en particular de la diferencia entre los costes de adquisición de los derechos de emisión, variables en función de la evolución del mercado, y los necesarios para financiar las medidas de reducción de las emisiones de NO_x. Por tanto, en ambos casos, como consecuencia de la negociabilidad de los derechos de emisión autorizada por los Países Bajos, las empresas pertenecientes al sistema podrán reducir, en una cuantía más o menos variable, los costes relativos a las inversiones medioambientales o derivados en cualquier caso del cumplimiento de las obligaciones medioambientales, que gravan

44 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Comisión/Italia, 173/73, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia declaró que constituía una ayuda la exoneración parcial de cargas sociales concedida por la República Italiana al sector textil, pese a que estaba destinada a compensar la desventaja que el sistema de financiación de los subsidios familiares previamente adoptado suponía para los sectores con un elevado porcentaje de mano de obra femenina; sentencia de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, Rec. p. 2855), en la que el Tribunal de Justicia no acogió la alegación del Gobierno helénico según la cual el reembolso de intereses concedido a los exportadores tenía carácter neutral, puesto que se limitaba a anular los efectos negativos del aumento de los tipos para los exportadores y no les concedía ninguna ventaja adicional; y sentencia de 5 de octubre de 1999, Francia/Comisión (C-251/97, Rec. p. I-6639), en la que el Tribunal de Justicia desestimó la alegación del Gobierno francés según la cual la reducción de las cotizaciones en cuestión no era más que la contrapartida de los costes adicionales y de carácter excepcional que las empresas habían aceptado asumir a raíz de la negociación de los acuerdos colectivos y que, en cualquier caso, habida cuenta de dichos costes adicionales, las medidas controvertidas eran neutras desde el punto de vista financiero.

45 — En lo que respecta a las ayudas destinadas a compensar los costes no recuperables en sectores liberalizados, salvo la eventual aplicación de la jurisprudencia establecida en la sentencia Altmark, antes citada, en materia de los costes generados por el cumplimiento de obligaciones de servicio público, véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de julio de 2008, Essent Netwerk Noord y otros (C-206/06, Rec. p. I-5497).

normalmente su presupuesto. [46] La posibilidad de dicha reducción constituye una ventaja para esas empresas. Con carácter más general, como señaló el Reino de los Países Bajos en las respuestas a las preguntas por escrito formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, en el régimen comercial de derechos de NO_x las empresas «determinan por sí mismas el modo en que cumplirán la norma de emisión impuesta». Ese régimen permite, además, repartir entre el grupo de las 250 empresas interesadas los costes totales de la adaptación a dicha norma, con una ventaja tanto para las empresas cuyos costes de reducción de emisiones son bajos, que podrán sacar provecho económico de las disminuciones por debajo de la norma, como para las empresas cuyos costes son más elevados, que dispondrán de una alternativa a las medidas estructurales necesarias para cumplir la norma.

72. En estas circunstancias, carece de pertinencia la afirmación del Reino de los Países Bajos y de la República Federal de Alemania según la cual la negociabilidad de los derechos de emisión ha de relacionarse con los objetivos más estrictos impuestos a las empresas de que se trata en materia de reducción de las emisiones de NO_x. En la medida en que dicha afirmación pretende justificar las ventajas asociadas a la negociabilidad de los derechos de emisión refiriéndose a los objetivos medioambientales perseguidos por la medida controvertida, hay que desestimarla en virtud de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, citada en el punto 63 *supra,* según la cual el artículo 87 CE, apartado 1, no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales a que se refiere, sino que únicamente las define en función de sus efectos.

73. Del mismo modo, procede desestimar la alegación, efectuada por el Gobierno alemán y reiterada en la vista por el agente de los Países Bajos, según la cual la negociabilidad de los derechos de emisión constituye una contrapartida, a precio de mercado, de los esfuerzos realizados por las empresas para reducir sus emisiones de NO_x. En efecto, como se ha indicado antes, los costes de disminución de las emisiones, aun cuando se destinen a reducirlas por debajo del umbral concedido por ley a una empresa determinada, están comprendidos en los costes que gravan normalmente el presupuesto de la empresa y dicha reducción no puede ser considerada un «servicio» para el que la negociabilidad constituya una contrapartida a precio de mercado. Si bien el mecanismo de recompensa previsto en el

46 — A este respecto, conviene recordar que, sobre la base del principio «quien contamina paga», con arreglo al artículo 191 TFUE, constituye uno de los pilares de la política de la Unión en materia medioambiental, tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia, los costes de reparación de los daños relacionados con la contaminación incumben a los operadores en la medida en que hayan contribuido a generar la contaminación o el riesgo de contaminación (véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 2010, ERG y otros, C-378/08, Rec. p. I-1919, apartado 56). Por tanto, dichos costes deben ser considerados costes que *gravan normalmente el presupuesto* de las empresas cuya actividad tiene un impacto negativo en el medio ambiente y no representan cargas excepcionales para dichas empresas.

régimen comercial de derechos de emisión creado por la medida controvertida puede ser tenido en cuenta al valorar su compatibilidad con el mercado interior, [47] carece no obstante de pertinencia a efectos de analizar si dicha medida confiere a las empresas sujetas a la misma una ventaja susceptible de constituir una ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

74. Por último, hay que añadir a todo lo expuesto hasta ahora que, como ya se ha indicado anteriormente, las empresas sujetas a la medida controvertida tienen la posibilidad, dentro de determinados límites, de negociar todos los derechos de emisión y no sólo los liberados a finales de año como consecuencia de la diferencia positiva entre las emisiones realizadas y las emisiones autorizadas. Ello les otorga la ventaja adicional de poder obtener liquidez vendiendo los derechos de emisión antes de que se materialicen los requisitos para su asignación definitiva.

2. Sobre la posibilidad de eludir la multa

75. El Reino de los Países Bajos considera que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error al afirmar, en el apartado 73 de la sentencia recurrida, que la medida controvertida confiere una ventaja a las empresas que han emitido más NO_x del previsto en la norma de emisión, puesto que les concede la posibilidad de eludir la imposición de una multa adquiriendo derechos de emisión de aquellas empresas que hayan liberado un excedente.

76. En apoyo de su alegación, aduce principalmente que el pago de la multa no exonera a las empresas de la adquisición de los derechos de emisión que falten y, en consecuencia, no constituye para estas últimas una alternativa real. Señalaré de entrada que ese argumento me parece inoperante, aun cuando se considerase que pretende invocar un error de Derecho y no cuestionar las apreciaciones de hecho contenidas en la sentencia recurrida, ya que no puede desvirtuar la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual las empresas que han superado la norma de emisión eluden la imposición de la multa al adquirir los derechos de emisión que faltan antes de finales de año.

77. Por otra parte, tampoco cabe sostener, como parece hacer tácitamente el Reino de los Países Bajos, que tal conclusión no tiene en cuenta que el comportamiento sancionable consiste en el incumplimiento de dos requisitos que han de considerarse acumulativos: la superación de la norma fijada y el hecho de que no se adquieran los derechos de emisión que faltan. En efecto, ese argumento adolece de un formalismo excesivo. Con respecto a una empresa excluida del régimen comercial de derechos de emisión creado por la medida controvertida, la cual está obligada a respetar los límites de emisión impuestos o

47 — Véase el apartado 3.3 de la Decisión.

pagar una multa, [48] las empresas que participan en dicho régimen disponen de una alternativa a la sanción si superan la norma fijada. En contra de lo que parece afirmar el Reino de los Países Bajos, esa alternativa es real. Dichas empresas pueden decidir al final de cada año si adquieren de inmediato los derechos que faltan o si pagan la multa y los adquieren en un momento posterior. [49] Elegirán la primera opción cuando, en función del valor de los derechos de emisión en el mercado, sea más ventajoso para ellas adquirir los derechos que faltan en lugar de pagar la multa. En cambio, elegirán la segunda opción cuando estimen que el valor de los derechos en el mercado disminuirá de modo que sea más ventajoso diferir la adquisición, pese a que ello suponga el pago de una multa, o cuando consideren que, gracias a las inversiones realizadas o que se realizarán, podrán disponer de derechos de emisión excedentes para el año siguiente, de forma que puedan compensar los que falten en el año en curso (incluida la reducción adicional del 25 % que se les impondrá).

78. Por lo tanto, considero que las alegaciones formuladas por el Reino de los Países Bajos no permiten concluir que el apartado 73 de la sentencia recurrida adolezca de un error de Derecho.

48 — En la vista, el Reino de los Países Bajos confirmó que las empresas sujetas a la medida controvertida son responsables de aproximadamente el 90 % de las emisiones industriales de NO_x y que las empresas responsables del 10 % restante están sometidas a límites de emisión, con sanciones en caso de que se superen.

49 — Véanse las respuestas del Reino de los Países Bajos a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

3. Conclusiones sobre la primera crítica

79. En virtud de cuanto se ha expuesto, en mi opinión debe desestimarse la primera parte relativa a la interpretación y aplicación incorrectas del concepto de ventaja en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1.

B. *Sobre la segunda parte, relativa a una interpretación y aplicación incorrectas del concepto de financiación «mediante fondos estatales» en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1*

80. Mediante la segunda crítica, el Reino de los Países Bajos y la República Federal de Alemania cuestionan la conclusión, contenida en los apartados 75 a 77 de la sentencia recurrida, según la cual las ventajas conferidas por la medida controvertida están financiadas mediante fondos estatales.

81. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró, esencialmente, que al poner a disposición de las empresas

interesadas los derechos de emisión de NO_x, en lugar de venderlos o subastarlos, y al permitir a las empresas que han emitido un excedente de NO_x evitar el pago de una multa adquiriendo en el mercado los derechos de emisión que faltan, los Países Bajos habían renunciado a fondos estatales. Ello se basa en la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual incluso la renuncia por un Estado a percibir ingresos, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, puede constituir una ayuda. [50] En virtud de esa jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el requisito de financiación mediante fondos estatales puede ser satisfecho por una exención o una desgravación fiscal, [51] una moratoria fiscal y, en determinadas condiciones, las facilidades de pago de cotizaciones a la seguridad social concedidas discrecionalmente a una empresa por el organismo competente para su recaudación, [52] el suministro de bienes o la prestación de servicios en condiciones preferenciales, [53] la renuncia efectiva a los créditos públicos o la exoneración de la obligación del pago de multas u otras sanciones pecuniarias. [54]

82. En apoyo de su crítica, el Reino de los Países Bajos alega en primer lugar que no se ha limitado a «crear un marco legislativo para reducir las emisiones de NO_x de forma ventajosa para las empresas con grandes instalaciones industriales». Subraya que los derechos de emisión que pueden negociarse son creados directamente por dichas empresas y que su valor está determinado por el mercado. Este sistema permite a las empresas «compensar» entre sí las emisiones que superen la norma establecida y las que no la alcancen. Dado que estas alegaciones persiguen en sustancia cuestionar la imputabilidad al Estado de las ventajas derivadas de la negociabilidad de los derechos de emisión, me limitaré al respecto a remitirme a los puntos 66 y siguientes *supra,* en los que ya se ha analizado este aspecto. [55]

83. El Reino de los Países Bajos observa además que la alternativa indicada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, es decir, la venta o subasta de los derechos de emisión de NO_x por parte del Estado, habría dado lugar a un perjuicio para las empresas ya sometidas a estrictos objetivos de reducción de las emisiones y, en todo caso, sería incompatible con el régimen establecido. No considero que esta alegación pueda prosperar. En efecto, las consideraciones relativas a la exigencia de mantener la coherencia del régimen y su efecto incentivador, así como, con carácter más general, su objetivo medioambiental, si bien pueden

50 — Véanse, en particular, las sentencias de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877), apartado 14, y de 19 de mayo de 1999, Italia/Comisión (C-6/97, Rec. p. I-2981), apartado 16.

51 — Véanse las sentencias de 19 de septiembre de 2000, Alemania/Comisión (C-156/98, Rec. p. I-6857), apartados 26 y 27, Banco Exterior de España, antes citada, apartado 14, e Italia/Comisión, C-6/97, antes citada, apartado 16.

52 — Sentencia DM Transport, antes citada.

53 — Sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros (C-39/94, Rec. p. I-3547), apartado 59.

54 — Sentencia Piaggio, antes citada, apartado 41.

55 — A lo ya expuesto, añadiré que, en la sentencia Alemania/Comisión, C-156/98, antes citada, apartados 26 y 27, el Tribunal de Justicia excluyó que la relación existente entre una desgravación fiscal por la adquisición de participaciones en determinadas empresas y la ventaja indirecta a favor de dichas empresas pudiera ser suprimida por el mero hecho de que la consecución de esa ventaja dependiera de una decisión autónoma de los inversores.

ser pertinentes para valorar la compatibilidad de la medida controvertida con el mercado interior, carecen de pertinencia a efectos de determinar si las ventajas que confiere a las empresas interesadas están financiadas mediante fondos estatales. Además, si bien es cierto que la imposición a las empresas interesadas de objetivos de reducción de las emisiones especialmente estrictos, por un lado, y la asignación a dichas empresas de derechos de emisión negociables, por otro, constituyen aspectos de un régimen único, pueden no obstante ser considerados separadamente al valorar si en ese régimen están presentes elementos de ayuda. [56]

84. Me parece más sólida, en cambio, la alegación del Gobierno alemán, que señala que el Derecho comunitario no exige a los Estados miembros vender o subastar los derechos de emisión de contaminantes atmosféricos, sino que les deja la libertad de elegir si los adjudican previo pago o gratuitamente.

85. Como reconoció la propia Comisión tanto en primera instancia como en la vista ante el Tribunal de Justicia, es cierto que el Derecho comunitario no prevé dicha obligación, ni exige a los Estados miembros instaurar un determinado sistema para alcanzar los objetivos de reducción de las emisiones de NO_x fijados en la Directiva 2001/81. Los Estados miembros tienen, en esencia, libertad para adoptar un sistema tradicional, basado en la exigencia de tecnologías o en la fijación de límites máximos de emisión, con sanciones en caso de infracción, o un instrumento de regulación que se fundamente en el mecanismo del mercado, mediante la creación de un sistema de derechos de emisión negociables, o incluso, como en el caso de los Países Bajos, combinar ambas posibilidades. En caso de que elijan un sistema de derechos negociables, tienen libertad para optar entre la adjudicación gratuita de los derechos (denominada «grandfathering») o la venta o subasta de esos derechos.

86. Sin embargo, considero que esa libertad no excluye la posibilidad de que las intervenciones destinadas a ejecutar la opción escogida entrañen elementos de ayuda, del mismo modo en que las modalidades mediante las que se ejecuta un régimen fiscal pueden suponer la concesión de ayudas, si bien, a falta de obligaciones comunitarias específicas, los Estados tienen en principio libertad para decidir si recurren o no a la tributación y no están obligados a recaudar ingresos fiscales de una determinada cuantía.

87. En el presente asunto, me inclino más bien por considerar que, cuando un Estado miembro autoriza e incluso incentiva la creación de un mercado de derechos de emisión de contaminantes atmosféricos, otorgando en sustancia a esos derechos el carácter de bienes inmateriales negociables, el hecho de que

56 — Sobre la posibilidad de separar los diversos aspectos de una medida estatal a efectos de analizar su compatibilidad con las disposiciones del Tratado en materia de ayudas, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Rec. p. 557), apartados 14 a 17.

éstos se pongan a disposición de las empresas que operan en ese mercado, directa o indirectamente, a título gratuito, constituye una «renuncia a fondos estatales» en el sentido de la jurisprudencia citada en el punto 81 *supra*.

88. Las alegaciones que los Gobiernos de los Países Bajos y alemán aducen contra esta conclusión no me parecen convincentes.

89. En primer lugar, dichos Gobiernos niegan que en el caso de autos exista una adjudicación de derechos de emisión por parte del Estado, ya que esos derechos son consecuencia del comportamiento de las empresas y las inversiones realizadas por ellas con objeto de reducir sus emisiones. Este argumento no soporta el examen de los hechos, de los que se desprende que si bien el Estado no realiza una verdadera adjudicación de dichos derechos, los pone indirectamente a disposición de las empresas que participan en el sistema. A este respecto, conviene recordar que, según declaró el Tribunal de Primera Instancia, [57] los derechos de emisión pueden ser negociados en cualquier momento, esto es, incluso antes de que se materialicen los requisitos para su creación (reducción de las emisiones por debajo del límite impuesto). Procede señalar asimismo que, como se desprende de las respuestas del Reino de los Países Bajos a las preguntas escritas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, en la fase inicial del régimen comercial de los derechos de que se trata, el Estado no se limitó a autorizar la negociación de dichos derechos, dejando por completo al mercado la determinación de la cantidad y el valor de los derechos que pueden ser objeto de intercambio, sino que fijó la norma de emisión en un nivel intencionadamente bajo, que permitiera que la mayor parte de las empresas dispusieran de un número suficiente de créditos para intercambiar y para permitir la fijación del valor de los derechos a un nivel ventajoso para dichas empresas.

90. Los Gobiernos de los Países Bajos y alemán observan además que los derechos de emisión de que se trata carecen de valor en el momento en que se ponen a disposición de las empresas, adquiriendo valor efectivo únicamente cuando son comercializados. A mi juicio, esta circunstancia no presenta carácter decisivo. En efecto, lo que cuenta para verificar si el Estado ha renunciado a ingresos facilitando gratuitamente los derechos a las empresas es la *idoneidad* de éstos para ser objeto de transacciones comerciales y para adquirir valor en el mercado. Además, como subrayó acertadamente la Comisión, dado que los derechos de emisión pueden ser negociados en cualquier momento, resulta artificioso separar la fase de puesta a disposición de los derechos de la fase de su negociación.

91. La posibilidad concedida por el sistema de negociación de derechos que aún no se han generado priva también de fundamento

57 — Según el apartado 71 de la sentencia recurrida, «cada poseedor de una autorización de emisión dispone de una cuenta en el registro de emisiones de NO_x y que puede vender todos los derechos correspondientes a los años para los que se ha fijado una norma, incluidos los años venideros».

de hecho a la alegación aducida por el Gobierno alemán, según la cual las empresas que emiten menos NO_x que el umbral que les resulta aplicable adquieren frente al Estado el derecho de obtener el certificado correspondiente, derecho que excluye la facultad del Estado de exigir un precio por dicho certificado o de subastarlo.

92. Por último, los Gobiernos de los Países Bajos y alemán apoyan su tesis argumentando la presunta semejanza entre el caso de autos y el asunto que dio origen a la sentencia PreussenElektra. [58] Considero también que procede desestimar esas alegaciones en su conjunto. En la sentencia PreussenElektra el Tribunal de Justicia excluyó que constituyera una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, una normativa estatal que, por un lado, imponía a las empresas privadas suministradoras de electricidad una obligación de adquirir la electricidad procedente de fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor de ese tipo de energía, y, por otro lado, repartía la carga financiera derivada de dicha obligación entre las empresas suministradoras y los gestores privados de redes eléctricas situados en un nivel de distribución anterior. Según el Tribunal de Justicia, si no existe una transferencia directa o indirecta de recursos estatales, el hecho de que dicha normativa confiera una ventaja económica indudable a las empresas productoras de electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de que esa ventaja fuera consecuencia de la intervención de los poderes públicos no es suficiente para calificar de ayuda la medida en cuestión. [59] En particular, en el apartado 62 el Tribunal de Justicia afirmó que el hecho de que la carga financiera derivada de la obligación de compra a precios mínimos pudiera repercutir negativamente en los resultados económicos de las empresas sujetas a esta obligación e implicar, en consecuencia, una disminución de los ingresos fiscales del Estado, constituía una «consecuencia […] inherente a una normativa de este tipo y no […] un instrumento para conceder a los productores de electricidad procedente de fuentes de energía renovables una determinada ventaja a cargo del Estado». Pues bien, en el caso de autos, la puesta a disposición gratuita de derechos de emisión negociables a favor de las empresas interesadas y la consiguiente renuncia por el Estado a percibir la contraprestación correspondiente no puede considerarse comparable a la disminución de los ingresos a raíz de los efectos (meramente potenciales) de una obligación de adquisición a precios fijos impuesta por el Estado. Concretamente, dicha renuncia no puede considerarse «inherente» a todo instrumento destinado a regular las emisiones de contaminantes atmosféricos mediante un régimen comercial de derechos de emisión. En efecto, como se ha indicado, cuando el Estado recurre a tales instrumentos puede elegir en principio entre la adjudicación gratuita o la venta o subasta de dichos derechos. Además, en el presente asunto existe una relación suficientemente directa entre la medida controvertida y la pérdida de ingresos por el Estado, que faltaba en cambio,

58 — Antes citada.

59 — Véanse, en particular, los apartados 59 y 61.

en el asunto PreussenElektra, entre la imposición de la obligación de adquisición y la eventual disminución de los ingresos fiscales. Por tanto, los supuestos de hecho de ese último asunto y del caso de autos no son equiparables y la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia PreussenElektra no puede trasladarse al presente asunto. [60]

93. En conclusión, no considero que los elementos alegados por los Gobiernos de los Países Bajos y alemán constituyan una infracción del artículo 87 CE, apartado 1, por el Tribunal de Primera Instancia cuando éste declara, en los apartados 75 a 78 de la sentencia recurrida, que, en circunstancias como las del caso de autos, al poner indirectamente a disposición de las empresas interesadas los derechos de emisión de que se trata a título gratuito, los Países Bajos confieren a dichas empresas un bien, renunciando a percibir los ingresos correspondientes a su precio de venta o derivados de su subasta. A favor de esta conclusión aboga, en cambio, la interpretación amplia del concepto de ayuda que el Tribunal de Justicia lleva adoptando desde sus primeras decisiones, en consideración de la importancia del objetivo de la creación de un mercado interior en el que las condiciones de competencia no se vean falseadas por intervenciones unilaterales de los Estados miembros. [61] Este planteamiento se refleja también en la jurisprudencia relativa al requisito de la financiación mediante fondos estatales. En este sentido, además de la jurisprudencia citada en el punto 81 *supra,* que comprende una casuística numerosa y variada de «financiaciones mediante renuncia a ingresos públicos», cabe recordar que el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que el artículo 107 CE, apartado 1, comprende todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden utilizar efectivamente para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios *pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado,* siempre que permanezcan constantemente bajo control público. [62] Procede asimismo señalar que los casos en los que el Tribunal de Justicia ha negado la existencia de una financiación mediante fondos estatales se referían a situaciones en las que una decisión en otro sentido habría significado claramente reconocer que también estaban comprendidas en el concepto de ayuda ventajas que, si bien eran imputables a la intervención del Estado, no suponían ninguna transferencia directa o indirecta de fondos estatales [63] y anular, de

60 — Cabe observar, como inciso, que en mis conclusiones presentadas en el asunto Essent Netwert y otros ya propuse al Tribunal de Justicia, si bien en un contexto distinto, que no extendiera la solución seguida en la sentencia PreussenElektra más allá de las circunstancias fácticas concretas que justificaron su acogida. Véanse las conclusiones de 24 de enero de 2008, asunto Essent Netwert y otros, antes citado, puntos 97 y 98.

61 — Véanse, entre otras, las sentencias de 29 de junio de 2006, SGL Carbon/Comisión (C-308/04 P, Rec. p. I-5977), apartado 31, y de 11 de septiembre de 2008, Alemania/Kronofrance (C-75/05 P y C-80/05 P, Rec. p. I-6619), apartado 66.

62 — Véanse las sentencias de 16 de mayo de 2000, Francia/Ladbroke Racing y Comisión (C-83/98 P, Rec. p. I-3271), apartado 50, y de 16 de mayo de 2002, Francia/Comisión (C-482/99, Rec. p. I-4397), apartado 37.

63 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 17 de marzo de 1993, Sloman Neptun (C-72/91 y C-73/91, Rec. p. I-887); de 7 de mayo de 1998, Viscido y otros (C-52/97 a C-54/97, Rec. p. I-2629), y de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099).

hecho, uno de los elementos constitutivos del concepto de ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1. [64]

C. Conclusiones sobre las adhesiones a la casación

95. En virtud del conjunto de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que desestime las adhesiones a la casación del Reino de los Países Bajos y de la República Federal de Alemania.

94. El Reino de los Países Bajos cuestiona asimismo la conclusión del Tribunal de Primera Instancia según la cual dicho Estado renuncia a ingresos públicos al permitir a las empresas que han emitido un excedente de NO_x evitar el pago de una multa adquiriendo en el mercado los derechos de emisión que faltan. A este respecto, el Reino de los Países Bajos recuerda que la multa de que se trata constituye una sanción adicional a la obtención de los derechos de emisión que faltan. Esa alegación ya ha sido analizada y desestimada en los puntos 76 a 78 *supra*, a los que me remito. Por tanto, no cabe acoger la imputación formulada por el Reino de los Países Bajos.

VI. Sobre el recurso en primera instancia

96. Según el artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que resuelva este último.

97. En el caso de autos no es necesario devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia. En efecto, tal y como sostienen la Comisión y los Gobiernos recurridos, el estado del litigio permite resolverlo al Tribunal de Justicia. Para ello es preciso examinar el segundo motivo formulado por el Reino de los Países Bajos en apoyo de su recurso, relativo a una falta de motivación de la Decisión, sobre el que no se pronunció el Tribunal de Primera Instancia.

64 — A este respecto cabe recordar que algunas destacadas decisiones del Tribunal de Justicia y las conclusiones de algunos abogados generales habían alimentado un debate acerca de la financiación pública como requisito imprescindible para calificar de ayuda una medida estatal. Véanse las sentencias de 30 de enero de 1985, Comisión/Francia (290/83, Rec. p. 439), apartados 13 y 14; de 2 de febrero de 1988, Kwekerij van der Kooy y otros/Comisión (67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219), apartados 32 a 38, y de 7 de junio de 1988, Grecia/Comisión (57/86, Rec. p. 2855), apartado 12, así como las conclusiones de los abogados generales VerLoren van Themaat, presentadas en los asuntos acumulados Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will y otros (sentencia de 13 de octubre 1982, 213/81 a 215/81, Rec. p. 3583); Slynn en el asunto Comisión/Grecia, antes citado, y Darmon en el asunto Sloman Neptun, antes citado. Sin embargo, a partir de la sentencia Sloman Neptun, antes citada, el Tribunal de Justicia ha afirmado de forma reiterada e inequívoca el principio según el cual una ayuda debe ser financiada directa o indirectamente mediante fondos estatales. En la sentencia PreussenElektra, antes citada, la Comisión propuso abiertamente al Tribunal de Justicia que reconsiderara su jurisprudencia en esta materia, en particular a la luz de la reciente evolución del ordenamiento comunitario. No obstante, el Tribunal de Justicia no siguió dicha propuesta.

A. *Sobre el segundo motivo de recurso, relativo a un incumplimiento de la obligación de motivación*

98. El Reino de los Países Bajos alega que la Decisión no está debidamente motivada, en la parte en que la Comisión concluye que existe una ayuda de Estado.

99. El Reino de los Países Bajos sostiene, en primer lugar, que la Comisión afirmó erróneamente en la Decisión que una empresa que no respeta el umbral de emisiones impuesto y es sancionada con la consiguiente multa recibe no obstante créditos de emisión. No cabe admitir este argumento, puesto que se refiere más bien a un error de hecho que a una falta de motivación de la Decisión. Del mismo modo hay que desestimar la alegación análoga aducida por el Reino de los Países Bajos en el punto 65 del recurso.

100. En segundo lugar, el Reino de los Países Bajos señala algunas ambigüedades y contradicciones en la motivación de la Decisión. En primer lugar, afirman que la Comisión incurrió en una contradicción al afirmar, por un lado, que los derechos de emisión son distribuidos *gratuitamente* a las empresas y, por otro, que la reducción de las emisiones de NO_x por debajo del umbral por parte de las empresas constituye una *contrapartida.* A este respecto, basta indicar que ambas afirmaciones figuran respectivamente en la parte de la Decisión relativa al examen de la existencia de una ayuda y en la referente a la valoración de la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior. En el marco de dicha valoración, la Comisión consideró que la circunstancia de que se incentivara a las empresas a reducir sus emisiones en mayor medida que el umbral concedido constituía una contrapartida, «en línea con el espíritu de las directrices comunitarias sobre ayudas de Estado en materia medioambiental», de la ventaja concedida a dichas empresas por la medida controvertida (apartado 3.3 de la Decisión). Esta conclusión no contradice en modo alguno la afirmación según la cual los derechos de emisión de NO_x se conceden gratuitamente a las empresas sujetas a dicha medida.

101. Según el Estado miembro recurrente, el razonamiento de la Comisión es además impreciso cuando afirma, en las conclusiones, (apartado 4 de la Decisión), que un sistema de «dynamic-cap» (límite dinámico) como el adoptado en los Países Bajos tiene un resultado medioambiental incierto y supone costes administrativos mayores, y por estos motivos no cuenta con el favor de la Comisión. A este respecto, me limitaré a indicar que de todas las consideraciones expuestas en la Decisión se deduce claramente que tal afirmación, que ha de considerarse como una suerte de *obiter dictum* en la estructura de la motivación de ese acto, no tuvo ninguna incidencia en la calificación de la medida controvertida como ayuda ni en el examen de su compatibilidad con el mercado interior. Por lo tanto, debe desestimarse la alegación del Reino de los Países Bajos.

102. En tercer lugar, el Reino de los Países Bajos afirma que la Comisión no motivó

adecuadamente la conclusión según la cual la medida controvertida afecta al comercio entre los Estados miembros y falsea la competencia. A mi juicio, también hay que desestimar esta alegación. En efecto, el penúltimo párrafo del apartado 3.2 de la Decisión aporta una motivación suficiente, si bien concisa, acerca de los motivos por los que la Comisión considera que la medida controvertida confiere una ventaja competitiva a las empresas sujetas a la misma, que puede incidir en el comercio entre los Estados miembros.

103. En virtud de lo expuesto, a mi juicio el segundo motivo de recurso carece de fundamento. Por tanto, procede desestimar en su totalidad el recurso en primera instancia.

VII. Conclusiones

104. A la luz de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Estime el recurso de casación principal y anule la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de abril de 2008, Países Bajos/Comisión, T-233/04.

— Desestime las adhesiones a la casación.

— Se pronuncie sobre el litigio desestimando el recurso en primera instancia.

105. Asimismo, dado que según el artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea infundado o cuando, siendo éste fundado, el Tribunal resuelva definitivamente sobre el litigio, y puesto que la Comisión ha solicitado que el Reino de los Países Bajos sea condenado a cargar con las costas del recurso de casación principal y con las del procedimiento sustanciado ante el Tribunal de Primera Instancia, propongo al Tribunal de Justicia que condene al Reino de los Países Bajos a cargar con dichas costas y que ordene que la República Federal de Alemania, la República Francesa, la República de Eslovenia y el Reino Unido soporten sus propias costas.