FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 22 december 2010[1]

1. Kommissionen har med den talan som är föremål för förevarande mål överklagat den dom av den 10 april 2008, Nederländerna mot kommissionen [2] (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt ogiltigförklarade kommissionens beslut av den 24 juni 2003 [3] beträffande statligt stöd nr N 35/2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för kväveoxider, som anmälts av Konungariket Nederländerna (nedan kallat beslutet). Samma dom är föremål för två anslutningsöverklaganden som ingetts av Konungariket Nederländerna och Förbundsrepubliken Tyskland.

I — Tvistens bakgrund och beslutet

2. Systemet för handel med utsläppsrätter för kväveoxider (NOx) som Nederländerna anmält till kommissionen (nedan kallad den omtvistade åtgärden) och som är föremål för beslutet, samt innehållet i detta beslut har beskrivits i punkterna 8–13 och 16–20 i den överklagade domen enligt följande:

”8. Nederländska myndigheter anmälde, genom skrivelse av den 23 januari 2003, till kommissionen ett system för handel med utsläppsrätter för NOx … . Anmälan gjordes med stöd av artikel 88.3 EG. De nederländska myndigheterna begärde att kommissionen skulle fatta ett beslut i enlighet med artikel 4.2 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 EG (EGT L 83, s. 1).

9. Den 24 juni 2003 antog kommissionen [beslutet].

10. I punkt 1 i [beslutet] beskriver kommissionen inledningsvis den anmälda åtgärden. Vad gäller det nationella nederländska utsläppstaket för NOx, såsom detta definieras i direktiv 2001/81, har de nederländska myndigheterna fastställt

1 — Originalspråk: italienska.

2 — Förstainstansrättens dom av den 10 april 2008 i mål T-233/04, Nederländerna mot kommissionen (REG 2008, s. II-591).

3 — K(2003) 1761 slutligt.

ett mål om 55 kiloton utsläpp av NOx år 2010 för landets stora industrianläggningar (ungefär 250 företag).

11. Vad gäller systemets funktion anför kommissionen i punkt 1.2 i [beslutet] att det i nationell lagstiftning, för varje industrianläggning, fastställs en relativ norm för utsläpp av NOx som skall iakttas. Företaget kan efterleva den föreskrivna utsläppsbestämmelsen antingen genom att vidta åtgärder för att minska utsläppen av NOx i den egna anläggningen eller genom att köpa utsläppsrätter av andra företag eller slutligen genom att kombinera de två alternativen. Utsläppsminskningarna, i form av NOx-krediter, erbjuds på marknaden för handel med utsläppsrätter av anläggningar vars utsläpp understiger normen.

12. De totala årliga utsläppen av NOx från en anläggning (korrigerade med eventuella sålda eller köpta NOx-krediter) skall motsvara den tillåtna utsläppsnivån för den anläggningen. De tillåtna årliga utsläppen beräknas – i absoluta tal – i förhållande till den relativa utsläppsnormen och den energimängd som anläggningen använder.

13. Vid varje årsskifte kontrollerar de nederländska myndigheterna om anläggningarna iakttagit den föreskrivna utsläppsnormen. Varje år kan NOx-krediter köpas, sparas eller lånas ut för framtida perioder. Om en anläggning överskrider den föreskrivna utsläppsnormen måste den kompensera överskottet nästa år. Överskottet ökas dessutom med 25 procent i syfte att avskräcka från överskridande. Om en anläggning inte klarar av att hålla sin utsläppsnorm påför de nederländska myndigheterna anläggningen faktiska, proportionerliga och avskräckande böter.

...

16. I punkt 1.5 och 1.6 i [beslutet] anger kommissionen vidare att den anmälda åtgärden är tillämplig parallellt med gemenskapsbestämmelserna på samtliga industriföretag med en installerad kapacitet vars termiska effekt överstiger 20 megawattimmar (MWh). De nederländska myndigheterna kommer att fortsätta att tillämpa de gränsvärden i fråga om utsläpp som föreskrivs i olika nu gällande gemenskapsdirektiv.

17. Vid prövningen av den anmälda åtgärden (punkt 3 i [beslutet]) redogör kommissionen först för sin beslutspraxis i fråga om system för handel med utsläppsrätter

och skiljer mellan två olika typer av system enligt följande:

’1. De system där överlåtbara tillstånd för utsläpp eller föroreningar anses som immateriella tillgångar med ett försäljningsvärde som staten lika väl kan sälja eller göra till föremål för en upphandling, vilket i sin tur leder till en utebliven vinst (eller en förlust av statliga medel), utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

2. System där överlåtbara tillstånd för utsläpp eller föroreningar anses som ett officiellt bevis på att viss produktion inte kan säljas eller tilldelas tillståndsinnehavaren, varigenom det inte föreligger någon utebliven vinst och således inte någon användning av statliga medel innebär i sin tur att det inte föreligger något statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.’

18. Därefter redogör kommissionen för skälen till varför den anser att den anmälda åtgärden utgör statligt stöd, nämligen att staten tilldelar en viss grupp av företag som idkar handel mellan medlemsstater gratis NOx-krediter. Enligt vad som sägs i det angripna beslutet hade nederländska myndigheter möjlighet att sälja utsläppsrätterna eller tilldela dem efter upphandling. Genom att ge NOx-krediter gratis i form av immateriella tillgångar, uppkommer således en utebliven vinst för medlemsstaten. Enligt kommissionen innebär detta att systemet inbegriper statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG. De berörda företagens förstärkta ställning påverkar handeln mellan medlemsstater.

19. I punkt 3.3 i [beslutet] undersöker kommissionen om den anmälda åtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden.

20. I punkt 4 i [beslutet] drar kommissionen slutsatsen att den anmälda åtgärden innebär ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG men att stödet är förenligt med den gemensamma marknaden enligt artikel 87.3 EG... Kommissionen uppmanar de nederländska myndigheterna att årligen inkomma med en rapport om hur den anmälda åtgärden genomförts och att i förväg till kommissionen anmäla all anpassning av villkoren för att erhålla stöd.”

3. Nederländerna har i svarsinlagan bekräftat att den omtvistade åtgärden trädde i kraft den 1 juni 2005.

II — Parternas yrkanden vid förstainstansrätten och den överklagade domen

4. Konungariket Nederländerna yrkade med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara beslutet i den del som den omtvistade åtgärden kvalificerades som stöd och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen yrkade att förstainstansrätten i första hand skulle avvisa talan och i andra hand ogilla den samt förplikta Nederländerna att ersätta rättegångskostnaderna.

5. Förstainstansrätten avvisade i den överklagade domen kommissionens invändning om att talan inte kunde upptas till prövning (punkterna 37–49). Förstainstansrätten avvisade i sak den första grundens första del avseende åsidosättande av artikel 87 EG, genom vilken Nederländerna gjorde gällande att det inte var fråga om en förmån som finansierades med hjälp av statliga medel (punkterna 63–78). Förstainstansrätten godtog den andra delgrunden genom vilken klagandestaten bestred att det förelåg ett selektivitetsvillkor (punkterna 84–101). Förstainstansrätten ogiltigförklarade således beslutet och förpliktade kommissionen att ersätta rättegångkostnaderna.

III — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

6. Genom handling som inkom till domstolens kansli den 23 juni 2008 ingav kommissionen det överklagande som förevarande mål avser. Konungariket Nederländerna och Förbundsrepubliken Tyskland har i sina respektive svarsinlagor ingett anslutningsöverklaganden. Domstolens ordförande tillät genom beslut av den 23 december 2008 Förenade kungariket och Republiken Slovenien att intervenera i förevarande mål. Genom beslut av den 8 maj 2009 tilläts Republiken Frankrike att intervenera på de villkor som föreskrivs i artikel 93.7 i domstolens rättegångsregler. Ombud för kommissionen, Nederländernas, Förbundsrepubliken Tysklands och Republiken Frankrikes regeringar yttrade sig vid förhandlingen den 14 oktober 2010.

7. I sin ansökan har kommissionen yrkat att domstolen i första hand ska upphäva den överklagade domen och förklara att talan om ogiltigförklaring av beslutet inte kan upptas till prövning. I andra hand har kommissionen yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen och ogilla talan om ogiltigförklaring av beslutet. Kommissionen har i båda fallen yrkat att Nederländerna ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna såväl i förstainstansrätten som i förevarande mål. I svarsinlagan avseende Nederländerna och Förbundsrepubliken Tysklands anslutningsöverklaganden har kommissionen yrkat att domstolen i första hand ska upphäva den överklagade domen och avvisa talan i första instans, och i andra hand ogilla anslutningsöverklagandena, upphäva den överklagade domen och ogilla talan i första instans.

8. Konungariket Nederländerna har i första hand yrkat att överklagandet ska ogillas och i andra hand, för det fall att domstolen skulle bifalla överklagandet, att den överklagade domen ska upphävas i den del i vilken den grund för talan avvisas som avser att det inte föreligger någon förmån som finansieras med hjälp av statliga medel. Konungariket Nederländerna har i båda fallen yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i såväl förstainstansrätten som i förevarande mål.

9. Förbundsrepubliken Tyskland har yrkat i första hand att överklagandet ska ogillas och att den överklagade domen ska upphävas och i andra hand, för det fall att domstolen anser att det sistnämnda yrkandet inte kan upptas till prövning, att överklagandet ska ogillas och, för det fall att överklagandet bifalls, att den överklagade domen ska upphävas. Förbundsrepubliken Tyskland har i båda fallen hållit fast vid yrkandena i första instans och har yrkat att kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.

10. Förenade kungariket har yrkat att kommissionens slutsatser att talan i första instans inte kan upptas till prövning ska underkännas och har gett sitt stöd åt de yrkanden som Nederländerna framställt i första hand. Republiken Slovakien har yrkat att kommissionens överklagande ska ogillas och att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Republiken Frankrike har vid förhandlingen yrkat att kommissionens slutsatser att talan i första instans inte kan upptas till prövning ska underkännas.

IV — Huvudöverklagandet

11. Kommissionen har åberopat två grunder till stöd för sitt överklagande. I den första grunden görs det gällande att artikel 230 EG har åsidosatts och den avser den del av den överklagade domen, i vilken det förklaras att Konungariket Nederländernas talan kan upptas till prövning. Kommissionen har med den andra grunden som åberopats i andra hand påtalat ett åsidosättande av artikel 87.1 EG.

A — *Den första grunden för överklagande som avser ett åsidosättande av artikel 230 EG*

12. Kommissionen anser att en medlemsstat inte är behörig att väcka talan enligt artikel 230 EG mot ett beslut enligt vilket en åtgärd som anmälts inom ramen för kontrollsystemet för statligt stöd godkänns ovillkorligt. Grunden består av två delgrunder.

1. Den första delgrunden

13. Kommissionen har med den första grundens första del för överklagande gjort

gällande att förstainstansrätten felaktigt har gjort åtskillnad mellan det fall som den skulle pröva och det fall som avsåg det mål som gav upphov till domstolens beslut av den 28 januari 2004, Nederländerna mot kommissionen [4] (nedan kallat beslutet i målet Nederländerna mot kommissionen). Enligt kommissionen föreligger det inte någon rättslig skillnad av betydelse mellan de två målen. Nederländerna anser med stöd av Förenade kungariket, Republiken Slovakien och Republiken Frankrike, samt Förbundsrepubliken Tyskland däremot att omständigheterna som gav upphov till detta beslut väsentligen skiljer sig från omständigheterna i förevarande mål och att detta prejudikat således inte är relevant.

14. Det ska i korthet erinras om innehållet i beslutet i målet Nederländerna mot kommissionen som antogs under det förfarande som ledde till att den överklagade domen meddelades.

15. Domstolen fastslog i detta beslut att Nederländernas talan mot det beslut genom vilket kommissionen hade fastställt att vissa av denna medlemsstat anmälda åtgärder för att främja bearbetning av muddringsmassor var förenliga med den gemensamma marknaden inte kunde upptas till prövning. Talan begränsades till den del av beslutet ”i [vilken] kommissionen... fastställ[de] att de stöd som beviljats hamnmyndigheter i enlighet med dessa regler utg[jorde] statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG” (punkt 1).

16. Beslutets motivering är synnerligen kortfattad. Domstolen erinrade om den rättspraxis enligt vilken endast åtgärder som har tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen, och som på ett väsentligt sätt ändrar deras rättsliga ställning, utgör rättsakter som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring med stöd av artikel 230 EG. Domstolen påpekade därefter, i punkt 20, att det angripna beslutet, i vilket det hade förklarats att det anmälda stödsystemet var förenligt med den gemensamma marknaden, inte kunde medföra en väsentlig ändring av Konungariket Nederländernas rättsliga ställning, ”[e]ftersom den nederländska regeringen i underrättelsen avseende denna ordning [hade] begär[t] att kommissionen skulle bedöma om åtgärden var rättsenlig med beaktande av artiklarna 87 EG och 88 EG”. [5] Domstolen besvarade i punkterna 21 och 22 Nederländernas argument att en del av skälen i det angripna beslutet (i vilket kommissionen ansåg att vissa hamnmyndigheter omfattades av begreppet företag i den mening som avses i artikel 87 EG) dock har fått negativa rättsliga följder för denna stat. Domstolen påpekade härvidlag först och främst att det endast är den bindande delen i beslutet som har rättsverkningar och som följaktligen kan gå någon emot och att gemenskapsdomstolarna endast kan pröva lagenligheten av bedömningarna i skälen i ett beslut ”såvida de inte såsom skäl i en rättsakt som går någon emot utgör ett nödvändigt stöd för den bindande delen av beslutet”. Domstolen drog i punkt 22 slutsatsen att i det förevarande fallet ”utgör emellertid den ifrågasatta motiveringen inte ett

4 — Domstolens beslut av den 28 januari 2004 i mål C-164/02, Nederländerna mot kommissionen (REG 2004, s. I-1177).

5 — Jag medger endast i förbigående att jag har rätt svårt att förstå det förhållande som domstolen förefaller upprätta mellan innehåll i anmälan och bedömning av åtgärdens verkningar. Fastställandet av hur en stödåtgärd påverkar den stödmottagande statens rättsliga situation beror enligt min mening på den objektiva bedömningen av dess verkningar och bortser från att denna stat kan vara övertygad om de planerade åtgärdernas exakta kvalificering eller förenlighet med den gemensamma marknaden, åtminstone i det fall i vilket denna stat beslutar att anmäla dessa åtgärder.

nödvändigt stöd för den bindande delen i ett beslut som går Nederländerna emot". Domstolen angav vidare att "[d]en bindande delen av det ifrågasatta beslutet *utgör på intet sätt ett ställningstagande beträffande vare sig vilket slags företag hamnmyndigheterna är eller den ekonomiska karaktären av dessa företags verksamhet*, eftersom kommissionen i den bindande delen av detta beslut konstaterade att den ifrågavarande ordningen i vart fall var befogad, med hänsyn till vad som anges i artikel 87.3 c EG, oberoende av huruvida vissa av de berörda bidragen skulle kunna utgöra stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG". [6] Domstolen tillade i punkt 23 att "[i] det ifrågasatta beslutet behandlas i övrigt inte de enskilda förhållandena hos någon av de berörda hamnmyndigheterna" och att "[b]edömningen med avseende på artikel 87.1 EG av andra bidrag som hamnmyndigheterna eventuellt kan ha beviljats föregrips på intet sätt genom detta beslut".

17. Av motiveringen till beslutet som i sina stora drag återgetts i föregående punkt framgår att två omständigheter i det fallet föranledde domstolen att konstatera att Nederländernas talan inte kunde upptas till prövning. För det första hade den omständigheten om inte en avgörande så en särskilt betydande roll i systematiken i domstolens resonemang att Nederländerna vid anmälan endast begärde att kommissionen skulle bedöma huruvida åtgärderna för att främja bearbetning av muddringsmassor var lagenliga, utan att påpeka att man ansåg att dessa åtgärder inte utgjorde stöd om de var riktade till hamnmyndigheterna. [7] För det andra ansåg domstolen att kommissionen hade avhållit sig från att slutgiltigt uttala sig om stödkaraktären av stimulansåtgärderna till hamnmyndigheterna när den ansåg att samtliga anmälda åtgärder dock var förenliga med artikel 87.3 EG.

18. Båda dessa omständigheter saknas i förevarande fall.

19. För det första angav Nederländerna, när den omtvistade åtgärden anmäldes, att denna

6 — Min kursivering.

7 — Av läsningen av de aktuella rättsakterna framgår att kommissionen hade insisterat på att denna omständighet var relevant och framhållit att Nederländerna under det administrativa förfarandet på intet sätt hade tillkännagett sin ståndpunkt angående kvalificeringen av de incitament som riktades till hamnmyndigheterna.

enligt deras mening inte utgjorde statligt stöd och begärde att kommissionen skulle slå fast detta. För det andra intog kommissionen i beslutet en klar och entydig ståndpunkt angående åtgärdens karaktär av stöd. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat är dessa skillnader mot bakgrund av motiveringen av beslutet i målet Nederländerna mot kommissionen rättsligt relevanta och utgör hinder för att på det förevarande fallet automatiskt överföra den lösning som domstolen valde i detta prejudikat.

20. Mer allmänt anser jag inte att det av beslutet i målet Nederländerna mot kommissionen framgår någon avsikt från domstolens sida att i princip inte ge medlemsstaterna rätt att överklaga beslut genom vilka kommissionen ovillkorligt tillåter stödåtgärder som dessa anmält. Tvärtom talar fallets särskilda kännetecken och det sätt på vilket domstolen har tolkat dem snarare för att beslutets räckvidd ska begränsas.

21. Jag anser slutligen att förstainstansrätten inte har gjort något fel när den gjorde åtskillnad mellan det fall den skulle pröva och det fall som det mål avsåg som gav upphov till beslutet i målet Nederländerna mot kommissionen. Denna slutsats kan inte heller ifrågasättas om det skulle konstateras att förstainstansrätten enligt vad kommissionen påstått missuppfattade de faktiska omständigheterna i punkt 47 i den överklagade domen. [8]

22. Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser den av kommissionen anförda första grundens första del.

2. Den andra delgrunden

23. Kommissionen har genom den andra delgrunden bestritt förstainstansrättens påstående att den omtvistade åtgärdens kvalificering som stöd har fått rättsliga följder. Delgrunden är särskilt riktad mot punkt 41 i den överklagade domen, i vilken förstainstansrätten påstod att denna kvalificering som gjorde det möjligt för kommissionen att pröva om den omtvistade åtgärden var förenlig med den gemensamma marknaden, dels ”medför... att det förfarande som föreskrivs i förordning nr 659/1999 för befintliga stödordningar blir tillämpligt, i synnerhet det förfarande som föreskrivs i artiklarna 17–19 och 21. Enligt artikel 21 skall medlemsstaterna ge in årliga rapporter om alla befintliga stödordningar”, dels ”kan... inverka på beviljandet av ett nytt

8 — Enligt kommissionen har förstainstansrätten felaktigt påstått att de konstateranden som var föremål för klagandemedlemsstatens anmärkning i det angripna beslutet i det mål som gav upphov till beslutet i målet Nederländerna mot kommissionen endast förekom i motiveringen och inte i beslutsdelen.

stöd enligt reglerna om kumulering av stöd av olika ursprung, vilka föreskrivs särskilt i punkt 74 i Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön".

24. Kommissionen har först och främst gjort gällande att på grund av stödbegreppets objektiva karaktär är de följder som förstainstansrätten angett en följd av den omtvistade åtgärdens art och inte av beslutet. Detta argument kan enligt min mening inte godtas. Domstolen har visserligen vid upprepade tillfällen, även om det skett i ett annat sammanhang för att fastställa räckvidden av domstolsprövningen av kommissionens tillämpning av stödbegreppet, slagit fast att detta begrepp har en objektiv karaktär. [9] Detta gör att det, såsom kommissionen förefaller göra, kan anses att ett beslut som antagits i den mening som avses i artikel 87.1 EG (nu artikel 107.1 FEUF) endast är ett positivt eller negativt konstaterande av den anmälda åtgärdens stödkaraktär. Trots detta kan det enligt min mening svårligen förnekas att om kommissionen felaktigt förklarar att ett visst statligt ingrepp utgör ett stöd, är de rättsliga följderna som har samband med en sådan kvalificering en följd av detta beslut och inte av den aktuella åtgärden som inte uppfyller villkoren för stöd. Detta är följder som den berörda medlemsstaten inte kan undanröja om beslutet inte ogiltigförklaras på denna punkt. Jag erinrar för övrigt om att ett analogt argument även har åberopats av kommissionen för att komma fram till att en talan om ogiltigförklaring av ett beslut av kommissionen att undersöka en statlig åtgärd i egenskap av "nytt" stöd eller ett icke "existerande" stöd inte kan upptas till prövning och att domstolen ogillade denna talan. [10]

25. Kommissionen har dessutom gjort gällande att tillämpningen av begränsningen av det kumulerade stöd som föreskrivs i Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön och som angetts i punkt 41 i den ovannämnda överklagade domen, endast utgör en hypotetisk följd av beslutet. Jag delar denna bedömning. Denna gräns är avsedd att få verkningar endast om Nederländerna beslutar att bevilja ytterligare stöd till de företag som berörs av den omtvistade åtgärden. Detsamma kan för övrigt sägas såvitt avser anmälningsskyldigheten och standstill-skyldigheten som föreskrivs i artikel 88.3 EG (nu artikel 108.3 FEUF) som särskilt den tyska regeringen har hänvisat till. Detta är skyldigheter som Nederländerna måste iaktta endast om de beslutar att anta åtgärder som motsvarar den omtvistade åtgärden eller att i enlighet med punkt 4 i beslutet ändra omständigheterna för denna åtgärd.

9 — Se, exempelvis, dom av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen (REG 2000, s. I-3271), punkterna 24 och 25 som kommissionen har hänvisat till.

10 — Se domarna av den 30 juni 1992 i mål C-312/90, Spanien mot kommissionen (REG 1992, s. I-4117), punkterna 6 och 13, och i mål C-47/91, Italien mot kommissionen (REG 1992, s. I-4145; svensk specialutgåva, volym 12, s. 145), punkterna 14 och 26.

26. Såvitt avser skyldigheten för den berörda medlemsstaten att inge en rapport om verkställigheten av den omtvistade åtgärden, som även åberopats i punkt 41 i den överklagade domen, har kommissionen i huvudsak endast påpekat att enligt tillgängliga uppgifter hade Nederländernas myndigheter aldrig sänt någon rapport. Detta argument är enligt min mening verkningslöst. Den omständigheten att Nederländerna hittills bortsett från denna skyldighet påverkar inte det förhållandet att den ska beaktas som rättslig följd av att den omtvistade åtgärden kvalificerats som stöd.

27. Mer allmänt anser jag att det är just tillämpningen av det förfarande som föreskrivs för de existerande stödsystemen och som förstainstansrätten åberopat i den ovannämnda punkt 41 i den överklagade domen som utgör den rättsliga följden av större betydelse och som är en följd av att ett anmält statligt ingrepp kvalificerats som stöd. Kommissionen ska enligt artikel 108.1 FEUF fortlöpande granska existerande stödprogram i medlemsstaterna enligt det förfarande som anges i artikel 108.2 och som närmare anges i artiklarna 17–19 i förordning nr 659/1999. Detta innebär att ett statligt ingrepp som kvalificerats som stöd ständigt övervakas av kommissionen och utsätts för en regelbunden kontroll. Härav följer att ett beslut om att stödet är förenligt med den inre marknaden enligt artikel 107.3 FEUF ger den berörda medlemsstaten en lägre grad av rättssäkerhet, förutom ett mer begränsat handlingsutrymme vid genomförandet av den anmälda åtgärden i förhållande till ett beslut enligt vilket denna åtgärd inte har karaktären av stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I Nederländernas fall var det just strävan efter rättssäkerhet som föranledde myndigheterna i denna medlemsstat att anmäla den omtvistade åtgärden även i övertygelsen om att den inte utgjorde ett stöd i den mening som avses i artikel 87 EG.

28. På grundval av det hittills anförda anser jag således att överklagandet inte heller kan vinna bifall på den andra delgrunden som kommissionen har åberopat inom ramen för dess första grund för överklagande.

3. Slutsatser om den första grunden för överklagande

29. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen i sin helhet ska ogilla kommissionens första grund för överklagande som avser ett åsidosättande av artikel 230 EG.

B — *Den andra grunden som avser ett åsidosättande av artikel 87.1 EG*

30. Den andra grunden för överklagande som anförts i andra hand består även den av två delar.

1. Den första delgrunden

31. Kommissionen har genom den andra grundens första del bestritt förstainstansrättens slutsats att den aktuella åtgärden inte utgör ett statligt stöd, eftersom den inte är sådan att den gynnar vissa företag eller viss produktion. Denna delgrund avser punkterna 84–96 i den överklagade domen och genom den har två skilda anmärkningar framförts.

a) Den första anmärkningen

32. Kommissionen har först och främst kritiserat förstainstansrätten för att den i syfte att utesluta att den aktuella åtgärden är selektiv tillerkänt den omständigheten särskild betydelse att alla stora industrianläggningar i Nederländerna omfattas av den omtvistade åtgärden och att kriteriet för att tillämpa denna åtgärd följaktligen är objektivt och inte grundat på geografiska eller sektoriella överväganden.

33. Enligt fast rättspraxis medför inte den omständigheten att antalet företag som kan komma att omfattas av den aktuella åtgärden är mycket betydande, eller att de tillhör olika verksamhetssektorer, att åtgärden inte ska anses vara selektiv, och därmed heller inte utgöra statligt stöd [11]. Enligt denna rättspraxis visar den omständigheten att en statlig åtgärd styrs av objektiva kriterier för horisontell tillämpning endast att de incitament som föreskrivs i denna inte utgör enskilda stöd, utan ingår i ett stödprogram. [12] Kommissionen har således korrekt påstått att denna omständighet i dess första anmärkning inte i sig tillåter slutsatsen att ett statligt initiativ ska anses vara en åtgärd inom den generella ekonomiska politiken och som därför inte är selektiv.

34. Denna anmärkning grundar sig dock på en felaktig tolkning av den överklagade domen och ska följaktligen förbigås. Tvärtemot vad kommissionen synes anse grundar sig slutsatsen i punkt 96 i den överklagade domen, enligt vilken ”[s]edd i sin helhet gynnar den anmälda åtgärden... inte vissa företag eller viss produktion i den mening som avses i artikel 87.1 EG” inte, eller inte på ett avgörande

11 — Se dom av den 17 juni 1999 i mål C-75/97, Belgien mot kommissionen (REG 1999, s. I-3671), punkt 32, av den 8 november 2001 i mål C-143/99, Adria Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (REG 2001, s. I-8365), punkt 48, och av den 13 februari 2003 i mål C-409/00, Spanien mot kommissionen (REG 2003, s. I-1487), punkt 48.

12 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet C-409/00, Spanien mot kommissionen, punkt 49.

sätt, på de föregående punkterna 87 och 88, som kommissionens anmärkning särskilt avser. För det första har förstainstansrätten i punkt 87 i den överklagade domen inte framfört egna bedömningar, utan endast redogjort för några omständigheter som kännetecknar den omtvistade åtgärden, såsom de beskrivs i beslutet, medan den första meningen i den följande punkt 88 endast innehåller ett faktiskt konstaterande.

35. För det andra har slutsatsen i den andra meningen i samma punkt 88 [den tredje meningen i den svenska versionen, övers. anm.], enligt vilken ”[k]riteriet för att den anmälda åtgärden skall äga tillämpning är... objektivt och utan hänsyn till geografiska eller sektorsvisa faktorer” en begränsad betydelse i systematiken i förstainstansrättens resonemang och dock en väsentligt mindre betydelse i förhållande till den betydelse som kommissionen tillerkänt den. Det framgår av punkt 89 och följande punkter i den överklagade domen att förstainstansrätten, i syfte att utesluta att den aktuella åtgärden är selektiv, snarare har ansett att konstaterandet i punkt 90 i domskälen är avgörande. Enligt denna punkt kan situationen för de företag som omfattas av utsläppstaket för NOx som gäller de stora industrianläggningarna varken i faktiskt eller rättsligt hänseende ”anses jämförbar med de företags situation som inte omfattas av detta tak”. En avgörande faktor är likaledes den slutsats som förekommer i den följande punkt 94, enligt vilken kommissionen ”inte [har] visat att det föreligger ett allmänt system som är tillämpligt på företag som befinner sig i en situation som i faktiskt och rättsligt hänseende kan jämföras med situationen för de anläggningar som den anmälda åtgärden är tillämplig på, men som inte erbjuder fördelen att kunna överlåta utsläppsrätten för NOx”.

36. På grundval av ovanstående analys anser jag att det saknas stöd för kommissionens första anmärkning i den andra grundens första delgrund för överklagande, genom vilken kommissionen har klandrat förstainstansrätten för att den grundat sitt resonemang på den objektiva karaktären av det kriterium som tillämpas på den omtvistade åtgärden. Anmärkningen är i vilket fall som helst verkningslös, eftersom den, även om den vore välgrundad, inte i sig är tillräcklig för att vederlägga förstainstansrättens slutsats att denna åtgärd inte är selektiv, eftersom denna slutsats såsom har framgått till övervägande del grundar sig på överväganden av annat slag.

b) Den andra anmärkningen

37. Kommissionen har i den andra grundens första del dessutom bestritt den bevisbörda som förstainstansrätten har lagt på

den. [13] Denna anmärkning är riktad mot punkterna 89–96 i den överklagade domen. Det framgår av dessa att för att visa att den omtvistade åtgärden var selektiv borde kommissionen ha bevisat att a) de företag som denna åtgärd inte gäller och som således erbjudits fördelen att kunna överlåta utsläppsrätter för NOx omfattas av *samma skyldigheter* (PSR) eller av *"samma skyldigheter"* som föreskrevs genom denna åtgärd och b) att dessa företag kunde bli bötfällda vid överträdelse. [14]

38. Enligt kommissionen är det av förstainstansrätten begärda beviset onödigt, eftersom det av beslutet och av den överklagade domen klart framgår att alla företagen i Nederländerna omfattas av begränsningar i fråga om utsläpp av NOx. Det är tillräckligt att visa att den omtvistade åtgärden är selektiv, eftersom det gentemot de begränsningar som föreskrivs för alla i Nederländerna etablerade företag endast är den företagsgrupp som åtgärden gäller som har rätt att sinsemellan byta utsläppsrätter. Det är dessutom omöjligt att lämna det av förstainstansrätten begärda beviset, eftersom det är uppenbart att de företag som inte omfattas av den omtvistade åtgärden inte är skyldiga att uppfylla skyldigheterna enligt denna. Nederländerna har däremot gjort gällande att förstainstansrätten korrekt har tolkat räckvidden av den bevisbörda som åligger kommissionen, eftersom

13 — Kommissionen har inom ramen för denna anmärkning endast i andra hand betvivlat huruvida den överklagade domen, i den del där det analyseras huruvida den omtvistade åtgärden är selektiv, är förenlig med den rättspraxis enligt vilken en talan om ogiltigförklaring inte kan grundas på sådana faktiska omständigheter eller grunder som varken har framförts under förfarandet enligt artiklarna 107 FEUF och 108 FEUF eller i den ansökan genom vilken talan väckts. Eftersom dessa påståenden är vaga och kommissionen inte synes ha formulerat någon verklig invändning vill jag härvid endast göra två korta anmärkningar. För det första förefaller den rättspraxis som kommissionen har hänvisat till, enligt vilken lagenligheten av ett beslut om stöd ska bedömas i förhållande till de upplysningar som kommissionen förfogade över då beslutet antogs (se exempelvis dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2263, svensk specialutgåva, volym 8, s. 691, punkt 16, och av den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot kommissionen, REG 1996, s. I-4551, punkt 33) sakna relevans i förevarande fall. Förstainstansrätten har inte avgjort målet genom att grunda sig på för kommissionen okända omständigheter, utan har klandrat denna för att ha dragit slutsatsen att den omtvistade åtgärden är selektiv även då det inte förelåg tillräckliga omständigheter för att motivera en sådan slutsats. För det andra är det inte klart huruvida kommissionen, när den hänvisat till att Nederländerna inte hade ställt frågan om selektiviteten i sin ansökan, vill göra gällande att förstainstansrätten har dömt utöver vad parterna har yrkat eller med åsidosättande av artikel 48.2 i dess rättegångsregler, enligt vilken nya grunder inte får åberopas under rättegången. Kommissionens eventuella invändning är i detta avseende inte tillräckligt tydlig för att domstolen ska kunna ta ställning.

14 — Punkterna 89–96 i den överklagade domen kan sammanfattas enligt följande. Förstainstansrätten har först och främst påpekat att med hänsyn till det mål som eftersträvas med den omtvistade åtgärden och den omständigheten att det endast är de företag som omfattas av denna som vid äventyr av böter påförs en utsläppsnorm eller en sträng nivå för standardprestanda (PSR) kan situationen för dessa företag i faktiskt eller rättsligt hänseende inte anses vara jämförbar med de företags situation som inte omfattas av detta tak (punkterna 89 och 90). Förstainstansrätten konstaterade därefter att kommissionen inte hade anfört några omständigheter som visar att de företag som konsumerar mindre än 20 MWh befinner sig i en situation som kan jämföras med situationen för de företag som omfattades av den omtvistade åtgärden eller att de skulle bli bötfällda om de åsidosatte "sina skyldigheter". I synnerhet hade kommissionen inte styrkt att dessa företag var underkastade PSR. Förstainstansrätten drog därför slutsatsen att kommissionen inte hade visat att det förelåg ett allmänt system som den omtvistade åtgärden avvek från (punkterna 92–94).

kriteriet selektivitet som domstolen fastställt i domen i målet Adria-Wien Pipeline [15] grundar sig just på att situationen för de företag som den aktuella åtgärden avser och de företag som inte omfattas av den kan jämföras. I förevarande fall befinner sig de 250 företag som den omtvistade åtgärden gäller inte i en situation som är jämförbar med de andra företagens situation, eftersom dessa har ytterligare skyldigheter som följer av det senare målet att till år 2010 minska utsläppen av NOx till 55 kiloton.

39. Jag erinrar om att på grundval av villkoret avseende selektivitet ska bestämmelserna i fråga om stöd inte tillämpas på så kallade allmänna åtgärder som inte är avsedda att stödja specifika verksamheter eller företag utan är avsedda att stödja samtliga näringsidkare som är verksamma på medlemsstatens territorium. I detta avseende har det i rättspraxis angetts att ett statligt ingripande som gynnar ett obestämt antal stödmottagare som fastställts med tillämpning av en rad objektiva kriterier ska kvalificeras som ett stödprogram som utgör en selektiv åtgärd, om det på grund av dess tillämpningskriterier medför fördelar för vissa företag eller vissa verksamheter, medan andra företag eller verksamheter utesluts. [16] I rättspraxis har det vidare klargjorts att även synbarligen allmänna åtgärder – som inte är begränsade till vissa sektorer eller territorier och inte är riktade till en begränsad kategori företag – kan omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG. Förutsättningen är att genomförandet av dessa åtgärder, särskilt såvitt avser valet av stödmottagare, belopp och villkoren för det finansiella ingripandet, överlåts åt de nationella myndigheternas skönsmässiga bedömning. [17] Domstolen har även slagit fast att ett stöd kan vara selektivt även om det rör en hel bransch. [18] Det framgår mer allmänt av rättspraxis att frågan om huruvida selektivitetskravet är uppfyllt ska bedömas från fall till fall och syfta till att kontrollera huruvida den ifrågavarande åtgärden, med hänsyn till dess karaktär, tillämpningsområde, former för genomförande och verkningar, medför *fördelar uteslutande för vissa företag eller vissa verksamhetssektorer* eller inte. [19] I domen i målet Adria-Wien Pipeline angav domstolen att det vid denna bedömning måste fastställas huruvida en statlig åtgärd, inom ramen för en viss rättsordning, kan gynna ”vissa företag eller viss produktion” i jämförelse med andra företag som i faktiskt och rättsligt hänseende

15 — Se ovan.

16 — Se förstainstansrättens dom av den 29 september 2000 i mål T-55/99, CETM mot kommissionen (REG 2000, s. II-3207), punkt 40.

17 — Se domen i det ovannämnda målet C-241/94, Frankrike mot kommissionen, dom av den 29 juni 1999 i mål C-256/97, DM Transport (REG 1999, s. I-3913), punkterna 28–30, och av den 17 juni 1999 i mål C-295/97, Piaggio (REG 1999, s. I-3735), punkt 39.

18 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet C-75/97, Belgien mot kommissionen, punkt 33, och dom av den 15 december 2005 i mål C-148/04, Unicredito Italiano (REG 2005, s. I-11137), punkt 45.

19 — Se domen i det ovannämnda målet C-241/94, Frankrike mot kommissionen, punkt 24, dom av den 1 december 1998 i mål C-200/97, Ecotrade (REG 1998, s. I-7907), punkterna 40 och 41, och domen i det ovannämnda målet C-75/97, Belgien mot kommissionen.

befinner sig i en jämförbar situation, med hänsyn till det mål som eftersträvas med detta program. [20]

40. Det är mot bakgrund av denna rättspraxis som kommissionens anmärkningar avseende den överklagade domen ska prövas. Jag vill genast säga att jag instämmer med dessa anmärkningar.

41. Det ska först och främst påpekas att omständigheten att en statlig åtgärd gynnar vissa företag som identifieras på grundval av de omständigheter som kännetecknar deras situation jämfört med situationen för alla andra näringsidkare – exempelvis på grund av att de tillhör en viss sektor eller på grund av att de bedriver en viss typ av verksamhet, [21] eller också på grund av deras storlek [22] – i princip medför att denna åtgärd anses selektiv. [23] Följaktligen talar den omständigheten att den omtvistade åtgärden *endast* gäller de företag som har stora industrianläggningar snarare för att åtgärden är selektiv.

42. I förevarande fall har förstainstansrätten, eftersom de fördelar som den omtvistade åtgärden erbjuder är förenade med uttag av pålagor, ansett att det är nödvändigt att visa att dessa pålagor, men inte de motsvarande fördelarna, uttas även av företag som inte omfattas av denna åtgärd. Förstainstansrätten drog slutsatsen att då det inte finns något sådant bevis är situationen för de två företagsgrupperna inte jämförbar och att de fördelar som beviljas de företag som tillhör den första gruppen inte kan anses vara selektiva. Denna slutsats kan enligt min mening kritiseras i två avseenden.

43. För det första utgår denna slutsats enligt min mening från en felaktig faktisk förutsättning. Den kvantitativa skillnaden [24] mellan de skyldigheter att begränsa utsläppen av NOx som åligger olika anläggningar som är etablerade i Nederländerna i förhållande till den potentiella risken för att de förorenar

20 — Se domen i det ovannämnda målet Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, punkt 41. Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Ecotrade, punkt 41, och domen i det ovannämnda målet C-75/97, Belgien mot kommissionen, punkt 26.

21 — Se dom av den 15 juni 2006 i de förenade målen C-393/04 och C-41/05, Air Liquide Industries Belgium (REG 2006, s. I-5293), punkt 31, och av den 15 juli 2004 i mål C-501/00, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-6717), punkt 120.

22 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet Ecotrade, punkt 28.

23 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet Unicredito, punkt 49.

24 — Även om det i den överklagade domen hänvisas till sättet att beräkna utsläppsnormen (punkt 91) och mer allmänt till ”karaktären” av de skyldigheter som föreskrivs genom den omtvistade åtgärden, har förstainstansrätten i huvudsak hänvisat till den *kvantitativa nivån* på målen för att minska utsläppen.

(skyldigheter som för de 250 företag som berörs av den omtvistade åtgärden medför en total minskning med 55 kiloton av NOx till år 2010) utgör enligt min mening inte något hinder för möjligheten att jämföra situationen för de företag som driver sådana anläggningar med avseende på den börda som det innebär för dem att iaktta dessa skyldigheter. Ett företag som har en eller flera anläggningar med en installerad kapacitet som understiger 20 MWh och som således inte omfattas av den omtvistade åtgärden kan, när det gäller de investeringar som ska göras och de kostnader som ska bäras, möta samma svårigheter att anpassa sig till de utsläppstak som det åläggs av ett företag som driver anläggningar med en kapacitet som överstiger 20 MWh, för vilka det genom den omtvistade åtgärden fastställs ett kvantitativt högre mål för att minska utsläppen. Teoretiskt sett är det snarare, eftersom kostnaderna för att minska utsläppen varierar från företag till företag, inte heller uteslutet att en sådan anpassning blir tyngre för det förstnämnda företaget, om det har högre kostnader för att minska utsläppen jämfört med det sistnämnda företagets kostnader. [25] Av detta följer att trots att företagens skyldigheter är olika är den börda som belastar dessa två företag *proportionellt jämförbar*.

44. För det andra är förstainstansrättens slutsats enligt min mening inte heller förenlig med rättspraxis i domen i målet Adria-Wien Pipeline, som citerats i punkt 86 i den överklagade domen och som ligger till grund för förstainstansrättens hela resonemang. Enligt punkt 41 i den domen ska det för att fastställa huruvida en statlig åtgärd är selektiv bedömas huruvida den är sådan att den gynnar ”vissa företag eller viss produktion” i jämförelse med andra företag som i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i en jämförbar situation, *med hänsyn till det mål som eftersträvas med åtgärden.* I förevarande fall är miljömålet för den omtvistade åtgärden att minska industriutsläppen av NOx, det vill säga förorenande gas, för vilka utsläppskällan som föregår minskningen således inte har någon betydelse. Tvärtemot vad förstainstansrätten har dragit som slutsats *befinner sig* i förhållande till ett sådant mål *alla de företag vars industrianläggningar i Nederländerna släpper ut NOx i en jämförbar situation*. [26] Denna möjlighet till jämförelse försvinner inte enbart för att staten för vissa av dessa företag har beslutat att eftersträva det ovannämnda målet genom att skapa ett system för handel med utsläppsrätter. Om detta system ger de företag som deltar i detta en fördel, trots de bördor som det medför, är denna fördel selektiv. Den

25 — För övrigt har, enligt vad Nederländernas regering har anfört som svar på några frågor från förstainstansrätten, utsläppsnormen för det första året då den omtvistade åtgärden tillämpas ”fastställts till en avsiktligt högre nivå än det genomsnittliga utsläppet” för att de flesta företag ska kunna ha möjlighet att iaktta den och köpa nog med utsläppskrediter.

26 — Kommissionen har i detta avseende i första instans även hävdat att det för att fastställa att den omtvistade åtgärden var selektiv inte heller var nödvändigt att bevisa att det förelåg skyldigheter att minska eller att begränsa utsläppen för de företag som inte omfattades av systemet för handel med utsläppstillstånd.

gynnar nämligen endast ett begränsat, om än betydande, och på grundval av objektiva kriterier fastställt antal företag som släpper ut NOx i Nederländerna.

45. Många prejudikat bekräftar den föregående analysen. [27]

46. Jag anser slutligen att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den avgjort räckvidden av kommissionens bevisbörda och dragit slutsatsen att kommissionen var skyldig att visa att de företag som inte omfattades av den omtvistade åtgärden skulle omfattas av sådana skyldigheter att minska utsläppen av NOx som är identiska med de skyldigheter som åläggs de företag som omfattas av denna åtgärd.

47. Förstainstansrätten har dessutom ansett att det ankommer på kommissionen att visa att de företag som omfattas av andra utsläppstak än de som fastställs genom den omtvistade åtgärden kan bli bötfällda om de inte iakttar dessa gränser. För att bedöma huruvida det i förevarande fall är motiverat att ålägga en sådan bevisbörda ska det erinras om att förstainstansrätten i punkt 68 och följande punkter i den överklagade domen ansåg att den omtvistade åtgärden hade *två skilda fördelar* för de företag som omfattas av denna. Dels ges enligt denna åtgärd dessa företag möjlighet att sinsemellan handla med utsläppsrätter som indirekt följer av den utsläppsnorm som föreskrivs för dem, dels ges enligt denna de företag som har släppt ut mer NOx jämfört med den fastställda utsläppsnormen möjlighet att undgå böter genom att köpa utsläppsrätter av de företag som har ett överskott av sådana. Beviset för att de företag som inte omfattas av den omtvistade åtgärden kan bli bötfällda om de överskrider utsläppstaken kan vara nödvändigt för att betrakta den fördel som utgörs av möjligheten att undgå ett sådant bötfällande som selektiv. Om ett sådant bevis saknas är situationen för sådana företag nämligen inte logiskt jämförbar, med avseende på denna fördel, med situationen för de företag som omfattas av denna åtgärd. Ett sådant bevis kan dock inte ha någon betydelse när det gäller att bedöma den eventuella selektiva karaktären av den fördel som utgörs av möjligheten att handla med utsläppsrätter.

48. Härav följer att förstainstansrätten även i detta avseende har feltolkat räckvidden av kommissionens bevisbörda.

27 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet Ecotrade, i vilken domstolen fann att en lag, enligt vilken det endast till förmån för stora industriföretag i kris och inte för samtliga insolventa företag infördes ett förfarande för tvångsförvaltning, var selektiv, domen i det ovannämnda målet C-409/00, kommissionen mot Spanien, om ett stödprogram för inköp av nyttofordon som enbart avser fysiska personer och SMF (se särskilt punkt 50, i vilken domstolen avvisade Konungariket Spaniens argument att det för systemets struktur var nödvändigt att undanta stora företag ”som förnyar sin fordonspark mera regelbundet utan att behöva något stöd för detta ändamål”), domen i det ovannämnda målet C-75/97, Belgien mot kommissionen, om det höjda avdraget på de sociala avgifterna för arbetare enbart till förmån för företag inom vissa sektorer av förädlingsindustrin och med undantag för andra sektorer, även om de kännetecknas av att där förekommer manuell arbetskraft (punkterna 23–31), samt domen i det ovannämnda målet Adria-Wien Pipeline, punkterna 48–53.

49. På grundval av samtliga ovanstående överväganden anser jag att kommissionens andra anmärkning inom ramen för den andra grundens första del, genom vilken det görs gällande att det vid avgörandet av räckvidden av den bevisbörda som ankommer på kommissionen har gjorts en felaktig bedömning, är välgrundad.

2. Den andra grunden

50. Kommissionen har även i denna grund framfört två skilda anmärkningar. Å ena sidan har förstainstansrätten, i sista meningen i punkt 88 och i punkterna 97–100 i den överklagade domen, felaktigt dragit slutsatsen att den omtvistade åtgärden inte utgör ett statligt stöd, eftersom den avser skyddet för miljön. Å andra sidan har förstainstansrätten på ett felaktigt sätt tillämpat rättspraxis, enligt vilken en åtgärd inte utgör stöd om den motiveras på grundval av arten eller den allmänna strukturen hos det system som den utgör en del av.

51. När det gäller den första anmärkningen ska jag endast påpeka att den utgår från en felaktig tolkning av den överklagade domen. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat har förstainstansrätten i de avsnitt som kommissionen har citerat endast påpekat att kriteriet för att fastställa vilka företag som den omtvistade åtgärden ska gälla är förenligt med det miljömål som kommissionen eftersträvar och motiveras av arten och den allmänna strukturen hos det system som den skapat. På samma sätt finns det anledning att avvisa kommissionens påstående – som framförts i första hand i dess andra anmärkning – att förstainstansrätten har fört ett motstridigt resonemang när den, i punkterna 97–100 i den överklagade domen, påstod att det i Nederländerna finns ett mer omfattande system i fråga om utsläpp av NOx i vilket den aktuella åtgärden ingår, medan den i punkterna 91–94 i denna dom har anklagat kommissionen just för att den inte har bevisat att det finns ett sådant allmänt system. Dels grundar sig punkterna 97–100 på ett enkelt antagande, som för övrigt angetts för fullständighetens skull, dels har förstainstansrätten i de avsnitt i vilka den anger ”arten och den allmänna strukturen hos systemet” hänvisat till det ”system” som skapats genom denna omtvistade åtgärd – i förhållande till vilket den anser att den måste kontrollera huruvida dess antagande att det föreligger en differentiering mellan företag är sammanhängande [28] – och inte, såsom kommissionen anser, till ett ”mer omfattande” allmänt system i fråga om NOx som tillämpas i Nederländerna.

52. I den andra anmärkningen har kommissionen i andra hand gjort gällande att

28 — Se punkt 97 i den överklagade domen.

tvärtemot vad förstainstansrätten har funnit motiveras tilldelningen av överlåtbara utsläppsrätter till ett begränsat antal företag, som fastställts i förhållande till kapaciteten i de industrianläggningar som dessa har, varken på grundval av åtgärdens miljömål eller på grundval av arten eller strukturen hos systemet. Kommissionen har härvid hänvisat till punkterna 52 och 53 i domen i målet Adria-Wien Pipeline, som citerats i punkt 39 i detta förslag till avgörande. Mer allmänt har kommissionen gjort gällande dels att det ankommer på den berörda medlemsstaten att under det administrativa förfarandet visa att den anmälda åtgärden är motiverad av arten och den allmänna strukturen hos systemet – vilket Nederländerna inte visat i förevarande fall – dels att eftersom en sådan motivering utgör ett undantag från principen att en åtgärd som gynnar vissa företag utgör ett statligt stöd ska den tolkas och tillämpas restriktivt.

53. Jag erinrar om att domstolen på grundval av den rättspraxis som åberopats i punkt 97 i den överklagade domen, med särskild hänvisning till statliga ingrepp av skattekaraktär, har angett att även åtgärder med selektiv karaktär – i den mån de innebär att företag behandlas olika – kan undgå att kvalificeras som stöd, om denna skillnad i behandling är berättigad på grund av karaktären eller strukturen av det skattesystem i vilka dessa åtgärder ingår. [29] Mer allmänt har domstolen tillämpat det test som föreskrivs i denna rättspraxis på ”åtgärder som medför att företag behandlas olika vad gäller kostnader”. [30]

54. I förevarande fall har förstainstansrätten i punkt 99 i den överklagade domen anfört att ”[f]aststållandet av de företag som [kom] i åtnjutande av åtgärden motiveras... enligt systemets karaktär och allmänna systematik av företagens höga utsläpp av NOx och den särskilda norm för minskade utsläpp som gäller för företagen” och att ”[e]kologiska överväganden motiverar att skillnad görs mellan företag med höga utsläpp av NOx och övriga företag”. Enligt förstainstansrätten ska dessutom ”[g]enomförandet av dessa principer... beakta bestämmelserna i artikel 6 EG jämförd med artikel 87 EG”.

55. Förstainstansrättens resonemang är inte övertygande. För det första anser jag att skillnaden mellan mer eller mindre förorenande anläggningar kan anses ”ligga i naturen” hos ett system som syftar till att minska föroreningar av industriellt ursprung och därför med nödvändighet motiveras av dess

29 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen (REG 1974, s. 709; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321), punkt 33, domen i målet Unicredito Italiano (ovan fotnot 18), punkt 51, och dom av den 6 september 2006 i mål C-88/03, Portugal mot kommissionen (REG 2006, s. I-7115), punkt 52.

30 — Se exempelvis dom av den 26 september 2002 i mål C-351/98, Spanien mot kommissionen (REG 2002, s. I-8031), punkt 42, av den 14 april 2005 i de förenade målen C-128/03 och C-129/03, AEM och AEM Torino (REG 2005, s. I-2861), och av den 2 april 2009 i mål C-431/07 P, Bouygues och Bouygues Télécom mot kommissionen (REG 2009, s. I-2665), genom vilken förstainstansrättens dom av den 4 juli 2007 i mål T-475/04 (REG 2007, s. II-2097) fastställdes.

miljömål. Såsom kommissionen med rätta har påpekat är varje utsläpp av NOx med avseende på miljöpåverkan skadligt, oberoende av storleken på den anläggning som det kommer från. [31] Tvärtemot vad förstainstansrätten har påpekat kan en skillnad mellan företag som endast grundas på ett kvantitativt kriterium av den typ som tillämpats av den omtvistade åtgärden inte i sig anses vara motiverad av ekologiska överväganden. Jag påpekar för övrigt att det i förstainstansrättens hänvisning till artikel 6 EG jämförd med artikel 87 EG, utan ytterligare preciseringar, åberopas vissa av skälen i domen i målet British Aggregates, som förstainstansrätten meddelade den 13 september 2006, och som domstolen underkände någon månad efter det att den överklagade domen meddelades. [32]

56. För det andra är det, i avsaknad av bevis – som det ankom på den nederländska regeringen att lämna [33] – om att PSR inte kan tillämpas på företag med industrianläggningar av mindre storlek än de industrianläggningar som fastställts genom den omtvistade åtgärden inte möjligt att såsom förstainstansrätten har gjort dra slutsatsen att den skillnad mellan företag som görs genom denna åtgärd följer av systemets art och allmänna struktur på grund av det särskilda kriteriet att minska utsläppen som gäller för vissa av dessa företag och inte för andra.

57. På grundval av det ovanstående anser jag att även kommissionens andra anmärkning inom ramen för den andra grunden är välgrundad och att förstainstansrätten har gjort ett fel när den i punkterna 97–100 i den överklagade domen drog slutsatsen att den skillnad som genom den omtvistade åtgärden görs mellan företag med anläggningar av högre kapacitet än 20 MWh och företag med anläggningar av en kapacitet som underskrider denna gräns motiveras av systemets art och struktur i den mening som avses i den rättspraxis som citerats ovan i punkt 53.

C — *Slutsatser om huvudöverklagandet*

58. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att överklagandet ska vinna bifall på den andra grunden för överklagande som kommissionen åberopat i andra hand och att domstolen ska upphäva den överklagade domen.

31 — Se, för ett liknande resonemang, de av kommissionen citerade punkterna 52 och 53 i domen i målet Adria-Wien Pipeline.

32 — Se förstainstansrättens dom av den 13 september 2006 i mål T-210/02, British Aggregates mot kommissionen (REG 2006, s. II-2789), särskilt punkterna 115 och 117, och domstolens dom av den 22 december 2008 i mål C-487/06 P, British Aggregates mot kommissionen (REG 2008, s. I-10505), punkt 86 och följande punkter, särskilt punkterna 90–92.

33 — Dom av den 29 april 2004 i mål C-159/01, Nederländerna mot kommissionen (REG 2004, s. I-4461), punkt 43.

V — Anslutningsöverklagandena

59. Nederländerna och Tyskland har framställt ett anslutningsöverklagande mot den del av domen där förstainstansrätten har underkänt Nederländernas grund som framförts i första instans avseende kommissionens felaktiga tillämpning av begreppet ”förmån som finansieras med hjälp av statliga medel”, i den mening som avses i artikel 87.1 EG (punkterna 63–78 i den överklagade domen).

60. Tysklands överklagande har framställts både självständigt och under förutsättning att huvudöverklagandet bifalls i sak. I den mån som det utgör ett självständigt överklagande ska det enligt min mening avvisas. Det framgår av fast rättspraxis att endast de parter som helt eller delvis tappar målet i första instans kan inge ett överklagande mot en dom av förstainstansrätten [34]. Även om förstainstansrätten i förevarande fall, i den del av domen som avser anslutningsöverklagandet, har underkänt den grund som Nederländerna med stöd av Tyskland har framfört, har den dock fullt ut bifallit dessa medlemsstaters yrkanden och ogiltigförklarat det angripna beslutet i sin helhet. Dessa medlemsstaters överklaganden kan således inte upptas till prövning såvida inte domstolen bifaller kommissionens huvudöverklagande i sak och därmed ifrågasätter förstainstansrättens kvalificering av den omtvistade åtgärden.

61. Nederländerna och Tyskland har till stöd för sina anslutningsöverklaganden gjort gällande en enda grund som avser ett åsidosättande av artikel 87.1 EG och som består av två olika delgrunder. För det första ges de företag som omfattas av den omtvistade åtgärden *inte någon förmån* genom denna och för det andra *finansieras* denna förmån – även om det skulle fastställas att den föreligger – inte *med hjälp av statliga medel*. Förstainstansrätten har därför felaktigt tolkat och tillämpat begreppen ”förmån” och ”finansiering med hjälp av statliga medel”, enligt artikel 87.1 EG.

34 — Se dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-199/01 P och C-200/01 P, IPK-München mot kommissionen (REG 2004, s. I-4627), punkt 42, och generaladvokaten Mischos förslag till avgörande föredraget i detta mål den 10 juli 2003, punkterna 21–29. Se dessutom beslut meddelat av domstolens ordförande den 17 december 1998 i mål C-363/98 P (R), Emesa Sugar mot rådet (REG 1998, s. I-8787). I domen i målet Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån förefaller domstolen ha intagit en annan ståndpunkt. Klaganden fick dock i detta fall vid domstolen den angripna rättsakten ogiltigförklarad i första instans på grundval av en grund av processuell karaktär som framförts inom ramen för yrkanden i andra hand. Överklagandet bifölls däremot inte på den grund som avsåg tvisten i sak och som framförts till stöd för dess yrkanden i första hand (dom av den 20 september 2001 i mål C-383/99 P, REG 2001, s. I-6251, punkterna 18–26).

A — *Den första delgrunden avseende en felaktig tolkning och tillämpning av begreppet förmån i den mening som avses i artikel 87.1 EG*

62. Nederländernas regering och den tyska regeringen har genom den första delen av den enda grunden för överklagande först och främst bestritt förstainstansrättens slutsats att den möjlighet att handla med utsläppsrätter som föreskrivs i den omtvistade åtgärden utgör en förmån för företagen. Nederländerna har dessutom bestritt slutsatsen i punkt 73 i den överklagade domen att de företag som släppt ut mer NOx än vad utsläppsnormen tillåter enligt den omtvistade åtgärden ges möjlighet att undgå böter genom att köpa utsläppsrätter på marknaden.

1. Möjligheten att överlåta utsläppsrätterna

63. Det ska inledningsvis erinras om att domstolen, med stöd av den betydelse som i unionsrätten tillskrivs målet att upprätta och vidmakthålla ett system för fri konkurrens har, [35] alltsedan sina första domar har tolkat begreppet statligt stöd extensivt. Detta begrepp omfattar inte endast sådana konkreta förmåner som subventioner, utan även ”statliga ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som vanligtvis belastar ett företags budget och som därigenom, utan att det är fråga om subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter”. [36] En åtgärd som syftar till att förhindra att företagets budget belastas med en kostnad som under normala förhållanden inte skulle ha funnits utgör däremot inte ett stöd. [37] Som det redan erinrats om görs det enligt fast rättspraxis i artikel 87.1 EG inte åtskillnad mellan orsakerna till eller målen för de statliga ingripandena, vilka i stället bedöms mot bakgrund av resultatet. [38] Härav följer att endast den omständigheten att en statlig åtgärd eftersträvar mål avseende den ekonomiska, strukturella och sociala politiken [39] eller miljöpolitiken [40] i sig inte är

35 — Se, exempelvis, dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04 P, Carbon mot kommissionen (REG 2006, s. I-5977), punkt 31, och av den 11 september 2008 i de förenade målen C-75/05 P och C-80/05 P, Tyskland mot Kronofrance (REG 2008, s. I-6619), punkt 66.

36 — Se särskilt dom av den 23 februari 1961 i mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot Höga myndigheten (REG 1961, s. 1 och särskilt s. 38; svensk specialutgåva, volym 1, s. 69), av den 29 juni 1999 i mål C-256/97, DM Transport (REG 1999, s. I-3913), punkt 19, och av den 14 september 2004 i mål C-276/02, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-8091), punkt 24.

37 — Dom av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse (REG 2006, s. I-2843), punkterna 43–49.

38 — Se domen i målet Italien mot kommissionen (ovan fotnot 29), punkt 27, domen i målet Frankrike mot kommissionen (ovan fotnot 13), punkt 20, och dom av den 13 juni 2002 i mål C-382/99, Nederländerna mot kommissionen (REG 2002, s. I-5163), punkt 61.

39 — Se dom av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit italiana (REG 1980, s. 1205; svensk specialutgåva, volym 5, s. 149), punkt 31, domen i det ovannämnda målet 173/73, kommissionen mot Italien, punkt 13, med hänvisning till åtgärder avsedda att gynna sysselsättningen inom textilsektorn, och dom av den 12 december 2002 i mål C-5/01, Belgien mot kommissionen (REG 2002, s. I-1199), punkt 46, om åtgärder för att finansiera arbetstidsförkortningen för de tariffanställda i ett företag.

40 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet British Aggregates mot kommissionen, punkt 84.

tillräckligt för att de ska undgå att kvalificeras som stöd i den mening som avses i den ovannämnda bestämmelsen.[41] Mer allmänt är, såsom generaladvokaten Léger påpekat i målet Altmark,[42] de omständigheter som kännetecknar åtgärden – såsom det sätt på vilket stödet beviljas, den nationella åtgärdens juridiska karaktär, det faktum att åtgärden omfattas av ett stödsystem, ändamålet med stödet eller myndigheternas och det mottagande företagets avsikter – inte relevanta på det stadium då det är fråga om att avgöra huruvida det föreligger ett stöd, eftersom de inte kan påverka konkurrensen. De kan däremot bli relevanta i ett senare stadium vid bedömningen av huruvida stödet är förenligt med fördragets undantagsbestämmelser.

64. Det är särskilt på grundval av dessa principer som Nederländernas och Tysklands argument ska prövas. Dessa medlemsstater har till stöd för uppfattningen att möjligheten att överlåta utsläppsrätter inte innebär någon förmån för de företag som omfattas av den omtvistade åtgärden först och främst påpekat att dessa företag endast kan sälja sina utsläppsrätter såvida de tack vare sina genomförda investeringar lyckas minska sina utsläpp av NOx i större omfattning än den fastställda normen. Därför är den mängd utsläppsrätter som dessa företag kan överlåta inte förutbestämd utan beror endast på denna ytterligare minskning. Värdet av dessa rättigheter fastställs dessutom av de berörda aktörerna och beror uteslutande på den mängd rättigheter som finns tillgänglig på marknaden. Den tyska regeringen har dessutom påpekat att detta värde även kan vara lika med noll, om alla företagen i systemet iakttar sina föreskrivna utsläppsgränser. Enligt den tyska regeringen ger en prestation som består av ett utbyte mot marknadspriset ingen förmån och utgör inte ett statligt stöd.

65. Dessa argument syftar dels till att ifrågasätta huruvida den påstådda förmånen som består av möjligheten att överlåta utsläppsrätter *kan tillskrivas staten*, dels till att betvivla att det *verkligen föreligger en sådan förmån* och kvalificera den som enbart teoretisk. Dessa argument ska enligt min mening underkännas i båda avseendena.

66. Jag erinrar i det första avseendet om att det sätt på vilket ett statligt ingripande genomförs är irrelevant för att det ska kvalificeras som stöd. Även en åtgärd som medför en *enbart indirekt förmån* för det stödmottagande företaget och minskar de kostnader som normalt belastar dess budget, kan utgöra stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Dessutom försvinner inte möjligheten

41 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet C-241/94, Frankrike mot kommissionen, punkt 21, dom av den 29 april 1999 i mål C-342/96, Spanien mot kommissionen (REG 1999, s. I-2459), punkt 23, samt domen i målet Belgien mot kommissionen (ovan fotnot 11), punkt 25.

42 — Generaladvoakten Légers förslag till avgörande av den 14 januari 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (REG 2003, s. I-7747), punkt 81.

att staten tillskrivs den förmån som följer av ett statligt ingripande enbart på grund av att det stödmottagande företaget är skyldigt att bete sig på ett visst sätt för att erhålla denna förmån. [43] I förevarande fall är det vidare, oberoende av överväganden angående det beteende som krävs av de företag som omfattas av den omtvistade åtgärden, klart att om möjligheten att överlåta utsläppsrätter för NOx ger dem en förmån beror detta framför allt på att staten dels tillåter försäljningen av sådana rättigheter, dels gör det möjligt för de företag som har släppt ut NOx i övermått att köpa utsläppsrätter som saknas hos andra företag i systemet och på så sätt medger att en marknad för dessa rättigheter skapas. Såsom det med rätta har påpekats i punkt 70 i den överklagade domen, kan en sådan förmån, om den bekräftas, följaktligen hänföras till det statliga ingripandet, trots att staten inte direkt har överlåtit utsläppsrätter till de berörda företagen.

67. I det andra avseendet är det enligt min mening inte möjligt att på grundval av att förmånen i samband med ett särskilt statligt ingripande under vissa omständigheter inte kan materialiseras i form av en verklig förmån för det berörda företaget – vilket vore fallet om alla de företag som deltar i systemet begränsade sig till att iaktta de föreskrivna utsläppsgränserna – utesluta att den i kraft av själva sakförhållandet beaktas för att kvalificera ingripandet som stöd. Det ska i förevarande fall för övrigt påpekas dels att det system som skapats enligt den omtvistade åtgärden är avsett att reglera minskade utsläpp av NOx på det industriella området för flera år, dels att de företag som tillhör detta system, såsom särskilt framgår av punkt 71 i den överklagade domen, har möjlighet att överlåta alla utsläppsrätterna och inte endast de utsläppsrätter som i slutet av året på grund av den positiva skillnaden mellan genomförda utsläpp och tillåtna utsläpp gjorts tillgängliga. Den tyska regeringens antagande förblir under sådana förhållanden i praktiken marginellt.

68. Nederländerna och Tyskland har dessutom gjort gällande att systemet med överlåtbara rättigheter syftar till att kompensera de kostnader som företagen haft för att minska utsläppen eller alternativt för att köpa de rättigheter som krävs för att iaktta den fastställda normen. Detta system leder inte till någon lättnad av de kostnader som normalt belastar de aktuella företagens budget och innebär inte att de ges någon förmån, utan ska sättas i relation till de strängare utsläppstak som föreskrivs enligt den omtvistade åtgärden. Den tyska regeringen har slutligen påpekat att tvärtemot vad förstainstansrätten har anfört medger inte ens möjligheten till kredit för

43 — Stimulansåtgärder syftar ofta just till att locka företagen till att bete sig på visst sätt enligt sådana särskilda mål som exempelvis ekonomisk-politiska mål, socialpolitiska mål eller miljöpolitiska mål som staten eftersträvar.

utsläppsrätterna att slutsatsen kan dras att det föreligger en förmån för de företag som deltar i systemet.

69. Jag anser att även dessa argument ska underkännas.

70. Jag erinrar inledningsvis om att det i princip inte kan uteslutas att det föreligger ett stöd i det fall i vilket den aktuella åtgärden är avsedd att kompensera sådana nackdelar eller merkostnader som drabbar de berörda företagen till följd av ekonomiskt ogynnsamma konjunkturer, lagstiftningsåtgärder [44] eller också ändringar i den rättsordning som gäller för dessa företag. [45]

71. Jag påpekar därför att enligt vad Nederländerna har påstått kan de företag som har genomfört investeringar för att minska utsläppen av NOx under det tak som följer av att PSR tillämpas och genom att på marknaden sälja motsvarande utsläppsrätter, även om det endast sker delvis, täcka kostnaderna i samband med dessa investeringar. De företag som däremot inte lyckas iaktta detta tak kan välja om de ska investera i åtgärder för att minska utsläppen från sina anläggningar eller köpa de nödvändiga utsläppsrätterna på marknaden. Såsom Nederländernas ombud påpekade vid förhandlingen kommer detta val särskilt att bero på skillnaden mellan kostnaderna för att köpa utsläppsrätterna, vilka växlar i förhållande till marknadens utveckling, och de kostnader som krävs för att finansiera åtgärderna för att minska utsläppen av NOx. I båda fallen kan de företag som tillhör systemet således på grund av den möjlighet att överlåta utsläppsrätter som Nederländerna tillåter, i mer eller mindre växlande utsträckning, minska kostnaderna i samband med miljöinvesteringar eller kostnaderna som i alla fall följer av att miljökraven iakttas, vilka

44 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet 173/73, kommissionen mot Italien, i vilken domstolen fann att den nedsättning av sociala avgifter som Republiken Italien beviljat textilsektorn, trots att den avsåg att kompensera den nackdel som det tidigare gällande finansieringssystemet för familjetillägg innebar för sektorer som hade en stor andel kvinnlig arbetskraft, utgjorde ett stöd. Se vidare dom av den 7 juni 1988 i mål 57/86, Grekland mot kommissionen (REG 1988, s. 2855), i vilken domstolen avvisade den grekiska regeringens argument att den ränteåterbetalning som beviljats exportörer hade en neutral karaktär, eftersom den begränsade sig till att upphäva de negativa effekterna av de ökade avgifterna för dessa aktörer och inte gav dem någon ytterligare förmån, och av den 5 oktober 1999 i mål C-251/97, Frankrike mot kommissionen (REG 1999, s. I-6639), i vilken domstolen avvisade den franska regeringens argument att sänkningen av de sociala avgifterna endast utgjorde en kompensation för de extra kostnader som företagen hade accepterat att bära vid kollektivavtalsförhandlingarna och att de omtvistade åtgärderna i vart fall föreföll vara finansiellt neutrala med hänsyn till dessa extra kostnader.

45 — Se, exempelvis, såvitt avser det stöd som syftar till att kompensera strandade kostnader inom liberaliserade sektorer, med undantag för att rättspraxis enligt domen i målet Altmark eventuellt ska tillämpas. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 2008 i mål C-206/06, Essent Netwerk Noord m.fl. (REG 2008, s. I-5497).

normalt belastar deras budget. [46] För dessa företag utgör möjligheten till en sådan minskning en förmån. Mer allmänt och såsom Nederländerna har visat i svaren på förstainstansrättens skriftliga frågor ”bestämmer” företagen i systemet för handel med rättigheter till NOx ”själva det sätt på vilket de kommer att iaktta den föreskrivna utsläppsnormen”. Detta system medger dessutom att de sammanlagda kostnaderna för anpassningen till denna norm fördelas inom hela gruppen av de berörda 250 företagen. Detta medför en förmån både för de företag vars kostnader för att minska utsläppen är låga, vilka kan få betalt för minskningarna under normen, och för de företag för vilka dessa kostnader är högre, vilka har ett alternativ till de strukturåtgärder som krävs för att iaktta normen.

72. Nederländernas och Tysklands påstående att möjligheten att överlåta utsläppsrätter ska sättas i relation till de strängare mål som föreskrivs för de aktuella företagen när det gäller att minska utsläppen av NOx saknar under dessa förhållanden relevans. I den mån som syftet med detta påstående är att motivera de ovan beskrivna förmånerna i samband med möjligheten att överlåta utsläppsrätter genom hänvisningen till de miljömål som eftersträvas genom den omtvistade åtgärden, ska det avvisas med stöd av domstolens fasta rättspraxis, som åberopats ovan i punkt 63, enligt vilken det i artikel 87.1 EG inte görs åtskillnad mellan orsakerna till eller målen för de statliga ingripandena, vilka i stället bedöms enbart mot bakgrund av resultatet.

73. På samma sätt ska det argument avvisas som den tyska regeringen åberopat och som Nederländernas ombud upprepat vid förhandlingen. Enligt detta argument utgör möjligheten att överlåta utsläppsrätter en ersättning till marknadspris för företagens ansträngningar att minska sina utsläpp av NOx. Såsom nyss anförts ingår kostnaderna för att minska utsläppen, även om de syftar till att minska dessa under den för ett enskilt företag i lag föreskrivna taket, bland kostnaderna som normalt belastar företagets budget och en sådan minskning kan inte anses vara en ”tjänst” för vilken överlåtelsemöjligheten utgör en ersättning till marknadspris. Även om systemet med ersättning som innefattas i det

46 — Jag erinrar härvid om att enligt principen ”förorenaren ska betala” som med stöd av artikel 191 FEUF utgör en av grundvalarna i unionens miljöpolitik, såsom domstolen har tolkat den, är kostnaderna för att avhjälpa skadorna i samband med föroreningen avhängiga verksamhetsutövarens del i ansvaret för att en förorening har uppstått eller riskerat att uppstå (se särskilt dom av den 9 mars 2010 i mål C-378/08, ERG m.fl., REU 2010, s. I-1919, punkt 56). Dessa kostnader ska därför anses vara kostnader som *vanligtvis belastar budgeten* hos de företag vars verksamhet inverkar negativt på miljön och utgör inte extraordinära kostnader för dessa företag.

system för handel med utsläppsrätter som skapats enligt den omtvistade åtgärden kan beaktas vid bedömningen av huruvida det är förenligt med den gemensamma marknaden [47] saknar det dock betydelse när det gäller att beakta huruvida de företag som omfattas av denna ges en förmån som kan utgöra stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

74. Slutligen ska det mot bakgrund av ovanstående tilläggas att, såsom det ovan redan erinrats om, de företag som omfattas av den omtvistade åtgärden inom vissa gränser har möjlighet att överlåta alla utsläppsrätter och inte endast de utsläppsrätter som på grund av den positiva skillnaden mellan genomförda utsläpp och tillåtna utsläpp i slutet av året gjorts tillgängliga. Detta ger företagen den ytterligare förmånen att de kan förfoga över likvida medel genom att sälja utsläppsrätterna innan villkoren uppfylls för den definitiva fördelningen av dem.

2. Huruvida det är möjligt att undgå böter

75. Nederländerna anser att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till ett fel när den i punkt 73 i den överklagade domen påstod att de företag som har släppt ut mer NOx i förhållande till den fastställda utsläppsnormen enligt den omtvistade åtgärden ges en förmån, eftersom de därigenom ges möjligheten att undgå att bli bötfällda genom att köpa utsläppsrätter av de företag som har ett överskott därav.

76. Nederländerna har till stöd för sitt påstående i huvudsak gjort gällande att betalningen av böter inte fritar företagen från att köpa de utsläppsrätter som saknas och följaktligen för dessa företag inte utgör något verkligt alternativ. Det ska genast sägas att detta argument, även om det ska anses syfta till att göra gällande en felaktig rättstillämpning och inte att ifrågasätta de faktiska bedömningarna i den överklagade domen, enligt min mening är verkningslöst. Det gör det nämligen inte möjligt att vederlägga förstainstansrättens slutsats att de företag som har överskridit utsläppsnormen undgår att bli bötfällda om de före årets slut köper de utsläppsrätter som saknas.

77. Det kan å andra sidan inte heller hävdas, såsom Nederländerna underförstått synes göra, att det enligt en sådan slutsats beaktas att det beteende som ger upphov till de sanktionsåtgärder som ska vidtas består i att två villkor som ska anses vara kumulativa inte uppfyllts, det vill säga att den fastställda normen har överskridits och att de utsläppsrätter som saknas inte har köpts. Ett sådant argument är alltför formalistiskt. I förhållande till ett företag som inte omfattas av det system med handel av utsläppsrätter som skapades enligt den omtvistade åtgärden, vilket är skyldigt att iaktta de föreskrivna

47 — Se punkt 3.3 i beslutet.

utsläppsgränserna eller att betala böter [48] har de företag som omfattas av detta system, om de överskrider den fastställda normen, ett alternativ till sanktionsåtgärder. Till skillnad från vad Nederländerna synes påstå är detta ett verkligt alternativ. Dessa företag kan i slutet av varje år besluta om de genast ska köpa de rättigheter som saknas eller betala böterna och köpa dem vid en senare tidpunkt. [49] Företagen kommer att välja den första möjligheten om det i förhållande till värdet av utsläppsrätterna på marknaden är förmånligare för dem att köpa de rättigheter som saknas i stället för att betala böterna. Företagen kommer däremot att välja den andra möjligheten om de anser att värdet av rättigheterna på marknaden kommer att minska i sådan omfattning att det för dem blir förmånligare att uppskjuta köpet trots att det innebär att böterna ska betalas, eller om de anser att de, tack vare de investeringar som gjorts eller som ska göras, för det följande året kan förfoga över utsläppsrätter i sådant övermått att de ersätter de utsläppsrätter som saknas under det löpande året (inbegripet den ytterligare minskning på 25 procent som kommer att föreskrivas för dem).

78. Jag anser således att Nederländernas argument inte gör det möjligt att dra slutsatsen att punkt 73 i den överklagade domen innebär en felaktig rättstillämpning.

3. Slutsatser om den första grunden

79. På grundval av det ovan anförda kan överklagandet enligt min mening inte vinna bifall på den första grunden som avser en felaktig tolkning och tillämpning av begreppet förmån i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

B — *Den andra grunden som avser en felaktig tolkning och tillämpning av begreppet ”finansiering med hjälp av statliga medel” i den mening som avses i artikel 87.1 EG*

80. Nederländerna och Tyskland har genom den andra grunden bestritt slutsatsen i punkterna 75–77 i den överklagade domen, enligt vilken de förmåner som ges enligt den omtvistade åtgärden finansieras med hjälp av statliga medel.

81. Förstainstansrätten fann i den överklagade domen att Nederländerna hade avstått från statliga medel genom att kostnadsfritt

48 — Nederländerna har vid förhandlingen bekräftat att de företag som omfattas av den omtvistade åtgärden till omkring 90 procent är ansvariga för industriutsläppen av NOx och att de företag som ansvarar för resterande 10 procent omfattas av utsläppsgränser förenade med sanktionsåtgärder för det fall att de överskrids.

49 — Se Nederländernas svar på förstainstansrättens skriftliga frågor.

till de berörda företagen ställa utsläppsrätter av NOx till förfogande, i stället för att sälja dem eller att auktionera ut dem och göra det möjligt för de företag som har släppt ut NOx i övermått att undgå att betala böter genom att på marknaden köpa de utsläppsrätter som saknas. Förstainstansrätten grundade sig på domstolens fasta praxis, enligt vilken även statens avstående från att uppbära intäkter, trots att det inte innebär en överföring av statliga medel, kan utgöra stöd. [50] Domstolen har på grundval av denna rättspraxis redan slagit fast att kriteriet finansiering med hjälp av statliga medel kan uppfyllas genom följande omständigheter: en skattebefrielse eller en skattelättnad, [51] ett uppskjutande av beskattning och, på vissa villkor, betalningslättnader avseende sociala avgifter som skönsmässigt beviljas ett företag av det organ som ansvarar för indrivningen av dem, [52] tillhandahållande av varor eller tjänster till förmånliga villkor, [53] ett faktiskt avstående från offentliga fordringar eller en befrielse från skyldighet att betala böter eller andra straffavgifter. [54]

82. Nederländerna har till stöd för sin grund först och främst gjort gällande att de har begränsat sig till att ”skapa ett regelverk för att minska utsläppen av NOx på ett sätt som är förmånligt för de företag som har stora industrianläggningar”. Nederländerna har påpekat att de utsläppsrätter som kan överlåtas skapas direkt av dessa företag och deras värde bestäms av marknaden. Ett sådant system gör det möjligt för företagen att sinsemellan ”utjämna” de i förhållande till den föreskrivna normen överskridande eller underskridande utsläppen. Eftersom syftet med dessa argument är att ifrågasätta huruvida staten kan anses ge de förmåner som följer av att utsläppsrätterna är överlåtbara, hänvisas härvid till punkt 66 och följande punkter ovan, i vilka denna aspekt redan har diskuterats. [55]

83. Nederländerna har dessutom påpekat att det alternativ som förstainstansrätten angav i den överklagade domen, det vill säga att staten säljer eller auktionerar ut rättigheterna att släppa ut NOx har lett till en börda för de företag som redan omfattas av stränga mål att minska dessa utsläpp och är i vart fall oförenligt med det genomförda systemet. Detta argument kan enligt min mening inte vinna framgång. Hänsyn till kravet att bevara systemets sammanhang och dess stimulerande effekt, samt mer allmänt dess miljömål kan visserligen få betydelse vid bedömningen av

50 — Se särskilt dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España (REG 1994, s. I-877), punkt 14, och av den 19 maj 1999 i mål C-6/97, Italien mot kommissionen (REG 1999, s. I-2981), punkt 16.

51 — Se dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-6857), punkterna 26–27, domen i det ovannämnda målet Banco Exterior de España, punkt 14, och domen i det ovannämnda målet C-6/97, Italien mot kommissionen, punkt 16.

52 — Domen i målet DM Transport (ovan fotnot 17).

53 — Dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl. (REG 1996, s. I-3547), punkt 59.

54 — Domen i målet Piaggio (ovan fotnot 17), punkt 41.

55 — Jag vill utöver vad som redan angetts ovan tillägga att domstolen i domen i det ovannämnda målet C-156/98, Tyskland mot kommissionen, punkterna 26–27, fann att sambandet mellan skattelättnaden för att förvärva andelar i vissa företag och den indirekta förmånen för dessa företag inte kunde upphöra enbart på grund av att genomförandet av denna förmån var beroende av att investerarna fattat självständiga beslut.

huruvida den omtvistade åtgärden är förenlig med den inre marknaden men är irrelevanta för att fastställa huruvida de förmåner som de berörda företagen ges enligt denna är finansierade med hjälp av statliga medel. Visserligen utgör å ena sidan det förhållandet att företagen åläggs särskilt stränga mål för att minska utsläppen och å andra sidan det förhållandet att dessa företag tilldelas överlåtbara utsläppsrätter aspekter av ett enda system, men de kan likväl betraktas var för sig vid bedömningen av huruvida detta system omfattar delar som utgör stöd. [56]

84. Enligt min mening är det argument som den tyska regeringen framfört mer hållbart. Denna regering har påpekat att gemenskapsrätten inte innebär att medlemsstaterna åläggs att sälja eller auktionera ut rättigheter för utsläpp av luftföroreningar men att de ges frihet att välja om de ska tilldela dem mot betalning eller kostnadsfritt.

85. Det är, såsom kommissionen har medgett både vid förstainstansrätten och under förhandlingen vid domstolen, sant att det i gemenskapsrätten inte föreskrivs någon sådan skyldighet, eller att medlemsstaterna åläggs att genomföra ett särskilt system för att uppnå de mål att minska utsläppen av NOx som fastställts i direktiv 2001/81. Medlemsstaterna har frihet att anta ett traditionellt system som grundas på föreskrifter om teknik eller fastställande av maximigränser för utsläpp, förenat med sanktionsåtgärder om de överskrids, eller ett regleringsinstrument som grundas på marknadsmekanismen, genom att det skapas ett system för överlåtbara utsläppsrätter, eller också, såsom i fallet med Nederländerna, att kombinera de två möjligheterna. I det fall i vilket de väljer ett system för överlåtbara rättigheter har de friheten att välja mellan att dessa rättigheter tilldelas kostnadsfritt (så kallad grandfathering) eller att de säljs eller auktioneras ut.

86. En sådan frihet utesluter enligt min mening dock inte möjligheten att de åtgärder som syftar till att genomföra den möjlighet som valts innehåller inslag av stöd, på samma sätt som de sätt genom vilka ett skattesystem genomförs kan innebära att stöd beviljas, trots att staterna i avsaknad av särskilda gemenskapsskyldigheter i princip har frihet att besluta huruvida de ska använda skattesystemet eller inte, och inte är skyldiga att generera skatteintäkter i en viss omfattning.

87. I förevarande fall är jag snarare benägen att anse att om en medlemsstat tillåter och på så sätt stimulerar att det skapas en marknad för rättigheter att släppa ut luftföroreningar och sådana rättigheter därigenom ges karaktären av överlåtbara immateriella tillgångar,

56 — Se, i fråga om möjligheten att bedöma de olika aspekterna av en statlig åtgärd separat för att bedöma huruvida den är förenlig med bestämmelserna i fråga om stöd, domstolens dom av den 22 mars 1977 i mål 74/76, Iannelli & Volpi (REG 1977, s. 557; svensk specialutgåva, volym 3, s. 315), punkterna 14–17.

utgör den omständigheten att de sistnämnda, direkt eller indirekt, kostnadsfritt ställs till förfogande för de företag som är verksamma på denna marknad ett ”avstående från statliga medel” efter förebild av den rättspraxis som citerats ovan i punkt 81.

88. De argument som Nederländernas regering och den tyska regeringen har gjort gällande mot en sådan slutsats är enligt min mening inte övertygande.

89. Dessa regeringar har först och främst bestritt att det i förevarande fall är fråga om att staten har tilldelat utsläppsrätter. Dessa rättigheter är nämligen en följd av företagens beteende och av de investeringar som de har gjort för att minska sina utsläpp. Detta argument håller inte vid prövningen av de faktiska omständigheterna, av vilka det framgår att även om staten faktiskt inte tilldelar dessa rättigheter ställer den dem likväl indirekt till förfogande för de företag som deltar i systemet. Det ska härvid erinras om att enligt vad förstainstansrätten slog fast,[57] kan utsläppsrätterna överlåtas när som helst, det vill säga även innan villkoren för att de ska kunna skapas (minskade utsläpp under det föreskrivna taket) har uppfyllts. Det ska dessutom påpekas att, såsom framgår av Nederländernas svar på förstainstansrättens skriftliga frågor, begränsade sig staten, i det skede då systemet för handel med de aktuella rättigheterna började, inte till att tillåta överlåtelse av dessa rättigheter och därvid helt låta marknadsmekanismen fastställa mängden och värdet av de rättigheter som är tillgängliga för handeln. Staten fastställde även utsläppsnormen till en avsiktligt låg nivå som gör att de flesta företag ges möjlighet att förfoga över ett tillräckligt antal krediter för utbyte, och som gör det möjligt att fastställa rättigheternas värde till en för dessa företag förmånlig nivå.

90. Nederländernas regering och den tyska regeringen har dessutom påpekat att de aktuella utsläppsrätterna fråntas sitt värde då de ställs till företagens förfogande och får ett effektivt värde först när de släppts ut på marknaden. En sådan omständighet är enligt min mening inte avgörande. Det som räknas för att kontrollera huruvida staten har avstått från intäkter genom att kostnadsfritt ställa dessa rättigheter till företagens förfogande är huruvida dessa är *lämpliga* för att bli föremål för affärstransaktioner och få ett värde på marknaden. Såsom kommissionen med rätta har påpekat är det, eftersom utsläppsrätterna när som helst kan överlåtas, dessutom konstlat att särskilja det skede då rättigheten ställs till förfogande från det skede då den överlåts.

91. Även den tyska regeringens argument, enligt vilket de företag som i förhållande till det tak som gäller för dem står för mindre

57 — I punkt 71 i den överklagade domen anges att ”varje innehavare av utsläppsrätter hade ett konto i registret över NOx-utsläpp. Innehavaren hade möjlighet att sälja alla rättigheter för de år en norm fastställts, inklusive för framtida år”.

utsläpp av NOx gentemot staten får en rätt att erhålla motsvarande certifikat, en rätt som gör att staten inte har möjlighet att kräva ett pris eller att auktionera ut ett sådant certifikat, fråntas faktiskt sin grund genom den möjlighet som systemet medger att överlåta rättigheter som ännu inte släppts ut.

92. Nederländernas regering och den tyska regeringen har slutligen framfört argument till förmån för sin uppfattning om den förmodade likheten mellan förevarande fall och det fall som var föremål för domen i målet PreussenElektra. [58] Även dessa argument ska enligt min mening helt avvisas. I domen i målet PreussenElektra fann domstolen att en reglering i en medlemsstat enligt vilken privata elförsörjningsföretag åläggs en skyldighet att köpa den el som inom deras försörjningsområde produceras från förnybara energikällor, och detta till minimipriser som överstiger denna els faktiska ekonomiska värde, och enligt vilken den ekonomiska börda som nämnda skyldighet medför fördelas mellan dessa elförsörjningsföretag och de privata nätoperatörerna i föregående distributionsled, inte utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Enligt domstolen var den omständigheten att denna lagstiftning ger de företag som producerar el från förnybara källor en otvivelaktig ekonomisk förmån och att denna förmån var följden av de statliga myndigheternas ingripande, när det inte förelåg någon direkt eller indirekt överföring av statliga medel, inte tillräcklig för att kvalificera den aktuella åtgärden som stöd. [59] Domstolen konstaterade särskilt i punkt 62 att den omständigheten att den ekonomiska börda som skyldigheten att köpa el till minimipriser innebär kan ha en negativ inverkan på de ekonomiska resultaten för de företag som ålagts nämnda skyldighet och på så sätt minska statens skatteintäkter, utgjorde en ”följd [som] är... oskiljaktigt förenad med en sådan reglering och... inte... ett medel för att ge producenterna av el från förnybara energikällor en bestämd förmån som bekostas av staten”. I förevarande fall kan det förhållandet att överlåtbara utsläppsrätter kostnadsfritt ställs till de berörda företagens förfogande och att staten följaktligen avstår från att uppbära motsvarande ersättning emellertid inte anses vara jämförbart med de minskade intäkterna som följer av den (rent potentiella) effekten av en av staten ålagd inköpsskyldighet till fastställda priser. Detta avstående kan i synnerhet inte anses vara ”en del av” varje instrument som avser att reglera utsläppen av luftföroreningar genom ett system för handel med utsläppsrätter. Såsom har framgått har staten när den använder sådana instrument i princip valet mellan att kostnadsfritt tilldela dessa rättigheter, överlåta dem eller auktionera ut dem. I förevarande fall finns det dessutom ett tillräckligt direkt samband mellan den omtvistade åtgärden och statens förlust av intäkter. Detta samband mellan den

58 — Se dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099).

59 — Se särskilt punkterna 59 och 61.

aktuella inköpsskyldigheten och de eventuellt minskade skatteintäkterna saknades däremot i målet PreussenElektra. Omständigheterna i det sistnämnda målet och i det aktuella målet kan således inte jämställas och den lösning som domstolen valt i det förstnämnda målet kan därför inte överföras på det förevarande fallet. [60]

93. Slutligen anser jag inte att det framgår av de omständigheter som framförts av Nederländernas regering och den tyska regeringen att förstainstansrätten skulle ha åsidosatt artikel 87.1 EG, där den i punkterna 75–78 i den överklagade domen dragit slutsatsen att under sådana omständigheter som dem som är aktuella i förevarande fall har Nederländerna genom att indirekt ställa de aktuella utsläppsrätterna till de berörda företagens förfogande kostnadsfritt gett dessa företag en tillgång genom att avstå från att uppbära intäkter som motsvarar dess försäljningspris eller det pris som följer av att den auktionerats ut. Till stöd för en sådan slutsats talar däremot den vidsträckta tolkning av stödbegreppet som domstolen har antagit alltsedan sina först meddelade domar, med hänsyn till betydelsen av målet att skapa en inre marknad på vilken konkurrensvillkoren inte ska snedvridas av medlemsstaternas ensidiga åtgärder. [61] Detta synsätt återspeglas även i rättspraxis avseende villkoret för finansiering med hjälp av statliga medel. Jag erinrar i detta avseende förutom om den rättspraxis som åberopats ovan i punkt 81, som redan omfattas av olika varierande alternativ av ”finansiering genom avstående från statliga intäkter”, om att domstolen vid upprepade tillfällen har slagit fast att artikel 107.1 EG omfattar alla likvida medel som de offentliga myndigheterna faktiskt kan använda för att stödja företag, och att det inte är relevant om dessa medel *permanent ingår bland statens tillgångar eller inte*, såvida de fortlöpande kontrolleras av staten. [62] Det ska dessutom påpekas att det i de fall i vilka domstolen inte har ansett att det föreligger en finansiering med hjälp av statliga medel hänvisades till situationer i vilka ett annat beslut klart skulle ha inneburit att begreppet stöd även ansågs omfatta förmåner som, även om de kunde hänföras till ett statligt ingripande, inte innebar någon direkt eller indirekt överföring av statliga medel [63] och faktiskt

60 — Jag påpekar i förbigående att jag redan i mitt förslag till avgörande i målet Essent – även om det var i ett annat sammanhang – föreslog att domstolens slutsatser i målet PreussenElektra inte borde utsträckas utöver de särskilda faktiska omständigheter som motiverade dem. Se förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i det ovannämnda målet Essent, punkterna 97 och 98.

61 — Se, exempelvis, dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2006, s. I-5977), punkt 31, och av den 11 september 2008 i de förenade målen C-75/05 P och C-80/05 P, Tyskland mot Kronofrance (REG 2008, s. I-6619), punkt 66.

62 — Se dom av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen (REG 2000, s. I-3271), punkt 50, och av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (REG 2002, s. I-4397), punkt 37.

63 — Se, exempelvis, dom av den 17 mars 1993 i de förenade målen C-72/91 och C-73/91, Sloman Neptun (REG 1993, s. I-887; svensk specialutgåva, volym 14, s. 47), av den 7 maj 1998 i de förenade målen C-52/97-C-54/97, Viscido m.fl. (REG 1998, s. I-2629), och domen i målet PreussenElektra (ovan fotnot 58).

undanröja ett av rekvisiten i begreppet stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. [64]

94. Nederländerna har dessutom bestritt förstainstansrättens slutsats att de avstår från offentliga intäkter genom att göra det möjligt för de företag som har släppt ut NOx i övermått att undgå att bli bötfällda genom att på marknaden köpa de utsläppsrätter som saknas. Nederländerna har härvid bekräftat att de aktuella böterna är ytterligare en sanktionsåtgärd jämfört med den åtgärd som består i att tillhandahålla de utsläppsrätter som saknas. Detta argument har redan diskuterats och avvisats ovan i punkterna 76–78, som jag hänvisar till. Nederländernas anmärkning kan således inte godtas.

64 — Jag erinrar härvid om att några tidigare meddelade domar från domstolen och förslag till avgöranden från några generaladvokater tjänade som underlag för en diskussion om det förhållandet att det är ofrånkomligt med en statlig finansiering för att en statlig åtgärd ska kvalificeras som stöd. Se dom av den 30 januari 1985 i mål 290/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 439; svensk specialutgåva, volym 8, s. 39), punkterna 13 och 14, av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, Kwekerij van der Kooy m.fl. mot kommissionen (REG 1988, s. 219; svensk specialutgåva, volym 9, s. 305), punkterna 32–38, och av den 7 juni 1988 i mål 57/86, Grekland mot kommissionen (REG 1988, s. 2855), punkt 12. Se vidare förslag till avgöranden av generaladvokaterna VerLoren van Themaat i de förenade målen 213/81-215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl. (dom av den 13 oktober 1982, REG 1982, s. 3583), Slynn i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, och Darmon i det ovannämnda målet Sloman Neptun. Från och med domen i det sistnämnda målet har domstolen dock vid upprepade tillfällen och utan att tveka slagit fast principen enligt vilken ett stöd ska vara direkt eller indirekt finansierat med hjälp av statliga medel. I det ovannämnda målet PreussenElektra hade kommissionen öppet anmodat domstolen att ompröva sin rättspraxis i detta avseende, särskilt mot bakgrund av den senare utvecklingen i gemenskapens rättsordning. Domstolen efterkom dock inte denna anmodan.

C — *Slutsatser om anslutningsöverklagandena*

95. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska ogilla Nederländernas och Tysklands anslutningsöverklaganden.

VI — Talan i första instans

96. Enligt artikel 61 första stycket i domstolens stadga kan domstolen om tribunalens avgörande upphävs själv avgöra ärendet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa ärendet till tribunalen för avgörande.

97. I förevarande fall är det inte nödvändigt att återförvisa ärendet till tribunalen. Såsom både kommissionen och den nederländska och den tyska regeringen har anfört är ärendet färdigt för avgörande och domstolen kan därmed avgöra ärendet. I detta syfte finns det anledning att undersöka den andra grunden för överklagande som Nederländerna har åberopat till stöd för sin talan. Den avser en bristande motivering av beslutet som förstainstansrätten inte har tagit ställning till.

A — *Den andra grunden för överklagande som avser ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten*

98. Nederländerna har gjort gällande att beslutet, i den del i vilket kommissionen har dragit slutsatsen att det föreligger ett statligt stöd, inte är motiverat på ett vederbörligt sätt.

99. Nederländerna har för det första hävdat att kommissionen i beslutet felaktigt har påpekat att ett företag som inte iakttar det föreskrivna utsläppstaket och därför blir bötfällt i vart fall erhåller utsläppskrediter. Detta argument ska avvisas i den mån som det syftar till att göra gällande ett faktiskt fel i beslutet i stället för en bristande motivering av detta. På motsvarande sätt ska det jämförbara argument som Nederländerna har åberopat i punkt 65 i ansökan avvisas.

100. Nederländerna har för det andra påpekat vissa tvetydigheter och motsägelser i beslutets motivering. Först och främst har kommissionen motsagt sig själv när den påpekade dels att utsläppsrätterna tilldelas kostnadsfritt till företagen, dels att företagens minskade utsläpp av NOx under taket utgör en *ersättning*. Det är härvid tillräckligt att påpeka att de två påståendena förekommer i den del av beslutet som avser prövningen av huruvida det föreligger ett stöd respektive i den del som avser bedömningen av huruvida stödet är förenligt med den inre marknaden. Kommissionen ansåg vid denna bedömning att den omständigheten att företagen lockades till att minska sina utsläpp utöver den gräns som de tillåtits göra utgör en ersättning ”enligt andan i gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön” för den förmån som beviljats dessa företag enligt den omtvistade åtgärden (punkt 3.3 i beslutet). En sådan slutsats motsägs på intet vis av påståendet att utsläppsrätterna av NOx ges kostnadsfritt till de företag som omfattas av denna åtgärd.

101. Enligt klagandemedlemsstaten är kommissionens resonemang dessutom oriktigt där det i slutsatserna (punkt 4 i beslutet) påpekas att miljöresultatet av ett system med ”dynamic cap” som det system som Nederländerna har antagit är ovisst och medför stora administrativa kostnader och av dessa skäl inte stöds av kommissionen. Jag ska härvid endast påpeka att det framgår klart av samtliga överväganden i beslutet att ett sådant påstående som ska anses vara ett slags *obiter dictum* i systematiken av denna rättsakts motivering, inte har haft någon betydelse när den omtvistade åtgärden kvalificerades som stöd, eller har inverkat på prövningen av huruvida den är förenlig med den inre marknaden. Nederländernas argument kan därför inte godtas.

102. Nederländerna har för det tredje påpekat att kommissionen har underlåtit att på ett

lämpligt sätt motivera slutsatsen att den omtvistade åtgärden inverkar på handeln mellan medlemsstater och snedvrider konkurrensen. Även detta argument ska enligt min mening avvisas. I näst sista stycket i punkt 3.2 i beslutet ges en, om än kortfattad, tillräcklig motivering för skälen till att kommissionen anser att den omtvistade åtgärden ger en konkurrensfördel till de företag som omfattas av den och som kan inverka på handeln mellan medlemsstaterna.

103. Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet enligt min mening inte vinna bifall på den andra grunden för talan. Härav följer att talan i första instans ska ogillas i sin helhet.

VII — Förslag till avgörande

104. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

— bifalla huvudöverklagandet och upphäva förstainstansrättens dom av den 10 april 2008 i mål T-233/04, Nederländerna mot kommissionen,

— ogilla anslutningsöverklagandena, och

— avgöra tvisten genom att ogilla talan vid förstainstansrätten.

105. När överklagandet ogillas eller när överklagandet bifalls och domstolen avkunnar slutlig dom, ska den enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna besluta om rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har yrkat att Konungariket Nederländerna ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna för huvudöverklagandet och rättegångskostnaderna för förfarandet vid förstainstansrätten föreslår jag att domstolen ska besluta att Konungariket Nederländerna ska bära dessa kostnader och slå fast att Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Frankrike, Republiken Slovenien och Förenade kungariket ska bära sina kostnader.