FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. POIARES MADURO
fremsat den 21. maj 2008 [1]

1. Det spørgsmål, der er genstand for denne præjudicielle sag, drejer sig om, hvorvidt den ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, der er indført ved et fællesskabsdirektiv, er forenelig med lighedsprincippet, og kræver, at der foretages en vanskelig vurdering af de faktiske omstændigheder. Det kan virke paradoksalt, at et sådant teknisk spørgsmål udspringer af en dom, der har stor betydning for forholdet mellem den nationale forfatningsret og fællesskabsretten. Næsten tyve år efter, at den samme forelæggende ret afsagde dom i Nicolo-sagen [2], der fastslog, at fællesskabsretten har forrang for national lovgivning, har Assemblée du contentieux du Conseil d'État (den øverste franske forfatningsdomstols juridiske afdeling) den 8. februar 2007 afsagt en dom, der i principielle vendinger præciserer forholdet mellem den franske forfatning og fællesskabsretten og de nærmere regler for samarbejdet mellem Domstolen og den franske forvaltningsdomstol i forbindelse med klager til denne over, at et fællesskabsdirektiv strider mod forfatningen. Det tilsyneladende paradoks skyldes altså, som det vil fremgå af det følgende, at direktivets gyldighed i forhold til det fællesskabsretlige lighedsprincip anfægtes i forbindelse med en tvist om dette princips forfatningsmæssighed. I denne sag får Domstolen således også anledning til at præcisere, hvilket forhold der er mellem de nationale forfatninger og fællesskabsretten. Domstolen vil dermed kunne bortvejre enhver frygt for en eventuel konflikt, der — som det vil fremgå af det følgende — overhovedet ikke er begrundet, eftersom de nationale retsordener og Fællesskabets retsorden hviler på et fælles forfatningsgrundlag.

2. Det præjudicielle spørgsmål, som drejer sig om lovligheden af en retsakt, der udgør en af hjørnestenene i Fællesskabets miljøbeskyttelsespolitik, er heller ikke irrelevant. Det indebærer en afgørelse fra Domstolen om det selvsagt dialektiske forhold mellem praksis for forsøgsordninger og retlige krav om ligebehandling.

I — Retsforskrifter

3. Den retsakt, der anfægtes i denne sag, er udstedt som led i Fællesskabets og medlemsstaternes opfyldelse af de forpligtelser, de har indgået i forbindelse med Kyoto-protokollen til De Forenede Nationers rammekonvention om klimaændringer (herefter »Kyoto-protokollen«). Denne protokol, der blev vedtaget den 11. december 1997, har til formål at

1 — Originalsprog: fransk.
2 — Jf. Conseil d'État, Ass., 20.10.1989, Lebon, s. 190.

reducere de samlede emissioner af drivhusgasser med mindst 5% i forhold til 1990-niveauet i perioden 2008-2012. I denne protokol, som blev godkendt af Fællesskabet ved beslutning af 25. april 2002, forpligter Det Europæiske Fællesskab og dets medlemsstater sig til at reducere deres emissioner af drivhusgasser med 8% i forhold til 1990-niveauet i perioden fra 2008 til 2012. Fællesskabet og dets medlemsstater har besluttet, at de vil opfylde disse forpligtelser i fællesskab.

4. Fællesskabet og dets medlemsstater besluttede sig til at opfylde de indgåede forpligtelser, allerede før Kyoto-protokollen trådte i kraft den 16. februar 2005. Den 13. oktober 2003 udstedte Europa-Parlamentet og Rådet derfor direktiv 2003/87/EF [3] i henhold til artikel 175, stk. 1, EF. Dette direktiv trådte i kraft den 25. oktober 2003 og skulle gennemføres inden den 1. januar 2005.

5. Ved direktiv 2003/87 fastlægges der en ordning for handel med kvoter for drivhusgasser med henblik på at fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde. I den første fase fra 2005 til 2007 omfatter direktivet ifølge artikel 4 kun én af de drivhusgasser, der er anført i bilag II, nemlig kuldioxid (CO_2), og kun emissionerne fra de aktiviteter, der er opført i bilag I. I den første fase gælder den indførte ordning for handel med kvoter således kun for energirelaterede aktiviteter, produktion og forarbejdning af ferrometaller (støbejern og stål), mineralindustrien (cement, glas og keramiske produkter) og fremstilling af papirmasse, papir og pap. Ifølge artikel 30 i direktiv 2003/87 kan det dog senere besluttes at ændre bilag I med henblik på at inddrage andre aktiviteter og drivhusgasemissioner deri.

6. I henhold til artikel 4 i direktiv 2003/87 skal alle anlæg, der udfører de i direktivets bilag I opførte aktiviteter, hvorved der udledes CO_2, være i besiddelse af en tilladelse udstedt af en kompetent myndighed, og denne tilladelse udstedes kun, hvis driftslederen er i stand til at overvåge og rapportere CO_2 -emissioner. De enkelte medlemsstater tildeler den samlede mængde kvoter til driftslederne af de anlæg, der er omhandlet i direktivets bilag I, på grundlag af en national tildelingsplan. I denne plan angiver medlemsstaten for den første treårsperiode og de efterfølgende femårsperioder ikke bare den samlede mængde kvoter, som den vil tildele for den pågældende periode, men også efter hvilke kriterier den vil tildele dem.

7. Det bestemmes i direktivets artikel 10, at medlemsstaterne i den første fase skal tildele mindst 95% af kvoterne gratis og i den anden

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13.10.2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF, EUT L 275, s. 32.

periode mindst 90%. Endelig kan kvoterne i henhold til artikel 12 overdrages mellem personer i Fællesskabet og mellem personer i Fællesskabet og personer i tredjelande.

8. Direktiv 2003/87 blev gennemført i fransk ret ved ordonnance du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (anordning af 15.4.2004 om oprettelse af en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner), og gennemførelsesbestemmelserne hertil blev fastsat i et dekret fra Conseil d'État. Dekret nr. 2004-832 af 19. august 2004 blev vedtaget på dette grundlag.

II — Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

9. Arcelor og en række andre jern- og stålvirksomheder anmodede den 12. juli 2005 republikkens præsident, premierministeren, ministeren for økologi og bæredygtig udvikling og industriministeren om at ophæve artikel 1 i dekret nr. 2004-832 af 19. august 2004, for så vidt som denne bestemmelse indebærer, at dekretet finder anvendelse på jern- og stålindustriens anlæg. Da sagsøgernes anmodning ikke blev taget til følge, anlagde de den 15. november 2005 sag ved Conseil d'État på grund af magtoverskridelse i forbindelse med de stiltiende afslag på at ophæve den pågældende bestemmelse med påstand om, at de kompetente administrative myndigheder pålægges at ophæve den. De har til støtte for deres påstande gjort gældende, at en række forfatningsmæssige principper, heriblandt ejendomsretten, erhvervsfriheden og lighedsprincippet, er blevet tilsidesat.

10. Conseil d'État har i forelæggelsesdommen bemærket, at artikel 1 i det omtvistede dekret, hvorefter aktiviteterne i jern- og stålindustrien er omfattet af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner, blot gengiver indholdet af direktiv 2003/87. I bilag I til dette direktiv, der indeholder en liste over de aktiviteter, direktivet finder anvendelse på, henvises der under udledninger af kuldioxid bl.a. til aktiviteter i forbindelse med »produktion og forarbejdning af ferrometaller«, dvs. »[a]nlæg til ristning eller sintring af malm (herunder svovlholdigt malm)« og »[a]nlæg til produktion af støbejern eller stål (første eller anden smeltning) med dertil hørende strengstøbning og med en kapacitet på mere end 2,5 tons/time«. Artikel 1 i dekret af 19. august 2004 bestemmer ligeledes, at »[n]ærværende dekret finder anvendelse på miljøbeskyttelsesanlæg, som fremstiller eller forarbejder jernholdige metaller, som fremstiller energi, mineralske produkter, papir eller papirmasse, og som opfylder de kriterier, der er fastsat i nærværende dekrets bilag vedrørende udledning af kuldioxid i atmosfæren«. Det fremgår også af punkt II-A i dekretets bilag, at de anlæg, der er omfattet, fordi de fremstiller eller forarbejder jernholdige metaller, er »[a]nlæg til ristning eller sintring af malm, herunder svovlholdigt malm« og »[a]nlæg til produktion af støbejern eller stål (første eller anden smeltning) med dertil hørende strengstøbning og med en kapacitet på mere end 2,5 tons/time«. Som Conseil d'État med rette har bemærket, var disse bestemmelser foreskrevet i direktivet,

som udelukker, at en medlemsstat kan undtage de i bilag I omhandlede aktiviteter fra anvendelsesområdet for ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner.

11. Hvis der rejses tvivl om dekretets forfatningsmæssighed, svarer det således indirekte til at gøre gældende, at selve direktivet ikke er foreneligt med den franske forfatning. Hertil har Conseil d'État indledningsvis bemærket, at forfatningen efter national ret har forrang. Forfatningsgiver har dog tilladt, at Den Franske Republik i henhold til artikel 88-1 i den franske forfatning af 4. oktober 1958 deltager i opbygningen af Europa, hvilket indebærer »en forfatningsmæssig forpligtelse til at gennemføre direktiver«, som der i princippet ikke må lægges hindringer i vejen for. Det følger heraf, at Conseil d'État kun kan efterprøve, om et direktiv er i overensstemmelse med principper og regler, der er fastsat i forfatningen, hvis der ikke sikres en tilsvarende beskyttelse, dvs. hvis der ikke findes en regel eller et almindeligt fællesskabsretligt princip, hvis anvendelse sikrer den faktiske overholdelse af denne regel eller det påberåbte forfatningsmæssige princip, når der henses til reglens eller princippets art og rækkevidde, således som dette hidtidigt er blevet fortolket af Fællesskabets retsinstanser. Er der derimod tale om en tilsvarende beskyttelse, »overfører« [4] den nationale ret uoverensstemmelsen mellem fællesskabsretsakten og den nationale forfatningsbestemmelse til fællesskabsregi. Anbringendet om tilsidesættelse af forfatningsmæssige regler eller principper omkvalificeres, så det ikke er direktivets forfatningsmæssighed, der bestrides, men dets gyldighed i forhold til fællesskabsretten, og vurderingen af, om det pågældende anbringende er berettiget, overlades i vanskelige tilfælde til Domstolen i overensstemmelse med dommen i Foto-Frost-sagen [5].

12. Conseil d'État har ved hjælp af denne metode konstateret, at ejendomsretten og erhvervsfriheden sikres i samme omfang i Fællesskabets retsorden, og fastslået, at det anfægtede direktiv ikke kan anses for at medføre en tilsidesættelse heraf. Hvad angår klagepunktet om, at der er sket en tilsidesættelse af det i forfatningen indeholdte lighedsprincip, fordi forskellige situationer er blevet behandlet ens, mener den franske forvaltningsdomstol ikke, at det kan tiltrædes, eftersom det forfatningsmæssige lighedsprincip til forskel fra det fællesskabsretlige lighedsprincip ikke kræver, at forskellige situationer behandles forskelligt [6].

13. Tilbage er anbringendet om, at det forfatningsmæssige lighedsprincip tilsidesættes, fordi ensartede situationer behandles forskelligt. Hertil har Conseil d'État bemærket, at der

4 — Som regeringskommissær Matthias Guyomar så rammende har udtrykt det i sit forslag til afgørelse i denne sag, RFDA, 2007, s. 384, på s. 394.

5 — Dom af 22.10.1987, sag 314/85, Sml. s. 4199.

6 — Jf. i denne retning Conseil d'État, Ass., 28.3.1997, Société Baxter, Lebon s. 114, og Conseil d'État, Sect., 19.3.2007, Le Gac, stævning nr. 300467 m.fl.

findes en almindelig fællesskabsretlig grundsætning, som i overensstemmelse med Domstolens praksis »sikrer […] den faktiske overholdelse af det omhandlede forfatningsmæssige princip«. Og det er meget vanskeligt at afgøre, om direktivet af 13. oktober 2003 er gyldigt i forhold til denne fællesskabsretlige grundsætning. Når den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt direktivet er gyldigt, skyldes det følgende forhold: Plast- og aluminiumsindustrien udleder drivhusgasser, der er identiske med de gasser, som direktivet af 13. oktober 2003 har til formål at nedsætte udledningen af, og befinder sig dermed i samme situation som jern- og stålindustrien, og den konkurrerer med jern- og stålindustrien, fordi den fremstiller materialer, der er delvis substituerbare med de materialer, som fremstilles af jern- og stålindustrien. Plast- og aluminiumsindustrien behandles imidlertid anderledes, fordi den ikke som sådan er omfattet af ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner. Det er uklart, om den pågældende forskelsbehandling er objektivt begrundet, selv om beslutningen om ikke umiddelbart at lade plast- og aluminiumsindustrien være omfattet af ordningen er blevet truffet under hensyntagen til denne industris forholdsmæssige andel af den samlede udledning af drivhusgasser og nødvendigheden af at sikre, at den samlede foranstaltning indføres gradvist.

14. Conseil d'État har derfor fundet det nødvendigt at spørge Domstolen om, hvorvidt direktivet af 13. oktober 2003 er gyldigt under hensyn til lighedsprincippet, for så vidt som direktivet indebærer, at ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner finder anvendelse på jern- og stålindustriens anlæg, men ikke på plast- og aluminiumsindustrien.

III — Bedømmelse

15. Tilsyneladende har Conseil d'État, som skal afgøre, om direktivet af 13. oktober 2003 er foreneligt med den franske forfatning, fået den umulige opgave at skulle forene det uforenelige: Hvorledes beskytter man forfatningen i den nationale retsorden uden at negligere det grundlæggende krav om fællesskabsrettens forrang? Hensynet til både fællesskabsrettens og forfatningens retlige suverænitet er det sande udtryk for den retlige pluralisme, der kendetegner den europæiske integrationsproces. Det foreliggende præjudicielle spørgsmål udspringer af den løsning, den forelæggende ret er nået frem til. Denne løsning går på ingen måde ud over fællesskabsrettens ensartede anvendelse, men har foranlediget den forelæggende ret til at anmode Domstolen om at træffe en præjudiciel afgørelse for at sikre, at Fællesskabets retsakter hviler på de værdier og principper, der også anerkendes i den nationale forfatning. Heri er der intet overraskende, eftersom Unionen selv, som det fremgår af artikel 6, stk. 1, EU, bygger på forfatningsmæssige principper, som medlemsstaterne har til fælles. Conseil d'État anmoder i virkeligheden ikke Domstolen om at efterprøve, om en fællesskabsretsakt er forenelig med visse nationale forfatningsmæssige værdier — hvilket den i øvrigt ikke kan gøre — men at kontrollere, om den er lovlig set i forhold til de tilsvarende europæiske forfatningsmæssige værdier. Herved løses det problem, der umiddelbart forekom uløseligt. Den Europæiske Union og de nationale retssystemer bygger på de samme grundlæggende retlige værdier. Hvor de nationale domstole skal

sikre, at disse værdier respekteres inden for anvendelsesområdet for deres forfatninger, har Domstolen pligt til at gøre det samme inden for Fællesskabets retsorden.

16. Artikel 6 EU bestemmer, at de nationale forfatningsmæssige værdier skal respekteres. Den angiver også, hvorledes man i praksis kan forhindre en modstrid med disse, især ved at forankre Den Europæiske Unions forfatningsgrundlag i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige principper. Medlemsstaterne har ved denne bestemmelse sikret sig, at fællesskabsretten ikke truer de grundlæggende værdier i deres forfatninger. Samtidig har de dog overladt Domstolen at værne om disse værdier inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde. Hvis Conseil d'État antager, at de grundlæggende værdier i den franske forfatning er de samme som i Fællesskabets retsorden, handler den således korrekt. Det må dog understreges, at denne strukturelle kongruens kun kan garanteres på det systemiske plan og kun på fællesskabsniveau og ved hjælp af de mekanismer, der er fastlagt i traktaten. Det er dette systemiske sammenfald, der henvises til i artikel 6 EU, og som sikrer, at de nationale forfatninger ikke tilsidesættes, selv om de ikke længere kan danne grundlag for prøvelse af fællesskabsretsakters lovlighed. I modsat fald ville Fællesskabets retsakter kunne fraviges i nogle medlemsstater og ikke i andre, fordi der er stor forskel på indholdet af de nationale forfatninger og på de instrumenter, der skal beskytte dem. Dette ville stride mod principperne i artikel 6 EU og navnlig mod opfattelsen af Fællesskabet som et retsfællesskab. Hvis det med andre ord var muligt at anvende fællesskabsregler på en selektiv og diskriminerende måde inden for Den Europæiske Union under påberåbelse af de nationale forfatninger, ville det paradoksalt nok betyde, at Fællesskabets retsorden ikke var i overensstemmelse med medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Derfor fastslog Domstolen i Internationale Handelsgesellschaft-sagen, at »en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat ikke [påvirkes] af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som de er udformet i statens forfatning, eller grundsætningerne i en national forfatningsstruktur« [7]. Fællesskabsrettens forrang udgør således et eksistentielt krav i et retsfællesskabs retsorden.

17. Artikel 6 EU præciserer blot, hvad der ligger i dette eksistentielle krav, nemlig at fællesskabsretsakters overensstemmelse med medlemsstaternes forfatningsmæssige værdier og principper kun kan vurderes ud fra fællesskabsretten, og at vurderingen i det væsentlige er begrænset til de grundlæggende værdier, der indgår i deres fælles forfatningsmæssige traditioner. Da medlemsstaternes forfatningsmæssige værdier er integreret i fællesskabsretten, må reglen om, at de nationale forfatninger har forrang, modificeres for at opfylde det eksistentielle krav om, at fællesskabsretten har forrang inden for sit anvendelsesområde. Dette betyder ikke, at der ikke er behov for de nationale retsinstansers

7 — Dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. 1970, s. 235, org.ref.: Rec. s. 1125, præmis 3.

fortolkning af almindelige principper og grundlæggende rettigheder i fællesskabsretten. Det følger tværtimod af Unionens forfatningsmæssige værdier, der er forfatningsmæssige værdier, som medlemsstaterne har til fælles, at Domstolen skal præcisere og udvikle dem i stadig dialog med de nationale domstole og navnlig med de domstole, der sørger for den officielle fortolkning af de nationale forfatninger. Denne dialog sker via en præjudiciel forelæggelse, og det er i denne sammenhæng, det foreliggende spørgsmål skal ses.

18. Som det fremgår af disse indledende bemærkninger, anmodes Domstolen om at besvare to spørgsmål i denne præjudicielle sag. Det første spørgsmål handler om, hvilke aspekter Domstolen kan inddrage i sin kontrol af det anfægtede direktivs gyldighed. Dette spørgsmål vedrører gyldighedskontrollens omfang. Det andet spørgsmål svarer til det forelagte præjudicielle spørgsmål. Dette spørgsmål drejer sig om, hvorvidt det anfægtede direktiv er foreneligt med lighedsprincippet.

A — *Gyldighedskontrollens omfang*

19. Det præjudicielle spørgsmål om gyldigheden af direktiv 2003/87, som den forelæggende ret har stillet, vedrører kun dette direktivs overensstemmelse med lighedsprincippet, »for så vidt som direktivet indebærer, at ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner finder anvendelse på jern- og stålindustriens anlæg, men ikke på plast- og aluminiumsindustrien«. Sagsøgerne i hovedsagen har dog også anmodet Domstolen om at efterprøve direktivets gyldighed under hensyn til andre ulovlighedsanbringender, som de for hovedpartens vedkommende i det væsentlige allerede fremførte i forbindelse med den nationale retssag. Disse anbringender vedrører tilsidesættelse af lighedsprincippet, for så vidt som direktivet også resulterer i, at forskellige situationer behandles ens, og krænkelse af etableringsfriheden, ejendomsretten, retten til fri erhvervsudøvelse og proportionalitets- og retssikkerhedsprincippet.

20. Kan disse anbringender, der er fremført af sagsøgerne i hovedsagen, antages til realitetsbehandling? Hvilke begrænsninger er der for Domstolens lovlighedskontrol, når den skal tage stilling til et præjudicielt spørgsmål om en retsakts gyldighed?

21. Domstolen kan som hovedregel kun behandle det spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse. Parterne må ikke

ændre spørgsmålets indhold [8], og Domstolen må ikke imødekomme deres begæring herom [9]. Det hænger sammen med, at artikel 234 EF indfører et direkte samarbejde mellem Domstolen og de nationale retsinstanser inden for rammerne af en procedure, som ikke har karakter af tvistemål, og hvor parterne ikke kan gribe ind i sagsbehandlingen, under hvilken de alene opfordres til at udtale sig [10]. Det retslige samarbejde, der herved indføres, er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, således at det udelukkende tilkommer den ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen [11]. Ud over disse materielle årsager, der vedrører kernen i den præjudicielle sag, er der en anden formel årsag, nemlig at enhver ændring af de præjudicielle spørgsmåls indhold vil påvirke Domstolens forpligtelse til at give medlemsstaternes regeringer samt andre berørte parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 23 i EF-statutten for Domstolen (tidligere artikel 20), når henses til, at det i henhold til denne bestemmelse kun er forelæggelsesbeslutningerne, der meddeles de pågældende parter [12].

22. Det er dog muligt at udvise en vis fleksibilitet og samtidig respektere den nationale rets kompetence til at udstikke rammerne for den præjudicielle undersøgelse. Hvis et præjudicielt spørgsmål, der vedrører gyldigheden af en retsakt, er formuleret i generelle vendinger, dvs. hvis ugyldighedsgrundene ikke opregnes udtømmende heri, går Domstolen således ud fra, at den kan foretage en meget omfattende gyldighedskontrol [13]. Herudover forholder Domstolen sig undertiden meget frit til spørgsmålenes ordlyd og tøver i givet fald ikke med at omformulere dem. Den kan ligefrem vælge at ændre et fortolkningsspørgsmål til et gyldighedsspørgsmål [14]. Den måde, en fællesskabsbestemmelse fortolkes på, kan desuden foranledige Domstolen til at undersøge, om den er gyldig [15], og eventuelt til at kende den ugyldig [16].

23. Når ugyldighedsgrundene fremgår af det præjudicielle spørgsmål, begrænser Domstolen imidlertid, medmindre der er tale om et anbringende vedrørende grundlæggende retsprincipper, som den har taget under påkendelse af egen drift [17], sin efterprøvelse til de nævnte grunde og ser bort fra anbringender, som parterne i hovedsagen har

8 — Jf. dom af 9.12.1965, sag 44/65, Singer, Sml. 1965-1968, s. 137, på s. 139, org.ref.: Rec. s. 1191, på s. 1198, og af 17.9.1998, sag C-412/96, Kainuun Liikenne og Pohjolan Liikenne, Sml. I, s. 5141, præmis 23.

9 — Jf. dom af 12.2.2004, sag C-236/02, Slob, Sml. I, s. 1861, præmis 29.

10 — Jf. bl.a. dom af 6.7.2000, sag C-402/98, ATB m.fl., Sml. I, s. 5501, præmis 29.

11 — Jf. senest også dom af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 18, og af 15.4.2008, sag C-390/06, Nuova Agricast, Sml. I, s. 2577, præmis 43.

12 — Jf. bl.a. dom af 30.1.1997, sag C-178/95, Wiljo, Sml. I, s. 585, præmis 30, og af 20.3.1997, sag C-352/95, Phytheron International, Sml. I, s. 1729, præmis 14.

13 — Jf. bl.a. dom af 30.11.1978, sag 87/78, Welding, Sml. s. 2457, af 7.7.1981, sag 158/80, Rewe-Handelsgesellschaft Nord og Rewe-Markt Steffen, Sml. s. 1805, og af 17.7.1997, sag C-183/95, Affish, Sml. I, s. 4315.

14 — Jf. bl.a. dom af 1.12.1965, sag 16/65, Schwarze, Sml. 1965-1968, s. 131, org.ref.: Rec. s. 1081, på s. 1094 og 1095, og af 15.10.1980, sag 145/79, Roquette Frères, Sml. s. 2917, præmis 6 og 7.

15 — Jf. dom af 27.9.1988, sag 313/86, Lenoir, Sml. s. 5391, og af 6.4.2000, sag C-383/98, Polo/Lauren, Sml. I, s. 2519.

16 — Jf. dom af 14.6.1990, sag C-37/89, Weiser, Sml. I, s. 2395, og af 7.9.1999, sag C-61/98, De Haan, Sml. I, s. 5003.

17 — Jf. bl.a. dom af 18.2.1964, forenede sager 73/63 og 74/63, Rotterdam og Puttershoek, Sml. 1954-1964, s. 455, org.ref.: Rec. s. 1, på s. 28.

gjort gældende, men som den forelæggende ret ikke har angivet [18]. Det er et spørgsmål om tillid til den nationale ret som domstol i Fællesskabet og om respekt for den rolle, den spiller i forbindelse hermed, og hvoraf det fremgår, at Domstolen ikke kan efterprøve en national rets bedømmelse af en fællesskabsretsakts lovlighed, hvis den ikke er til fare for fællesskabsrettens ensartede anvendelse [19].

24. Domstolen skal derfor ikke tage stilling til de begrundelser for, at direktiv 2003/87 er ugyldigt, som sagsøgerne i hovedsagen har fremført i deres indlæg, og som vedrører tilsidesættelsen af andre principper end lighedsprincippet. Sagsøgernes argument om, at der verserer en annullationssag for Retten til prøvelse af det anfægtede direktiv, hvorunder der er fremført mere omfattende anbringender end den ugyldighedsgrund, Conseil d'État henviser til, ændrer intet herved. Hvis man således antager, at Domstolens og Rettens prøvelse er af samme omfang, går det ud over den autonomi, der kendetegner de to former for søgsmål, dvs. annullationssøgsmål og præjudicielle søgsmål, der er fastsat med hver sit formål.

25. Er det alligevel muligt for Domstolen også at undersøge den påstand om, at lighedsprincippet tilsidesættes, fordi forskellige situationer behandles ens, som sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende både over for Domstolen og over for den forelæggende ret? Den fortolkning af det fællesskabsretlige lighedsprincip, der er foretaget i Domstolens praksis, forbyder ikke alene, at ensartede forhold behandles forskelligt, men også, at forskellige forhold behandles ens [20]. Problemet er imidlertid, at sagsøgerne i hovedsagen ikke baserede klagepunktet om, at forskellige situationer behandles ens, på det fællesskabsretlige lighedsprincip. De påberåbte sig lighedsprincippet i den franske forfatningsret og kritiserede således direktivet for at være i strid med den nationale forfatning. Det franske lighedsprincip er imidlertid ikke til hinder for, at forskellige situationer behandles ens, og Conseil d'État afviste derfor dette anbringende uden at tage stilling til dets rigtighed. Sagsøgerne henholdt sig med andre ord til lighedsprincippet i den nationale ret, hvis rækkevidde er mere begrænset, og deres argumentation bevirkede derfor ikke, at den forelæggende ret skulle træffe afgørelse om den manglende overensstemmelse mellem direktivet og den nationale forfatningsret.

18 — Domstolen afviste navnlig i Ordre des barreaux francophones et germanophone-dommen, præmis 17-19, og i Nuova Agricast-dommen, præmis 42-44, kategorisk at efterprøve ugyldighedsgrunde, som parterne i hovedsagen havde fremført, men som den forelæggende ret ikke havde nævnt.

19 — Det glemmes ofte, at de nationale retsinstanser ifølge Foto-Frost-dommen (nævnt ovenfor) er beføjede til at behandle spørgsmålet om fællesskabsretsakters gyldighed, og at det kun er kompetencen til at kende disse retsakter ugyldige, der er forbeholdt Domstolen.

20 — Jf. senest dom af 23.10.2007, sag C-273/04, Polen mod Rådet, Sml. I, s. 8925, præmis 86.

Conseil d'Etat var derfor ikke nødt til at overføre den pågældende uoverensstemmelse til fællesskabsregi ved at omkvalificere anbringendet om direktivets forfatningsmæssighed til et anbringende om tilsidesættelse af det fællesskabsretlige lighedsprincip og ved at forelægge sagen for Domstolen for ikke at skulle efterprøve, om direktivet var foreneligt med den franske forfatning, hvilket kunne have gjort det vanskeligt at anvende fællesskabsretten.

26. Anbringendet om, at forskellige situationer behandles ens, ville utvivlsomt blive vurderet anderledes, hvis sagsøgerne havde påberåbt sig det fællesskabsretlige lighedsprincip. Den forelæggende ret ville i så fald have undersøgt, om dette anbringende var berettiget, og hvis den var i tvivl om direktivets gyldighed, ville den have forelagt Domstolen spørgsmålet. Hvis Domstolen alligevel indvilger i at undersøge dette aspekt af lighedsprincippet, vil den derfor kunne efterlade et uheldigt indtryk af at ville rette op på en fejlagtig søgsmålsstrategi.

27. Hvis Domstolen omvendt vælger ikke at udtale sig om dette anbringende, vil det i realiteten svare til at begrænse det fællesskabsretlige lighedsprincips rækkevidde, således at det svarer til rækkevidden af det tilsvarende princip i fransk lovgivning. Dette ville ikke være foreneligt med fællesskabsrettens autonomi. Jeg mener derfor, at Domstolen også bør behandle klagepunktet om, at forskellige situationer behandles ens. Eftersom gyldighedskontrollen i så fald begrænses til en efterprøvelse af, om det princip, der er årsag til den forelæggende rets usikkerhed og til den præjudicielle forelæggelse, er overholdt, kan det desuden, uden at man i for høj grad inddrager de løsninger, der findes på området, hævdes, at Domstolens undersøgelse er »omhandlet i det præjudicielle spørgsmål«, som den har fået forelagt [21].

B — *Gyldigheden af direktiv 2003/87 under hensyn til lighedsprincippet*

28. Det almindelige lighedsprincip, som er et almindeligt fællesskabsretligt princip, indebærer, at »ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en forskelsbehandling er objektivt begrundet« [22].

21 — Dom af 28.10.1982, forenede sager 50/82—58/82, Dorca Marina m.fl., Sml. s. 3949, præmis 13.

22 — Dom af 13.12.1984, sag 106/83, Sermide, Sml. s. 4209, præmis 28, af 20.9.1988, sag 203/86, Spanien mod Rådet, Sml. s. 4563, præmis 25, af 19.3.1992, sag C-311/90, Hierl, Sml. I, s. 2061, præmis 18, af 5.10.1994, forenede sager C-133/93, C-300/93 og C-362/93, Crispoltoni m.fl., Sml. I, s. 4863, præmis 51, af 10.9.1996, sag C-222/94, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4025, præmis 34, og af 9.9.2004, sag C-304/01, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 7655, præmis 31, samt dommen i sagen Polen mod Rådet, præmis 86.

29. Efterprøvelsen af det anfægtede direktivs gyldighed i forhold til Fællesskabets lighedsprincip skal som nævnt omfatte de to aspekter, som der ifølge Domstolens praksis er af dette princip.

30. Jeg skal dog først minde om, hvad formålet er med Domstolens kontrol af lighedsprincippets overholdelse, og hvor grundig denne kontrol er.

31. Lighedsprincippet skaber en formodning om, at enhver forskelsbehandling er diskriminerende, medmindre lovgiver angiver en acceptabel [23], dvs. en objektiv og rimelig [24] begrundelse herfor. Der vil i alle domstolsordninger være forskel på, hvor grundigt denne begrundelse og den forskelsbehandling, den resulterer i, kontrolleres, afhængigt af området og af baggrunden for den differentiering, lovgiver har foretaget [25].

32. Hvis lovgiver anvender suspekte sondringer, f.eks. efter køn, etnisk baggrund eller politisk eller religiøs overbevisning, vil der blive foretaget en meget streng kontrol, og proportionaliteten vil i visse tilfælde blive kontrolleret nøje. Ser man på fællesskabsretten, tages der i traktaten skarpt afstand fra visse differentieringskriterier såsom nationalitet (artikel 12 EF) og de kriterier, der er nævnt i artikel 13 EF, hvorved der skabes en formodning om forskelsbehandling, som også udløser en domstolskontrol, der almindeligvis indebærer en nærmere undersøgelse af proportionaliteten.

33. På visse områder og navnlig inden for den økonomiske og sociale lovgivning er kontrollen dog mere lempelig, forudsat at lovgiver ikke foretager sådanne suspekte sondringer, dvs. forudsat at det kun er ligheden for loven, der er tale om. Dette

23 — Jf. M.V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle comunità europee*, Dott. A. Milani, Padova, 1989, s. 20.

24 — Jf. R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, LGDJ 2003, s. 427 ff.

25 — Jf. i denne retning gennemgangen af den tyske forbundsdomstols praksis på området i A. Somek, »The Deadweight of formulae: what might have been the second germanization of american equal protection review«, *Journal of Constitutional Law*, 1988-1999, s. 284, og M. Sachs, »The Equality Rule Before the German Federal Constitutional Court«, *Saint-Louis-Warsaw transatlantic Law Journal*, 1998, s. 139; jf. ligeledes den seneste beskrivelse af retspraksis i BverfGE af 13.3.2007, 1BvF 1/05, § 79-82. I det franske forfatningsråds praksis gradueres domstolskontrollen også i forhold til de områder, lighedsprincippet anvendes på, og den form for forskelsbehandling, lovgiver har indført (jf. F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica 1997, s. 130-162).

gælder for alle nationale domstolssystemer, selv om indikatorerne for denne begrænsning af kontrollen (reasonableness, rational basis, erreur manifeste, Willkürverbot osv.) og dens omfang kan variere. Der kan fremføres tre begrundelser for en mere lempelig kontrol. Da lighedsprincippet for det første kan påberåbes over for enhver form for regeringsforanstaltning, uanset hvilke interesser eller aktiviteter der er berørt, ville domstolene, hvis de altid kunne iværksætte en streng kontrol, ofte foretage en fornyet vurdering af lovgivers økonomiske og sociale valg, hvilket både ville gå ud over deres legitimitet og deres evne til at varetage den retslige behandling. Enhver lovgivningsaktivitet indebærer for det andet en række valg og har omfordelende virkninger, og selv om disse valg og omfordelende virkninger uvægerligt vil være til større fordel for nogle sociale eller økonomiske grupper end for andre, er der ikke tale om forskelsbehandling, og det er i forbindelse med den politiske proces, at disse omfordelende virkninger skal diskuteres, fastlægges og fordeles. For det tredje er det kun, når særlige grupper, der ofte er underrepræsenteret i den politiske beslutningsproces, fremhæves i loven og beskyttes af den, at domstolene kan iværksætte en strengere kontrol af den forskelsbehandling, der indføres ad politisk vej.

34. Inden for fællesskabsretten har de samme betragtninger også indebåret, at den lovgivende myndighed har fået en skønsfrihed, og at domstolskontrollen som følge heraf er blevet begrænset. Fællesskabslovgiver er nødt til at foretage vanskelige vurderinger for at kunne træffe de nødvendige valg og håndtere modsatrettede interesser, og Domstolen har derfor indrømmet denne lovgiver vide skønsmæssige beføjelser på landbrugsområdet [26], det sociale område [27], handelsområdet [28] og transportområdet [29]. Det samme gælder på det miljøpolitiske område, »[d]a det er nødvendigt at foretage en afvejning af visse af de mål og principper, der er omhandlet i EF-traktatens artikel 130 R (efter ændring nu artikel 174 EF), […] og det er kompliceret at anvende de kriterier, som fællesskabslovgiver skal opfylde inden for rammerne af miljøpolitikkens gennemførelse« [30].

35. Af hensyn til institutionernes skønsfrihed og for ikke at tilsidesætte magtfordelingen ved at gribe ind i det politiske ansvar, som institutionerne er tillagt, og sætte sit skøn i

26 — Jf. dom af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973, præmis 89 og 90.

27 — Jf. dom af 12.11.1996, sag C-84/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 5755, præmis 58.

28 — Jf. dom af 19.11.1998, sag C-150/94, Det Forenede Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 7235, præmis 53.

29 — Jf. dom af 17.7.1997, forenede sager C-248/95 og C-249/95, SAM Schiffahrt og Stapf, Sml. I, s. 4475.

30 — Dom af 15.12.2005, sag C-86/03, Grækenland mod Kommissionen, Sml. I, s. 10979, præmis 88. Jf. også domme af 14.7.1998, sag C-284/95, Safety Hi-Tech, Sml. I, s. 4301, præmis 37, og sag C-341/95, Bettati, Sml. I, s. 4355, præmis 35.

stedet for institutionernes [31], nøjes Domstolen, for så vidt som der ikke er tale om suspekte sondringer, med at kontrollere, om der er anlagt et åbenbart fejlagtigt skøn i forbindelse med de lovgivningsmæssige valg, der er truffet. Denne begrænsning af domstolskontrollen finder også anvendelse på disse områder ved efterprøvelsen af, om den pågældende foranstaltning er forenelig med de almindelige fællesskabsretlige principper og navnlig med lighedsprincippet [32].

36. Denne begrænsning af domstolskontrollen er ikke ensbetydende med, at der ikke føres kontrol. Når den begrænsede kontrol vedrører overholdelsen af lighedsprincippet, kan den skematisk gengives således:

— Domstolen undersøger først, om lovgivers forskelsbehandling overholder en række objektive kriterier, set i forhold til det lovlige formål, der forfølges med den omhandlede lovgivning [33].

— Domstolen sørger også med henblik på at undgå vilkårlighed for, at den omhandlede lovgivning er sammenhængende, dvs. at de objektive kriterier, lovgiver har fastsat, overholdes, og at de vægtes som tilsigtet.

— Endelig undersøger Domstolen, om der er overensstemmelse mellem den indførte forskelsbehandling og det tilsigtede mål, og nøjes herved som oftest med at kontrollere, at den foranstaltning, der er truffet, ikke er åbenlyst uhensigtsmæssig.

37. Men hvad menes der med en åbenbar fejl? Der er ganske vist tale om en standard, der er udviklet i retspraksis, og som Domstolen

31 — Det fremgår således af Domstolens faste praksis, at den baserer skønsfriheden og den heraf følgende begrænsning af sin kontrol på, at det af hensyn til magtfordelingsprincippet er nødvendigt at respektere det »politiske ansvar«, som fællesskabslovgiver tillægges ved traktaten, og at den som følge heraf bør undgå at træde i dennes sted i forbindelse med de valg, den skal foretage (jf. bl.a. dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schräder HS Kraftfutter, Sml. s. 2237, præmis 22, og af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 14).

32 — Jf. bl.a. dom af 21.2.1990, forenede sager C-267/88 — C-285/88, Wuidart m.fl., Sml. I, s. 435, præmis 13-18. Jf. også dom af 26.3.1987, sag 58/86, Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons, Sml. s. 1525, præmis 14-17, og af 8.6.1989, sag 167/88, AGPB, Sml. s. 1653, præmis 29-33.

33 — Jf. punkt 42 nedenfor.

skitserer i forbindelse med hver enkelt sag, men en systematisk gennemgang af retspraksis afslører, at en åbenbar fejl først og fremmest er en *indlysende* fejl. Hvor indlysende fejlen er, kan i teorien enten undersøges »med en nærsynet detektivs entusiasme« [34] eller efterforskes »i stil med […] de største helte inden for krimigenren« [35]. En nærlæsning af Fællesskabets retspraksis viser imidlertid også, at en fejl, der ikke er ubestridelig, ikke er indlysende. Hvis der således foreligger tvivl, hvis sagsøgeren ikke kan bevise, at den sagsøgte myndighed har uret, eller hvis fællesskabsmyndigheden med andre ord »har kunnet« eller »kunne« handle [36], dvs. at den kan have haft ret, får han ikke medhold i sagen. En åbenbar fejl er også en *alvorlig* fejl, for så vidt som en fejl, der er tilstrækkeligt alvorlig, også vil være indlysende [37]. Forstået på denne måde adskiller begrebet åbenbart fejlagtigt skøn sig ikke synderligt fra begreberne »reasonableness« og »unreasonableness«, som afgrænser Det Forenede Kongeriges domstoles efterprøvelse af skønsmæssige forvaltningsakters lovlighed [38]. Det er i øvrigt heller ikke tilfældigt, at Domstolen i visse domme efter at have bemærket, at den på dette område udelukkende kan efterprøve åbenbart fejlagtige skøn, har forkastet det pågældende anbringende, fordi fællesskabsmyndigheden »med rette« kunne anlægge det omtvistede skøn [39], eftersom der var »tilstrækkeligt grundlag« for det [40]. Det ligger heller ikke langt fra det vilkårlighedsbegreb, der navnlig anvendes i tysk ret [41].

38. Formålet med at efterprøve åbenbart fejlagtige skøn er at påvise alvorlige mangler, modvirke urimelige skøn og undgå vilkårlighed, men ikke at sikre, at den foranstaltning, hvis vedtagelse krævede en vanskelig vurdering, er den bedst mulige. Lovgiver overlades en vis fejlmargin, forudsat grænsen for det åbenbare ikke overskrides.

39. Det er efter min opfattelse formålet med og omfanget af den kontrol af lighedsprincippets overholdelse, som Domstolen foretager på det økonomiske område [42], og jeg skal nu

34 — Som det malende udtrykkes af M. Kornprobst, »L'erreur manifeste«, *Recueil Dalloz*, 1965, Chronique, s. 121, på s. 124.

35 — J.-P. Bourgois, *L'erreur manifeste d'appréciation, la décision administrative, le juge et la force de l'évidence*, éd. L'Espace juridique, 1988, s. 231.

36 — Jf. bl.a. dom af 18.3.1975, sag 78/74, Deuka, Sml. s. 421, præmis 9, og af 13.12.1994, sag C-306/93, SMW Winzersekt, Sml. I, s. 5555, præmis 25-27.

37 — Jf. Domstolens klare retningslinjer i dom af 17.6.1965, sag 32/64, Italien mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 63, org. ref.: Rec. s. 473, på s. 486 og 487.

38 — Begreberne »reasonableness« og »unreasonableness« er nærmere beskrevet i N. Mac Cormick, »On reasonableness«, i Ch. Perleman og R. Van der Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, éd. E. Bruylant, Bruxelles, 1984, s. 131.

39 — Dommen i sagen Wuidart m.fl., præmis 16-18.

40 — Dom af 10.5.1979, sag 12/78, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 1731, præmis 30 og 31.

41 — Ækvivalensen mellem disse forskellige indikatorer for begrænsningen af efterprøvelsen af lighedsprincippet illustreres bedst ved følgende uddrag fra den retspraksis, der er fastlagt af den tyske forbundsforfatningsdomstol i Karlsruhe: »[l]ighedsprincippet tilsidesættes, hvis en retlig forskelsbehandling eller ligebehandling ikke hviler på en rimelig begrundelse, der følger af sagens natur, eller på en anden begrundelse, der objektivt set er plausibel, eller hvis bestemmelsen kort sagt må anses for vilkårlig« (BverfGE af 23.10.1951, 1, 14 (52)), idet der ved en vilkårlig adfærd forstås en »objektiv og åbenbar uoverensstemmelse mellem den retlige foranstaltning og den faktiske situation, den finder anvendelse på« (BverfGE af 7.5.1953, 2, 266 (281)).

42 — Det svarer ligeledes til omfanget af den kontrol, som den tyske forbundsforfatningsdomstol har foretaget af en lov til gennemførelse af direktiv 2003/87 i forhold til lighedsprincippet i den tyske grundlov. Domstolen fastslog, at direktivet på dette punkt gav medlemsstaterne mulighed for frit at vælge, hvorledes de ville opfylde gennemførelsesforpligtelsen, og mente, at den kunne efterprøve den omtvistede lovbestemmelse, uden at det berørte selve direktivets forfatningsmæssighed. Domstolen bemærkede desuden, at den tyske lovgiver er meget frit stillet hvad angår miljøbeskyttelsesregler, og begrænsede med henvisning til fast retspraksis sin kontrol til overholdelsen af Willkürverbot (BverfGE af 13.3.2007, 1BvF 1/05).

påbegynde denne undersøgelse i denne sag for at kunne besvare det præjudicielle spørgsmål.

1. Forskellig behandling af ensartede situationer

40. Conseil d'État har som bekendt spurgt, »om direktiv […] af 13. oktober 2003 under hensyn til lighedsprincippet er gyldigt, for så vidt som direktivet indebærer, at ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner finder anvendelse på jern- og stålindustriens anlæg, men ikke på plast- og aluminiumsindustrien«. Det fremgår af præmisserne i den forelæggende rets dom, at det præjudicielle spørgsmål er rejst, fordi det er usikkert, om der findes en objektiv begrundelse for den forskelsbehandling, der i det anfægtede direktiv indføres mellem jern- og stålindustrien og plast- og aluminiumsindustrien, selv om de nævnte industrier befinder sig i en tilsvarende situation.

41. Jeg skal straks forkaste Kommissionens og Parlamentets indsigelse om, at den forskelsbehandling af ensartede situationer, der måtte være, ikke er diskriminerende, fordi den ikke i sig stiller jern- og stålindustrien ringere end aluminiums- og plastindustrien. De to institutioner har gjort gældende, at medlemsstaterne frit kan vælge, hvorledes de vil fordele den samlede mængde kvoter, som de har til hensigt at tildele, på forskellige sektorer, og at de derfor kan tildele jern- og stålindustrien kvoter, som dækker hele industriens behov. De har også anført, at medlemsstaterne kan træffe nationale foranstaltninger, der er strengere end kvotehandelsordningen, for de sektorer, der ikke er omfattet af denne ordning, for at overholde de forpligtelser til reduktion af drivhusgasser, som de har påtaget sig i forbindelse med Kyoto-protokollen. Denne indsigelse svarer til at hævde, at den forskelsbehandling, der indføres eller tillades i direktivet, kan modvirkes gennem medlemsstaternes politik. Det skal imidlertid afgøres ud fra den omhandlede lovtekst og den ordning, der knytter sig til den, om der foreligger forskelsbehandling. Denne indsigelse kan derfor ikke tiltrædes.

42. For at afgrænse genstanden for det forelagte spørgsmål skal jeg først præcisere, at undersøgelsen af, om det er objektivt begrundet at behandle ensartede situationer forskelligt, dvs. om det er baseret på et objektivt kriterium, i virkeligheden svarer til at afgøre, om forskelsbehandlingen er begrundet, fordi der er forskel på disse situationer [43]. De pågældende situationer er faktisk aldrig fuldstændigt sammenfaldende, og der vil aldrig være overensstemmelse mellem alle de elementer, der sammenlignes. Det har derfor stor betydning, hvilket sammenligningsgrundlag (tertium comparationis) der vælges, for at fællesskabslovgiver blandt de talrige karakteristika, som kendetegner de forskellige situationer, der sammenlignes, kan identificere dem, der er relevante,

43 — Jf. i denne retning K. Lenaerts, »L'égalité de traitement en droit communautaire«, *Cahiers de droit européen*, 1991, s. 3, på s. 11; R. Barents, »The significance of the Non-Discrimination Principle for the Common Agricultural Policy: between Competition and Intervention«, *Mélanges H. G. Schermers*, bind 2, Martinus Njhoff publishers, 1994, s. 527, på s. 536.

og vurdere, om de er ens. Ifølge retspraksis skal det valgte kriterium være »objektivt« [44], hvilket indebærer, at det skal være knyttet til genstanden for og formålet med de bestemmelser, der anvendes [45]. Ligheden mellem de omhandlede situationer skal med andre ord fastlægges ud fra formålet med den pågældende foranstaltning. Eftersom kriteriet om objektiv differentiering som kriterium for sammenligning af situationer derfor skal relateres til det mål, der forfølges, vil det, hvis det påberåbes til støtte for forskelsbehandling af ensartede situationer, svare til at betragte den påberåbte lighed mellem situationer som irrelevant under hensyn til det tilsigtede formål. Det gyldighedsspørgsmål, der er forelagt i denne præjudicielle sag, indebærer med andre ord, at Domstolen skal efterprøve, om det er begrundet i objektive hensyn, dvs. hensyn der er knyttet til det anfægtede direktivs genstand og formål, at jern- og stålindustrien er omfattet af ordningen for handel med drivhusgasemissioner, mens aluminiums- og plastindustrien ikke er det.

43. Ifølge direktivets artikel 1 skal fællesskabsordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner »fremme reduktionen af drivhusgasemissioner på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde«. Under hensyn til dette formål kan konkurrenceforholdet mellem de berørte erhvervsdrivende ganske vist spille en rolle, men det kan ikke i sig selv betragtes som afgørende. Selv om det antages, at den forelæggende ret og sagsøgerne i hovedsagen har ret i, at stålindustrien og aluminiumsindustrien konkurrerer med hinanden, skal disse industrier ikke desto mindre anses for at befinde sig i samme situation, uanset hvilke formål der tilsigtes [46], og de skal som følge heraf behandles på samme måde i forhold til fællesskabsordningen for handel med drivhusgasemissioner.

44. Målet om at reducere drivhusgasemissioner indebærer ikke desto mindre umiddelbart, at alle drivhusgasudledende industrisektorer omfattes af det anfægtede direktiv, herunder også sektoren for non-ferrometaller og den kemiske industri. Fællesskabets ordning for handel med drivhusgasemissioner indføres imidlertid trinvis ved »learning by doing«. Som alle de intervenerende instituti-

44 — Jf. bl.a. dom af 13.7.1978, sag 8/78, Milac, Sml. s. 1721, præmis 18, af 9.7.1985, sag 179/84, Bozzetti, Sml. s. 2301, præmis 34, og af 29.6.1995, sag C-56/94, SCAC, Sml. I, s. 1769, præmis 28.

45 — På landbrugsområdet fastslog Domstolen allerede i 1971, at spørgsmålet om, hvorvidt situationer kan sammenlignes, »må afgøres i lyset af målsætningen for Fællesskabets landbrugsordning« (dom af 27.10.1971, sag 6/71, Rheinmühlen Düsseldorf, Sml. 1971, s. 201, org.ref.: Rec. s. 823, præmis 14). Jf. også generaladvokat Capotortis forslag til afgørelse i sagen Ruckdeschel m.fl., dom af 19.10.1977, forenede sager 117/76 og 16/77, Sml. s. 1753, på s. 1779.

46 — Jf. i samme retning dom af 11.3.1987, forenede sager 279/84, 280/84, 285/84 og 286/84, Rau Lebensmittelwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1069, præmis 27-34, hvori det fastslås, at »julesmør«-kampagnen ikke var diskriminerende over for margarine, der er en konkurrerende vare, »under hensyn til de forskellige formål, der kendetegner de retlige ordninger og de eksisterende betingelser på de pågældende markeder«. Jf. også Rettens dom af 21.2.1995, sag T-472/93, Campo Ebro m.fl. mod Rådet, Sml. II, s. 421, præmis 84 ff. I denne sag blev det fastslået, at en forordning, hvorefter der kun blev ydet støtte til sukkerproducenter, selv om der var en konkurrencemæssig forbindelse mellem sukker og isoglukose, ikke var i strid med lighedsprincippet, eftersom de to produkter ikke var i en sammenlignelig situation set i forhold til målet for den omhandlede forordning, som var at yde kompensation for ekstraomkostninger til oplagring af varer.

oner har påpeget, var ordningen i direktiv 2003/87 den første af sin art i verden. Den skulle tjene som eksempel ikke bare for de berørte fællesskabsaktører, men også for tredjelande, og det var derfor nødvendigt, at den fungerede effektivt. Der var tale om en ny ordning, som krævede en kompleks mekanisme til overvågning, indberetning og kontrol af emissioner, og der var derfor grund til at udvise forsigtighed. Det var vigtigt ikke at iværksætte en ordning, der lige fra begyndelsen gjaldt for de fleste industrisektorer og de fleste drivhusgasser. Ambitionsniveauet blev nedtonet for at undgå en fiasko efter ordsproget om, at man ikke skal slå større brød op, end man kan bage.

45. Det er faktisk ofte klogt og almindelig praksis, især på områder, hvor der opstår helt nye samfundsmæssige risici, og/eller hvor lovgiver iværksætter nye politikker, at gå forsigtigt frem og afprøve det nye tiltag på et afgrænset område. Medlemsstaterne har da også åbnet mulighed for eller truffet bestemmelse om forsøgsordninger i deres lovgivning [47]. Efter Domstolens praksis er det også berettiget at foretage en etapevis harmonisering [48], navnlig under hensyn til »de komplicerede sagsforhold« [49], der skal tages stilling til. Domstolen har desuden indrømmet lovgiver et vist skøn ved vurderingen af, om det er hensigtsmæssigt at foretage en etapevis harmonisering, og hvor hurtigt dette skal ske [50].

46. Der er derfor naturligt, at forsøgsordninger strider mod lighedsprincippet. Idéen med »learning by doing« er således, at en ny politik i første omgang kun iværksættes over for en mindre gruppe af potentielle subjekter. Der foretages en kunstig afgrænsning af anvendelsesområdet for at undersøge, hvilke konsekvenser den nye politik vil få, før reglerne udvides til at omfatte alle, som den i henhold til målsætningerne vil kunne gælde for. Selv om det er lovligt at indføre forsøgsordninger, betyder dette dog ikke, at det ikke er muligt at klage over, at lighedsprincippet krænkes. Den forskelsbehandling, som en forsøgsordning nødvendigvis resulterer i, er kun forenelig med lighedsprincippet, hvis en række betingelser er opfyldt.

47 — De territoriale myndigheder har således ret til at iværksætte forsøgsordninger i henhold til artikel 72 i den franske forfatning af 4.10.1958, som ændret den 28.3.2003.

48 — Jf. dom af 29.2.1984, sag 37/83, Rewe-Zentral, Sml. s. 1229, præmis 20, af 17.6.1999, sag C-166/98, Socridis, Sml. I, s. 3791, præmis 26, og af 13.7.2006, sag C-221/05, Sam McCauley Chemists og Sadja, Sml. I, s. 6869, præmis 26.

49 — Jf. dom af 29.2.1996, sag C-193/94, Skanavi og Chryssanthakopoulos, Sml. I, s. 929, præmis 27, og af 13.5.1997, sag C-233/94, Tyskland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 2405, præmis 43.

50 — Jf. Rewe-Zentral-dommen, præmis 20, og dom af 18.4.1991, sag C-63/89, Assurances du crédit mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 1799, præmis 11.

47. Forsøgsforanstaltninger skal først og fremmest være midlertidige, hvilket det anfægtede direktiv også er. Det fremgår af direktivets artikel 30, at det skal tages op til fornyet overvejelse på grundlag af »erfaringerne« og de »fremskridt, der gøres inden for overvågning af drivhusgasemissionerne«, således at ordningen for handel med drivhusgasemissioner kommer til at omfatte andre industrisektorer og emissioner af andre drivhusgasser. Kommissionen har i medfør af denne bestemmelse stillet forslag om, at luftfarten inddrages i ordningen [51]. Kommissionen har bl.a. med henblik på at reducere udledningen af drivhusgasser med mindst 20% set i forhold til niveauet i 1990 foreslået, at fællesskabsordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner udvides til også at omfatte henholdsvis CO_2 -emissioner fra fremstilling af petrokemikalier, ammoniak og aluminium og N2 O-emissioner fra fremstilling af salpetersyre, adipinsyre og glyoxylsyre samt PFC-emissioner fra aluminiumssektoren [52].

48. Forsøgsforanstaltningens anvendelsesområde skal endvidere afgrænses efter objektive kriterier. I denne sag skal beslutningen om, hvad ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner skal omfatte, derfor træffes under hensyntagen til de mål, der forfølges med direktivet. Som jeg tidligere har nævnt, er hensigten med direktivet at reducere udledningen af drivhusgasser, med mindst mulige følger, dvs. med den mindst mulige negative indvirkning på den økonomiske udvikling og beskæftigelsessituationen [53]. Fællesskabslovgiver besluttede i dette øjemed, at ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner først og fremmest skulle gælde for kuldioxidemissioner, eftersom CO_2 i 1999 udgjorde over 80% af Fællesskabets drivhusgasemissioner, og kuldioxidemissioner kunne danne et konsistent grundlag for pålidelige overvågningsdata, hvorimod overvågningen af udledningerne af andre drivhusgasser stadig var forbundet med for mange problemer [54]. Fællesskabslovgiver valgte desuden at begrænse det anfægtede direktiv til de industrisektorer, der udgjorde de vigtigste kuldioxidkilder, for jo større mængder, der udledes fra en industrisektor, jo lavere vil de faste omkostninger (registrering og rapportering af emissioner, verifikation af emissioner via et uafhængigt organ samt uddannelse og ansættelse af det personale, der skal varetage emissionshandelen), der er forbundet med kvotehandelsordningens anvendelse, og som skal bæres af alle de deltagende aktører, også være. Til gengæld vil mindre udledere, der kun råder over en begrænset mængde kvoter, som de kan handle med, nødvendigvis få mindre ud af en kvotehandelsordning end større udledere.

51 — Direktivforslag af 20.12.2006, KOM(2006) 818 endelig udg.

52 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 2003/87/EF med henblik på at forbedre og udvide ordningen for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet, KOM(2008) 16 endelig udg. af 23.1.2008.

53 — Jf. femte betragtning til direktiv 2003/87.

54 — Jf. afsnit 10 i begrundelsen for forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF, KOM(2001) 581 endelig udg. af 23.10.2001.

49. Når man fokuserer på den gas, der har det største »ansvar« for drivhuseffekten, og medtager de mængder, som de enkelte industrisektorer udleder af denne gas, må der klart være tale om objektive kriterier. Sagsøgerne i hovedsagen er dog ikke enige i, at mængden af CO_2 -emissioner var det afgørende kriterium. De har henvist til en statistik for 2001, der er udarbejdet af det europæiske forureningsregister vedrørende emissioner, og som viser, at den kemiske industri set under ét tegnede sig for 5,35% og aluminiumsindustrien 2% af den samlede CO_2 -udledning fra industrien inden for Unionen, mens udledningen fra stålindustrien udgjorde 5,4%, industrien for fremstilling af glas, keramiske produkter og byggematerialer 2,7% og papir- og trykkeriindustrien 1%. De intervenerende institutioner har dog gjort opmærksom på, at disse tal ikke er relevante, fordi de ikke sondrer mellem direkte [55] og indirekte emissioner [56] i de pågældende sektorer. Eftersom indirekte emissioner fra fyringsanlæg, der har en termisk effekt på over 20 MW, medregnes under energisektoren, har lovgiver imidlertid besluttet kun at tage hensyn til de mængder direkte CO_2 -emissioner, der stammer fra andre sektorer. Det er i øvrigt i overensstemmelse med princippet om, at forureneren betaler, og princippet om indgreb over for miljøskader ved kilden i artikel 174 EF, at CO_2 -emissioner først tages i betragtning på det tidspunkt og det sted, hvor de genereres. Ifølge en analyse, som alle de intervenerende institutioner har citeret, og som fællesskabslovgiver har lagt til grund, befinder jern- og stålindustrien sig ikke i samme situation som aluminiums- og plastindustrien, således som sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende. Direkte CO_2 -emissioner fra jern- og stålindustrien (stål og støbejern) udgjorde således 174,8 mio. ton i 1990, mens non-ferrometaller tegnede sig for 16,2 mio. ton og den kemiske industri 26,2 mio. ton.

50. Heroverfor har sagsøgerne i hovedsagen anført, at sektoren for fremstilling af papir og papirmasse er omfattet af ordningen, selv om den kun gav anledning til 10,6 mio. ton direkte CO_2 -emissioner i 1990, dvs. langt mindre end den kemiske industri og endnu mindre end non-ferrometalindustrien. Fællesskabslovgiver tog dog også hensyn til, om det var administrativt gennemførligt at optage de pågældende industrisektorer i kvotehandelsordningen. For at ordningen kunne fungere tilfredsstillende var det nødvendigt at iværksætte en kompleks overvågningsmekanisme for hvert enkelt anlæg, og hvis man allerede fra begyndelsen havde medtaget sektorer, hvor der var et stort antal anlæg set i forhold til den samlede mængde emissioner, de var årsag til, kunne det gøre overvågningsmekanismen mere besværlig og resultere i en mindre effektiv overvågning af emissionerne og mindre pålidelige data, uden at dette ville være til større gavn for miljøet. Der var

55 — Dvs. emissioner i form af gasser, der udledes i forbindelse med fremstillingen af et produkt og på det sted, hvor det fremstilles.

56 — Dvs. emissioner i form af gasser, der udledes forud for produktionsprocessen, f.eks. fra et elværk, som producerer den energi, der bruges i forbindelse med fremstillingen af visse produkter.

imidlertid et meget stort antal kemiske anlæg i Fællesskabet (ca. 34 000) [57]. I papirsektoren var der til gengæld meget få anlæg. En hensyntagen til de administrative vanskeligheder ved at administrere handelsordningen var også foreneligt med formålet i det anfægtede direktivs artikel 1 om at reducere drivhusgasemissionerne »på en omkostningseffektiv og økonomisk effektiv måde«. Domstolen har desuden fastslået, at det kan være berettiget at foretage forskelsbehandling for at undgå uforholdsmæssigt store administrationsomkostninger [58].

51. Med hensyn til argumentet om den administrative gennemførlighed gjorde sagsøgerne i hovedsagen imidlertid gældende under retsmødet, at størstedelen af kuldioxidemissionerne fra den kemiske industri stammede fra et mindre antal anlæg, og at man derfor burde have besluttet, at kvotehandelsordningen i stedet for hele sektorer skulle omfatte anlæg, herunder kemiske anlæg, der overskrider en vis emissionstærskel. Dette ville imidlertid have medført, at store og små anlæg inden for en sektor, hvor der var fri konkurrence, ikke blev stillet ens.

52. Hertil kommer, at beslutningen om at udelukke aluminiumsindustrien, hvor der er lige så få anlæg som i papirindustrien, ikke kan støttes på argumentet om den administrative effektivitet. Der er til gengæld hård international konkurrence inden for aluminiumsindustrien. Da aluminiumsvirksomheder ikke kan overvælte udgifterne ved inddragelse under kvotehandelsordningen uden at risikere at miste markedsandele, kan de føle sig fristet til at flytte produktionen til tredjelande, der ikke skal overholde Kyoto-målene. I sektoren fremstilling af papir og papirmasse er situationen en helt anden. Som Kommissionen anførte under retsmødet, er der mindre risiko for, at disse virksomheder flytter, fordi det er svært for dem at fjerne sig fra deres råstofkilder, og der er mindre international konkurrence, fordi det ikke er rentabelt at transportere de pågældende produkter, der har en lav enhedsværdi, over lange afstande.

57 — Jf. afsnit 11 i begrundelsen for direktivforslaget af 23.10.2001.
58 — Jf. dom af 23.2.1983, sag 8/82, Wagner, Sml. s. 371, præmis 19-21.

53. I jern- og stålindustrien er den internationale konkurrence meget hård, og virksomhederne risikerer at flytte til lande, der ikke har tilsluttet sig Kyoto-protokollen. CO_2 -emissionerne fra denne industri kan dog slet ikke sammenlignes med emissionerne fra aluminiumsindustrien, der er mere end ti gange større, og det var derfor begrundet at lade denne være omfattet af kvotehandelsordningen lige fra begyndelsen.

54. Det fremgår således af det anførte, at selv om nogle af de kritikpunkter, sagsøgerne i hovedsagen har rejst, ikke er helt irrelevante, og de med rette har skabt tvivl hos den forelæggende ret om, hvorvidt det anfægtede direktiv er gyldigt, og resulteret i denne sag, indebærer dette, som jeg allerede har forklaret, ikke, at lighedsprincippet blev iværksat efter kriterier, der var udvalgt og vægtet på en urimelig måde, navnlig henset til, at der var tale om en forsøgsordning. De argumenter, som de intervenerende institutioner har fremført til støtte for den pågældende lovforanstaltning, virker overbevisende. Der var utvivlsomt andre muligheder, og måske fandtes der også en bedre løsning. Dette skal Domstolen imidlertid ikke tage stilling til. Når Domstolen støder på forskellige opfattelser, der er lige langt fra den absolutte og objektive sandhed, skal den ikke vælge nogen af dem. Hvis Domstolen gjorde dette, ville dens lovlighedskontrol ikke længere være objektiv, og den ville erstatte fællesskabslovgivers økonomipolitiske skøn med sit eget [59] og herved gribe ind i lovgivers politiske ansvar og forstyrre magtfordelingen. Direktivet kan af disse årsager ikke anses for at være i strid med lighedsprincippet.

55. Bestemmelsen i direktivforslaget af 23. januar 2008 om, at aluminiumssektoren og den kemiske industri skal inddrages i den anden fase, selv om mængden af CO_2 -emissioner fra disse sektorer, antallet af anlæg og eksponeringen for den internationale konkurrence ikke har ændret sig, ændrer, modsat hvad sagsøgerne i hovedsagen har gjort gældende, intet herved og beviser heller ikke, at den oprindelige beslutning om ikke at medtage disse sektorer var udtryk for et åbenbart fejlagtigt skøn ved lighedsprincippets anvendelse. Som Rådet og Kommissionen anførte under retsmødet, vil kriterierne ikke blive vurderet på samme måde, når

59 — Gyldighedskontrollen begrænses netop for at forhindre en sådan fordrejning (jf. bl.a. dom af 14.3.1973, sag 57/72, Westzucker, Sml. s. 321, præmis 14, og dommen af 13.5.1997 i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet, præmis 56).

ordningen indføres, som når det besluttes, hvilke sektorer der skal omfattes af en ordning, som har bevist sit værd. Dette er på en måde meningen med den trinvise strategi.

2. Ensartet behandling af forskellige situationer

56. Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at jern- og stålindustrien ikke befinder sig i samme situation som de andre industrisektorer, der omfattes af det anfægtede direktivs anvendelsesområde. Modsat disse vil jern- og stålindustrien teknisk set ikke være i stand til at reducere sine CO_2 -emissioner på kortere sigt. Jern- og stålvirksomhederne er derfor tvunget til at købe ekstra kvoter, samtidig med at de til forskel fra virksomhederne i de andre sektorer, der er omfattet af kvotehandelsordningen, er udsat for hård international konkurrence, hvilket betyder, at de ikke kan overvælte udgifterne til disse kvoter på deres kunder uden at miste markedsandele. Dette resulterer i, at de mister en stor del af deres fortjenstmargen, og at deres investeringsmuligheder begrænses.

57. De argumenter, sagsøgerne i hovedsagen har fremført, kan ikke tiltrædes. Den franske regering påpegede under retsmødet, at det ikke var rigtigt, at jern- og stålvirksomhederne ikke var i stand til at foretage væsentlige reduktioner af deres kuldioxidemissioner, og henviste til en række teknikker, der kunne bidrage hertil. Selv om det endvidere antages, at dette ikke var tilfældet, og at jern- og stålindustrien faktisk i denne henseende befinder sig i en anden situation, har fællesskabslovgiver taget behørigt hensyn til denne situation. Det fremgår således af bilag III, punkt 3, til direktiv 2003/87, at medlemsstaterne ved tildelingen af kvoter skal tage hensyn til det potentiale, herunder det teknologiske potentiale, som de anlæg, der er omfattet af kvotehandelsordningen, har med hensyn til at reducere emissionerne. Det fremgår desuden af de mundtlige oplysninger, der fremkom under retsmødet, at alle Arcelor-koncernens emissioner var dækket af gratis tildelte kvoter, og at Arcelor ifølge regnskabet for 2006 havde tjent på salget af overskydende kvoter. I betragtning af at kontrolmulighederne i forbindelse med den skønsmæssige beføjelse, som fællesskabslovgiver har på området, er begrænsede, kan klagepunktet om, at lighedsprincippet blev tilsidesat, fordi forskellige situationer blev behandlet ens, derfor ikke tages til følge.

IV — Forslag til afgørelse

58. På grundlag af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer det spørgsmål, Conseil d'État har forelagt, således:

»Gennemgangen af det forelagte spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/87/EF af 13. oktober 2003 om en ordning for handel med kvoter for drivhusgasemissioner i Fællesskabet og om ændring af Rådets direktiv 96/61/EF.«