ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

8 september 2011 *

In zaak C-279/08 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 23 juni 2008,

**Europese Commissie,** vertegenwoordigd door C. Urraca Caviedes, K. Gross en H. van Vliet als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

**Koninkrijk der Nederlanden,** vertegenwoordigd door C. M. Wissels en D. J. M. de Grave als gemachtigden,

verzoeker in eerste aanleg,

ondersteund door:

**Franse Republiek,** vertegenwoordigd door G. de Bergues, A.-L. Vendrolini, J. Gstalter en B. Cabouat als gemachtigden,

* Procestaal: Nederlands.

**Republiek Slovenië,** vertegenwoordigd door V. Klemenc als gemachtigde,

**Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland,** vertegenwoordigd door E. Jenkinson, S. Behzadi-Spencer, S. Ossowski en H. Walker als gemachtigden, bijgestaan door K. Bacon, barrister,

interveniënten in hogere voorziening,

**Bondsrepubliek Duitsland,** vertegenwoordigd door M. Lumma, B. Klein en T. Henze als gemachtigden,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis (rapporteur) en J. Malenovský, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 oktober 2010,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 december 2010,

het navolgende

## Arrest

1 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie van de Europese Gemeenschappen om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 10 april 2008, Nederland/Commissie (T-233/04, Jurispr. blz. II-591; hierna: „bestreden arrest"), waarbij beschikking C(2003) 1761 def. van de Commissie van 24 juni 2003 betreffende de door het Koninkrijk der Nederlanden aangemelde steunmaatregel N 35/2003 inzake verhandelbare emissierechten voor stikstofoxiden (hierna: „litigieuze beschikking"), is nietig verklaard.

2 Met zijn incidentele hogere voorziening verzoekt het Koninkrijk der Nederlanden het Hof, het bestreden arrest te vernietigen voor zover daarin zijn eerste middel, betreffende het ontbreken van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel, is afgewezen.

3 Met haar incidentele hogere voorziening verzoekt de Bondsrepubliek Duitsland het Hof, het bestreden arrest te vernietigen.

### Rechtskader

4 Richtlijn 2001/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2001 stelt nationale emissieplafonds voor bepaalde luchtverontreinigende stoffen vast (PB L 309, blz. 22). De lidstaten dienden de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking te doen treden om vóór 27 november 2002 aan deze richtlijn te voldoen, en de Commissie daarvan onverwijld in kennis te stellen.

5 Krachtens artikel 4 van die richtlijn beperken de lidstaten uiterlijk eind 2010 hun jaarlijkse nationale emissies van stikstofoxiden (hierna: „$NO_x$") tot hoeveelheden die niet groter zijn dan de emissieplafonds van bijlage I bij die richtlijn. Dat plafond is voor het Koninkrijk der Nederlanden op 260 kiloton vastgesteld.

**Voorgeschiedenis van het geding**

6 De hieronder weergegeven punten 8 tot en met 20 van het bestreden arrest zetten de aan het geding ten grondslag liggende feiten uiteen:

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

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

10 In de [litigieuze beschikking] geeft de Commissie in punt 1 eerst een beschrijving van de betrokken maatregel. In het kader van het bij richtlijn 2001/81 voor Nederland vastgestelde nationale emissieplafond voor $NO_x$ hebben de Nederlandse autoriteiten voor 2010 een doelstelling vastgesteld van 55 kiloton $NO_x$-emissie voor hun grote industriële installaties, dat wil zeggen ongeveer 250 ondernemingen.

11 Met betrekking tot de werking van dit systeem zet de Commissie in punt 1.2 van de [litigieuze beschikking] uiteen, dat de nationale wetgeving een $NO_x$-emissienorm zal omvatten voor elke industriële installatie. De onderneming kan aan de

aldus voor haar geldende emissienorm voldoen door hetzij in de eigen installatie $NO_x$-reducerende maatregelen te nemen, hetzij emissierechten van andere ondernemingen te kopen, hetzij door een combinatie van beide opties. Emissiereducties in de vorm van $NO_x$-credits zullen op een emissiemarkt worden aangeboden door installaties waarvan de emissies onder de emissienorm liggen.

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

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

14 Tot slot hoeven ondernemingen in het kader van de betrokken maatregel geen emissierechten te verwerven om te kunnen produceren. Zij dienen enkel te voldoen aan de emissienorm.

15 In punt 1.3 van de [litigieuze beschikking] beschrijft de Commissie de wijze van berekening van de emissienorm en in punt 1.4 de verschillen tussen een ‚cap-and-trade'-systeem en een ‚dynamic-cap'-systeem, tot welke laatste categorie de betrokken maatregel behoort. Zij zet uiteen dat de betrokken maatregel volgens de Nederlandse autoriteiten verschilt van de andere variant van systemen van verhandelbare emissierechten, het zogenoemde ‚cap-and-trade'-systeem, waarbij emissiequota aan de ondernemingen worden toegewezen. Nieuwe

ondernemingen of ondernemingen die hun activiteiten willen uitbreiden, moeten eerst de daartoe benodigde quota verwerven. In het kader van de betrokken maatregel hebben deze ondernemingen deze verplichting niet, maar moeten zij enkel voldoen aan de voor hen geldende emissienorm, die afhankelijk is van hun energieverbruik en aan de hand daarvan wordt aangepast.

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

17 In het kader van haar beoordeling van de betrokken maatregel (punt 3 van de [litigieuze beschikking]) zet de Commissie eerst haar beschikkingspraktijk betreffende regelingen voor het verhandelen van emissierechten uiteen, waarbij zij twee soorten systemen onderscheidt:

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

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

18 Vervolgens zet de Commissie de redenen uiteen waarom zij de betrokken maatregel als staatssteun heeft aangemerkt, namelijk in wezen de toekenning om niet

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

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

20 Concluderend stelt de Commissie in punt 4 van de [litigieuze beschikking] vast, dat de betrokken maatregel staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt. Zij voegt hieraan echter toe, dat deze steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig artikel 87, lid 3, EG en artikel 61, lid 3, sub c, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER). De Commissie verzoekt de Nederlandse autoriteiten om haar jaarlijks een rapport over de uitvoering van de betrokken maatregel te verstrekken en haar vooraf in kennis te stellen van elke aanpassing van de voorwaarden waaronder de steun wordt toegekend."

**Procedure voor het Gerecht en bestreden arrest**

7 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 5 september 2003, heeft het Koninkrijk der Nederlanden beroep tegen de litigieuze beschikking ingesteld (zaak C-388/03).

8 Bij beschikking van 17 februari 2004 heeft de president van het Hof de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie aan de zijde van het Koninkrijk der Nederlanden.

9 Bij beschikking van 8 juni 2004 heeft het Hof de zaak naar het Gerecht verwezen op grond van besluit 2004/407/EG, Euratom van de Raad van 26 april 2004 tot wijziging van de artikelen 51 en 54 van het Statuut van het Hof van Justitie (PB L 132, blz. 5).

10 Bij brief van 13 december 2004 heeft het Gerecht het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland verzocht, hun opmerkingen in te dienen over de conclusies die moesten worden getrokken uit de beschikking van het Hof van 28 januari 2004, Nederland/Commissie (C-164/02, Jurispr. blz. I-1177), ter zake van de ontvankelijkheid van het beroep. Deze lidstaten hebben hun opmerkingen ingediend op respectievelijk 14 en 12 januari 2005.

11 Het Koninkrijk der Nederlanden, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, heeft geconcludeerd dat het het Gerecht behage:

— de litigieuze beschikking nietig te verklaren, voor zover de Commissie daarin heeft geoordeeld dat de betrokken maatregel staatssteun inhoudt in de zin van artikel 87, lid 1, EG, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

12 De Commissie heeft geconcludeerd dat het het Gerecht behage:

— primair, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren, subsidiair, het beroep te verwerpen, en

— het Koninkrijk der Nederlanden te verwijzen in de kosten.

13 De Commissie betoogde dat het beroep tegen de litigieuze beschikking niet-ontvankelijk was. Die beschikking, waarbij de betrokken maatregel als met de gemeenschappelijke markt verenigbare staatssteun is aangemerkt, is niet vatbaar voor beroep omdat zij de belangen van het Koninkrijk der Nederlanden niet aantast.

14 Het Gerecht heeft het beroep ontvankelijk verklaard en daarbij in punt 42 van het bestreden arrest geconcludeerd dat die beschikking met zekerheid bindende rechtsgevolgen schiep. In de eerste plaats heeft het vastgesteld dat de Commissie op basis van de kwalificatie als staatssteun kon overgaan tot onderzoek van de verenigbaarheid van die maatregel met de gemeenschappelijke markt. In de tweede plaats heeft die kwalificatie geleid tot toepasselijkheid van de in verordening nr. 659/1999 voorziene procedure voor bestaande steunregelingen, met name de procedure van de artikelen 17 tot en met 19 en 21 daarvan, welk laatste artikel de lidstaten ertoe verplicht om jaarlijks een verslag in te dienen over alle bestaande steunregelingen. In de derde plaats kon die kwalificatie ook gevolgen hebben voor de toekenning van nieuwe steun op grond van de voorschriften inzake cumulatie van steun uit verschillende bronnen, zoals met name opgenomen in punt 74 van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu (PB 2001, C 37, blz. 3).

15 Ter onderbouwing van zijn vorderingen heeft het Koninkrijk der Nederlanden twee middelen aangevoerd, het ene inzake schending van artikel 87 EG en het andere inzake schending van de motiveringsplicht.

16 Met betrekking tot het eerste middel, dat uit twee onderdelen bestaat, heeft het Koninkrijk der Nederlanden, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, betoogd, dat de aan de orde zijnde maatregel geen met staatsmiddelen bekostigd financieel voordeel vormt en dat de selectiviteitsvoorwaarde van artikel 87 EG niet is vervuld ten aanzien van de begunstigden van deze maatregel.

17 Wat het eerste onderdeel van het eerste middel, inzake het ontbreken van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel, betreft, heeft het Gerecht vastgesteld dat de betrokken maatregel niet berust op rechtstreeks door de staat toegekende emissierechten.

Doordat die rechten kunnen worden verhandeld, verkrijgen zij echter een marktwaarde en de ondernemingen kunnen ze op elk moment verkopen. Bovendien kunnen ondernemingen aan een geldboete ontsnappen door emissierechten te kopen. De emissierechten, die de hoedanigheid van immateriële activa zijn toegekend, zijn om niet aan de betrokken ondernemingen ter beschikking gesteld, terwijl zij hadden kunnen worden verkocht of geveild. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft derhalve afstand gedaan van staatsinkomsten. Derhalve vormt de betrokken maatregel een voordeel voor de betrokken ondernemingen dat met staatsmiddelen is bekostigd.

18 Wat het tweede onderdeel van het eerste middel, inzake het ontbreken van selectiviteit, betreft, heeft het Gerecht geconcludeerd dat de betrokken maatregel in haar geheel bezien niet bepaalde ondernemingen of bepaalde producties in de zin van artikel 87, lid 1, EG begunstigde.

19 In de eerste plaats is het criterium voor de toepassing van de maatregel, de totale thermische capaciteit van de industriële installaties, objectief. Aangezien de betrokken maatregel betrekking heeft op de meest vervuilende ondernemingen, strookt dit objectieve criterium volgens het Gerecht met het nagestreefde doel, te weten de bescherming van het milieu, en de interne logica van het systeem.

20 In de tweede plaats wordt vastgesteld dat de situatie van de ondernemingen waarvoor dit specifieke $NO_x$-emissieplafond geldt, feitelijk en juridisch niet vergelijkbaar is met de situatie van ondernemingen waarvoor dit plafond niet geldt. De grote industriële installaties die onder deze bijzondere regeling vallen, werd, op straffe van een boete, een emissienorm of een strikte uniforme prestatienorm opgelegd die tot 2010 geleidelijk werd verlaagd. De Commissie heeft niet het bestaan aangetoond van een algemene regeling die geldt voor ondernemingen die zich in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden als de aan de betrokken maatregel onderworpen installaties, maar die niet het voordeel van de verhandelbaarheid van de $NO_x$-emissierechten biedt. De betrokken maatregel wijkt dus niet af van enige algemene regeling. De betrokken maatregel begunstigt dan ook niet bepaalde ondernemingen

of bepaalde producties in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Derhalve is het selectiviteitscriterium niet vervuld. De betrokken maatregel kan dus niet als staatssteun worden gekwalificeerd.

21 Het Gerecht heeft de litigieuze beschikking na het onderzoek van het eerste middel vernietigd en hoefde dus geen uitspraak over het tweede middel te doen.

**Procedure voor het Hof**

22 Bij beschikking van de president van het Hof van 23 december 2008 zijn de Republiek Slovenië en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland toegelaten tot interventie aan de zijde van het Koninkrijk der Nederlanden.

23 Bij beschikking van de president van het Hof van 8 mei 2009 is de Franse Republiek toegelaten tot interventie aan de zijde van het Koninkrijk der Nederlanden ter terechtzitting, indien deze plaatsvindt.

**Conclusies van partijen**

24 Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep tot nietigverklaring te verwerpen, en

— het Koninkrijk der Nederlanden te verwijzen in de kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof.

25 In zijn memorie van antwoord verzoekt het Koninkrijk der Nederlanden het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen,

— door middel van een incidentele hogere voorziening, het bestreden arrest te vernietigen, voor zover daarbij het eerste middel van die Staat, ter zake van het ontbreken van een voordeel dat wordt gefinancierd met staatsmiddelen, is afgewezen, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten die het in de procedure in eerste aanleg en in de hogere voorziening heeft gemaakt.

26 In haar memorie van antwoord verzoekt de Bondsrepubliek Duitsland het Hof:

— primair:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— door middel van een incidentele hogere voorziening, het bestreden arrest te vernietigen, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten;

— subsidiair, indien het Hof de incidentele hogere voorziening niet-ontvankelijk acht:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— ingeval het Hof de hogere voorziening van de Commissie toewijst, het bestreden arrest in zijn geheel te vernietigen, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

27 In haar memorie in interventie verzoekt de Republiek Slovenië het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

28 In zijn memorie in interventie concludeert het Verenigd Koninkrijk dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening af te wijzen, en

— de Commissie te verwijzen in de kosten die het in de procedure in eerste aanleg en in de hogere voorziening heeft gemaakt.

**Hogere voorziening**

29 Tot staving van haar hogere voorziening voert de Commissie twee middelen aan. Het eerste middel is ontleend aan schending van artikel 230 EG, betreffende de procesbevoegdheid van een lidstaat waarvan de steunmaatregel is goedgekeurd. Met het tweede middel, dat subsidiair wordt aangevoerd, stelt de Commissie dat artikel 87, lid 1, EG is geschonden met betrekking tot de begrippen „bepaalde ondernemingen" of „bepaalde producties" die in deze bepaling zijn opgenomen.

*Eerste middel*

Argumenten van partijen

30 Het eerste middel bestaat uit twee onderdelen. In het eerste onderdeel betoogt de Commissie dat de precieze formulering van het dispositief van de beschikking van de Commissie waarvan nietigverklaring is gevorderd, niet doorslaggevend is. Het Gerecht stelt in punt 47 van het bestreden arrest bovendien het dispositief van de beschikking van de Commissie in de zaak die tot voormelde beschikking Nederland/Commissie aanleiding heeft gegeven, verkeerd voor. Bijgevolg bevat punt 47 van het bestreden arrest een onjuiste voorstelling van de feiten en is het dus gebaseerd op een onjuist criterium voor ontvankelijkheid. Hoe dan ook is het in punt 47 van het bestreden arrest door het Gerecht gemaakte onderscheid tussen de in voormelde beschikking Nederland/Commissie aan de orde zijnde beschikking van de Commissie en de litigieuze beschikking irrelevant.

31 In het tweede onderdeel van het eerste middel betoogt de Commissie dat de conclusie dat op basis van de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun,

bepaalde rechtsgevolgen zijn ingetreden, onjuist is. Het is immers vaste rechtspraak dat het begrip staatssteun een objectief begrip is. De litigieuze staatssteun valt hetzij onder artikel 87, lid 1, EG, hetzij niet. De gevolgen van de litigieuze beschikking voor de betrokken lidstaat, die het Gerecht in punt 41 van het bestreden arrest beschrijft (indienen van verslagen, geen cumulatie van steun), zijn dus geen gevolgen van de stellingname van de Commissie, maar van de vraag of de betrokken maatregel onder artikel 87, lid 1, EG valt. Wat betreft de door het Gerecht ter sprake gebrachte beperkingen aan cumulatie van steun, merkt de Commissie op dat die van toepassing zouden zijn indien de betrokken maatregel steun vormde, ongeacht of de Commissie in de litigieuze beschikking heeft gesteld dat dit het geval is.

32 Het Koninkrijk der Nederlanden merkt in antwoord op het eerste onderdeel van het eerste middel op dat de litigieuze beschikking wezenlijk verschilt van de beschikking die tot voormelde beschikking Nederland/Commissie aanleiding heeft gegeven. Het Koninkrijk der Nederlanden heeft in de onderhavige procedure niet verzocht de maatregel aan de artikelen 87 EG en 88 EG te toetsen. Die lidstaat heeft integendeel de Commissie uitdrukkelijk verzocht de maatregel niet als staatssteun aan te merken. Het onderhavige beroep richt zich uitdrukkelijk tegen het dispositief van de litigieuze beschikking, anders dan in de zaak die tot voormelde beschikking Nederland/Commissie heeft geleid.

33 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het eerste middel benadrukt het Koninkrijk der Nederlanden dat alleen als de Commissie een nationale maatregel als een steunmaatregel kwalificeert, zij toekomt aan het onderzoek naar de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt. De Commissie heeft in dit verband een uitsluitende bevoegdheid. Het is die kwalificatie die een lidstaat verplicht tot het voldoen aan de uit verordening nr. 659/1999 voortvloeiende verplichtingen. Bovendien heeft de kwalificatie van een nationale maatregel als staatssteun door de Commissie ook gevolgen voor procedures bij de nationale rechter met betrekking tot vergelijkbare nationale maatregelen.

34 Voor het overige betogen ook de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Republiek Slovenië en het Verenigd Koninkrijk dat de litigieuze beschikking voor beroep vatbaar is in de zin van artikel 230 EG.

Beoordeling door het Hof

35 In het eerste middel betwist de Commissie in de eerste plaats de vaststelling van het Gerecht in punt 47 van het bestreden arrest dat de onderhavige zaak verschilt van de zaak die tot voormelde beschikking Nederland/Commissie aanleiding heeft gegeven. Het Koninkrijk der Nederlanden had in deze laatste zaak namelijk om nietigverklaring van de betrokken beschikking verzocht „voor zover de Commissie [daarin] de bijdragen aan havenautoriteiten verleend [...] aanmerkt[e] als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG", terwijl deze conclusie niet voorkwam in het dispositief van die beschikking.

36 In dit verband volgt uit punt 20 van die beschikking dat de lidstaat bij zijn aanmelding van de in die zaak aan de orde zijnde steunregeling de Commissie had gevraagd, de maatregel te toetsen aan de artikelen 87 EG en 88 EG, zodat die beschikking, gegeven krachtens artikel 87, lid 1, EG enerzijds en artikel 87, lid 3, sub c, EG anderzijds, de rechtssituatie van het Koninkrijk der Nederlanden niet aanmerkelijk kon wijzigen. In de punten 21 tot en met 24 van die beschikking heeft het Hof ook geconcludeerd dat het dispositief van de betrokken beschikking geenszins een stellingname vormde over de vraag of de havenautoriteiten ondernemingen zijn of over de economische aard van het geheel van de activiteiten van deze autoriteiten, dat deze beschikking niet vooruitliep op de vraag, hoe eventuele andere bijdragen aan de havenautoriteiten met het oog op artikel 87, lid 1, EG moesten worden gekwalificeerd, en dat het litigieuze onderdeel van de motivering van deze beschikking geen bindende rechtsgevolgen in het leven had geroepen die de belangen van het Koninkrijk der Nederlanden schaadden.

37 In casu volgt echter uit punt 8 van het bestreden arrest dat de Nederlandse autoriteiten de betrokken maatregel overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG hebben aangemeld bij de Commissie, met het verzoek om een beschikking „geen steun" te geven als bedoeld in artikel 4, lid 2, van verordening nr. 659/1999. In zijn beroep voor het Gerecht bestrijdt het Koninkrijk der Nederlanden uitdrukkelijk de afwijzing van zijn verzoek om de betrokken maatregel niet als staatssteun aan te merken alsook de motivering van de litigieuze beschikking waarbij dit verzoek is afgewezen. Bovendien volgt uit de litigieuze beschikking en uit het bestreden arrest dat de Commissie de betrokken maatregel als staatssteun heeft gekwalificeerd alvorens deze met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te verklaren.

38 Het Gerecht heeft dus geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht door de onderhavige zaak, die betrekking heeft op het uitdrukkelijke verzoek van de betrokken lidstaat dat de Commissie vaststelt dat een maatregel in overeenstemming met artikel 4, lid 2, van verordening nr. 659/1999 is vastgesteld, te onderscheiden van de zaak die tot voormelde beschikking Nederland/Commissie aanleiding heeft gegeven.

39 In de tweede plaats betwist de Commissie punt 41 van het bestreden arrest in die zin dat de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun rechtsgevolgen voor de betrokken lidstaat heeft gehad. Zij betoogt dat het begrip staatssteun een objectief begrip is en dat de door het Gerecht beschreven gevolgen geen gevolgen zijn van die kwalificatie, maar van de vraag of de betrokken maatregel onder artikel 87, lid 1, EG valt.

40 Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel, in zoverre deze binnen het toepassingsgebied van artikel 87, lid l, EG valt, geen twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking om geen bezwaar te maken in de zin van artikel 4, lid 3, van verordening nr. 659/1999 (arrest van 24 mei 2011, Commissie/Kronoply en Kronotex, C-83/09 P, Jurispr. blz. I-4441, punt 44). Het Gerecht heeft in punt 41 van het bestreden arrest terecht opgemerkt dat een dergelijke beschikking met name leidt

tot toepasselijkheid van de in verordening nr. 659/1999 voorziene procedure voor bestaande steunregelingen, in het bijzonder de procedure van de artikelen 17 tot en met 19 en 21 daarvan, welk laatste artikel de lidstaten ertoe verplicht jaarlijks een verslag in te dienen over alle bestaande steunregelingen.

41 Zoals de advocaat-generaal in de punten 24 en 27 van zijn conclusie opmerkt, heeft een onjuiste kwalificatie van een maatregel als staatssteun rechtsgevolgen voor de lidstaat die deze heeft aangemeld, aangezien deze maatregel voortdurend aan toezicht door de Commissie is onderworpen en periodiek door haar wordt gecontroleerd. De betrokken lidstaat heeft daardoor minder manoeuvreerruimte bij de uitvoering van de aangemelde maatregel.

42 Daaruit volgt noodzakelijkerwijs dat een op de leden 1 en 3 van artikel 87 EG gebaseerde beschikking die de betrokken maatregel als staatssteun aanmerkt, maar deze tegelijk met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaart, een voor beroep vatbare handeling vormt krachtens artikel 230 EG. Een dergelijke verenigbaarheidsbeschikking in de zin van artikel 87, leden 1 en 3, EG is ook definitief en is geen voorbereidende maatregel.

43 Gelet op deze overwegingen moet het eerste middel van de hogere voorziening van de Commissie worden afgewezen.

*Tweede middel*

44 De Commissie betoogt in wezen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting van het recht bij zijn analyse van de selectiviteit van de litigieuze beschikking. Met haar tweede middel betwist de Commissie de motivering van het bestreden arrest die tot de vaststelling heeft geleid dat de betrokken maatregel geen

begunstiging vormt van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties in de zin van artikel 87, lid 1, EG, alsook de vaststelling van het Gerecht dat zelfs indien de betrokken maatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigde, hij geen staatssteun zou vormen omdat hij voor het milieu gunstig is en is gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van het systeem waarvan hij deel uitmaakt.

Eerste onderdeel van het tweede middel

— Argumenten van partijen

45 In het eerste onderdeel van het tweede middel betoogt de Commissie dat de omstandigheid dat het criterium voor de toepassing van de betrokken maatregel volgens het Gerecht een objectief criterium en niet een geografisch of sectoraal criterium is, irrelevant is. In dit verband benadrukt de Commissie in het kader van een eerste argument dat de omstandigheid dat alle grote installaties aan het emissieplafond onderworpen zijn, irrelevant is omdat op grond daarvan alleen wordt aangetoond dat de litigieuze steun een steunregeling en geen individuele steunmaatregel is. Volgens de Commissie vormt de betrokken maatregel, die een beperkte groep ondernemingen, te weten ongeveer 250, betreft, een selectieve maatregel.

46 In het kader van een tweede argument betoogt de Commissie dat het Gerecht een onjuist criterium heeft gehanteerd om de selectiviteit van de betrokken maatregel vast te stellen, en aan de Commissie ten onrechte een onjuiste en onmogelijke bewijslast heeft opgelegd. Zo zou de Commissie hebben moeten bewijzen dat alle andere Nederlandse ondernemingen aan dezelfde verplichtingen als de 250 bedoelde ondernemingen waren onderworpen. De Commissie zet in dit verband uiteen dat zelfs indien geen enkele andere Nederlandse onderneming aan enige beperking inzake

uitstoot van $NO_x$ onderworpen zou zijn, de betrokken maatregel staatssteun vormt. Het Koninkrijk der Nederlanden kon namelijk een „traditionele" command-and-control-maatregel aan die 250 ondernemingen opleggen, zonder hun de mogelijkheid te bieden om in $NO_x$-emissierechten te handelen. Het aantal ondernemingen waaraan deze lidstaat een dergelijk voordeel biedt, is daarentegen beperkt, namelijk de 250 ondernemingen waarvan de geïnstalleerde capaciteit meer dan 20 MWth is. De maatregel is derhalve selectief.

47 Het Koninkrijk der Nederlanden antwoordt dat de motivering waarbij het Gerecht heeft vastgesteld dat de betrokken maatregel objectief is, zonder geografische of sectorale raakvlakken, niet aan de orde kan worden gesteld in het stadium van de hogere voorziening met het oog op vernietiging van de vaststelling van het Gerecht dat de betrokken maatregel niet-selectief is. Het argument van de Commissie is dus niet-ontvankelijk. Het Gerecht haalt dit punt enkel aan als een feitelijke vaststelling en niet als een dragende grond van zijn oordeel over selectiviteit. Inzake de vergelijking tussen de Nederlandse ondernemingen die niet onder de betrokken regeling vallen en de 250 ondernemingen die wel $NO_x$-emissierechten kunnen verhandelen, zet het Koninkrijk der Nederlanden in de eerste plaats uiteen dat aan deze laatste ondernemingen, die over grote industriële installaties beschikken, extra verplichtingen zijn opgelegd. Deze extra verplichtingen zorgen ervoor dat het regime op het gebied van de uitstoot van $NO_x$ voor die ondernemingen wezenlijk verschilt van dat voor de overige ondernemingen.

48 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is het duidelijk dat de objectiviteitsmaatstaf voor het Gerecht een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde is voor de vaststelling dat er geen sprake is van selectiviteit van een maatregel. Beslissend is het effect van de maatregel. Het Hof neemt selectiviteit alleen aan wanneer de maatregel ondanks zijn objectieve vorm feitelijk selectief werkt. Dit blijkt ook uit de door de Commissie genoemde arresten. Het Gerecht heeft in casu vastgesteld dat de 250 aan het systeem van verhandelbare emissierechten deelnemende ondernemingen niet in een rechtens en feitelijk met andere ondernemingen vergelijkbare situatie verkeren. De Bondsrepubliek Duitsland is van mening dat het aan de Commissie staat om aan

te tonen dat andere ondernemingen in een met de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is vergelijkbare situatie onder dezelfde normen voor de uitstoot van $NO_x$ vallen, maar van de emissiehandel zijn uitgesloten. Het gaat er enkel om of de betrokken maatregel een uitzondering vormt op een algemenere regel.

49 Volgens de Republiek Slovenië geldt als criterium voor de beoordeling van de selectiviteit van een maatregel of deze van toepassing is op alle ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. Die lidstaat is van mening dat het aan de orde zijnde stelsel de bescherming van het milieu tot doel heeft en met de concrete kenmerken van de grote vervuilers rekening houdt om dit doel te bereiken. Aan vervuilende ondernemingen wordt een zwaardere financiële last opgelegd dan aan de overige ondernemingen en hun rechtssituatie wordt anders geregeld.

— Beoordeling door het Hof

50 Volgens vaste rechtspraak kan de omstandigheid dat het aantal ondernemingen dat op een maatregel aanspraak kan maken erg groot is, of dat deze ondernemingen tot verschillende sectoren van activiteit behoren, niet volstaan om te betwisten dat deze maatregel selectief is en bijgevolg de kwalificatie ervan als staatssteun weg te nemen (arresten van 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, Jurispr. blz. I-3671, punt 32; 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, C-143/99, Jurispr. blz. I-8365, punt 48, en 13 februari 2003, Spanje/Commissie, C-409/00, Jurispr. blz. I-1487, punt 48). De omstandigheid dat een overheidsmaatregel door objectieve, horizontaal van toepassing zijnde criteria wordt bepaald, doet evenmin af aan de selectiviteit van de maatregel, aangezien dat enkel aantoont dat de litigieuze steun geen individuele steunmaatregel vormt, maar een steunregeling (zie in die zin arrest Spanje/Commissie, reeds aangehaald, punt 49).

51 Artikel 87, lid 1, EG definieert de maatregelen van de staten namelijk aan de hand van hun gevolgen, en dus onafhankelijk van de technieken die worden gebruikt om hun maatregelen uit te voeren (zie arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie, C-487/06 P, Jurispr. blz. I-10505, punt 89).

52 Bovendien bevestigt het Gerecht in de punten 84 en 86 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar de punten 34 en 41 van voormeld arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, terecht dat een overheidsmaatregel slechts steun vormt indien hij bepaalde ondernemingen of bepaalde producties kan begunstigen ten opzichte van andere ondernemingen die zich in een feitelijk en rechtens vergelijkbare situatie bevinden, gelet op de doelstelling van de betrokken maatregel.

53 In punt 88 van het bestreden arrest stelt het Gerecht vast dat „[h]et criterium voor de toepassing van de betrokken maatregel [...] dus objectief [is], zonder geografische of sectorale raakvlakken. Aangezien de betrokken maatregel betrekking heeft op de meest vervuilende ondernemingen, strookt dit objectieve criterium bovendien ook met het nagestreefde doel, te weten de bescherming van het milieu, en de interne logica van het systeem."

54 Het Gerecht heeft echter in punt 89 van het bestreden arrest ook opgemerkt dat „alleen aan de ondernemingen die onder deze regeling vallen, op straffe van een boete, een emissienorm of een strikte uniforme [prestatie]norm [Performance Standard Rate (PSR)] [wordt] opgelegd die tot 2010 geleidelijk zal worden verlaagd". Het heeft zijn analyse vervolgens in de punten 91 en volgende voortgezet met in wezen de uiteenzetting dat de Commissie in de litigieuze beschikking niet heeft aangetoond dat andere ondernemingen dan die waarop de betrokken maatregel van toepassing is, aan lasten zijn onderworpen die gelijkwaardig zijn met die welke uit de betrokken maatregel voortvloeien, en dus konden worden geacht zich in een met de ondernemingen die onder de betrokken maatregel vallen vergelijkbare situatie te bevinden. Op basis van al die overwegingen heeft het Gerecht in punt 96 van het bestreden arrest geconcludeerd dat de betrokken maatregel niet bepaalde ondernemingen begunstigt.

55 Uit de punten 84 tot en met 96 van het bestreden arrest in hun geheel gelezen, volgt dus dat het Gerecht niet heeft geconcludeerd, zoals de Commissie betoogt, dat de toepassing van het objectieve criterium inzake de geïnstalleerde totale thermische capaciteit van meer dan 20 MWth van de betrokken ondernemingen volstaat om de stelling van de Commissie dat de betrokken maatregel selectief is, af te wijzen. Het Gerecht stelt immers vast dat deze maatregel zonder verdere geografische of sectorale overwegingen voor grote ondernemingen geldt. Die feitelijke vaststellingen van het Gerecht over de objectiviteit van de maatregel versterken zijn redenering dat de betrokken maatregel niet selectief is, aangezien een maatregel die op basis van subjectieve criteria wordt toegepast, per definitie selectief is. Gepreciseerd moet worden dat het Gerecht zich niet uitsluitend op die vaststellingen baseert om te concluderen dat deze maatregel niet selectief is.

56 Anders dan de Commissie betoogt, heeft het Gerecht bijgevolg niet vastgesteld dat de betrokken maatregel niet selectief in de zin van artikel 87, lid 1, EG is om de enkele reden dat de maatregel op een objectief criterium berustte.

57 Het eerste argument van het eerste onderdeel van het tweede middel van de Commissie dient dan ook te worden afgewezen.

58 In het kader van het tweede argument van het eerste onderdeel van het tweede middel stelt de Commissie de overwegingen van het Gerecht in de punten 89 tot en met 96 van het bestreden arrest aan de orde en betoogt zij in wezen dat het Gerecht een onjuist criterium toepast op grond waarvan de Commissie gegevens had moeten voorleggen waaruit bleek dat alle overige ondernemingen in de betrokken lidstaat aan dezelfde verplichtingen waren onderworpen als die welke de betrokken maatregel oplegde. Volgens de Commissie heeft het Gerecht haar een buitensporige en overbodige bewijslast opgelegd, aangezien uit de litigieuze beschikking en het bestreden arrest duidelijk blijkt dat alle ondernemingen in Nederland aan beperkingen op het gebied van $NO_x$-emissies zijn onderworpen. De Commissie is van mening dat het Koninkrijk der Nederlanden nooit heeft geargumenteerd dat de betrokken maatregel niet selectief is omdat de overige ondernemingen niet aan dezelfde of vergelijkbare verplichtingen zijn onderworpen.

59 Vooraf dient in herinnering te worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak uit artikel 225 EG en uit artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie volgt dat het Hof niet bevoegd is om de feiten vast te stellen noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht daarvoor in aanmerking heeft genomen. Wanneer deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het immers uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de bewijzen (zie arresten van 18 maart 2010, Trubowest Handel en Makarov/Raad en Commissie, C-419/08 P, Jurispr. blz. I-2259, punten 30 en 31, en 2 september 2010, Commissie/Deutsche Post, C-399/08 P, Jurispr. blz. I-7831, punt 63).

60 Wat de procesregels voor de bewijslast en de bewijsvoering betreft, is het Hof echter krachtens voormelde rechtspraak bevoegd om in het kader van de hogere voorziening te onderzoeken of het aan de Commissie staat om aan te tonen dat de betrokken maatregel selectief is.

61 Het is namelijk vaste rechtspraak dat de kwalificatie als steun vereist dat is voldaan aan alle in artikel 87, lid 1, EG bedoelde voorwaarden (arrest van 15 juli 2004, Pearle e.a., C-345/02, Jurispr. blz. I-7139, punt 32 en aangehaalde rechtspraak). Zoals in punt 52 van het onderhavige arrest is opgemerkt, heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat een door een lidstaat verleend economisch voordeel slechts steun vormt indien het bepaalde ondernemingen of bepaalde producties begunstigt.

62 Om aan te tonen dat de betrokken maatregel selectief op bepaalde ondernemingen of bepaalde producties van toepassing is, dient de Commissie dus te bewijzen dat deze maatregel onderscheid maakt tussen ondernemingen die zich ten aanzien van het doel van de betrokken maatregel in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. Er dient echter ook op te worden gewezen dat maatregelen waarmee tussen

ondernemingen onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de lasten, niet vallen onder het begrip steun wanneer dat onderscheid voortvloeit uit de aard en de opzet van het betrokken lastenstelsel (arrest Hof van 29 april 2004, Nederland/Commissie, C-159/01, Jurispr. blz. I-4461, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het staat aan de lidstaat die dit onderscheid tussen ondernemingen inzake lasten heeft gemaakt, te bewijzen dat dit daadwerkelijk gerechtvaardigd is door de aard en de opzet van het betrokken stelsel (arrest Nederland/Commissie, reeds aangehaald, punt 43).

63 Zoals de Commissie in punt 3.1 van de litigieuze beschikking opmerkt, behoren de ondernemingen die aan het „dynamic-cap"-systeem deelnemen, tot een specifieke groep van grote industriële ondernemingen die in de handel tussen lidstaten actief zijn en een voordeel ontvangen dat niet voor andere ondernemingen beschikbaar is. Die ondernemingen ontvangen immers een voordeel dat bestaat in het feit dat zij de economische waarde van de emissiereducties die zij realiseren te gelde kunnen maken door deze in verhandelbare emissierechten om te zetten of, in voorkomend geval, geen geldboeten hoeven te betalen wanneer zij de door de nationale autoriteiten vastgestelde $NO_x$-emissiegrens per eenheid energie overschrijden, door dergelijke emissierechten te kopen van andere ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is (zie in dit verband punten 92-96 van het onderhavige arrest), terwijl de overige ondernemingen die mogelijkheden niet hebben. Dit volstaat in beginsel om aan te tonen dat het Koninkrijk der Nederlanden een onderscheid tussen ondernemingen ten aanzien van de lasten heeft gemaakt in de zin van de in punt 61 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak.

64 Partijen zijn het er namelijk over eens, zoals zij ter terechtzitting hebben bevestigd, dat elke onderneming waarvan de verrichtingen $NO_x$-emissies teweegbrengen, aan verplichtingen inzake de beperking of de vermindering van die emissies moet voldoen, ongeacht of zij onder de betrokken maatregel valt. Om de aldus krachtens de nationale wetgeving op hen rustende verplichtingen te vervullen, hebben alleen de ondernemingen waarop de betrokken maatregel betrekking heeft, de in het voorgaande punt beschreven mogelijkheden. Zij hebben dus een voordeel dat andere ondernemingen in een vergelijkbare situatie niet genieten.

65 In dit verband dient te worden opgemerkt dat de Commissie haar beschikking niet nader hoefde toe te lichten. In het geval van een steunprogramma behoeft zij slechts de kenmerken van het betrokken programma te onderzoeken om in de motivering van haar beschikking te beoordelen of het programma op grond van de erin vastgestelde modaliteiten de begunstigden een merkbaar voordeel verschaft ten opzichte van hun concurrenten en voornamelijk ten goede komt aan ondernemingen die deelnemen aan het intracommunautaire handelsverkeer (zie arrest van 7 maart 2002, Italië/Commissie, C-310/99, Jurispr. blz. I-2289, punt 89).

66 Bijgevolg heeft het Gerecht, door in de punten 92 en 93 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie geen enkel nauwkeurig gegeven had verstrekt waaruit bleek dat de twee in punt 64 van het onderhavige arrest vermelde categorieën ondernemingen aan verplichtingen van dezelfde aard waren onderworpen en zich dus in een vergelijkbare situatie bevonden, blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het recht ter zake van de op de Commissie rustende bewijslast.

67 In casu kan dus worden volstaan met de opmerking dat de litigieuze beschikking de selectiviteitsvoorwaarde waaraan een maatregel moet voldoen om staatssteun te vormen, duidelijk aangeeft, en op het concrete geval toepast. De Commissie heeft vermeld dat er in de betrokken lidstaat wetten inzake het milieubeheer en de luchtvervuiling bestaan die de betrokken maatregel niet omvatten. Bovendien heeft zij rekening gehouden met het feit dat andere Nederlandse ondernemingen dan de 250 grote installaties waarop de betrokken maatregel van toepassing is, ook aan bepaalde eisen inzake $NO_x$-emissie moeten voldoen.

68 Uit het voorgaande volgt dat het eerste onderdeel van het tweede middel moet worden aanvaard.

Tweede onderdeel van het tweede middel

— Argumenten van partijen

69 In het tweede onderdeel van het tweede middel betoogt de Commissie dat noch het doel van milieubescherming van de betrokken maatregel, noch de aard of de algemene opzet van het stelsel waarvan deze maatregel deel uitmaakt, meebrengen dat deze geen staatssteun vormt.

70 In de eerste plaats herinnert de Commissie aan de rechtspraak van het Hof dat artikel 87, lid 1, EG geen onderscheid maakt naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten om te bepalen of de overheidsmaatregel staatssteun vormt, maar ziet naar hun gevolgen. De Commissie preciseert dat indien het mogelijk zou zijn om het doel van milieubescherming aan te voeren, dit afbreuk zou doen aan de taak van de Commissie om te onderzoeken of de steun de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt niet zodanig verandert dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad.

71 In de tweede plaats verwijt de Commissie het Gerecht dat het de betrokken maatregel gerechtvaardigd heeft geacht door de aard of de algemene opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt. Volgens de Commissie is die uitlegging onjuist, aangezien het Gerecht eerst heeft geconcludeerd dat de Commissie niet heeft bewezen dat er een algemeen stelsel bestaat dat aantoont dat de betrokken maatregel bepaalde ondernemingen in de zin van artikel 87, lid 1, EG begunstigt. Bovendien staat het volgens de Commissie aan de lidstaat om aan te tonen dat een dergelijke maatregel door de aard of de algemene opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt wordt gerechtvaardigd. In casu heeft het Koninkrijk der Nederlanden dit niet aangetoond.

72 Met een beroep op het arrest van 6 september 2006, Portugal/Commissie (C-88/03, Jurispr. blz. I-7115), betoogt de Commissie dat uit de aard en de algemene opzet van

een ruimer stelsel waarbij beperkingen aan de $NO_x$-uitstoot worden gesteld, niet voortvloeit dat ondernemingen die onder de betrokken maatregel vallen, $NO_x$-emissierechten moeten kunnen verhandelen. Evenals het Hof in voormeld arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, is de Commissie van mening dat alle $NO_x$-emissiereducties het milieu ten goede komen, ongeacht de bron van die reducties, dat wil zeggen een thermische capaciteit van de installaties van minder of meer dan 20 MWth.

73 Het Koninkrijk der Nederlanden antwoordt dat dit middel is gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Volgens die lidstaat is het Gerecht niet van oordeel dat het nagestreefde doel van milieubescherming aan de betrokken maatregel het karakter van staatssteun ontneemt. Deze vaststellingen waren subsidiair. Hoe dan ook meent het Koninkrijk der Nederlanden dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat — gesteld dat al sprake zou zijn van een algemene regeling — het tussen de ondernemingen gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is, aangezien dit enkel is gebaseerd op de hoeveelheid $NO_x$-emissies en de specifieke reductienorm waaraan ondernemingen met grote hoeveelheden emissies zijn onderworpen. Het criterium van de betrokken maatregel, te weten de hoeveelheid emissies, vindt zijn rechtvaardiging in de aard en de opzet van een algemeen stelsel dat ziet op de vermindering van de luchtverontreiniging.

— Beoordeling door het Hof

74 Het Gerecht heeft in punt 99 van het bestreden arrest vastgesteld dat „de keuze van de begunstigde ondernemingen wordt gerechtvaardigd door de aard en de opzet van het stelsel, gegeven de hoge $NO_x$-emissies van de ondernemingen en de specifieke reductienorm waaraan zij zijn onderworpen" en dat „overwegingen van ecologische orde rechtvaardigen dat een onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemingen met aanzienlijke $NO_x$-emissies en de overige ondernemingen". Het Gerecht heeft vastgesteld dat „dit objectieve criterium bovendien ook [strookt] met het nagestreefde doel, te weten de bescherming van het milieu, en de interne logica van het systeem".

75 Volgens vaste rechtspraak maakt artikel 87, lid 1, EG geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de overheidsmaatregelen, maar definieert het deze op basis van hun gevolgen. Ofschoon de bescherming van het milieu een van de wezenlijke doelstellingen van de Europese Gemeenschap is, rechtvaardigt de noodzaak om met die doelstelling rekening te houden, niet dat selectieve maatregelen worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, EG, daar met milieudoelstellingen hoe dan ook zinvol rekening kan worden gehouden bij de toetsing van de verenigbaarheid van de staatssteunmaatregel met de gemeenschappelijke markt op grond van artikel 87, lid 3, EG (reeds aangehaalde arresten Spanje/Commissie, punt 46, en British Aggregates/Commissie, punt 92).

76 In casu volstaan de grote $NO_x$-emissies van de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is, en de specifieke reductienorm waaraan deze ondernemingen moeten voldoen, niet om de kwalificatie van deze maatregel als selectieve maatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG uit te sluiten. Zoals de advocaat-generaal in punt 55 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan een dergelijk onderscheid tussen ondernemingen dat is gebaseerd op een kwantitatief criterium, te weten het criterium inzake de geïnstalleerde totale thermische capaciteit van meer dan 20 MWth, namelijk niet worden geacht inherent te zijn aan een stelsel dat erop is gericht industriële verontreinigingen te verminderen, en op zich dus niet worden geacht te zijn gerechtvaardigd door ecologische overwegingen alleen.

77 Bovendien dient in herinnering te worden gebracht dat de lidstaat die een dergelijk onderscheid tussen ondernemingen heeft gemaakt, dient te bewijzen dat het daadwerkelijk gerechtvaardigd is door de aard en de opzet van het betrokken stelsel (zie in die zin arrest Nederland/Commissie, reeds aangehaald, punt 43).

78 Het onderscheidingscriterium dat de aan de orde zijnde nationale wetgeving gebruikt, te weten de thermische capaciteit van de installaties van meer dan 20 MWth, wordt dan ook niet gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van deze wetgeving en kan dus niet afdoen aan de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun.

79 Gelet op het voorgaande dient ook het tweede onderdeel van het tweede middel en dus het tweede middel in zijn geheel te worden aanvaard.

**Incidentele hogere voorzieningen**

80 Aangezien het Hof de hogere voorziening van de Commissie toewijst, moeten de incidentele hogere voorzieningen van het Koninkrijk der Nederlanden en de Bondsrepubliek Duitsland worden onderzocht.

81 Die twee lidstaten voeren een identiek middel aan over de onjuiste opvatting van het recht waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven door te oordelen dat de betrokken maatregel als een met staatsmiddelen bekostigd voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG moet worden beschouwd.

82 Dat middel bestaat uit twee onderdelen. Het eerste heeft betrekking op de redenering van het Gerecht in de punten 63 tot en met 74 van het bestreden arrest, volgens welke de in de betrokken maatregel voorziene verhandelbaarheid van de emissierechten een voordeel oplevert voor de ondernemingen die aan de $NO_x$-emissienorm zijn onderworpen, en het tweede betreft de redenering van het Gerecht in de punten 74 tot en met 77 van dat arrest, volgens welke de betrokken maatregel voor de betrokken ondernemingen een met staatsmiddelen bekostigd voordeel vormt.

*Eerste onderdeel van het enige middel*

Argumenten van partijen

83 In het kader van het eerste onderdeel van het enige middel meent het Koninkrijk der Nederlanden dat de betrokken maatregel uitgaat van de vaststelling van een extra emissienorm voor bepaalde ondernemingen. Het aantal te verhandelen credits is dus niet van tevoren bepaald en is geheel afhankelijk van de extra reductie die ondernemingen ten opzichte van de norm hebben weten te realiseren. Het benadrukt dat de boete voor het overschrijden van de voorgeschreven norm een aanvullende sanctie is die geen alternatief vormt voor het inleveren van de ontbrekende emissiecredits. Onjuist is bovendien de vaststelling van het Gerecht in punt 70 van het bestreden arrest dat alle ondernemingen waarvoor dat stelsel geldt, deze rechten op elk moment kunnen verkopen.

84 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland kunnen de betrokken ondernemingen pas een financieel voordeel in de vorm van een verhandelbaar recht verkrijgen door de inspanningen die zij leveren om hun emissies te verminderen, hetgeen een tegenprestatie met adequate waarde voor de verhandelbare certificaten vormt. In dit verband herinnert die lidstaat aan de negatieve gevolgen van de betrokken maatregel voor ondernemingen die de toegestane emissiehoeveelheden niet kunnen eerbiedigen. Een boven de grenswaarde uitgaande emissiehoeveelheid wordt belast met kosten voor de aankoop van op de markt verkregen emissierechten, of met een geldboete. Een verhandelbaar recht en het daarmee verbonden economische voordeel kunnen de ondernemingen pas verkrijgen wanneer zij erin slagen hun emissiehoeveelheden te verminderen tot beneden het toegestane maximum.

85 De Bondsrepubliek Duitsland is van mening dat de inspanningen van de ondernemingen om hun emissies te verminderen, de tegenprestatie van dat verhandelbare goed vormen en dat de waarde van dat goed per definitie geen voordeel is. Bovendien

doet het begrip emissiecredits als „future bonds" niet af aan de op de ondernemingen rustende verplichting om de emissiedoelstellingen in acht te nemen en is per definitie niet steeds voordelig.

Beoordeling door het Hof

86 Artikel 87, lid 1, EG definieert staatssteun als steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. Het begrip staatssteun in de zin van deze bepaling heeft een algemenere strekking dan het begrip subsidie, omdat het niet alleen positieve prestaties omvat zoals de subsidie zelf, maar ook maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en daardoor — zonder nog subsidies in de strikte zin van het woord te zijn — van gelijke aard zijn en identieke gevolgen hebben. Onder de indirecte voordelen met hetzelfde effect als subsidies valt de levering van goederen of diensten tegen preferentiële tarieven (zie arresten van 14 september 2004, Spanje/Commissie, C-276/02, Jurispr. blz. I-8091, punt 24, en 1 juli 2008, Chronopost en La Poste/UFEX e.a., C-341/06 P en C-342/06 P, Jurispr. blz. I-4777, punt 123).

87 Bovendien worden ook als staatssteun beschouwd de maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen (zie arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punt 84 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 Gelet op de aangehaalde rechtspraak moet worden vastgesteld dat de verhandelbaarheid van de $NO_x$-emissierechten vooral afhangt van de omstandigheid dat de staat de verkoop van deze rechten toestaat en de ondernemingen die te veel $NO_x$ hebben uitgestoten, de mogelijkheid biedt om de ontbrekende emissierechten van andere ondernemingen te kopen en daardoor instemt met de totstandbrenging van een markt voor die rechten (zie ook de punten 64, 65 en 87-96 van het onderhavige arrest). Dit volgt ook uit punt 70 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht terecht heeft geconcludeerd dat het Koninkrijk der Nederlanden die emissierechten een marktwaarde verleent door ze verhandelbaar te maken.

89 De argumenten dat de verhandelbaarheid van die rechten een tegenprestatie, tegen de marktprijs, vormt voor de inspanningen die de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is, leveren om hun $NO_x$-emissie te beperken, moeten overeenkomstig de in punt 86 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak worden afgewezen omdat de kosten in verband met de vermindering van die emissie behoren tot de lasten die normaliter op het budget van een onderneming drukken.

90 Met betrekking tot de argumenten dat de verhandelbaarheid van die rechten niet als een concreet voordeel voor de betrokken ondernemingen kan worden beschouwd omdat de markt onvoorspelbaar is, dient te worden vastgesteld dat de omstandigheid dat deze ondernemingen kunnen kiezen tussen de kosten in verband met de verkrijging van emissierechten en de kosten in verband met maatregelen ter vermindering van de uitstoot van $NO_x$, voor deze ondernemingen een voordeel vormt. Bovendien vormt de mogelijkheid voor de ondernemingen waarop de betrokken maatregel betrekking heeft, om alle emissierechten te verhandelen en niet alleen de credits die aan het eind van het jaar beschikbaar zijn geworden uit het positieve verschil tussen de feitelijke emissies en de toegestane emissies, een extra voordeel voor deze ondernemingen. Deze laatste ondernemingen kunnen namelijk over liquiditeit beschikken door de emissierechten te verkopen voordat is voldaan aan de voorwaarden voor definitieve toewijzing ervan, los van het feit dat voor hen een plafond geldt, en ondernemingen die de voorgeschreven emissienorm overschrijden moeten het overschot het volgende jaar compenseren.

91 Bijgevolg moet de betrokken maatregel, die de verhandelbaarheid van die emissierechten meebrengt, worden geacht een economisch voordeel te vormen dat de begunstigde ondernemingen in normale marktomstandigheden niet zouden hebben verkregen.

92 Het Koninkrijk der Nederlanden betwist overigens de vaststelling in punt 73 van het bestreden arrest, dat de betrokken maatregel ondernemingen die meer $NO_x$ dan de vastgestelde emissienorm hebben geëmitteerd en waarvan het saldo dus negatief is aan het eind van het jaar, de mogelijkheid biedt aan een boete te ontkomen door emissierechten te kopen van ondernemingen met een emissieoverschot.

93 In dit verband betoogt het Koninkrijk der Nederlanden dat de boete voor het overschrijden van de voorgeschreven norm een aanvullende sanctie is die geen alternatief vormt voor het inleveren van de ontbrekende emissiecredits.

94 In casu wordt met de argumenten van het Koninkrijk der Nederlanden in de hogere voorziening niet nauwkeurig en afdoende de vaststelling van het Gerecht aan de orde gesteld dat de betrokken maatregel de betrokken ondernemingen de mogelijkheid biedt om vóór het eind van het jaar — aangezien de emissiegrenswaarden op jaarbasis zijn vastgesteld — emissiecredits op de markt te kopen. Een dergelijke vaststelling houdt in dat bepaalde ondernemingen alvorens de nationale autoriteiten verifiëren of de toepasselijke grenswaarde in acht is genomen, gebruikmaken van de mogelijkheid om de ontbrekende emissierechten te kopen en bijgevolg voorkomen dat zij de emissienorm overschrijden en dus een geldboete moeten betalen.

95 Het argument van het Koninkrijk der Nederlanden waarbij aan de orde wordt gesteld de vaststelling van het Gerecht in punt 73 van het bestreden arrest dat de ondernemingen aan de betaling van een boete kunnen ontkomen door emissierechten te kopen, kan dan ook niet worden aanvaard.

96 Het eerste onderdeel van het enige middel, inzake de onjuiste uitlegging en toepassing van het begrip voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG, moet bijgevolg worden afgewezen.

*Tweede onderdeel van het enige middel*

Argumenten van partijen

97 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het enige middel, inzake het begrip met staatsmiddelen bekostigd, betwist het Koninkrijk der Nederlanden de vaststellingen van het Gerecht in de punten 75 tot en met 77 van het bestreden arrest. In het bijzonder is deze lidstaat van mening dat het Gerecht het begrip met staatsmiddelen bekostigd zoals het Hof dit in het arrest van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099) heeft toegepast, verkeerd heeft uitgelegd. Voor de betrokken maatregel is doorslaggevend of er sprake is van een rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen als gevolg van de verdeling van de extra financiële last tussen de ondernemingen. Aangezien de voorgeschreven emissienorm een extra last is voor de betrokken ondernemingen, dient de betrokken maatregel tot „verevening" enkel om het de betrokken ondernemingen mogelijk te maken om zelf de met deze norm verbonden extra last tussen die ondernemingen te verdelen.

98 Volgens het Koninkrijk der Nederlanden is de boete voor het overschrijden van de voorgeschreven norm een aanvullende sanctie die geen alternatief vormt voor het inleveren van de ontbrekende emissiecredits. Het enkele feit dat de waarde van de credits volgt uit wetgeving betekent niet dat is voldaan aan het vereiste dat die credits met staatsmiddelen zijn bekostigd. In dupliek preciseert deze lidstaat dat het feit dat de staat boete-inkomsten misloopt omdat de ondernemingen aan hun verplichtingen

voldoen, geen relevante factor kan zijn in een staatssteuntoets. Voorts volstaat het enkele feit dat een ander emissiehandelssysteem inkomsten voor de lidstaat kan genereren, niet voor de vaststelling dat deze staat inkomsten derft in de zin van artikel 87 EG wanneer hij niet voor dit alternatieve systeem heeft gekozen.

99 Ook de Bondsrepubliek Duitsland betwist de vaststelling van het Gerecht dat het in geding zijnde systeem van verhandelbare emissierechten een voordeel voor de betrokken ondernemingen dat met staatsmiddelen is bekostigd vormt. In het Nederlandse model moeten alle ondernemingen dezelfde verplichtingen inzake een grenswaarde nakomen. Of er certificaten op de markt zijn en hoeveel, hangt af van de wijze hoe de ondernemingen hun emissieverplichtingen nakomen. Ondernemingen creëren zelf hun eigen activa. Indien een onderneming de grenswaarde overschrijdt, wordt zij belast met kosten voor de aankoop van op de markt verkregen emissierechten, of met een geldboete. Een verhandelbaar recht en het daarmee verbonden economische voordeel kunnen de ondernemingen pas verkrijgen wanneer zij erin slagen hun emissiehoeveelheden te verminderen tot beneden het toegestane maximum.

100 Bovendien gaat volgens de Bondsrepubliek Duitsland de gelijkstelling van de kosteloze toekenning van emissierechten met de vervreemding van goederen door de overheid, gelet op het toepasselijke beginsel van het markteconomisch handelen van de particuliere investeerder, mank. De staat stelt met het systeem van verhandelbare emissierechten een normatief regelingskader ter beschikking.

101 Die lidstaat betoogt dat de verkoopprijs niet kan worden voorspeld en dat de mogelijkheid om vervroegd te verkopen, geen definitief voordeel is. Voor het niet invorderen van de geldboete is enkel vereist dat de onderneming de grenswaarden niet overschrijdt. Het bijkopen van emissierechten van „overachievers" gebeurt met eigen

middelen van de onderneming en is economisch gezien een equivalent van de mogelijkheid om de emissies zelfstandig onder de toegestane grenswaarden te brengen. Er is geen sprake van afstand van inkomsten door de staat.

Beoordeling door het Hof

102 In punt 75 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het Koninkrijk der Nederlanden, door de $NO_x$-emissierechten om niet aan de betrokken ondernemingen ter beschikking te stellen, terwijl zij hadden kunnen worden verkocht of geveild, en door een regeling in te voeren die in de mogelijkheid voorziet om die rechten op de markt te verhandelen, zij het met inachtneming van een plafond, aan deze rechten de hoedanigheid van immateriële activa heeft toegekend, en afstand heeft gedaan van staatsinkomsten.

103 Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen voordelen enkel als steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG worden beschouwd indien zij rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd en aan de staat kunnen worden toegerekend (arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

104 Niet in alle gevallen behoeft te worden aangetoond dat staatsmiddelen zijn overgedragen om het aan een of meer ondernemingen verleende voordeel als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG te kunnen aanmerken (zie arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 36).

105 Overigens betekent het in deze bepaling gemaakte onderscheid tussen „steunmaatregelen van de staten" en steunmaatregelen „met staatsmiddelen bekostigd" niet dat

alle door een staat verleende voordelen steunmaatregelen zijn, ongeacht of zij met staatsmiddelen worden gefinancierd, maar wil het alleen zeggen dat dit begrip zowel de voordelen betreft die rechtstreeks door de staat worden toegekend als die welke worden toegekend door een van overheidswege ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam (arrest PreussenElektra, reeds aangehaald, punt 58, en arrest van 5 maart 2009, UTECA, C-222/07, Jurispr. blz. I-1407, punt 43).

106 In casu zou een dergelijk door de nationale wetgever toegekend voordeel, te weten de verhandelbaarheid van de $NO_x$-emissierechten, een extra last voor de overheid met zich kunnen brengen in de vorm van met name een vrijstelling van de verplichting tot betaling van geldboeten of andere financiële sancties (zie in die zin arrest van 17 juni 1999, Piaggio, C-295/97, Jurispr. blz. I-3735, punt 42). Door de invoering van het „dynamic-cap"-systeem heeft het Koninkrijk der Nederlanden de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is, immers de mogelijkheid geboden om emissierechten te kopen om aan de betaling van een boete te ontkomen. Bovendien heeft dat systeem tot gevolg dat er, zonder concrete tegenprestatie voor de staat, emissierechten worden gecreëerd die verhandelbaar zijn en dus een economische waarde hebben. De lidstaat had dergelijke rechten kunnen verkopen, in voorkomend geval kunnen veilen, indien hij die regeling anders vorm had gegeven (zie in dit verband de punten 63, 64 en 86-96 van het onderhavige arrest).

107 De voorgelegde argumenten doen dan ook niet af aan de vaststelling van het Gerecht in punt 75 van het bestreden arrest dat de betrokken ondernemingen hun emissierechten vrij kunnen verkopen, zij het met inachtneming van een plafond. Zoals de advocaat-generaal in punt 87 van zijn conclusie heeft opgemerkt, doet een lidstaat, wanneer hij van deze emissierechten verhandelbare immateriële zaken maakt en ze om niet ter beschikking stelt van de betrokken ondernemingen in plaats van deze rechten te verkopen of te veilen, namelijk afstand van overheidsinkomsten.

108 Bovendien blijkt uit de omstandigheid dat een dergelijke maatregel de ondernemingen in staat stelt om de overschotten en de tekorten ten opzichte van de opgelegde norm onder elkaar te compenseren en dat die maatregel een wettelijk kader creëert

om de emissie van $NO_x$ te beperken op een wijze die voor de ondernemingen met grote installaties rendabel is, dat de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is, over een andere mogelijkheid beschikken dan het betalen van een boete aan de staat.

109 Wat de argumenten op basis van voormeld arrest PreussenElektra betreft, heeft het Gerecht terecht een onderscheid gemaakt tussen de in dat arrest aan de orde zijnde zaak en de onderhavige zaak. In dat arrest is verklaard dat een regeling van een lidstaat waardoor enerzijds particuliere elektriciteitsbedrijven verplicht worden om elektriciteit af te nemen die in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd, tegen minimumprijzen die hoger zijn dan de werkelijke economische waarde van dit soort elektriciteit, en waardoor anderzijds de uit deze verplichting voortvloeiende financiële last wordt verdeeld tussen deze elektriciteitsbedrijven en de toeleverende particuliere elektriciteitsnetexploitanten, geen steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt.

110 Het Hof heeft in dat arrest vastgesteld dat zelfs indien de financiële last van de afnameverplichting tegen minimumprijzen negatieve gevolgen kon hebben voor de economische resultaten van de aan die verplichting onderworpen ondernemingen en tot een daling van de belastingontvangsten van de staat kon leiden, dit gevolg inherent was aan een dergelijke regeling en niet kon worden beschouwd als een middel om de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen een bepaald voordeel ten laste van de staat te verlenen.

111 Integendeel, in casu kan die afstand, zoals de advocaat-generaal in punt 92 van zijn conclusie heeft opgemerkt, niet worden geacht „inherent" te zijn aan elk instrument voor regulering van de emissies van luchtverontreinigende stoffen door middel van een systeem van verhandelbare emissierechten. De staat heeft, wanneer hij gebruikmaakt van dergelijke instrumenten, in beginsel immers de keuze tussen de toekenning om niet dan wel de vervreemding of veiling van die rechten. Bovendien bestaat er in casu een voldoende rechtstreeks verband tussen de betrokken maatregel en de inkomstenderving, terwijl er in voormelde zaak PreussenElektra geen verband bestond tussen de oplegging van de aankoopverplichting en de eventuele vermindering

van belastinginkomsten. De feiten in de twee zaken zijn dus niet vergelijkbaar en de door het Hof in voormeld arrest PreussenElektra gekozen oplossing kan dan ook niet worden toegepast in de onderhavige zaak.

112 Nu de door het Hof in voormeld arrest PreussenElektra gekozen oplossing dus niet kan worden toegepast in de onderhavige zaak, heeft het Gerecht dan ook terecht in punt 75 van het bestreden arrest geconcludeerd dat het Koninkrijk der Nederlanden afstand van die inkomsten heeft gedaan.

113 De incidentele hogere voorzieningen van het Koninkrijk der Nederlanden en van de Bondsrepubliek Duitsland moeten bijgevolg worden afgewezen.

**Gevolgen van de gegrondheid van het tweede middel van de hogere voorziening en van de afwijzing van de incidentele hogere voorzieningen**

114 Gelet op het voorgaande dient het bestreden arrest te worden vernietigd voor zover het de litigieuze beschikking nietig verklaart.

115 Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vernietigt het Hof, wanneer de hogere voorziening gegrond is, de beslissing van het Gerecht en kan het dan de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht. Dit is in casu het geval.

**Beroep in eerste aanleg**

116 Uit de in het onderhavige arrest uiteengezette overwegingen blijkt dat de litigieuze beschikking artikel 87, lid 1, EG niet schendt voor zover de Commissie daarin concludeert dat de betrokken maatregel voor de ondernemingen waarop hij van toepassing is, staatssteun vormt.

117 Uit de punten 86 tot en met 96 en 102 tot en met 113 van het onderhavige arrest volgt immers dat het Gerecht geen blijk van een onjuiste opvatting van het recht heeft gegeven door de stelling van de Commissie te bevestigen dat de betrokken maatregel voor de ondernemingen waarop hij van toepassing is, een met staatsmiddelen bekostigd voordeel vormt. Bovendien heeft het Hof om de redenen die in de punten 59 tot en met 79 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet, het door de Commissie aangevoerde tweede middel van de hogere voorziening, waarbij de analyse van het Gerecht met betrekking tot de selectiviteit van voormeld voordeel aan de orde wordt gesteld, aanvaard. Uit die redenen en uit de redenen waarom de incidentele hogere voorzieningen zijn afgewezen, volgt overigens dat de Commissie in de litigieuze beschikking op goede gronden kon concluderen dat het door de betrokken maatregel opgeleverde voordeel selectief wordt toegepast.

118 Het eerste middel tot nietigverklaring dat het Koninkrijk der Nederlanden in eerste aanleg tegen die beschikking heeft aangevoerd, moet dus worden afgewezen.

119 Het Gerecht heeft geoordeeld dat geen uitspraak hoefde te worden gedaan over het tweede middel van het Koninkrijk der Nederlanden, aangezien het de litigieuze beschikking nietig verklaarde voor zover de betrokken maatregel daarin was aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

120 Bijgevolg dient dit tweede middel, inzake schending van de motiveringsplicht, te worden onderzocht.

*Tweede middel van het beroep in eerste aanleg*

Argumenten van partijen

121 Het Koninkrijk der Nederlanden betoogt dat de Commissie de motiveringsplicht heeft geschonden doordat zij niet heeft aangegeven waarom de aangemelde regeling staatssteun vormt. De Commissie heeft gedwaald ten aanzien van de feiten met haar bewering dat een producent die zijn emissienorm niet haalt en een boete opgelegd krijgt, $NO_x$-credits ontvangt. In de aangemelde regeling ontvangt een producent slechts credits indien hij minder uitstoot dan de hem opgelegde norm en indien hij ongebruikte ruimte voor uitstoot laat.

122 Voorts wijst het Koninkrijk der Nederlanden op tegenstrijdigheden in de redenering van de Commissie in de litigieuze beschikking. De Commissie voert onder meer aan dat er een systeem wordt gecreëerd dat credits om niet ter beschikking stelt, terwijl zij vervolgens beweert dat deze laatste een tegenprestatie vormen voor de reductie van $NO_x$-emissies. Het ingevoerde systeem verleent de vervuiler, dat wil zeggen de veroorzaker van emissies boven de voorgeschreven norm, geen credit. Alleen de ondernemer die zijn emissies onder deze norm brengt, kan credits verkrijgen. Bovendien is de Commissie niet dieper ingegaan op de vaststelling dat dit systeem niet de voorkeur geniet, met name omdat het om een „dynamic-cap"-systeem gaat waarvan het milieuresultaat onzeker is en waarvan de administratie- en toepassingskosten hoger zijn dan die van het „cap-and-trade"-systeem.

123 Bovendien heeft de Commissie niet overeenkomstig de vereisten van de rechtspraak van het Hof het bewijs geleverd van haar stelling dat de aangemelde regeling de handel ongunstig beïnvloedt en de mededinging tussen de lidstaten vervalst.

124 De Commissie antwoordt in de eerste plaats dat elke $NO_x$-emitterende producent om niet emissiecredits ontvangt. Er is geen tegenstrijdigheid tussen die vaststelling en de conclusie dat de ondernemingen in dat geval een tegenprestatie in de vorm van extra milieu-investeringen moeten leveren om die activa daadwerkelijk aan hun door verkoop beschikbare inkomsten te kunnen toevoegen. Wat in de tweede plaats de twijfel van de Commissie over de doeltreffendheid van de betrokken regeling betreft, hebben die passages uit de litigieuze beschikking geen betrekking op de motivering van de vraag of die regeling staatssteun vormt. In de derde plaats toont de in de litigieuze beschikking door de Commissie gevolgde redenering aan waarom de toekenning om niet van emissierechten aan Nederlandse grote industriële ondernemingen de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

Beoordeling door het Hof

125 Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 296 VWEU vereiste motivering beantwoorden aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen. De aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die door de handeling rechtstreeks en individueel worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet noodzakelijk dat alle relevante feitelijke en juridische gegevens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de beoordeling van de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, maar ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (zie arresten van 6 juli 1993, CT Control (Rotterdam) en JCT Benelux/Commissie, C-121/91 en C-122/91, Jurispr. blz. I-3873, punt 31, en 30 september 2003, Eurocoton e.a./Raad, C-76/01 P, Jurispr. blz. I-10091, punt 88).

126 Het argument van het Koninkrijk der Nederlanden dat de Commissie in punt 3.2 van de litigieuze beschikking ten onrechte heeft geconcludeerd dat een onderneming die de opgelegde emissiegrenswaarde niet eerbiedigt, toch NOx-credits ontvangt, is een herhaling van het argument dat is uiteengezet in de punten 45 en 46 van het verzoekschrift in eerste aanleg in het kader van het middel inzake het begrip ontbreken van staatsmiddelen en in punt 65 van het verzoekschrift in de onderhavige zaak, dat het Hof in punt 94 van het onderhavige arrest reeds heeft afgewezen. Hoe dan ook heeft dat argument veeleer betrekking op een feitelijke dwaling dan op een motiveringsgebrek inzake de vaststelling in de litigieuze beschikking dat er sprake is van staatssteun. Bijgevolg moet dat argument worden afgewezen.

127 Bovendien bestaat er volgens het Koninkrijk der Nederlanden een tegenstrijdigheid in de redenering van de Commissie, die zich enerzijds baseert op de omstandigheid dat de lidstaat een systeem beoogt te creëren waarbij $NO_x$-credits om niet worden verdeeld, en anderzijds beweert dat de omstandigheid dat de betrokken ondernemingen hun emissies verminderen om de mogelijke steun te kunnen genieten, een tegenprestatie vormt, waarbij zij dus suggereert dat de credits in werkelijkheid niet gratis worden toegekend. In dit verband dient te worden opgemerkt dat de Commissie met haar eerste conclusie, in punt 3.2 van de litigieuze beschikking, vaststelt dat er sprake is van staatssteun omdat de Nederlandse autoriteiten de mogelijkheid hadden om de emissierechten te verkopen of te veilen en dus, door gratis $NO_x$-credits als immateriële activa aan te bieden, inkomsten derfden. De vaststelling in punt 3.3 van de litigieuze beschikking dat de omstandigheid dat de ondernemingen ertoe worden gestimuleerd om hun emissies verder te verlagen dan het hun toegestane plafond, „in de geest van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu", een tegenprestatie vormt voor het voordeel dat bij de betrokken maatregel aan die ondernemingen is toegekend, valt onder de beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken maatregel met de interne markt. Bijgevolg is de door de Commissie gevolgde redenering niet tegenstrijdig.

128 Het argument van het Koninkrijk der Nederlanden moet derhalve worden afgewezen.

129 Die lidstaat stelt vervolgens dat de redenering van de Commissie onduidelijk is wanneer zij stelt dat het „dynamic-cap"-systeem, zoals het is vastgesteld, niet de voorkeur geniet omdat de milieugevolgen van dit systeem onzekerder zijn en de administratie- en toepassingskosten hoger zijn dan in het „cap-and-trade"-systeem. Die overwegingen staan in punt 4 van de litigieuze beschikking. Zoals de advocaat-generaal in punt 101 van zijn conclusie heeft opgemerkt, maken die overwegingen geen deel uit van de motivering inzake de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun en evenmin van de motivering inzake het onderzoek van de verenigbaarheid van deze maatregel met de gemeenschappelijke markt. Het argument van het Koninkrijk der Nederlanden moet dus worden afgewezen.

130 Met betrekking tot de op de Commissie rustende motiveringsplicht inzake de vraag of het betrokken systeem de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, geeft de Commissie in punt 3.2 van de litigieuze beschikking te kennen dat de ondernemingen die het voordeel van het betrokken systeem genieten, de grootste ondernemingen zijn die handel tussen de lidstaten drijven. Volgens de Commissie wordt hun positie versterkt door de betrokken maatregel, die hun een concurrentievoordeel geeft, te weten aanvullende inkomsten om een deel van hun productiekosten te dekken. Dat voordeel kan dus de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden.

131 Toegepast op de kwalificatie van een maatregel als steun, verlangt de motiveringsplicht dat de Commissie aangeeft waarom de betrokken maatregel volgens haar binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, EG valt. De Commissie behoeft niet vast te stellen of er sprake is van een werkelijke beïnvloeding van de handel tussen lidstaten en een daadwerkelijke verstoring van de mededinging. Volgens vaste rechtspraak dient zij enkel te onderzoeken of die steun dat handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging kan vervalsen (arresten van 15 december 2005, Italië/Commissie, C-66/02, Jurispr. blz. I-10901, punt 111, en 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere" e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, Jurispr. blz. I-4727, punt 134). Wanneer uit de omstandigheden waaronder steun is verleend, blijkt dat deze steun het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen, dient de Commissie deze omstandigheden

dan ook in de motivering van haar beschikking aan te geven (zie met name arresten van 7 juni 1988, Griekenland/Commissie, 57/86, Jurispr. blz. 2855, punt 15; 24 oktober 1996, Duitsland e.a./Commissie, C-329/93, C-62/95 en C-63/95, Jurispr. blz. I-5151, punt 52; 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 98, en 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, C-334/99, Jurispr. blz. I-1139, punt 59; arrest Portugal/Commissie, reeds aangehaald, punt 89, en arrest van 30 april 2009, Commissie/Italië en Wam, C-494/06 P, Jurispr. blz. I-3639, punt 49).

132 In punt 3.2 van de litigieuze beschikking merkt de Commissie, onmiddellijk na te hebben vastgesteld dat er sprake is van een voordeel voor de ondernemingen waarop de betrokken maatregel van toepassing is, op dat deze een „groep van grote industriële ondernemingen, die actief zijn in het handelsverkeer tussen lidstaten" vormen. Voorts stelt zij vast dat „[d]e positie van deze ondernemingen [...] dankzij deze regeling [zal] worden versterkt, hetgeen kan leiden tot een verandering van de marktvoorwaarden voor hun concurrenten", alvorens toe te voegen dat „[d]eze versterking van hun positie moet worden aangemerkt als een ongunstige beïnvloeding van dat handelsverkeer".

133 Bijgevolg heeft de Commissie in de litigieuze beschikking de omstandigheden vermeld waaronder de betrokken steun volgens haar het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Rekening houdend met de in punt 125 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, is die beschikking dus rechtens afdoende gemotiveerd met betrekking tot de wijze waarop het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed en met betrekking tot de verstoring van de mededinging.

134 Gelet op het voorgaande moet het middel inzake ontoereikende motivering van de litigieuze beschikking ten aanzien van de voorwaarden voor toepassing van artikel 87, lid 1, EG worden afgewezen. Bijgevolg moet het beroep in eerste aanleg in zijn geheel worden verworpen.

**Kosten**

135 Volgens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het de zaak zelf afdoet.

136 Met betrekking tot de kosten van de procedure in eerste aanleg wordt ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien het Koninkrijk der Nederlanden in het ongelijk is gesteld, moet het overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in de kosten van de procedure in eerste aanleg.

137 Met betrekking tot de kosten van de procedure in hogere voorziening kan het Hof krachtens artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 118 ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, de kosten verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten draagt, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien de Commissie en het Koninkrijk der Nederlanden elk op een punt in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij in hun eigen kosten worden verwezen.

138 Volgens artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering, dat eveneens ingevolge artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Overeenkomstig deze bepaling draagt de Bondsrepubliek Duitsland haar eigen kosten in verband met de procedure in eerste aanleg en de procedure in hogere voorziening. Overeenkomstig deze bepaling dragen de Franse Republiek, de Republiek Slovenië en het Verenigd Koninkrijk hun eigen kosten.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

**1) Het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 10 april 2008, Nederland/Commissie (T-233/04), wordt vernietigd.**

**2) De incidentele hogere voorzieningen worden afgewezen.**

**3) Het beroep in eerste aanleg wordt verworpen.**

**4) Het Koninkrijk der Nederlanden wordt verwezen in de kosten die de Europese Commissie in verband met de procedure in eerste aanleg heeft gemaakt en draagt zijn eigen kosten in verband met die procedure.**

**5) De Europese Commissie en het Koninkrijk der Nederlanden dragen hun eigen kosten in verband met de procedure in hogere voorziening.**

**6) De Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Republiek Slovenië en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland dragen hun eigen kosten.**

ondertekeningen