

BESCHIKKING VAN HET GERECHT (Derde kamer)

30 april 2007*

In zaak T-387/04,

EnBW Energie Baden-Württemberg AG, gevestigd te Karlsruhe (Duitsland),
vertegenwoordigd door C.-D. Ehlermann, M. Seyfarth, A. Gutermuth en
M. Wissmann, advocaten,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door
U. Wölker, M. Niejahr en T. Scharf als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en U. Forsthoff
als gemachtigden, bijgestaan door D. Sellner en U. Karpenstein, advocaten,

interveniënte,

* Procestaal: Duits.

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2004) 2521/2 def. van de Commissie van 7 juli 2004 betreffende het nationale plan voor de toewijzing van broeikasemissierechten dat door Duitsland overeenkomstig richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32), is meegedeeld,

geeft

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, kamerpresident, J. Azizi en E. Cremona, rechters,
griffier: E. Coulon,

de navolgende

Beschikking

Rechtskader

- ¹ Bij richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB L 275, blz. 32) werd met ingang van 1 januari 2005 een gemeenschapsregeling voor de handel in broeikasgasemissierechten (hierna: „emissiehandelsregeling”) vastge-

steld, teneinde de emissies van broeikasgassen, in het bijzonder koolstofdioxide (CO₂) op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen (artikel 1 van richtlijn 2003/87). De richtlijn berust op de in het kader van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en het Kyoto-Protocol door de Gemeenschap aangegane verplichtingen. Dit laatste is goedgekeurd bij beschikking 2002/358/EG van de Raad van 25 april 2002 betreffende de goedkeuring, namens de Europese Gemeenschap, van het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering en de gezamenlijke nakoming van de in dat kader aangegane verplichtingen (PB L 130, blz. 1). Het is op 16 februari 2005 in werking getreden.

- 2 De Gemeenschap en haar lidstaten hebben zich ertoe verbonden hun gezamenlijke antropogene emissies van de in bijlage A bij het Kyoto-Protocol genoemde broeikasgassen in de periode van 2008 tot en met 2012 ten opzichte van 1990 met 8 % te verlagen (punt 4 van de considerans van richtlijn 2003/87).

- 3 Daartoe voorziet richtlijn 2003/87 voor broeikasgasemissies door de in bijlage I erbij genoemde exploitanten in wezen in een vergunning vooraf en in toewijzing van emissierechten overeenkomstig nationale toewijzingsplannen (hierna: „NTP”). Een exploitant die zijn emissies kan verlagen, kan het excedent verkopen aan andere exploitanten. Omgekeerd kan degene met een installatie met te hoge emissies de noodzakelijke rechten kopen van een exploitant met een excedent.

- 4 Krachtens bijlage I bij richtlijn 2003/87 vallen met name bepaalde installaties van de energiesector, namelijk verbrandingsinstallaties met een thermisch ingangsvermogen van meer dan 20 MW, aardolieraffinaderijen en cokesfabrieken, binnen de werkingssfeer van richtlijn.

- 5 Richtlijn 2003/87 voorziet in een eerste fase van 2005 tot 2007 (hierna: „eerste toewijzingsperiode”), die voorafgaat aan de eerste periode van verplichtingen krachtens het Kyoto-Protocol, vervolgens in een tweede fase van 2008 tot 2012 (hierna: „tweede toewijzingsperiode”) die overeenkomt met deze eerste periode van verplichtingen (artikel 11 van richtlijn 2003/87).

- 6 Meer concreet berust de emissiehandelsregeling enerzijds op de oplegging van een voorafgaande vergunningsplicht voor broeikasgasemissies (artikelen 4-8 van richtlijn 2003/87) en anderzijds op emissierechten die de houder een bepaalde hoeveelheid broeikasgasemissies toelaten (artikel 12, lid 3, van richtlijn 2003/87).

- 7 De artikelen 9 tot en met 11 van richtlijn 2003/87 voorzien in de voorwaarden en procedures voor de toewijzing van rechten door de bevoegde nationale autoriteiten aan de exploitanten op basis van een NTP.

- 8 Artikel 9, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2003/87 preciseert:

„Voor elke in artikel 11, leden 1 en 2, bedoelde termijn stelt elke lidstaat een [NTP] op, waarin de totale hoeveelheid emissierechten wordt vermeld die hij voornemens is voor die periode toe te wijzen, alsmede de manier waarop hij voornemens is deze rechten toe te wijzen. Het [NTP] wordt gebaseerd op objectieve en transparante criteria, waaronder de in bijlage III genoemde, waarbij terdege rekening wordt gehouden met reacties vanuit het publiek. De Commissie geeft onverminderd het Verdrag uiterlijk 31 december 2003 richtsnoeren voor de toepassing van de in bijlage III genoemde criteria.”

9 De Commissie heeft voormelde richtsnoeren vastgesteld in haar mededeling COM(2003) 830 def. van 7 januari 2004 betreffende voor de lidstaten bestemde richtsnoeren voor de toepassing van de criteria van bijlage III van richtlijn 2003/87 en betreffende de omstandigheden waaronder sprake is van aangetoonde overmacht (hierna: „mededeling van 7 januari 2004”).

10 Artikel 9, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 vervolgt:

„Voor de in artikel 11, lid 1, bedoelde periode wordt het [NTP] uiterlijk op 31 maart 2004 gepubliceerd en aan de Commissie en de overige lidstaten meegedeeld. Voor latere perioden wordt het [NTP] ten minste achttien maanden voor de aanvang van de betrokken periode gepubliceerd en aan de Commissie en de andere lidstaten meegedeeld.”

11 Artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 bepaalt:

„Binnen drie maanden nadat een lidstaat uit hoofde van lid 1 een [NTP] heeft meegedeeld, kan de Commissie het [NTP] of een deel daarvan verwerpen als het niet met de in bijlage III genoemde criteria of met artikel 10 verenigbaar is. De lidstaten nemen pas een besluit krachtens artikel 11, lid 1, of lid 2, wanneer de voorgestelde wijzigingen door de Commissie zijn aanvaard. Een besluit tot verwerping wordt door de Commissie gemotiveerd.”

12 Volgens artikel 10 van richtlijn 2003/87 wijzen de lidstaten voor de eerste toewijzingsperiode ten minste 95 % van de emissierechten kosteloos toe.

- 13 Artikel 11 van richtlijn 2003/87 betreffende de toewijzing en verlening van emissierechten bepaalt:

„1. Voor de periode van drie jaar die ingaat op 1 januari 2005 neemt iedere lidstaat een besluit over de totale hoeveelheid emissierechten die hij voor die periode zal toewijzen en over de toewijzing van die emissierechten aan de exploitant van elke installatie. Dit besluit wordt ten minste drie maanden voor het begin van die periode genomen en is gebaseerd op het [NTP] dat is opgesteld ingevolge artikel 9 en in overeenstemming met artikel 10, met inachtneming van de opmerkingen van het publiek.

2. Voor de periode van vijf jaar die ingaat op 1 januari 2008 en voor elke volgende periode van vijf jaar neemt iedere lidstaat een besluit over de totale hoeveelheid emissierechten die hij voor die periode zal toewijzen en leidt hij het proces van toewijzing van die emissierechten aan de exploitant van elke installatie in. Het besluit wordt ten minste twaalf maanden voor het begin van die periode genomen en is gebaseerd op het [NTP] van de lidstaat dat is opgesteld ingevolge artikel 9 en in overeenstemming met artikel 10, met inachtneming van de opmerkingen van het publiek.

3. Krachtens lid 1 of lid 2 genomen besluiten zijn in overeenstemming met de voorschriften van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88. Bij hun besluit over de toewijzing houden de lidstaten rekening met de noodzaak emissierechten beschikbaar te houden voor nieuwkomers.

[...]”

- 14 Bijlage III bij richtlijn 2003/87 noemt elf criteria voor NTP's.

15 Criterium nr. 1 van bijlage III luidt:

„De totale hoeveelheid voor de betrokken periode toe te wijzen emissierechten moet enerzijds overeenstemmen met de verplichtingen van de lidstaat om de emissies te beperken overeenkomstig beschikking 2002/358[...] en het Protocol van Kyoto, met inachtneming van het aandeel in de totale emissies dat deze vertegenwoordigen in vergelijking met de emissies uit bronnen die niet onder deze richtlijn en het nationale energiebeleid vallen en moeten anderzijds overeenstemmen met het nationaal programma inzake klimaatverandering. De totale hoeveelheid toe te wijzen emissierechten mag niet groter zijn dan de hoeveelheid die waarschijnlijk nodig is voor de strikte toepassing van de in deze bijlage vermelde criteria. Vóór 2008 moet de hoeveelheid in overeenstemming zijn met een ontwikkeling waarmee elke lidstaat zijn streefdoel uit hoofde van beschikking 2002/358[...] en het Protocol van Kyoto kan halen of overtreffen.”

16 Criterium nr. 5 van bijlage III luidt:

„Het [NTP] mag geen zodanig onderscheid maken tussen ondernemingen of sectoren dat bepaalde ondernemingen of activiteiten onrechtmatig worden bevoordeeld, in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88.”

17 Met betrekking tot criterium nr. 5 preciseert punt 47 van de richtsnoeren van de Commissie: „De normale regels voor staatssteun zijn van toepassing.”

18 Criterium nr. 10 van bijlage III bepaalt: „Het [NTP] moet een lijst bevatten van de installaties die in deze richtlijn worden opgenomen met de hoeveelheden emissierechten bestemd om te worden toegewezen aan ieder van hen.”

- 19 Krachtens artikel 12, lid 1, van richtlijn 2003/87 kunnen de emissierechten worden overgedragen tussen natuurlijke of rechtspersonen binnen de Gemeenschap of aan personen in derde landen. Krachtens artikel 12, lid 3, moet de exploitant van iedere installatie uiterlijk 30 april van ieder jaar een hoeveelheid emissierechten inleveren die gelijk is aan de totale emissies van die installatie gedurende het voorgaande kalenderjaar, en worden die rechten vervolgens geannuleerd.
- 20 Volgens artikel 13, lid 1, van richtlijn 2003/87 zijn emissierechten slechts geldig voor de emissies in de periode waarvoor zij zijn verleend.

Feiten

I — Brief van de Commissie van 17 maart 2004

- 21 Bij gezamenlijke brief van de directeurs-generaal van het directoraat-generaal (DG) „Milieu” en DG „Concurrentie” van 17 maart 2004 aan de lidstaten betreffende „Staatssteun en [NTP]” heeft de Commissie de te volgen procedures gepreciseerd alsook de criteria waarmee zij voor de beoordeling van eventuele staatssteun in de context van de tenuitvoerlegging van de NTP’s overeenkomstig de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 rekening zou houden.
- 22 In deze brief heeft de Commissie uiteengezet hoe zij criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 in het kader van haar beoordeling van NTP’s wou uitleggen. Dienaangaande heeft de Commissie er allereerst aan herinnerd dat zij met betrekking tot de vier criteria van artikel 87, lid 1, EG, in haar besluiten van

29 maart 2000, 28 november 2001 en 24 juni 2003 betreffende zaken N 653/99 (Denemarken, emissierechten voor CO₂) (PB 2000, C 322, blz. 9), N 416/01 (Verenigd Koninkrijk, regeling handel in emissierechten) (PB 2002, C 88, blz. 16) en N 35/03 [Nederland, regeling handel in emissierechten van NO_x (stikstofdioxide)] (PB 2003, C 227, blz. 8) van oordeel was dat aan deze criteria was voldaan. In deze besluiten heeft zij namelijk aangenomen dat een emissierecht een onlichamelijk goed (intangible asset) was, waarvan de waarde door de markt werd bepaald, zodat de kosteloze toewijzing ervan door de staat aan ondernemingen een voordeel voor deze was, dat de staat, wanneer hij dit recht niet — bijvoorbeeld bij aanbesteding — verkocht, afzag van inkomsten zodat het verlenen van dit voordeel een transfers van overheidsmiddelen impliceerde, en ten slotte dat het betrokken voordeel selectief was, de handel tussen lidstaten beïnvloedde en de mededinging vervalste of dreigde te vervalsen.

23 Vervolgens heeft de Commissie in deze brief gesteld dat zij, ook al verschilde de communautaire handelsregeling van de in voormelde besluiten bedoelde nationale regelingen, van oordeel was dat de NTP's elementen konden bevatten die de mededinging konden vervalsen en staatssteun konden vormen. Dat is bijvoorbeeld het geval, aldus de Commissie, wanneer een lidstaat aan ondernemingen meer rechten toewijst dan nodig om hun emissies in de toewijzingsperiode te dekken, daar deze ondernemingen het excedent konden verkopen en de opbrengst van de verkoop konden behouden. Dit voordeel kon de mededinging ernstig vervalsen en moest als een uit ecologisch oogpunt ongerechtvaardigd voordeel door haar in beginsel als met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun worden beschouwd. Derhalve heeft de Commissie erop gewezen dat indien zij tot de bevinding zou komen dat een NTP bepaalde ondernemingen op deze wijze bevoordeelt, zij ambtshalve een procedure inzake staatssteun zou inleiden. Al is er geen „te grote toewijzing” in die zin in het NTP, kan er, gelet op artikel 10 van richtlijn 2003/87, toch een staatssteunelement zijn, wanneer een lidstaat meer dan 95 % van de emissierechten voor de eerste toewijzingsperiode kosteloos toewijst en dus afziet van overheidsinkomsten.

24 Ten slotte heeft de Commissie er in deze brief op gewezen dat zij, wat de eerste toewijzingsperiode betrof, geen formele aanmelding van de NTP's overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG verlangde, maar de krachtens richtlijn 2003/87 meedeelde

NTP's aandachtig zou onderzoeken en meer bepaald per geval zou nagaan of zij met het Verdrag onverenigbare ernstige mededingingsverstoringen teweeg konden brengen. In een dergelijk geval zou zij niet aarzelen alle haar krachtens de bepalingen inzake staatssteun ten dienste staande middelen aan te wenden.

II — *Het Duitse NTP*

²⁵ Op 31 maart 2004 heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie krachtens artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87 het Duitse NTP voor de eerste toewijzingsperiode meegedeeld.

²⁶ Het Duitse NTP bestaat uit een „macroplan” en een „microplan”. Het macroplan verdeelt de nationale emissiebegroting en stelt overeenkomstig de op Duitsland rustende verplichtingen tot verlaging van de emissies de in totaal toe te wijzen emissierechten vast. Het microplan regelt de toewijzing van de emissierechten aan de exploitanten van de verschillende installaties en voorziet in het aanleggen van een reserve van emissierechten voor nieuwkomers.

²⁷ Overeenkomstig de uit criterium nr. 1 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 voortvloeiende regel van de beperking van het aantal emissierechten beperkt het Duitse NTP in beginsel de toewijzing van emissierechten aan exploitanten tot hetgeen nodig is voor het dekken van de vorige (bestaande installaties) of te voorziene (nieuwe installaties) emissies. Dit beginsel is evenwel onderworpen aan de toepassing van bijzondere voorschriften die hierna worden uiteengezet.

- 28 Voor de oude installaties, dat wil zeggen installaties die vóór 31 december 2002 in bedrijf waren, wordt het aantal kosteloos toe te wijzen emissierechten overeenkomstig de „grandfathering”-berekenningsmethode berekend op basis van het jaarlijkse gemiddelde van hun CO₂-emissies in het verleden. Het aantal toe te wijzen emissierechten wordt bepaald door vermenigvuldiging van de historische emissiegegevens met een bepaalde „verwezenlijgingsfactor” (Erfüllungsfaktor) die functie is van het te bereiken doel van verlaging van de emissies. Deze factor ligt in de regel dus onder 1 om een verlaging tegenover het vorige emissieniveau mogelijk te maken en uiteindelijk het totaal aantal toe te wijzen emissierechten te beperken.
- 29 Volgens de „malus”-regel wordt de verwezenlijgingsfactor in de tweede toewijzingsperiode voor oude verbrandingscentrales die bijzonder inefficiënt werken, namelijk bruinkool- en steenkoolcentrales, met een netto energieomzettingsefficiëntie (dit geeft aan welk percentage van de energie in de brandstof in stroom wordt omgezet) van minder dan 31 % respectievelijk 36 %, met 0,15 verlaagd. Bij bruinkoolcentrales is er evenwel geen dergelijke verlaging, wanneer zij door de exploitanten ervan volgens de „overdrachtsregel” (zie hierna, punt 31) door andere centrales worden vervangen. De malus-regel wordt gezien als een stimulans om verouderde en inefficiënte installaties snel te vervangen.
- 30 Aan nieuwe installaties, dat wil zeggen installaties die sinds 1 januari 2005 in bedrijf zijn of hun productiecapaciteit sindsdien hebben verhoogd, wordt gedurende de eerste veertien exploitatiejaren volgens de regel van de „nieuwkomer” een aantal emissierechten overeenkomstig de emissievooruitzichten toegewezen, die volgens het criterium (benchmark) van de stand van de „beste beschikbare techniek” worden vastgesteld. Tijdens deze periode geldt de vaste verwezenlijgingsfactor 1. Voor stroomproductie-installaties is de toewijzing van emissierechten beperkt tot 750 g CO₂/kWh. Bij lagere emissiewaarden mag evenwel niet meer worden toegewezen dan de daadwerkelijke behoefte van de installatie waarbij als minimum 365 g CO₂/kWh geldt.

- 31 Bij sluiting van een installatie in Duitsland worden de aan de installatie toegewezen emissierechten volgens de „overdrachtsregel” desgevraagd niet ingehouden, wanneer de exploitant binnen drie maanden na de sluiting van de oude installatie in Duitsland een nieuwe installatie in bedrijf neemt. De toewijzing geschiedt in dit geval voor vier jaar op basis van de historische emissies van de gesloten installatie en wordt aansluitend voor 14 jaar met een verwezenlijkingsfactor 1 berekend. De exploitant van een stroomproductie-installatie valt dus buiten de toepassing van het criterium van de stand van de „beste beschikbare techniek” en de bovengrens van 750 g CO₂/kWh, die in beginsel voor nieuwe installaties gelden (zie punt 30 hierboven). Deze regel wordt gezien als een stimulans om verouderde en inefficiënte installaties snel door installaties met lage emissies te vervangen.
- 32 Voor kerncentrales voorziet de „regel van de bijzondere toewijzing” (Sonderzuteilung) in een tijdelijke toewijzing van emissierechten ter compensatie voor de verplichting van de exploitant om overeenkomstig het Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität (Duitse wet tot geleidelijke uitstap uit kernenergie voor commerciële elektriciteitsproductie, BGBl. 2002 I, blz. 1351) in de jaren 2003 tot 2007 bepaalde kerncentrales te sluiten. Deze bijzondere toewijzing betreft alleen de kerncentrales Stade (exploitant: E.ON AG, gesloten in 2003) en Obrigheim (exploitant: verzoekster, gesloten in 2005), aangezien de sluiting van de overige kerncentrales eerst na 2007 is gepland. De bijzondere toewijzing is in de eerste toewijzingsperiode beperkt tot 1,5 miljoen ton CO₂ en is bestemd tot dekking van de emissietoename doordat de betrokken exploitanten meer conventionele energie moeten gebruiken om het door de sluiting en vervanging van de kerncentrales ontstane stroomproductieverlies te compenseren.
- 33 Het Duitse NTP vormt de basis van het Zuteilungsgesetz 2007 (Duitse wet van 26 augustus 2004 tot toewijzing van de emissierechten in de eerste toewijzingsperiode, BGBl. 2004 I, blz. 2211; hierna: „toewijzingswet”). Op de relevante punten voor het onderhavige geschil komt de toewijzingswet in wezen overeen met het

Duitse NTP. De Bondsrepubliek Duitsland stelde bovendien op 8 juli 2004 het Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (wet tot omzetting van richtlijn 2003/87 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgas-emissierechten in de Gemeenschap, BGBl. 2004 I, blz. 1578) vast.

III — Duitse energiemarkt

³⁴ In Duitsland is ongeveer 88 % van de Duitse stroomproductiecapaciteit in handen van vier energieondernemingen: RWE AG, E.ON AG, Vattenfall Europe AG en verzoekster. De overige 12 % van de relevante markt is verdeeld over verschillende kleine en middelgrote energieondernemingen, in het bijzonder gemeentelijke energiecentrales (Stadtwerke).

³⁵ Verzoekster is de derde grootste Duitse energieonderneming. Zij beschikt over een totale capaciteit van 14 gigawatt (GW), waarvan 37 % in kerncentrales en 29 % in bruinkool- en steenkoolcentrales worden geproduceerd. De totale productiecapaciteit van de overige grote Duitse energieondernemingen is als volgt verdeeld over kerncentrales alsook bruinkool- en steenkoolcentrales:

— RWE (totale productiecapaciteit: 34 GW): 16 % kernenergieproductie en 58 % energieproductie door bruinkool- en steenkoolverbranding;

— E.ON (totale productiecapaciteit: 25 GW): 34 % kernenergieproductie en 35 % energieproductie door bruinkool- en steenkoolverbranding;

- Vattenfall Europe (totale productiecapaciteit: 15 GW): 9 % kernenergieproductie en 61 % energieproductie door bruinkool- en steenkoolverbranding.

IV — *Administratieve procedure*

A — *Verzoeksters klacht*

³⁶ Bij brief van 17 juni 2004 heeft verzoekster bij het DG Milieu en het DG Concurrentie van de Commissie klacht ingediend op grond dat de overdrachtsregel, zoals hij in het Duitse NTP en in § 10 van de toewijzingswet is vastgesteld, vooral haar hoofdconcurrente RWE ongerechtvaardigd bevoordeelt. RWE kreeg na de vervanging van haar conventionele oude centrales door nieuwe installaties kosteloos een te grote hoeveelheid emissierechten, in het bijzonder vergeleken met de hoeveelheid waarop zijzelf krachtens de regel van de bijzondere toewijzing en krachtens § 15 van de toewijzingswet recht had bij sluiting en vervanging van haar kerncentrales. Verzoekster verzocht de Commissie onder meer wegens deze mededingingsverstoring het Duitse NTP op grond van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 af te wijzen en tegen de Bondsrepubliek Duitsland krachtens artikel 88, lid 2, EG een formele procedure inzake staatssteun in te leiden.

³⁷ Bij brief van 22 juni 2004 herhaalde verzoekster haar verzoek en lichtte zij de gronden van haar klacht toe. Zij verklaarde dat het Duitse NTP, in het bijzonder de overdrachtsregel, criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87, artikel 87 EG en de vrijheid van vestiging schond. Ter ondersteuning van haar klacht stelde verzoekster in wezen dat de toepassing van de overdrachtsregel, waarvan haar

hoofdconcurrenten, vooral RWE, profiteerden, tot een aanzienlijke „overtewijzing” van emissierechten leidde voor in de plaats van oude centrales komende nieuwe installaties, daar de betrokken exploitanten vier jaar lang een hoeveelheid emissierechten kregen, die met de behoefte van hun vervangen oude installaties overeenkwam. Deze exploitanten konden derhalve het — tot dekking van de duidelijk geringere emissie van de efficiëntere nieuwe installatie niet noodzakelijke — excedent aan emissierechten op de markt verkopen en daardoor een ongerechtvaardigd mededingingsvoordeel verkrijgen. Bij vervanging daarentegen van een kerncentrale — de enige keuze die zichzelf gezien haar economische situatie had — zou de toepassing van de regel van de bijzondere toewijzing niet tot de toewijzing van een gelijkwaardig voordeel leiden en ook niet volstaan om het productieverlies bij de stopzetting van de kerncentrales te compenseren. Om dit verlies te compenseren zou zij dus meer stroom en dus meer emissies in conventionele installaties moeten produceren en haar bijkomende behoefte aan emissierechten moeten dekken door aankoop ervan. Volgens verzoekster was deze preferentiële behandeling in het bijzonder van RWE die in haar nadeel uitvalt, noch uit het oogpunt van richtlijn 2003/87 noch uit dat van artikel 87 EG gerechtvaardigd.

B — Bestreden beschikking en mededeling van de Commissie van 7 juni 2004

- 38 Bij beschikking C(2004) 2515/2 def. van 7 juni 2004 betreffende het nationale toewijzingsplan voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten, waarvan door de Bondsrepubliek Duitsland is kennisgegeven overeenkomstig richtlijn 2003/87 (hierna: „bestreden beschikking”) heeft de Commissie het Duitse NTP slechts afgewezen, voor zover het voorzag in bepaalde ex-postaanpassingen van de toewijzing van emissierechten die zij onverenigbaar verklaarde met de criteria 5 en 10 van bijlage III bij richtlijn 2003/87. De onverenigbaarverklaring betreft evenwel niet de delen van het Duitse NTP waartegen verzoeksters klacht was gericht.
- 39 Over de toepassing van de voorschriften inzake staatssteun en de overdrachtsregel is in de punten 9 en 10 van de considerans van de bestreden beschikking het volgende overwogen:

„Op basis van de door de lidstaat verstrekte inlichtingen gaat de Commissie ervan uit dat eventuele steunmaatregelen waarschijnlijk verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zouden zijn, wanneer zij werden getoetst aan artikel 88, lid 3, EG.

Volgens de Commissie bewijzen de gegevens van de betrokken lidstaat inzake de overdracht van emissierechten dat in de [toewijzingsperiode] van deze [NTP] geen enkel voordeel, dat door dergelijke overdrachten voor andere installaties tegenover soortgelijke investeringen van nieuwkomers ontstaat, groter is dan gerechtvaardigd is door het ecologisch nut van de maatregel. In de volgende [toewijzingsperiode] bestaat geen onderscheid meer tussen installaties die voor een overdracht in aanmerking komen en die welke naar de nieuwkomersreserve gaan.”

- 40 In haar mededeling COM(2004) 500 def. aan de Raad en het Europees Parlement over de beschikkingen van de Commissie van 7 juli 2004 betreffende de nationale toewijzingsplannen voor de toewijzing van broeikasgasemissierechten welke Denemarken, Duitsland, Ierland, Nederland, Oostenrijk, Slovenië, het Verenigd Koninkrijk en Zweden overeenkomstig richtlijn 2003/87 hebben meegedeeld, verklaarde de Commissie in punt 3.3 het volgende over de overdrachtsregels:

„[...] Voorts wordt het aan de lidstaten overgelaten hoe zij gesloten installaties behandelen.

Indien een lidstaat bij sluiting van een installatie de betreffende emissierechten voor de rest van de [toewijzingsperiode] niet inhoudt, vindt overdracht plaats van de emissierechten van een gesloten installatie aan een nieuwe installatie onder controle van dezelfde exploitant.

Indien een lidstaat bij sluiting van een installatie beslist de betreffende emissierechten voor de rest van de [toewijzingsperiode] in te houden en een nieuwkomersreserve aanlegt, dient te worden onderzocht onder welke voorwaarden dit deel van het systeem zal worden uitgevoerd om ervoor te zorgen dat installaties die voor overdracht in aanmerking komen, tegenover de andere niet onrechtmatig worden beoordeeld. Overdrachten kunnen in die mate worden beperkt dat een exploitant daarvoor alleen in aanmerking komt, indien zowel de gesloten als de nieuwe installatie op het grondgebied van de lidstaat zijn gevestigd.

De Commissie gaat er voorts van uit dat het inhouden van emissierechten na sluitingen investeringen in schone en efficiënte installaties zal stimuleren. Het milieueffect van overdrachten is echter neutraal, tenzij een lidstaat na een sluiting alle niet toegewezen emissierechten zou annuleren. Eventuele overtollige emissierechten zullen waarschijnlijk worden afgekocht door een andere installatie, al dan niet in dezelfde lidstaat, om emissies te dekken.”

C — Brief van de Commissie van 29 juli 2004

- ⁴¹ Bij brief van het DG Concurrentie van 29 juli 2004 (hierna: „brief van DG Concurrentie van 29 juli 2004”) heeft de Commissie onder verwijzing naar de bestreden beschikking uiteengezet hoe dit DG de punten van verzoeksters klacht had beoordeeld. De Commissie is in het kader van de bestreden beschikking „ook de verenigbaarheid van het [Duitse NTP] met criterium [nr.] 5 van bijlage III bij [richtlijn 2003/87] nagegaan door te onderzoeken of het [NTP] ondernemingen of sectoren verschillend behandelde door bepaalde ondernemingen of activiteiten in strijd met de regels inzake staatssteun onterecht te beoordeelen”; daarbij is ook de toepassing van de overdrachtsregel onderzocht. Noch het Duitse NTP noch de toepassing van de overdrachtsregel hadden haars inziens in de eerste toewijzings-

periode tot een dergelijke discriminatie geleid. Deze overdrachtsregel lijkt ervoor te zorgen dat de voordelen voor vervangingsinstallaties tegenover soortgelijke investeringen van andere nieuwkomers niet verder gingen dan voor het ecologisch nut van de betrokken maatregel gerechtvaardigd was. In het bijzonder is de overdrachtsregel opgevat als een moderniseringsstimulus voor alle deelnemers aan de emissiehandelsregeling en is hij niet tot bepaalde sectoren of ondernemingen beperkt.

42 Wat de gevolgen van de overdrachtsregel in het bijzonder in de energiesector betreft, stelt de Commissie in de brief van het DG Concurrentie dat zij onder meer heeft vastgesteld dat volgens de gegevens van de Duitse autoriteiten een aantal centrales zeer rendabel werden geëxploiteerd. Zij heeft derhalve aangenomen dat alleen de door de overdrachtsregel geboden financiële stimulans tot een snelle vervanging door schonere technologieën met minder CO₂-emissies kon leiden, en dat deze stimulerende werking ook moest worden getoetst aan de malusregel volgens welke de minder efficiënte installaties kunnen worden „gestraft” bij het uitstellen van modernisering. Haars inziens kon de overdrachtsregel de betrokken marktdeelnemers er derhalve toe aanzetten hun installaties sneller te moderniseren dan zij zonder een dergelijke regel zouden hebben gedaan.

43 Over de vraag of het voordeel van de overdrachtsregel bepaalde ondernemingen buitenmatig begunstigt, stelde de Commissie te zijn uitgegaan van de verklaringen van de Duitse autoriteiten dat de toepassing van deze regel in de energiesector in de meerderheid van de gevallen ertoe zou leiden dat oude en inefficiënte bruinkoolcentrales in de eerste toewijzingsperiode door moderne en efficiëntere installaties van hetzelfde type zouden worden vervangen. Zij heeft erop gewezen dat in dit geval het door de Duitse autoriteiten berekende voordeel slechts een zeer gering aandeel van de investeringskosten zou vormen. Gelet op de positieve gevolgen van de overdrachtsregel voor de verwezenlijking van de milieudoelstellingen van richtlijn 2003/87 tijdens de eerste vier jaren leek haar een dergelijk

beperkt voordeel evenredig en dus verenigbaar met de bepalingen inzake staatssteun. Na afloop van deze vier jaren zou een vervangingsinstallatie precies als nieuwe installaties ook emissierechten op basis van de „beste beschikbare techniek” verkrijgen, zodat een dergelijke discriminatie van vervangingsinvesteringen en nieuwe installaties werd vermeden.

- 44 Het relatieve nadeel voor kerncentrales die door conventionele installaties met CO₂-emissies moeten worden vervangen, is kennelijk het resultaat van de beslissing van de Bondsrepubliek Duitsland de kernenergieproductie op middellange termijn stop te zetten en kan niet worden toegeschreven aan de uitvoering van de door richtlijn 2003/87 ingevoerde emissiehandelsregeling. De Commissie heeft vastgesteld dat deze richtlijn de toewijzing van emissierechten betreft en dus niet kerncentrales, daar deze geen CO₂-emissies hebben, maar dat de lidstaten in het kader van richtlijn 2003/87 de gevolgen van nationale politieke beslissingen, zoals de uitstap uit kernenergie in de Bondsrepubliek Duitsland, konden milderen. Zij heeft erop gewezen dat met deze situatie volgens de Bondsrepubliek Duitsland in het Duitse NTP afdoende rekening was gehouden, in de eerste plaats door de directe toewijzing van compensatie-emissierechten en in de tweede plaats door de mogelijkheid voor de betrokken installaties om de methode van toewijzing van deze emissierechten te kiezen en doordat de Bondsrepubliek Duitsland bovendien had besloten een nieuwkomersreserve aan te leggen. Nieuwkomers met inbegrip van de installaties die in de plaats van kerncentrales komen, kregen dus gratis een hoeveelheid emissierechten die hun verwachte behoefte moest dekken.
- 45 Betreffende de verenigbaarheid van de overdrachtsregel met de vrijheid van vestiging preciseerde de Commissie dat zij had vastgesteld dat deze regel volgens de verklaringen van de Bondsrepubliek Duitsland geen verschillende behandeling van Duitse en buitenlandse ondernemingen inhoudt.
- 46 Tot slot is de Commissie in de bestreden beschikking ervan uitgegaan dat in de eerste toewijzingsperiode „eventuele steunmaatregelen waarschijnlijk met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zouden zijn, wanneer zij werden getoetst

aan artikel 88, lid 3, EG". Ten slotte heeft zij bij het onderzoek van het NTP rekening gehouden met de inhoud van de bepalingen inzake staatssteun, en zich er dus van vergewist dat de omzetting van richtlijn 2003/87 overeenkomstig criterium nr. 5 verenigbaar was met andere verdragsbepalingen.

D — *Brieven van de Commissie van 3 en 27 augustus 2004*

- 47 Bij brief van het DG Milieu van 3 augustus 2004 deelde de Commissie verzoekster mee dat de overdrachtsregel niet in strijd was met artikel 11 van richtlijn 2003/87 en dat verzoekster over de overige bezwaren in de komende dagen een brief van het DG Concurrentie zou ontvangen.
- 48 Bij brief van het DG Milieu van 27 augustus 2004 deelde de Commissie onder verwijzing naar haar brief van 3 augustus 2004 mee dat zij de procedure op een van haar volgende vergaderingen zou afsluiten.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 49 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 september 2004, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 50 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beslissing nietig te verklaren;

— verweerster te verwijzen in de kosten.

51 Bij op 13 januari 2005 neergelegde akte heeft de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen overeenkomstig artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Verzoekster heeft op 14 maart 2005 haar opmerkingen over deze exceptie ingediend.

52 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 februari 2005, heeft de Bondsrepubliek Duitsland verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige procedure ter ondersteuning van verweersters conclusies.

53 Bij beschikking van 4 april 2005 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht deze interventie toegelaten. Interveniente heeft op 17 mei 2005 een tot de vraag van de ontvankelijkheid beperkte memorie in interventie ingediend. Bij op 31 augustus 2005 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft verzoekster haar opmerkingen over de memorie in interventie ingediend.

54 Verweerster en interveniente concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

55 Verzoekster concludeert in haar opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid dat het het Gerecht behage:

- de exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen;

- subsidiair de exceptie van niet-ontvankelijkheid met de zaak ten gronde te voegen.

In rechte

56 Volgens artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht, indien een partij daarom verzoekt, uitspraak doen over de niet-ontvankelijkheid zonder daarbij op de zaak ten gronde in te gaan. Volgens lid 3 van hetzelfde artikel geschiedt de verdere behandeling van het verzoek mondeling, tenzij het Gerecht anders beslist. In casu acht het Gerecht zich door de processtukken voldoende voorgelicht om zonder mondelinge behandeling uitspraak te kunnen doen.

I — Argumenten van partijen

A — Argumenten van verweerster en interveniënte

57 Verweerster, ondersteund door interveniënte, acht het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk.

58 In de eerste plaats valt de bestreden beschikking niet binnen het bestek van het recht inzake staatssteun in de zin van de artikelen 87 EG en 88 EG, zodat verzoekster zich niet kan beroepen op de rechtspraak inzake de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring tegen op dit gebied vastgestelde beschikkingen. Zelfs wanneer het tegendeel het geval zou zijn, is in de tweede plaats niet voldaan aan de voorwaarden van artikel 230, vierde alinea, EG zoals zij in de rechtspraak over staatssteun zijn vastgesteld. Verzoekster wordt namelijk door de bestreden beschikking niet rechtstreeks of individueel geraakt in de zin van deze bepaling, wat richtlijn 2003/87 betreft. Ten slotte heeft verzoekster geen enkel rechtmatig belang bij nietigverklaring van de bestreden beschikking.

B — *Verzoeksters argumenten*

1. Opmerkingen vooraf

59 Volgens verzoekster is het beroep ontvankelijk en moet de exceptie van niet-ontvankelijkheid dus worden verworpen. De bestreden beschikking is juridisch van hybride aard en raakt haar rechtstreeks en individueel in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG. Gelet op de bijzonder hechte vervlechting van de vragen over de ontvankelijkheid en die van materieel recht over de gegrondheid van het onderhavige beroep verzoekt verzoekster bovendien subsidiair de exceptie van niet-ontvankelijkheid bij de zaak ten gronde te voegen (arrest Hof van 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie, C-57/95, Jurispr. blz. I-1627, punten 6 e.v.).

60 Wat het hybride karakter van de bestreden beschikking betreft, wijst verzoekster erop dat deze enerzijds een goedkeuring door de Commissie overeenkomstig artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 is. Anderzijds is het een beslissing van de Commissie krachtens artikel 88, lid 3, tweede zin, EG, waarbij althans impliciet

definitief machtiging wordt verleend voor de steunregeling in de vorm van de overdrachtsregel met inbegrip van de daaruit volgende „overtoewijzing” van emissierechten aan bepaalde concurrenten van verzoekster zonder dat de formele procedure van artikel 88, lid 2, EG hoefde te worden ingeleid.

61 Verzoekster acht zich om deze twee redenen procesbevoegd.

2. Verzoeksters procesbevoegdheid in staatssteunrechtelijk opzicht

a) Indeling van de bestreden beschikking als beschikking inzake staatssteun

62 Verzoekster stelt in wezen dat de Commissie, anders dan de Commissie en interveniënte menen, de overdrachtsregel daadwerkelijk aan het recht inzake staatssteun heeft getoetst en in de bestreden beschikking daarover definitief haar standpunt heeft bepaald.

63 Aldus blijkt uit de punten 9 en 10 van de considerans van de bestreden beschikking dat de Commissie een eventuele steun in het kader van het NTP waarschijnlijk met de gemeenschappelijke markt verenigbaar heeft geacht. Anderzijds blijkt daaruit dat de Commissie in het bijzonder is nagegaan of de overdrachtsregel bepaalde ondernemingen tegenover bepaalde concurrenten, die nieuwe installaties oprichten zonder voor toepassing van de regel in aanmerking te komen, een voordeel toekent. Zij kwam uiteindelijk tot de conclusie dat een dergelijk voordeel niet verder ging dan gerechtvaardigd is door het ecologisch nut van de betrokken regel.

- 64 De brief van het DG Concurrentie van 29 juli 2004 bevestigt ook dat de Commissie de overdrachtsregel vóór het geven van de bestreden beschikking grondig aan het staatssteunrecht heeft getoetst en daarbij rekening heeft gehouden met de inlichtingen in verzoeksters klacht. Daarin heeft de Commissie namelijk uitvoerig uiteengezet waarom de steun in de vorm van de overdrachtsregel aan bepaalde ondernemingen van de Duitse energiesector haars inziens met de gemeenschappelijke markt verenigbaar was.
- 65 Dat de Commissie in het kader van de procedure van artikel 9 van richtlijn 2003/87 is ingegaan op staatssteunrechtelijke aspecten, strookt niet alleen met haar verklaringen aan de lidstaten in haar brief van 17 maart 2004 dat zij bij de toetsing van NTP's het staatssteunrecht zou toepassen, maar ook met haar verplichtingen krachtens artikel 9, lid 3, in samenhang met criterium nr. 5 van bijlage III bij de richtlijn, zoals de Commissie ze in punt 2.1.5 van haar richtsnoeren zelf heeft uitgelegd. Volgens dit criterium mag een NTP namelijk niet in strijd zijn „met de bepalingen van het Verdrag, in het bijzonder de artikelen 87 en 88”.
- 66 Voorts heeft de Commissie in haar brief van 17 maart 2004 afgezien van een „formele aanmelding van het [NTP] krachtens artikel 88, lid 3, EG voor de [eerste toewijzingsperiode]” en aangekondigd dat zij, ingeval bepalingen van NTP's bepaalde ondernemingen kunnen bevoordelen, ambtshalve een „volledig” onderzoek zou inleiden, dat wegens het daarmee gepaard gaande tijdsverloop tot verwerping van dat deel van het NTP zou moeten leiden. De Commissie heeft aldus haar voornemen kenbaar gemaakt bij een besluit krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 de regelingen van het NTP te verwerpen die een grondige toetsing krachtens artikel 88, lid 2, EG noodzakelijk maken. Omgekeerd volgt daaruit noodzakelijkerwijze dat een dergelijk besluit, wanneer daarin geen bezwaar wordt gemaakt tegen het NTP, tegelijk tot gevolg heeft dat de Commissie de toetsingsprocedure van artikel 88, lid 2, EG niet inleidt.

- 67 Daaruit volgt dat de Commissie in de eerste plaats de bepalingen van een NTP die tot een „overtoewijzing” van emissierechten leiden, beschouwt als in beginsel onverenigbaar met de bepalingen inzake staatssteun, dat zij in de tweede plaats, zoals zij ook zelf heeft verklaard, gehouden is het NTP te toetsen op staatssteunrechtelijke aspecten in het kader van een procedure krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 en eventueel te verwerpen, wanneer het een grondige toetsing krachtens artikel 88, lid 2, EG zou hebben vereist, en dat zij in de derde plaats in casu het Duitse NTP aan een dergelijke toetsing krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 heeft onderworpen, zonder evenwel in de bestreden beschikking de overdrachtsregel te verwerpen.
- 68 Verweersters betoog dat de bestreden beschikking niet op artikel 88 EG is gebaseerd en dat het dispositief ervan niet de staatssteunrechtelijke vragen beantwoordt zodat zij zich niet uitdrukkelijk en definitief in de zin van artikel 88, lid 3, EG heeft uitgesproken over de eventuele staatssteunelementen in de overdrachtsregel van het Duitse NTP, is irrelevant. Volgens vaste rechtspraak zijn voor de juridische kwalificatie van een gemeenschapshandeling aanduiding of vorm ervan irrelevant, maar moet alleen worden gekeken naar wat zij in wezen inhoudt zoals blijkt uit een beoordeling op basis van objectieve criteria (arrest Hof van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639, punt 9, en arrest Gerecht van 24 maart 1994, Air France/Commissie, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punten 43 en 51).
- 69 Om uit te maken wat de bestreden beschikking in wezen inhoudt, moet derhalve worden nagegaan of zij verbindende rechtsgevolgen voor de steunaspecten van het Duitse NTP, waaronder de overdrachtsregel, heeft. Volgens de hogere regels van gemeenschapsrecht (arrest Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 28) moet de bestreden beschikking worden beschouwd als een beschikking inzake staatssteun, daar zij machtiging voor de overdrachtsregel verleent, zonder inleiding van de formele procedure van artikel 88, lid 2, EG (arrest Hof van 10 juli 1990, Griekenland/Commissie, C-259/87, Jurispr. blz. I-2845, punt 1 van de samenvatting in fine). Uit de in punt 66 hierboven bedoelde omstandigheden kan ongeacht de formulering van punt 9 van de considerans van de bestreden

beschikking bij een objectieve beoordeling slechts worden afgeleid dat de beschikking rechtens verbindend en definitief de verenigbaarheid van de overdrachtsregel met criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 en dus met artikel 87 EG heeft vastgesteld. Deze conclusie strookt met de zin en het doel van de goedkeuringsprocedure van artikel 9 van richtlijn 2003/87, die de verenigbaarheid van nationale toewijzingsbepalingen met het gemeenschapsrecht moet waarborgen. Het bereiken van dit doel zou ernstig worden bedreigd, wanneer de Commissie in het kader van de goedkeuringsprocedure een zuiver summier en voorlopig staatssteunrechtelijk onderzoek zou uitvoeren, en uiteindelijk geen verbindende beschikking over de vraag zou geven.

70 Het verbindende staatssteunrechtelijke gevolg van de bestreden beschikking blijkt ook uit het feit dat de Bondsrepubliek Duitsland de in het Duitse NTP opgenomen overdrachtsregel inmiddels bij wege van § 10 van de toewijzingswet heeft omgezet. Had de bestreden beschikking het uitvoeringsverbod van artikel 88, lid 3, derde zin, EG niet ingetrokken (arrest *Air France/Commissie*, punt 68 hierboven, punt 47), dan waren zowel deze omzetting als de daarmee ingevoerde steunregeling in strijd geweest met deze bepaling (arrest Hof van 21 november 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a.*, C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punt 12). Verweerster en de Bondsrepubliek Duitsland zijn er dus kennelijk van uitgegaan dat het uitvoeringsverbod niet van toepassing is op de door de overdrachtsregel en § 10 van de toewijzingswet ingevoerde steunregeling. Dat bevestigt a contrario dat de bestreden beschikking met betrekking tot de in het geding zijnde steunaspecten noodzakelijkerwijs verbindende rechtsgevolgen heeft.

71 Verweersters betoog dat de overdrachtsregel niet formeel overeenkomstig het staatssteunrecht is aangemeld, kan dus niet slagen. Enerzijds is dit betoog inconsistent, omdat de Commissie in haar brief van 17 maart 2004 van een dergelijke formele aanmelding heeft afgezien en heeft verklaard dat zij het NTP aan staatssteunrechtelijke criteria zou toetsen. Anderzijds zou het afzien van de staatssteunrechtelijke aanmelding kennelijk onrechtmatig zijn, wanneer de opvatting van de Commissie klopte dat zij zich over de staatssteunrechtelijke aspecten van het NTP niet definitief hoeft uit te spreken. De Commissie mag namelijk niet van een bepaling afwijken die zoals artikel 88, lid 3, EG een aanmelding voorschrijft,

waardoor zij in het belang van de Gemeenschap tijdig toezicht op nieuwe steun kan uitoefenen (arrest Hof van 9 oktober 1984, Heineken Brouwerijen, 91/83 en 127/83, Jurispr. blz. 3435, punt 14). In casu is de Bondsrepubliek Duitsland de verplichting van deze bepaling nagekomen door het Duitse NTP te beginnen met een overzicht van de gemeenschapsvereisten met alle criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87, waarin ook naar de artikelen 87 EG en 88 EG wordt verwezen. Gelet in het bijzonder op de brief van de Commissie van 17 maart 2004 wenste de Bondsrepubliek Duitsland na mededeling van het NTP aan de Commissie duidelijk niet alleen „voorlopige beoordelingen”, maar zekerheid over de staatssteunrechtelijke beoordeling van het Duitse NTP. Dit is na het geven van de bestreden beschikking bevestigd in publieke verklaringen van de Duitse bondsminister van Milieu.

72 Wat de brief van het DG Concurrentie van 29 juli 2004 betreft, heeft verweerster terecht het standpunt verdedigd dat het niet om een staatssteunrechtelijke beslissing gaat, waartegen de adressaten van de brief krachtens artikel 230 EG kunnen opkomen (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 45). Bovendien blijkt uit de tekst van de brief, die naar de bestreden beschikking verwijst, duidelijk dat de brief geen autonome verbindende rechtsgevolgen heeft, maar alleen de beoordelingen nader toelicht, die aan de bestreden beschikking ten grondslag liggen. Verzoekster wijst het argument van interveniënte af dat zij beroep wegens niet-nakoming tegen verweerster had kunnen instellen om verweerster te verplichten een beslissing krachtens artikel 88 EG te nemen. Aangezien in casu een staatssteunrechtelijke beschikking bestaat, is het beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG de te volgen beroepsweg.

73 Verzoekster voegt er in wezen aan toe dat de Commissie een formele procedure van onderzoek krachtens artikel 88, lid 2, EG moest inleiden, daar de overdrachtsregel de kenmerken van een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG heeft. De toewijzing van emissierechten krachtens deze regel is namelijk een voordeel dat aan

bepaalde ondernemingen of sectoren met overheidsmiddelen wordt verleend onder voorwaarden die niet overeenkomen met normale marktvoorwaarden (arresten Hof van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 60, en 29 april 1999, Spanje/Commissie, C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 41). De beweringen van het tegendeel van interveniënte zijn onjuist en bovendien onverenigbaar met verweersters beginselstandpunt dat de toewijzingsregels steunmaatregelen kunnen vormen.

b) Rechtstreekse geraaktheid van verzoekster

⁷⁴ Wat de vraag betreft of zij in staatssteunrechtelijk opzicht rechtstreeks wordt geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, stelt verzoekster dat de bestreden beschikking een automatisme op gang brengt wat de toewijzing van emissierechten betreft aan ondernemingen die zijn onderworpen aan de emissiehandelsregeling (arrest Hof van 17 januari 1985, Piraiki-Patraiki e.a./Commissie, 11/82, Jurispr. blz. 207, punt 9; beschikking Gerecht van 10 september 2002, Japan Tobacco en JT International/Parlement en Raad, T-223/01, Jurispr. blz. II-3259, punt 46). Overeenkomstig de relevante bepalingen van richtlijn 2003/87 moet de Bondsrepubliek Duitsland na goedkeuring van het Duitse NTP bij de bestreden beschikking de rechten op basis van dit NTP toewijzen. Afwijkingen van het NTP vereisen de wijziging ervan en dus een nieuwe toetsing door de Commissie. Het NTP en de toewijzingswet verlenen de Duitse autoriteiten bovendien geen beoordelingsvrijheid bij de toewijzing van emissierechten, maar voorzien in de toewijzing van een bepaalde hoeveelheid emissierechten aan de exploitanten van installaties.

⁷⁵ Verzoekster betwist het argument van interveniënte dat de toepassing van de overdrachtsregel afhangt van talrijke voorafgaande discretionaire beslissingen en nog niet bij voorbaat te voorziene omstandigheden. Dit argument is onjuist, aangezien het duidelijk doelt op het besluitvormingsproces van de ondernemingen die kunnen worden geraakt door de overdrachtsregel. Werd dit argument aanvaard, dan zou beroep tot nietigverklaring van een steunregeling in tegenstelling tot wat in

de rechtspraak is beslist (arrest Gerecht van 5 december 2002, Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Commissie, T-114/00, Jurispr. blz. II-5121, punten 72-74; conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest Hof van 13 december 2005, Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Jurispr. blz. I-10737, I-10741, punt 62) in de praktijk nooit mogelijk zijn, aangezien op het tijdstip van de vaststelling van de regeling vertragingen in het besluitvormingsproces van de potentieel begunstigde ondernemingen niet kunnen worden uitgesloten. Volgens de rechtspraak is aan het criterium van de rechtstreekse geraaktheid voldaan wanneer de wil van degenen tot wie de maatregel is gericht, daaraan gevolg te geven buiten twijfel staat (arrest Gerecht van 22 november 2001, Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Commissie, T-9/98, Jurispr. blz. II-3367, punt 48). Het staat buiten twijfel dat de Bondsrepubliek Duitsland de emissiehandelsregeling overeenkomstig het Duitse NTP en de toewijzingswet wil uitvoeren. De Bondsrepubliek Duitsland gaat er bovendien zelf van uit dat de overdrachtsregel tijdens de eerste toewijzingsperiode kan worden toegepast, zonder dat na de toewijzingswet een beoordelingsmarge voor de toewijzing van emissierechten bestaat. Het besluitvormingsproces van de begunstigde ondernemingen speelt dus geen rol en verzoekster wordt door de bestreden beschikking rechtstreeks geraakt.

c) Individuele geraaktheid van verzoekster

- 76 Voorts stelt verzoekster dat zij gelet op de rechtspraak inzake staatssteun door de bestreden beschikking individueel wordt geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG. Volgens deze rechtspraak is sprake van individuele geraaktheid wanneer zoals in casu de bestreden beschikking steun met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaart zonder inleiding van de formele procedure en verzoeksters als belanghebbenden in de zin van artikel 88, lid 2, EG worden beschouwd (arresten Hof van 19 mei 1993, Cook/Commissie, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 37, en 15 juni 1993, Matra/Commissie, C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 18). Deze beginselen gelden in het bijzonder voor concurrerende ondernemingen, wanneer hun concurrentiepositie door de betrokken steun wordt aangetast, ook al wordt een steunregeling, zoals die van de overdrachtsregel, goedgekeurd (arresten Gerecht van

16 september 1998, Waterleiding Maatschappij/Commissie, T-188/95, Jurispr. blz. II-3713, punten 60 en 62; 27 september 2000, BP Chemicals/Commissie, T-184/97, Jurispr. blz. II-3145, punten 29 en 40; 21 maart 2001, Hamburger Hafen- und Lagerhaus e.a./Commissie, T-69/96, Jurispr. blz. II-1037, punt 41, en Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Commissie, punt 75 supra, punt 71). Het wezenlijke doel van voormelde arresten Cook/Commissie en Matra/Commissie, de nuttige werking van de aan belanghebbenden in de zin van artikel 88, lid 2, EG toegekende procedurele waarborgen te handhaven, geldt zowel in geval van een steunregeling als bij individuele steun. Zodra een steunregeling is goedgekeurd, is er in beginsel bij de Commissie geen andere procedure meer, in het kader waarvan deze procedurele waarborgen kunnen worden gehandhaafd. Bijgevolg zijn de in deze arresten neergelegde beginselen in casu van toepassing.

77 Hoewel de overdrachtsregel theoretisch ook voor cokesovens, papierfabrieken en exploitanten van andere installaties geldt, is hij specifiek voor toepassing op de elektriciteitssector ingevoerd, in het bijzonder om RWE's inefficiënte sterk vervuilende bruinkoolcentrales zo snel mogelijk door nieuwe schonere centrales te vervangen. De Commissie heeft deze speciale betekenis van de overdrachtsregel ook erkend in de brief van het DG Concurrentie van 29 juli 2004. In deze context wijst verzoekster het betoog af dat het niet zeker is dat haar drie grote concurrenten zich beroepen op de overdrachtsregel; reeds in de eerste toewijzingsperiode bestond namelijk de concrete mogelijkheid van een dergelijke ontwikkeling.

78 De bestreden beschikking tast ook verzoeksters concurrentiepositie aan tegenover de begunstigen van de overdrachtsregel, in het bijzonder tegenover RWE, daar deze regeling tot een aanzienlijke overtoewijzing van rechten aan deze ondernemingen leidt, terwijl zij zelf wegens haar anders samengesteld geheel van centrales slechts een kleinere toewijzing krijgt. Zo kan vooral RWE haar excedent aan rechten op de markt verkopen en daarmee haar productiekosten drukken en haar marktaandeel ten nadele van verzoekster uitbouwen. Deze aantasting van haar mededingingspositie volstaat voor de conclusie dat zij, gelet op de indeling van de overdrachtsregel als een steunregeling, procesbevoegd is (arrest Waterleiding Maatschappij/Commissie, punt 76 supra, punt 62). Dat de overdrachtsregel tot soortgelijke

aantastingen buiten de elektriciteitssector zou kunnen leiden, is hoogst onwaarschijnlijk. Bovendien was in casu op het tijdstip van de goedkeuring van de steunregeling reeds met voldoende zekerheid bekend hoe de regeling de concurrentieverhouding tussen verzoekster en de begunstigen van de regeling zou beïnvloeden. Anders dan interveniënte van mening is, leidt deze benadering niet tot de erkenning van een *actio popularis* gelet op het vereiste dat verzoekers en de steunbegunstigde op de relevante markt in concurrentie met elkaar staan (arresten Waterleiding Maatschappij/Commissie, punt 73 supra, punten 62 en 80-81, en Hamburger Hafen- und Lagerhaus e.a./Commissie, punt 76 supra, punten 41 en 42). In casu heerst een scherpe concurrentie tussen enerzijds verzoekster en anderzijds RWE en de twee andere betrokken elektriciteitsmaatschappijen (arrest Hof van 28 januari 1986, Cofaz e.a./Commissie, 169/84, Jurispr. blz. 391, punt 25).

79 Verzoekster is bovendien van mening dat zij zich hoe dan ook onderscheidt van de groep van de andere ondernemingen die aan de emissiehandelsregeling deelnamen en binnen de werkingssfeer van de overdrachtsregel vallen. Dat komt in het bijzonder door de concrete gevolgen die de toepassing van de overdrachtsregel in de praktijk reeds in de eerste toewijzingsperiode voor de concurrentiepositie van RWE heeft gehad. Uit het verslag van de Bondsrepubliek Duitsland over de toewijzing van emissierechten in deze periode blijkt dat niet alleen 79 % van alle rechten aan energieproducerende installaties zijn toegewezen, maar dat de grootste individuele toewijzing naar een bruinkoolcentrale in Nordrhein-Westfalen ging, namelijk naar verzoekster vermoedt naar de centrale van RWE te Niederaußem. Verzoekster voegt eraan toe dat geen enkele onderneming in dezelfde mate door de overdrachtsregel wordt getroffen als zijzelf.

80 Ten slotte stelt verzoekster dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG had moeten inleiden, daar ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking sterke twijfel bestond aan de verenigbaarheid van de overdrachtsregel met de gemeenschappelijke markt. In deze procedure diende verzoekster als belanghebbende in de zin van artikel 88, lid 2 EG te worden gehoord (arresten Hof van 14 november 1984, Intermills/Commissie, 323/82, Jurispr.

blz. 3809, punt 16; Cook/Commissie, punt 76 supra, punt 29, en Commissie/Sytraval en Brink's France, punt 72 supra, punt 41).

3. Verzoeksters procesbevoegdheid in het licht van richtlijn 2003/87

a) Opmerking vooraf

⁸¹ Verzoekster stelt procesbevoegd te zijn in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG in het licht van de relevante bepalingen van richtlijn 2003/87, in het bijzonder van artikel 9, lid 3, in samenhang met criterium nr. 5 van bijlage III.

b) Rechtstreekse geraaktheid van verzoekster

⁸² Wat haar rechtstreekse geraaktheid betreft, betwist verzoekster om te beginnen verweersters betoog dat de Commissie met de vaststelling van de bestreden beschikking het Duitse NTP met inbegrip van de overdrachtsregel niet heeft goedgekeurd. In haar eigen mededelingen verklaart de Commissie namelijk dat zij bepaalde NTP's in hun geheel of gedeeltelijk heeft goedgekeurd (MEMO/04/44 van 6 januari 2005, vraag 9; IP/04/1250 van 20 oktober 2004; IP/05/9 van 6 januari 2005), en zo zijn de desbetreffende beslissingen ook op nationaal niveau opgevat. Deze uitlegging strookt met de tekst van artikel 3, lid 3, van de bestreden beschikking volgens welke „[alle] wijzigingen van de nationale [NTP's] krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn [2003/87 moeten worden] goedgekeurd”.

83 Volgens verzoekster gaat de door verweerster en interveniënte gemaakte vergelijking met de procedure wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG niet op. Enerzijds heeft de mededelings- en onderzoeksprocedure van artikel 9 van richtlijn 2003/87 een ander doel dan een procedure wegens schending van het Verdrag, namelijk vooraf de mogelijke schendingen van het gemeenschapsrecht door het NTP te ontdekken. Dit is niet het geval met de niet-nakomingsprocedure die wordt ingesteld tegen reeds bestaande nationale maatregelen die niet vooraf bij de Commissie zijn aangemeld. Anderzijds belet een beslissing om niet krachtens artikel 226 EG een procedure wegens niet-nakoming in te stellen de lidstaat niet de betrokken maatregelen in te trekken of te wijzigen. In casu zijn de lidstaten daarentegen krachtens artikel 9 en artikel 11, leden 1 en 4, van richtlijn 2003/87 verplicht emissierechten overeenkomstig de (door de Commissie onbetwiste) regels van het NTP toe te wijzen. Dat een lidstaat, die van de regels van het NTP wil afwijken, de Commissie het NTP in beginsel opnieuw moet voorleggen, wijst erop dat hij aan het onbetwiste deel van het NTP gebonden is. Derhalve dient een beslissing waarin geen kritiek overeenkomstig artikel 9 van richtlijn 2003/87 is geuit, tegelijk als een goedkeuring van het meegedeelde NTP te worden beschouwd, vooral wanneer de Commissie zoals in de overwegingen 9 en 10 van de considerans van de bestreden beschikking het door haar onbetwiste deel van het NTP uitdrukkelijk heeft onderzocht. Ten slotte heeft artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 een veel engere werkingssfeer dan artikel 226 EG, daar het alleen de verenigbaarheid van de emissiehandelsregeling met het gemeenschapsrecht moet waarborgen. Tegelijk moet artikel 3, lid 3, in samenhang met de in bijlage III bij de richtlijn gestelde criteria de gelijke behandeling van de deelnemers aan de emissiehandelsregeling garanderen en mededingingsverstoringen voorkomen. Deze bepaling betreft dus niet alleen de verhouding tussen de Commissie en de lidstaat, maar ook de individuele bescherming.

84 De eventuele discretionaire bevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 doet niet af aan het feit dat de krachtens deze bepaling gegeven beschikking een goedkeuring vormt. Ook in het kader van het toezicht op staatssteun beschikt de Commissie over een discretionaire bevoegdheid; nooit is betwijfeld dat een positieve beschikking van de Commissie een machtiging voor de bedoelde steunmaatregelen vormt (conclusie van advocaat-generaal La Pergola bij het arrest Hof van 20 februari 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Commissie, C-107/95 P, Jurispr. blz. I-947, I-949, punt 10).

85 Voorts betwist verzoekster het argument dat een NTP, waartegen niet binnen de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 bezwaar wordt gemaakt, niet goedgekeurd en dus verboden moet worden geacht. Veeleer heeft het verstrijken van de termijn overeenkomstig de regeling van artikel 4, lid 6, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1), en artikel 10, lid 6, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1), tot gevolg dat het NTP als goedgekeurd geldt.

86 Volgens verzoekster brengen de toepasselijke bepalingen van richtlijn 2003/87 een automatisme op gang voor de toepassing van de in de bestreden beschikking onbetwiste regelingen van het Duitse NTP. Ten tijde van de goedkeuring van het Duitse NTP is namelijk de facto vastgesteld dat de overdrachtsregel en de regel van de bijzondere toewijzing voor de sluiting van kerncentrales als zodanig in de toewijzingswet zouden worden overgenomen zonder dat de bevoegde autoriteiten over een beoordelingsmarge voor de individuele toewijzing van emissierechten beschikten. Bijgevolg is voldaan aan de in de rechtspraak gestelde voorwaarden voor een rechtstreekse geraaktheid van verzoekster (arrest Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Commissie, punt 75 supra, punt 73). Daaraan wordt niet afgedaan door de mogelijkheid om achteraf na verbetering van de gegevens het aantal toe te kennen rechten aan te passen of door de verplichting tot inachtneming van „de opmerkingen van het publiek” overeenkomstig artikel 11, lid 1, van richtlijn 2003/87 na de vaststelling van het besluit krachtens artikel 9 van deze richtlijn. De toepasselijke voorschriften van het Duitse NTP zijn namelijk zo precies geformuleerd dat afwijkingen bij hun toepassing in voorkomend geval na inachtneming van de opmerkingen van het publiek opnieuw bij de Commissie zouden moeten worden aangemeld.

c) Individuele geraaktheid van verzoekster

87 Verzoekster acht zich ook individueel geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, daar zij door de bestreden beschikking wordt geraakt uit hoofde van bepaalde

bijzondere hoedanigheden en van een feitelijke situatie die haar ten opzichte van iedere andere door de NTP geraakte marktdeelnemer karakteriseert en haar derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als een adreessaat. Doordat de Commissie het Duitse NTP verenigbaar met de criteria van bijlage III bij richtlijn 2003/87 heeft verklaard, heeft zij de vaststelling door de Duitse wetgever van de toewijzingswet mogelijk gemaakt. Deze wet leidt evenwel tot een aanzienlijke bevoordeling van de energiebedrijven, die hoofdzakelijk in conventionele centrales stroom produceren, met name RWE, en benadeelt energiebedrijven, zoals verzoekster, met een groot aantal kerncentrales. Laatstgenoemden kunnen zich voor de vervanging van hun centrales, die door het Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität is voorgeschreven, niet beroepen op de toepassing van de overdrachtsregel en de toewijzingswet biedt hun geen toereikende en passende vergoeding daarvoor.

88 Verzoekster herinnert in dit opzicht aan de rechtspraak, dat een handeling van algemene strekking ondernemingen individueel kan raken, wanneer zij een beperkte groep vormen die voldoende is gekarakteriseerd ten opzichte van de groep ondernemingen die abstract in deze handeling worden genoemd, en die na de inwerkingtreding van de betrokken maatregelen ook niet kan worden uitgebreid (arresten Hof van 26 juni 1990, Sofrimport/Commissie, C-152/88, Jurispr. blz. I-2477, punt 11, en 18 mei 1994, Codorníu/Raad, C-309/89, Jurispr. blz. I-1853, punten 18 en 21). Anders dan verzoekster stelt, is deze rechtspraak in casu van toepassing. De voorschriften van de emissiehandelsregeling tasten namelijk concrete rechtsposities aan, daar zij diepgaand ingrijpen op de inhoud en de beperkingen van het eigendomsrecht van de exploitanten van de installaties die broeikasgas produceren. Zij verliezen daarbij een tot dusver bestaand positief recht op CO₂-emissies.

89 Anders dan verweerster stelt, treden de negatieve en ongunstige effecten van de toepassing van de overdrachtsregel slechts op bij een beperkte groep ondernemingen uit de energiesector en raken zij haar rechtstreeks zelf als een van de twee exploitanten van kerncentrales, die hun productie in de eerste toewijzingsperiode moeten stopzetten. Van de vier grote elektriciteitsproducenten in Duitsland produceren RWE en Vattenfall elk ongeveer 60 % van hun elektriciteit in kolencentrales en slechts ongeveer 16 % (RWE) en 9 % (Vattenfall) in kerncentrales.

Bij E.ON en verzoekster vertegenwoordigt kernenergie daarentegen thans ongeveer 34 % (E.ON) en 37 % (verzoekster). Terwijl Vattenfall over een aantal relatief moderne centrales beschikt, heeft RWE een totale brutoproductie van 7100 MW, die volgens verzoeksters inlichtingen althans gedeeltelijk vóór 2007 moet worden vervangen door nieuwe installaties die in aanmerking komen voor de overdrachtsregel. E.ON en verzoekster zijn de enige ondernemingen die na de sluiting van de kerncentrales van Obrigheim (verzoekster) en Stade (E.ON) wegens de uitstap uit kernenergie in Duitsland hun productie uit kernenergie door een conventionele stroomproductie moeten compenseren zonder in aanmerking te komen voor de overdrachtsregel. Het daaruit in de eerste toewijzingsperiode resulterende voordeel voor de exploitanten van conventionele centrales, in het bijzonder van RWE, raakt verzoekster economisch bijzonder hard (beschikking Hof van 25 april 2002, Galileo en Galileo International/Raad, C-96/01 P, Jurispr. blz. I-4025, punt 53). Afgezien daarvan volgt haar individuele geraaktheid ook uit een reeks materiële omstandigheden die haar ten opzichte van iedere andere marktdeelnemer karakteriseren, in het bijzonder het grote aandeel van kernenergie in haar elektriciteitsproductie, de in vergelijking met haar concurrenten unieke samenstelling van haar aantal centrales en de uitdrukkelijke vermelding in de motivering van het wetsontwerp van de toewijzingswet in samenhang met de bijzondere toewijzingsregel van de sluiting van de centrales van Stade en Obrigheim. Deze individuele geraaktheid door de overdrachtsregel zal gedurende de eerste toewijzingsperiode blijven bestaan, daar zij zich enerzijds vanaf 2008 niet meer zal kunnen beroepen op de bijzondere toewijzing voor kerncentrales en anderzijds geen behoefte zal hebben voor de vervanging van haar conventionele centrales die voor de toepassing van de overdrachtsregel in aanmerking hadden kunnen komen (arrest Hof van 16 mei 1991, Extramet Industrie/Raad, C-358/89, Jurispr. blz. I-2501, punt 17, en arrest Air France/Commissie, punt 68 supra, punt 82).

⁹⁰ De regel van de bijzondere toewijzing kan het voordeel voor exploitanten van conventionele centrales niet compenseren. Enerzijds maakt deze regel deel uit van een geheel van voorschriften die de mededinging ten nadele van verzoekster vervalst; anderzijds is de toewijzing van rechten die daaruit bij de sluiting van de kerncentrales volgt, ontoereikend en vormt zij op zich een mededingingsverstoring.

- 91 Gelet op alle voorgaande overwegingen concludeert verzoekster dat zij door de bestreden beschikking ten aanzien van richtlijn 2003/87 direct en individueel wordt geraakt.

4. Verzoeksters procesbelang

- 92 Verzoekster wijst verweersters betoog van de hand dat zij geen procesbelang heeft. In het bijzonder betwist zij de stelling dat de nietigverklaring van de bestreden beschikking tot gevolg heeft dat het Duitse NTP wegens het verstrijken van de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 volledig toepasselijk is. In dit geval komen de partijen veeleer terug in de situatie van vóór de vaststelling van de bestreden beschikking (arrest Hof van 31 maart 1971, Commissie/Raad, 22/70, Jurispr. blz. 263, punten 59 en 60). Ook in steunzaken moet volgens de rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de Commissie in geval van nietigverklaring van een beschikking tot goedkeuring de procedure dus weer worden opgenomen (arrest Hof van 12 november 1998, Spanje/Commissie, C-415/96, Jurispr. blz. I-6993, punt 31), ondanks het verstrijken van de termijn van twee maanden voor het vooronderzoek krachtens artikel 88, lid 3, EG. Hetzelfde moet ook in de onderhavige zaak gelden; de Commissie moet dus bij nietigverklaring van de bestreden beschikking het onderzoek krachtens artikel 9 van richtlijn 2003/87 opnieuw verrichten.

II — *Beoordeling door het Gerecht*

- 93 Het Gerecht herinnert er vooraf aan dat verweester en interveniënte de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep betwisten in het bijzonder op grond dat verzoekster door de bestreden beschikking niet rechtstreeks wordt geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG en hoe dan ook geen procesbelang heeft met betrekking tot de beschikking.

- 94 Eerst moet worden onderzocht of verzoekster een procesbelang heeft met betrekking tot de beschikking.

A — Voorwaarden voor procesbelang

- 95 Volgens verweerster heeft verzoekster geen procesbelang bij de nietigverklaring van de bestreden beschikking, daar een nietigverklaring alleen tot gevolg zou hebben, dat de afwijzing van de drie in artikel 1 van de bestreden beschikking vermelde delen van het Duitse NTP door de Commissie vervalt. Daar de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 is verstreken, zou een dergelijke nietigverklaring geen afbreuk doen aan de volledige omzetting van het NTP met inbegrip van de betwiste overdrachtsregel en verzoekster dus geen voordeel bieden. Verzoekster stelt in wezen dat de nietigverklaring van de bestreden beschikking, zoals bij een goedkeuring van staatssteun, ertoe zou leiden dat de goedkeuring van de overdrachtsregel door de Commissie vervalt en de Commissie, daar de partijen ondanks het verstrijken van de termijn van drie maanden terug in de situatie van vóór de vaststelling van de bestreden beschikking komen, de onderzoeksprocedure krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 moet heropenen en opnieuw moet beslissen.
- 96 Wat het procesbelang betreft, is het vaste rechtspraak dat een beroep tot nietigverklaring van een natuurlijke of rechtspersoon slechts ontvankelijk is wanneer deze belang bij nietigverklaring van de bestreden handeling heeft (zie arrest Gerecht van 28 september 2004, MCI/Commissie, T-310/00, Jurispr. blz. II-3253, punt 44, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Van een dergelijk belang is slechts sprake wanneer de nietigverklaring van de bestreden handeling als zodanig rechtsgevolgen kan hebben (zie arrest Gerecht van 14 september 1995, Antillean Rice Mills e.a./Commissie, T-480/93 en T-483/93, Jurispr. blz. II-2305, punten 59 en 60, en de aldaar aangehaalde rechtspraak) en het beroep de partij die het heeft ingesteld, een voordeel kan verschaffen (arrest Hof van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 21).

- 97 Nagegaan dient dus te worden of een eventuele nietigverklaring van de bestreden beschikking verzoekster in casu een voordeel kan verschaffen. Dat is met name het geval wanneer deze nietigverklaring tot gevolg heeft dat enerzijds de bepalingen van het Duitse NTP met inbegrip van de overdrachtsregel niet langer onder de goedkeuring vallen, die met de bestreden beschikking mogelijkerwijze althans impliciet krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 is verleend, en anderzijds de Commissie op basis van dit artikel het NTP opnieuw op verenigbaarheid met de toepasselijke gemeenschapsrechtelijke bepalingen moet toetsen.
- 98 Het antwoord op de vraag van het procesbelang hangt dus af van de juridische aard van de onderzoeksprocedure en de beslissingsbevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 alsook in het bijzonder van de vraag of de bestreden beschikking een goedkeuring van het Duitse NTP in zijn geheel, met inbegrip van de overdrachtsregel, inhoudt.
- 99 Derhalve moet worden nagegaan wat de juridische aard van de procedure en van de beslissingsbevoegdheid van de Commissie is.

B — Juridische aard van de onderzoeksprocedure en beslissingsbevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9 van richtlijn 2003/87

1. Opmerkingen vooraf

- 100 De bestreden beschikking is zuiver formeel en ongeacht haar werkelijke materiële draagwijdte onbetwist slechts op artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 gebaseerd en

niet op de relevante bepalingen over staatssteun, namelijk de artikelen 87 EG en 88 EG alsook verordening nr. 659/1999.

101 Met betrekking tot de juridische aard van de onderzoeksprocedure van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 stelt verweerster, ondersteund door interveniënte, in wezen dat deze bepaling de Commissie niet machtigt het meegedeelde NTP goed te keuren, maar haar alleen toelaat dit NTP of delen ervan op basis van de in bijlage III bij de richtlijn genoemde criteria te verwerpen. Verzoekster stelt in wezen dat de onderzoeksprocedure in geval van nietigverklaring van de bestreden beschikking opnieuw moet worden ingeleid en dat de afloop van de termijn van drie maanden hoe dan ook tot een rechtsfictie leidt, die erin bestaat dat het NTP als goedgekeurd geldt.

102 Om de gegrondheid van de argumenten van partijen op dit punt te onderzoeken moet artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 grammaticaal, systematisch en teleologisch worden uitgelegd (zie betreffende de methodologie arresten Gerecht van 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie, T-251/00, Jurispr. blz. II-4825, punten 72 e.v., en 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie, T-22/02 en T-23/02, Jurispr. blz. II-4065, punten 41 e.v.).

2. De in de bestreden beschikking mogelijkerwijs gegeven goedkeuring

a) Grammaticale uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87

103 Om te beginnen moet in het kader van de vraag of de bestreden beschikking een goedkeuring van het Duitse NTP inhoudt, de tekst van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 worden onderzocht, die de partijen eensgezind beschouwen als de formele rechtsgrondslag van de bestreden beschikking.

104 De tekst van artikel 9, lid 3, eerste zin, volgens welke de Commissie „het [NTP] of een deel daarvan [kan] verwerpen”, wijst erop dat de Commissie, anders dan verzoekster meent, geen onbeperkte bevoegdheid tot goedkeuring heeft. Weliswaar laat deze bepaling de Commissie toe het door de lidstaat meegedeelde NTP vooraf te controleren, maar de bevoegdheid van de Commissie het NTP te onderzoeken en te verwerpen is eng omschreven, daar zij zowel inhoudelijk als in de tijd is begrensd. Enerzijds is het toezicht beperkt tot de toetsing van de verenigbaarheid van het NTP met de criteria van bijlage III en met artikel 10 van richtlijn 2003/87 en anderzijds moet het geschieden binnen drie maanden na mededeling van het NTP door de lidstaat.

105 Anders dan verzoekster meent, kan het feit dat artikel 9, lid 3, tweede zin, van richtlijn 2003/87 van „voorgestelde wijzigingen” spreekt, die „door de Commissie [...] aanvaard” moet worden, niets aan deze beoordeling wijzigen. Deze wijzigingen geschieden namelijk in een later stadium van de onderzoeksprocedure, nadat de Commissie bezwaren tegen het meegedeelde NTP of delen ervan heeft gemaakt, en zij dienen er precies toe aan de aanvankelijke bezwaren van de Commissie inzake de verenigbaarheid met de criteria van bijlage III en artikel 10 van richtlijn 2003/87 tegemoet te komen. Dat de Commissie deze wijzigingen aanvaardt, is dus alleen het logische gevolg van haar aanvankelijke opmerkingen in het kader van de haar door artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 verleende beperkte bevoegdheid van toezicht en verwerping, en niet de uitdrukking van een algemene bevoegdheid tot goedkeuring. Dat deze bepaling alleen in de mogelijkheid voorziet de voorgestelde wijzigingen van het NTP te aanvaarden, wijst er veeleer op dat de Commissie daarentegen geen dergelijke algemene bevoegdheid tot goedkeuring heeft.

106 De bevoegdheid het aangemelde NTP of delen ervan te verwerpen is overigens geen uitvloeisel van een absolute verplichting voor de Commissie om iets te doen. Weliswaar is de Commissie verplicht na de mededeling van een NTP zorgvuldig en onpartijdig de verenigbaarheid ervan met de criteria van bijlage III en met artikel 10 van richtlijn 2003/87 te toetsen (zie naar analogie arrest Hof van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, Jurispr. blz. I-5469, punt 14; arresten Gerecht van 11 september 2002, Pfizer Animal Health/Raad, T-13/99, Jurispr.

blz. II-3305, punt 171, en Alpharma/Raad, T-70/99, Jurispr. blz. II-3495, punt 182). De woorden „kan [...] verwerpen” houden een bepaalde discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de Commissie in, die vergelijkbaar is met haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid in het kader van de toepassing van artikel 226 EG, waarvan zij niet onder alle omstandigheden gebruik hoeft te maken (zie beschikking Gerecht van 14 januari 2004, Makedoniko Metro en Michaniki/Commissie, T-202/02, Jurispr. blz. II-181, punten 43 en 46, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Indien de Commissie, nadat de lidstaat zijn NTP heeft aangemeld, niet binnen drie maanden na de mededeling gebruik maakt van haar bevoegdheid, kan de lidstaat het NTP dus in beginsel onder de in de artikelen 11 en volgende van richtlijn 2003/87 genoemde voorwaarden toepassen zonder dat de goedkeuring van de Commissie is vereist (zie in die zin arrest Gerecht van 23 november 2005, Verenigd Koninkrijk/Commissie, T-178/05, Jurispr. blz. II-4807, punt 55). Dit doet niet af aan de algemene toezichtbevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 211 EG en 226 EG waarvoor geen termijn geldt.

¹⁰⁷ Ook blijkt uit de tekst van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 dat de procedure tot toetsing van het NTP niet noodzakelijkerwijs met een formeel besluit hoeft te worden afgesloten, met name wanneer de lidstaat in de loop van deze procedure alle door de Commissie verlangde wijzigingen aanbrengt. Bovendien is in artikel 9, lid 3, tweede zin, van richtlijn 2003/87 slechts sprake van een negatief besluit tot verwerping, maar niet van een goedkeuringsbesluit of een besluit van geen bezwaar. Daaruit volgt dat de Commissie, wat de vaststelling van een dergelijk besluit betreft, over een bepaalde beoordelingsbevoegdheid beschikt waarvan zij in het bijzonder gebruik maakt, wanneer de lidstaat vóór het verstrijken van de termijn van drie maanden ondanks bezwaren van de Commissie nalaat of weigert zijn NTP te wijzigen.

¹⁰⁸ Verzoeksters opvatting is dus in strijd met de tekst van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87.

b) Systematische uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87

- 109 In het kader van de systematische uitlegging dient te worden vastgesteld dat richtlijn 2003/87 geen aanknopingspunten bevat aan de hand waarvan de juridische aard van de onderzoeksprocedure en de beslissingsbevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9, lid 3, van deze richtlijn nauwkeuriger kunnen worden bepaald. Ter bepaling van de rechtsgrondslag en het doel van de betrokken regeling moeten de procedure en de bevoegdheid evenwel worden vergeleken met andere bestuursrechtelijke toezichtregelingen, waaronder de door de partijen genoemde, die eveneens een beslissingsbevoegdheid van de Commissie inhouden.
- 110 In dit verband hebben partijen met name gewezen op de procedure van toezicht op staatssteun van artikel 88 EG, die nader wordt geregeld in verordening nr. 659/1999, alsook op de procedure wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG.
- 111 Zowel de procedure inzake staatssteun — voor zover zij krachtens artikel 88, lid 3, EG vooraf aangemelde maatregelen betreft — als de procedure van onderzoek krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 zijn, anders dan de niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 226 EG, voorbeelden van voorafgaande controle van de verenigbaarheid van nationale maatregelen met bepaalde voorschriften van gemeenschapsrecht. Zoals de lidstaat krachtens artikel 88, lid 3, derde zin, EG een aangemelde steunmaatregel niet vóór de afloop van een bepaalde termijn mag toepassen, mag hij in beginsel zijn NTP niet vóór de afloop van de in artikel 9, lid 3, eerste zin, van richtlijn 2003/87 met het oog op controle vooraf gestelde termijn van drie maanden toepassen, tenzij de Commissie hem vóór de afloop van deze termijn mededeelt dat zij niet voornemens is bezwaar te maken. De reden van dit voorlopig verbod het NTP uit te voeren is enerzijds dat de Commissie tot de afloop van de termijn de mogelijkheid heeft het NTP in zijn geheel of delen ervan wegens onverenigbaarheid onder meer met de criteria van bijlage III te

verwerpen. Anderzijds blijkt daaruit dat de lidstaat, wanneer de Commissie bezwaren tegen het NTP of delen daarvan heeft, krachtens artikel 9, lid 3, tweede zin, het besluit tot toewijzing in de zin van artikel 11, lid 1, — volgens hetwelk het NTP moet worden „opgesteld ingevolge artikel 9” — slechts kan nemen, wanneer de wijzigingen die hij heeft voorgesteld om aan deze bezwaren tegemoet te komen, door de Commissie zijn aanvaard. Daarentegen stelt artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87, anders dan artikel 88, lid 3, derde zin, EG, de opheffing van dit verbod om het NTP toe te passen, niet afhankelijk van de vaststelling van een formeel besluit van de Commissie. Bij het uitblijven van uitdrukkelijke bezwaren van de Commissie binnen de gestelde termijn kan de lidstaat gewoon door de afloop van de termijn van drie maanden het NTP in de aangemelde versie toepassen (arrest Verenigd Koninkrijk/Commissie, punt 106 supra, punt 55).

- 112 Het loutere feit dat de procedure van toetsing van het NTP als een controle vooraf geldt, betekent volgens het Gerecht ook niet dat zij inzake de rechtmatigheid en mogelijkheid de meegedeelde maatregelen uit te voeren moet leiden tot een besluit dat rechten in het leven roept. Terwijl de regels inzake steun berusten op het beginsel van een algemeen verbod — wegens een vermoeden van onrechtmatigheid —, volgens hetwelk de steunmaatregelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG in beginsel met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar zijn, berust artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 niet op een dergelijk beginsel en is het niet als afwijking van enig algemeen verbod bedoeld. Het beoogt daarentegen de goede werking van de emissiehandelsregeling te garanderen via de toewijzing van emissierechten door de lidstaten op basis van hun NTP, waarvan de toewijzingsregels alleen worden getoetst op de inachtneming door de lidstaat van onder meer de criteria van bijlage III bij de richtlijn. Evenmin bevat het primaire of afgeleide communautaire milieurecht bepalingen, die een lidstaat, al was het uit voorzorg, zoals het in artikel 87 EG gestelde algemeen verbod, de vaststelling van bepaalde maatregelen in het kader van de omzetting van richtlijn 2003/87 en de emissiehandelsregeling verbieden. De lidstaten kunnen daarentegen krachtens artikel 176 EG verdergaande beschermingsmaatregelen dan die waarin het gemeenschapsrecht voorziet, handhaven of treffen, voor zover deze maatregelen met het Verdrag in het algemeen verenigbaar zijn (zie naar analogie arrest Hof van 14 april 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, C-6/03, Jurispr. blz. I-2753, punten 27-32).

- 113 Gelet op de uit punt 112 hierboven blijkende verschillen tussen de procedure van toetsing van staatssteun en die van toetsing van het NTP, verschillen deze beide regelingen van controle vooraf volgens het Gerecht fundamenteel. Ook de rechtsgevolgen van de door de Commissie in het kader van deze regelingen zowel tegenover de lidstaten als tegenover de betrokken ondernemingen getroffen maatregelen dienen derhalve duidelijk van elkaar te worden onderscheiden.
- 114 Aldus vormt een formele beslissing van verenigbaarverklaring in de zin van artikel 88, lid 3, derde zin, EG, van de Commissie in het kader van de procedure van toetsing van staatssteun een goedkeuringsbesluit, aangezien daarmee de rechtmatigheid van de aangemelde steun uitdrukkelijk wordt erkend en bij gebreke waarvan de steun in beginsel onrechtmatig is en niet mag worden toegekend (zie artikel 4, leden 2 en 3, en artikel 7, leden 2 en 3, van verordening nr. 659/1999). Een onverenigbaarverklaring van steun vormt daarentegen slechts een rechtens dwingende bevestiging van het algemene verbod van artikel 87 EG en het verbod van toepassing van de steun (zie artikel 7, lid 5, van verordening nr. 659/1999). De noodzaak van een dergelijke goedkeuring, die afwijkt van het algemene beginsel van verbod van staatssteun krachtens artikel 87, lid 1, EG wordt uiteindelijk bevestigd door de rechtsfictie van artikel 4, lid 6, eerste zin, van verordening nr. 659/1999, volgens hetwelk de betrokken steun wordt geacht te zijn goedgekeurd, indien de Commissie niet tijdig een beschikking heeft gegeven (zie ook arrest Hof van 11 december 1973, Lorenz, 120/73, Jurispr. blz. 1471, punt 5).
- 115 Daarentegen leidt de krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 verrichte controle vooraf niet noodzakelijkerwijs tot een goedkeuringsbesluit, daar de Commissie slechts dient op te treden voor zover zij het noodzakelijk acht bezwaren te maken tegen delen van het meegedeelde NTP en, bij weigering van de lidstaat zijn NTP te wijzigen, een besluit tot verwerping moet nemen (zie punt 106 hierboven). Bovendien geldt voor deze bezwaren en het besluit tot verwerping een termijn van drie maanden vanaf de mededeling van het NTP. Zo niet wordt het aangemelde NTP namelijk definitief en bestaat een vermoeden van rechtmatigheid waardoor de lidstaat het in de betrokken toewijzingsperiode kan uitvoeren. Deze bijzondere toetsing berust dus op het vermoeden van rechtmatigheid van de overheidsmaat-

regelen, die alleen aan een voorlopig uitvoeringsverbod zijn onderworpen. Besluiten van de Commissie tot verwerping van een NTP of delen ervan kunnen derhalve, ook wanneer de Commissie daarin de andere delen van het plan uitdrukkelijk aanvaardt of de redenen noemt waarom zij niet voornemens is daartegen bezwaar te maken, met de daaropvolgende aanvaarding van de in het NTP aangebrachte wijzigingen, niet worden beschouwd als een goedkeuring in de zin van een handeling die rechten in het leven roept, aangezien de in deze context meegeedeelde maatregelen naar hun aard geen dergelijke goedkeuring behoeven.

c) Teleologische uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87

116 De overwegingen in de punten 103 tot en met 115 hierboven worden bij een teleologische uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 bevestigd.

117 Teleologisch beschouwd beoogt de krachtens deze bepaling ingeleide procedure niet alleen de Commissie in staat te stellen vooraf te controleren, maar ook de lidstaten rechtszekerheid te verschaffen en hen in het bijzonder in staat te stellen snel en op korte tijd te weten hoe zij op basis van hun NTP in de betrokken toewijzingsperiode de emissierechten kunnen toewijzen en de emissiehandelsregeling kunnen beheren. Gelet op de beperkte duur van deze periode — drie of vijf jaar (artikel 11 van richtlijn 2003/87) — hebben namelijk zowel de Commissie als de lidstaten er een rechtmatig belang bij dat elk geschil over de inhoud van het NTP snel wordt opgelost en dat het NTP tijdens zijn geldingsduur niet het gevaar loopt door de Commissie te worden betwist.

118 Anders dan de bepalingen inzake staatsteun, die van tevoren moeten voorkomen dat een situatie in strijd met de verdragsbepalingen en de doelstellingen van de interne markt ontstaat, wordt bovendien de verwezenlijking van de doelstellingen van

richtlijn 2003/87, in het bijzonder de invoering van een emissiehandelsregeling om de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen (artikel 1 van deze richtlijn), verhinderd door het stellen van een verbod het NTP uit te voeren zolang de Commissie geen goedkeuringsbeschikking heeft gegeven.

- 119 Verzoeksters betoog dat de bestreden beschikking een impliciete goedkeuring van het Duitse NTP met inbegrip van de betwiste overdrachtsregel inhoudt, kan dus niet worden aanvaard.

3. Gevolgen van het verstrijken van de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, eerste zin, van richtlijn 2003/87

- 120 Inzake verzoeksters betoog dat het meegedeelde NTP bij het verstrijken van de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, eerste zin, van richtlijn 2003/87 als goedgekeurd geldt, blijkt uit de overwegingen in de punten 103 tot en met 119 hierboven dat aangezien de Commissie met betrekking tot het meegedeelde NTP geen algemene goedkeuringsbevoegdheid in eigenlijke zin heeft, op het uitblijven van bezwaren van de Commissie bij het verstrijken van deze termijn nog minder een juridisch vermoeden of rechtsfictie van goedkeuring van het NTP kan worden gebaseerd. Het Gerecht herinnert er in dit opzicht aan dat de Commissie alleen over een beperkte bevoegdheid van toezicht en verwerping beschikt, die tot de criteria van bijlage III en tot artikel 10 van deze richtlijn is beperkt. Het verstrijken van deze termijn heeft derhalve alleen tot gevolg dat het NTP — waarvoor behoudens bezwaren van de Commissie een vermoeden van rechtmatigheid bestaat — definitief wordt en door de lidstaat kan worden toegepast zonder enige algemene goedkeuring van de Commissie.

- 121 Deze beoordeling vindt steun in het feit dat artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 geen uitdrukkelijke bepaling bevat, waarbij een juridisch vermoeden of een rechtsfictie

ontstaat, zoals verzoekster stelt. Weliswaar kan de gemeenschapswetgever dergelijke bepalingen vaststellen, wanneer hij van mening is dat dit in het belang van de rechtszekerheid van de partijen bij de procedure onmisbaar is. Zoals verzoekster heeft gesteld, heeft de gemeenschapswetgever van deze bevoegdheid in artikel 4, lid 6, van verordening nr. 659/1999 in het belang van de lidstaat gebruik gemaakt, zodat deze een steunmaatregel na het verstrijken van een termijn van twee maanden vanaf de aanmelding daarvan kan toepassen zonder enig verder ingrijpen van de Commissie te riskeren. Eveneens bepaalt artikel 10, lid 6, van verordening nr. 139/2004 in het belang van ondernemingen die een concentratieplan aanmelden, dat indien de Commissie niet binnen de in deze verordening vastgestelde termijnen een beschikking heeft gegeven, de concentratie wordt geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard. Deze bepalingen vinden evenwel juist hun rechtvaardiging in het feit dat de betrokken controleregelingen, anders dan die van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87, de uitvoering van de aangemelde maatregelen afhankelijk stellen van een uitdrukkelijke goedkeuring van de administratie, die rechten in het leven roept. Voorts vormen deze bepalingen uitzonderingen en moeten zij dus in de betrokken regeling uitdrukkelijk worden vastgesteld, daar zij een wijziging brengen in de juridische opbouw door het geven van een machtiging los van enig ingrijpen van de Commissie.

- 122 Indien de Commissie binnen de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 geen bezwaar maakt, betekent dit dus niet dat het meegedeelde NTP op basis van een rechtsfictie als goedgekeurd geldt. Verzoeksters opvatting kan bovendien de controlebevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 226 EG aantasten, waarvan zij gelet op de beperkte controle krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 gebruik moet kunnen maken ingeval er eventueel andere schendingen van het gemeenschapsrecht zijn dan die van de criteria van bijlage III of artikel 10 van de richtlijn.

4. Rechtsgevolgen van een eventuele nietigverklaring van de bestreden beschikking

¹²³ Volgens het Gerecht kan een nietigverklaring van de bestreden beschikking verzoekster, gelet op de voorgaande overwegingen, geen voordeel verschaffen, waarop een procesbelang in de zin van de in punt 96 hierboven aangehaalde rechtspraak kan worden gebaseerd.

¹²⁴ In de eerste plaats kan de nietigverklaring, ongeacht de vraag of de Commissie daardoor een nieuwe beslissing krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 over het Duitse NTP zou moeten nemen, niet worden gebaseerd op een aspect dat geen verband houdt met het voorwerp en de juridische draagwijdte van de bestreden beschikking zoals zij in het bijzonder zijn vastgesteld in het dispositief ervan. De bestreden beschikking verwerpt in artikel 1 evenwel alleen bepaalde aanpassingen achteraf van het Duitse NTP en niet de door verzoekster in eerste instantie betwiste overdrachtsregel. Bovendien blijkt uit de overwegingen in de punten 103 tot en met 119 hierboven dat de bestreden beschikking ook geen — uitdrukkelijke of stilzwijgende — goedkeuring van het Duitse NTP als geheel met inbegrip van de betwiste overdrachtsregel inhoudt. Anders dan de nietigverklaring van een beschikking tot verenigbaarverklaring van steun en anders dan het door verzoekster nagestreefde doel kan de nietigverklaring van de bestreden beschikking deze machtiging dus niet tenietdoen.

¹²⁵ Zoals verweerster stelt, kan met de nietigverklaring van het dispositief van de bestreden beschikking het hoofddoel van het beroep dus niet worden bereikt. Voorts volgt daaruit dat het dispositief van de bestreden beschikking verzoekster als zodanig niet bezwaart en dat de nietigverklaring ervan haar dus geen voordeel kan verschaffen. Verzoekster maakt dus geen procesbelang aannemelijk en het beroep moet niet-ontvankelijk worden verklaard.

¹²⁶ In de tweede plaats is verzoeksters beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk, wat de overwegingen 9 en 10 van de considerans van de bestreden beschikking betreft.

Weliswaar hebben deze overwegingen in wezen betrekking op een op artikel 88, lid 3, EG gebaseerde beoordeling van de Commissie alsook op de overdrachtsregel, waartegen volgens de Commissie geen bezwaar is. Wat de rechtmatigheid van de overdrachtsregel betreft, herneemt en vervolledigt bovendien mededeling COM(2004) 500 def. de motivering van de bestreden beschikking die op dezelfde dag is vastgesteld; de gemeenschapsrechter moet bij de toetsing van de rechtmatigheid deze aanvullende motivering, in beginsel eveneens in acht nemen (zie naar analogie arrest Gerecht van 18 juli 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commissie, T-374/00, Jurispr. blz. II-2275, punten 122-124).

¹²⁷ Het is evenwel vaste rechtspraak, dat ongeacht de overwegingen waarop een bezwarende handeling moge berusten, alleen het dispositief rechtsgevolgen kan hebben en derhalve bezwarend kan zijn. De in de motivering van de bestreden beschikking geformuleerde beoordelingen zijn daarentegen als zodanig niet vatbaar voor beroep tot nietigverklaring en kunnen door de gemeenschapsrechter slechts op hun rechtmatigheid worden getoetst voor zover zij als motivering van een bezwarende handeling, noodzakelijk zijn ter ondersteuning van het dispositief (zie in die zin beschikking Hof van 28 januari 2004, Nederland/Commissie, C-164/02, Jurispr. blz. I-1177, punt 21; arrest Gerecht van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie, T-213/00, Jurispr. blz. II-913, punt 186), of deze motivering althans de materiële inhoud van het dispositief van de betrokken handeling kan wijzigen (zie in die zin arrest Lagardère en Canal+/Commissie, punt 102 supra, punten 67 en 68). In deze context dient er bovendien aan te worden herinnerd dat het dispositief van een handeling in beginsel onlosmakelijk verbonden is met de motivering ervan, zodat het, indien nodig, moet worden uitgelegd met inachtneming van de overwegingen die tot de vaststelling ervan hebben geleid (zie arrest Gerecht van 30 september 2003, Cableuropa e.a./Commissie, T-346/02 en T-347/02, Jurispr. blz. II-4251, punt 211, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

¹²⁸ Deze rechtspraak ondersteunt de vaststelling dat de bestreden beschikking verzoekster niet bezwaart en dat de nietigverklaring ervan verzoekster gelet op het eigenlijke voorwerp van haar beroep, namelijk nietigverklaring van een vermeende goedkeuring van de overdrachtsregel door de bestreden beschikking, geen voordeel kan verschaffen. De betrokken redenen, in het bijzonder die inzake de

overdrachtsregel in overweging 10 van de considerans van de bestreden beschikking, hebben geen enkel verband of weerklank in het dispositief van deze beschikking; om de in de punten 103 tot en met 122 hierboven uiteengezette redenen kunnen zij bovendien de materiële inhoud van het dispositief niet wijzigen. Juridisch kan namelijk een dergelijk verband niet worden gelegd, aangezien het gaat om een beschikking tot verwerping krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87, die uit haar aard in haar dispositief slechts de delen van het NTP kan overnemen die de Commissie betwist en verwerpt, maar niet de delen waartegen zij geen bezwaar wil maken.

¹²⁹ Ondanks de overwegingen ten overvloede van de Commissie in de motivering van de bestreden beschikking over de onbetwiste delen van het NTP kunnen deze bestanddelen van de motivering geen verbindende rechtsgevolgen hebben of het dispositief van de beschikking dragen, daar artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 de Commissie niet de bevoegdheid toekent om de rechtmatigheid van een regel in een NTP juridisch dwingend vast te stellen. In deze omstandigheden kunnen de betrokken bestanddelen van de motivering ook niet voor de uitlegging van het dispositief van de bestreden beschikking dienstige aanwijzingen in de zin van de in punt 127 hierboven aangehaalde rechtspraak verstrekken.

¹³⁰ Daar het dispositief van de bestreden beschikking geen juridisch verbindend standpunt over de overdrachtsregel inhoudt, vallen de bestanddelen van de motivering van de beschikking betreffende deze regel en de mogelijke verenigbaarheid ervan met de bepalingen inzake staatssteun buiten de controle van de gemeenschapsrechter in het kader van het onderhavige geschil, en kan verzoekster daaraan geen procesbelang ontleen.

5. Ontbreken van een naar haar materiële inhoud staatssteunrechtelijke beschikking

¹³¹ Niet aanvaardbaar is tenslotte verzoeksters argument dat de bestreden beschikking naar haar aard moet worden ingedeeld, zoals zij ongeacht haar naam of vorm

voortvloeit uit een beoordeling op basis van objectieve criteria (arresten IBM/Commissie, punt 68 supra, punt 9, en Air France/Commissie, punt 68 supra, punten 43 en 51).

- 132 In de eerste plaats is het juist dat richtlijn 2003/87, in het bijzonder criterium nr. 5 van bijlage III, ervan uitgaat dat conflicten tussen de bepalingen van een NTP en het recht inzake staatssteun kunnen worden opgelost en de Commissie derhalve voorschrijft daarmee in het kader van een onderzoeksprocedure krachtens artikel 9, lid 3, rekening te houden. Bovendien is niet uitgesloten dat de mededeling van een NTP krachtens artikel 9, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2003/87 onder bepaalde voorwaarden ook een aanmelding in de zin van artikel 88, lid 3, EG kan zijn of als zodanig moet worden beschouwd.
- 133 Delen van een meegedeeld NTP, die artikel 87 EG kunnen schenden, moeten derhalve door de Commissie aan een vooronderzoek worden onderworpen en kunnen eventueel leiden tot de inleiding van een parallelle procedure krachtens verordening nr. 659/1999. Indien de Commissie namelijk na dit vooronderzoek de inleiding van een dergelijke procedure nodig acht en de mededeling inhoudelijk niet zo volledig is dat zij als een aanmelding in de zin van artikel 88, lid 3, EG kan worden beschouwd, dan kan zij in voorkomend geval krachtens verordening nr. 659/1999 de lidstaat verzoeken om inlichtingen voor een grondiger toetsing van de betrokken delen van het NTP aan artikel 87 EG. In deze context dient eraan te worden herinnerd dat de lidstaten krachtens artikel 88, lid 3, EG in beginsel — onder het voorbehoud van bepaalde uitzonderingen zoals krachtens verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen [87] en [88] van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen (PB L 142, blz. 1) — verplicht zijn de Commissie op de hoogte te brengen van elk voornemen tot invoering van steunmaatregelen. Deze verplichting verschilt juridisch evenwel van die tot mededeling van een NTP krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 en is daar in beginsel juridisch onafhankelijk van. In het kader van een beschikking die uitsluitend op artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 en niet op de artikelen 87 EG en 88 EG is gebaseerd, kan de Commissie slechts op het eerste gezicht de steunaspecten van het NTP vanuit staatssteunrechtelijk oogpunt beoordelen, welk oordeel niet in de weg kan staan aan een formele beslissing in de zin van artikel 88, lid 3, derde zin, EG.

134 In de tweede plaats kunnen noch richtlijn 2003/87, die alleen op artikel 175 EG en niet op artikel 89 EG is gebaseerd, noch in deze context vastgestelde juridisch niet-bindende maatregelen zoals de brief van de Commissie van 17 maart 2004 (zie punten 21-24 hierboven) de draagwijdte en de nuttige werking van de bepalingen inzake het toezicht op staatssteun daadwerkelijk beperken (zie naar analogie arrest Hof van 12 november 1992, *Keratina en Vioktimatiki*, C-134/91 en C-135/91, Jurispr. blz. I-5699, punt 20, en arrest BP Chemicals/Commissie, punt 76 supra, punt 55). Bij gebrek aan een relevante rechtsgrondslag kan richtlijn 2003/87, onder het voorbehoud van de overwegingen in punt 132 hierboven, geen *lex specialis* zijn, die in het kader van de onderzoeksprocedure van artikel 9, lid 3, toezicht op staatssteun mogelijk maakt. Evenmin kan de richtlijn, indien een volledige aanmelding van een aantal bepalingen van het NTP krachtens het recht inzake steunmaatregelen noodzakelijk is, een afwijking van het uitvoeringsverbod van artikel 88, lid 3, derde zin, EG mogelijk maken. Wanneer de lidstaat dit uitvoeringsverbod niet in acht neemt, kan een particulier zich dus voor de nationale rechter op de rechtstreekse werking van artikel 88, lid 3, derde zin, EG beroepen (arresten Hof *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* e.a., punt 70 supra, punt 12, en 27 oktober 2005, *Casino France* e.a., C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04, Jurispr. blz. I-9481, punt 30). Voorts vloeit daaruit voort dat een besluit tot verwerping, dat alleen krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 wordt vastgesteld, niet alle rechtsgevolgen van een beslissing krachtens artikel 88 EG in samenhang met artikel 4 of artikel 7 van verordening nr. 659/1999 kan hebben. Deze vaststelling laat onverlet dat wanneer de mededeling van een NTP in de zin van artikel 9, lid 1, van richtlijn 2003/87 ook voldoet aan de voorwaarden voor een aanmelding krachtens artikel 88, lid 3, EG (zie punt 132 hierboven), het ontbreken van een staatssteunrechterlijk vooronderzoek en een standpuntbepaling van de Commissie binnen de termijn van artikel 4, lid 5, van verordening nr. 659/1999 leidt tot een impliciete beschikking tot goedkeuring van de aangemelde steunmaatregelen krachtens artikel 4, lid 6, van deze verordening, die juridisch evenwel verschilt van een beschikking krachtens artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87.

135 In de derde plaats wordt deze beoordeling niet ontkracht doordat krachtens criterium nr. 5 van bijlage III bij richtlijn 2003/87 de artikelen 87 EG en 88 EG ook in het kader van de toepassing van het NTP in acht moeten worden genomen. Dit criterium is namelijk slechts de uitdrukking van een vast beginsel van gemeen-

schapsrecht volgens hetwelk maatregelen van afgeleid recht aldus moeten worden uitgevoerd dat zij de verdragsbepalingen of andere bepalingen van primair recht zoals de algemene rechtsbeginselen of grondrechten niet schenden. Deze algemene verplichting het gemeenschapsrecht in acht te nemen kan evenwel niet betekenen dat een administratieve procedure moet worden gevoerd met toepassing van alle relevante procedurele en materiële bepalingen zoals die van verordening nr. 659/1999, maar verplicht de Commissie alleen tot een beoordeling op het eerste gezicht in het kader van de toepassing van richtlijn 2003/87 (zie punt 134 hierboven). Ten slotte kan de Commissie in het kader van de onderzoeksprocedure van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87 de lidstaten geenszins machtigen af te wijken van bepalingen van gemeenschapsrecht die er niet in zijn vervat (zie naar analogie arresten Kerafina en Vioktimatiki, punt 134 supra, punt 20, en BP Chemicals/Commissie, punt 76 supra, punt 55).

¹³⁶ In de vierde plaats blijkt duidelijk uit de brief van de Commissie van 29 juli 2004 (zie punten 41-46 hierboven) dat zij alleen de redenen heeft uiteengezet waarom zij in de bestreden beschikking niet definitief een standpunt over de verenigbaarheid van het Duitse NTP en de overdrachtsregel met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 87 EG heeft bepaald. De Commissie heeft gesteld dat „eventuele steun waarschijnlijk met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is wanneer hij overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG wordt beoordeeld”. Volgens haar eigen verklaringen heeft de Commissie de overdrachtsregel dus slechts voorlopig getoetst aan de bepalingen inzake staatssteun. Gelet op de overwegingen in de punten 103 tot en met 122 hierboven kan deze voorlopige beoordeling niet als een definitieve standpuntbepaling over de betrokken vragen worden opgevat.

¹³⁷ Verzoeksters beroep dient dus wegens gebrek aan procesbelang niet-ontvankelijk te worden verklaard. In deze omstandigheden hoeft niet meer te worden nagegaan of verzoekster in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt.

¹³⁸ Gelet op het voorgaande dient het onderhavige beroep niet-ontvankelijk te worden verklaard.

Kosten

- ¹³⁹ Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig verweersters vordering te worden verwezen in de kosten.
- ¹⁴⁰ Volgens artikel 87, lid 4, eerste alinea, van dit Reglement dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. De Bondsrepubliek Duitsland zal derhalve haar kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

beschikt:

- 1) Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.**

- 2) Verzoekster zal haar eigen kosten alsook die van verweester dragen.**

3) Interveniente zal haar eigen kosten dragen.

Luxemburg, 30 april 2007.

De griffier

E. Coulon

De president van de Derde kamer

M. Jaeger

Inhoud

Rechtskader	II - 1202
Feiten	II - 1208
I — Brief van de Commissie van 17 maart 2004	II - 1208
II — Het Duitse NTP	II - 1210
III — Duitse energiemarkt	II - 1213
IV — Administratieve procedure	II - 1214
A — Verzoeksters klacht	II - 1214
B — Bestreden beschikking en mededeling van de Commissie van 7 juni 2004	II - 1215
C — Brief van de Commissie van 29 juli 2004	II - 1217
D — Brieven van de Commissie van 3 en 27 augustus 2004	II - 1220
Procesverloop en conclusies van partijen	II - 1220
In rechte	II - 1222
I — Argumenten van partijen	II - 1222
A — Argumenten van verweerster en interveniënte	II - 1222
B — Verzoeksters argumenten	II - 1223
1. Opmerkingen vooraf	II - 1223
2. Verzoeksters procesbevoegdheid in staatssteunrechtelijk opzicht ..	II - 1224
a) Indeling van de bestreden beschikking als beschikking inzake staatssteun	II - 1224
b) Rechtstreekse geraaktheid van verzoekster	II - 1229
c) Individuele geraaktheid van verzoekster	II - 1230

3.	Verzoeksters procesbevoegdheid in het licht van richtlijn 2003/87	II - 1233
a)	Opmerking vooraf	II - 1233
b)	Rechtstreekse geraaktheid van verzoekster	II - 1233
c)	Individuele geraaktheid van verzoekster	II - 1235
4.	Verzoeksters procesbelang	II - 1238
II —	Beoordeling door het Gerecht	II - 1238
A —	Voorwaarden voor procesbelang	II - 1239
B —	Juridische aard van de onderzoeksprocedure en beslissingsbevoegdheid van de Commissie krachtens artikel 9 van richtlijn 2003/87	II - 1240
1.	Opmerkingen vooraf	II - 1240
2.	De in de bestreden beschikking mogelijkerwijs gegeven goedkeuring	II - 1241
a)	Grammaticale uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87	II - 1241
b)	Systematische uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87	II - 1244
c)	Teleologische uitlegging van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2003/87	II - 1247
3.	Gevolgen van het verstrijken van de termijn van drie maanden van artikel 9, lid 3, eerste zin, van richtlijn 2003/87	II - 1248
4.	Rechtsgevolgen van een eventuele nietigverklaring van de bestreden beschikking	II - 1250
5.	Ontbreken van een naar haar materiële inhoud staatssteunrechtelijke beschikking	II - 1252
Kosten		II - 1256