Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 21. april 2016 [1]

Sag C-270/15 P

Kongeriget Belgien
mod

Kommissionen

»Appel — statsstøtte — forebyggelse af, kontrol med og udryddelse af visse transmissible spongiforme encephalopatier (TSE) — finansiering af screening for bovin spongiform encephalopati (BSE) — begrebet selektivitet — referenceramme — sammenlignelighed«

I – Indledning

1. I henhold til Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 999/2001 af 22. maj 2001 om fastsættelse af regler for forebyggelse af, kontrol med og udryddelse af visse transmissible spongiforme encephalopatier (herefter »TSE«) [2], som blev vedtaget efter krisen vedrørende bovin spongiform encephalopati (herefter »BSE«), skal medlemsstaterne udføre obligatoriske screeningtest af visse dyr, som udgør en TSE-smitterisiko, f.eks. kvæg, men også får og geder (herefter »screeninger«). Fra den 1. januar 2001 til den 31. december 2005 finansierede Kongeriget Belgien helt eller delvis screeningerne for oksekødssektoren. Kommissionen fastslog, at finansieringen af disse screeninger ved hjælp af statsmidler udgjorde statsstøtte til fordel for landmænd, slagterier og andre virksomheder, som forarbejder, håndterer, sælger eller markedsfører produkter fra kvæg underkastet obligatoriske BSE-screeninger.

2. I den foreliggende appelsag har Kongeriget Belgien (herefter »appellanten«) anfægtet Kommissionens kvalificering af foranstaltningen som statsstøtte, hvilken blev bekræftet ved Rettens dom af 25. marts 2015 (herefter »den appellerede dom«) [3]. Appellanten har navnlig anført, at et af de fire kriterier for statsstøtte, nemlig foranstaltningens selektive karakter, ikke er opfyldt, da den referenceramme, som Kommissionen og Retten har fastlagt med henblik på at konstatere selektivitet, er for bred.

3. I overensstemmelse med Domstolens anmodning begrænses dette forslag til afgørelse til en analyse af spørgsmålet om selektivitet, som er kernen i appellantens andet appelanbringende.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT L 147, s. 1.

3 — Dom af 25.3.2015, Belgien mod Kommissionen (T-538/11, EU:T:2015:188).

II – Retsforskrifter

A – *Primær ret*

4. Artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (herefter »TEUF«) (tidligere artikel 87, stk. 1, EF) bestemmer:

»Bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.«

B – *Sekundær ret*

5. I niende betragtning til forordning nr. 999/2001 hedder det: »Det er nødvendigt, at medlemsstaterne hvert år gennemfører et overvågningsprogram for BSE og scrapie og underretter Kommissionen og de øvrige medlemsstater om resultaterne af programmet og om forekomsten af enhver anden TSE.« Forordningens artikel 6, stk. 1, med overskriften »Overvågningssystem« bestemmer: »Hver medlemsstat gennemfører et årligt program for overvågning af BSE og scrapie i overensstemmelse med bilag III, kapitel A. En screeningprocedure med anvendelse af hurtige test indgår i dette program […].«

6. I punkt 12 i EF-rammebestemmelserne for statsstøtte i forbindelse med TSE-test, døde dyr og slagteriaffald (herefter »TSE-rammebestemmelserne«)[4] anføres det, at »[n]ærværende rammebestemmelser vedrører statsstøtte til omkostninger ved TSE-test, døde dyr og slagteriaffald til erhvervsdrivende, der arbejder inden for produktion, forarbejdning og afsætning af dyr og animalske produkter, som henhører under traktatens bilag I, for så vidt det er fastslået, at traktatens artikel 87, 88 og 89 gælder for sådanne produkter«.

7. I punkt 23 og 24 i TSE-rammebestemmelserne forklares følgende:

»23. For at fremme foranstaltninger for beskyttelse af dyrs og menneskers sundhed har Kommissionen besluttet, at den fortsat vil godkendte statsstøtte på op til 100% af omkostningerne ved TSE-test efter principperne i punkt 11.4 i EF-rammebestemmelserne for statsstøtte i landbrugssektoren.

24. Fra den 1. januar 2003 må den samlede direkte og indirekte offentlige støtte til obligatorisk BSE-testning af kvæg, der slagtes til konsum, inklusive EF-betalinger, dog højst andrage 40 EUR pr. test. Forpligtelsen til testning kan være baseret på fællesskabslovgivning eller national lovgivning. Dette beløb omfatter de samlede omkostninger ved testningen: testkit, udtagning, transport, testning, opbevaring og destruktion af prøven. Beløbet kan senere blive nedsat i tilfælde af, at testomkostningerne falder.«

III – Faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

8. Efter udbruddet af BSE, der også kaldes »kogalskab«, i 1990'erne vedtog Europa-Parlamentet og Rådet forordning nr. 999/2001 om fastlæggelse af regler for forebyggelse af, kontrol med og udryddelse af visse transmissible spongiforme encephalopatier. Forordningen bestemte, at hver medlemsstat skulle gennemføre et årligt program for overvågning af BSE og scrapie[5], hvori en screeningprocedure med anvendelse af hurtige test indgik. Navnlig skulle alle kreaturer, som var over

4 — EFT 2002 C 324, s. 2.

5 — Scrapie er en BSE-lignende spongiform encephalopathi, som især rammer får og geder.

30 måneder gamle, og nødslagtede kreaturer, der var over 24 måneder gamle, undergå disse obligatoriske screeninger. Forordningen indeholdt imidlertid ingen nærmere bestemmelser om finansieringen af screeningerne. På grund af forskelle medlemsstaterne imellem – ikke alene vedrørende screeningernes omkostninger, men også deres finansieringsmetode – vedtog Kommissionen TSE-rammebestemmelserne for at undgå konkurrenceforvridning mellem medlemsstaterne. Rammebestemmelserne indeholdt især en bestemmelse om, at støtte fra en stat højst måtte andrage 40 EUR pr. screening med virkning fra den 1. januar 2003.

9. Efter en række klager vedrørende finansiering af screeninger i Belgien og efter at have anmodet Kongeriget Belgien om fremsendelse af oplysninger besluttede Kommissionen i januar 2009 at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der er fastsat i artikel 88, stk. 2, EF (nu artikel 108, stk. 2, TEUF). Kommissionens undersøgelse vedrørte den belgiske ordning for finansiering af screeninger for TSE hos kvæg mellem den 1. januar 2001 og den 31. december 2005.

10. Den 27. juli 2011 vedtog Kommissionen afgørelse 2011/678/EU om Belgiens statsstøtte til finansiering af screening for transmissible spongiforme encelopatier hos kvæg (herefter »Kommissionens afgørelse«) [6]. I afgørelsen fastslog Kommissionen, at finansiering af BSE-screeninger ved hjælp af statsmidler indebar en selektiv økonomisk fordel for virksomheder i oksekødssektoren, hvis screeningomkostninger således blev reduceret, og udgjorde statsstøtte. Kommissionen konkluderede yderligere, på grundlag af TSE-rammebestemmelserne, at støtten var forenelig med det indre marked med undtagelse af beløb på over 40 EUR pr. test for perioden den 1. januar 2003 til den 30. juni 2004 [7].

IV – Den appellerede dom og sagen for Retten

11. Kongeriget Belgien nedlagde for Retten påstand om annullation af Kommissionens afgørelse, for så vidt som afgørelsen kvalificerede de belgiske foranstaltninger til finansiering af BSE-screeninger i oksekødssektoren ved hjælp af statsmidler som statsstøtte. Kongeriget Belgien fremsatte et enkelt anbringende om, at den omtvistede foranstaltning ikke udgjorde statsstøtte, fordi den ikke indebar nogen selektiv fordel for virksomheder i oksekødssektoren.

12. Retten frifandt Kommissionen og pålagde Kongeriget Belgien at betale sagens omkostninger. Ifølge Retten udgjorde udgifterne til de obligatoriske screeninger en byrde, som normalt belastede en virksomheds budget. Ved at forsøge at lempe disse omkostninger ved at give mulighed for gratis screeninger havde Kongeriget Belgien givet virksomheder i oksekødssektoren en fordel, som ikke var til rådighed for »virksomhederne i andre sektorer« [8]. Betingelsen om foranstaltningens selektive karakter, som skulle bedømmes i forhold til »samtlige virksomheder« og ikke kun i forhold til virksomheder, som er begunstiget af den samme fordel inden for den samme gruppe, var således opfyldt [9]. Retten fastslog således, at Kommissionen ikke havde begået en fejl ved at kvalificere finansieringen af BSE-screeninger ved hjælp af statsmidler som statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.

13. Appellanten har for Domstolen nedlagt påstand om ophævelse af Rettens dom og om annullation af Kommissionens afgørelse. Appellantens har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl og ikke opfyldte sin begrundelsespligt. Til støtte herfor har appellanten fremsat to appelanbringender. Det første vedrører forekomsten af en selektiv fordel som omhandlet i artikel 107 TEUF, og det andet vedrører den specifikke anvendelse af selektivitetstesten på den foreliggende sags faktiske omstændigheder.

6 — Statsstøtte C 44/08 (ex NN 45/04) (EUT 2011 L 274, s. 36.

7 — Jf. 90.-92. betragtning til Kommissionens afgørelse.

8 — Jf. den appellerede doms præmis 110.

9 — Jf. den appellerede doms præmis 114.

14. Kun det andet appelanbringende vil blive behandlet i dette forslag til afgørelse. Appellanten har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den bredt anførte, at alle virksomheder, der var forpligtet til at udføre test før markedsføring af deres produkter, pr. definition befinder sig i en sammenlignelig retlig og faktisk situation. Appellanten har endvidere anført, at Retten ikke gav nogen begrundelse for sit udsagn om, at virksomheder i oksekødssektoren, som er underlagt en forpligtelse til at udføre obligatoriske BSE-screeninger, befinder sig i en situation, der hvad angår reglerne om statsstøtte kan sammenlignes med den situation, som virksomheder, der er forpligtet til at udføre enhver form for test før markedsføring af deres produkter, befinder sig i.

15. I sin afgørelse anførte Kommissionen, at »statsfinansieringen af BSE-test på nationalt plan kun [kommer] en bestemt sektor til gode, nemlig sektoren for opdræt af dyr, som skal BSE-testes« [10]. Kommissionen fandt, »at hvis staten finansierer udgifterne til de obligatoriske kontroller vedrørende produktion eller markedsføring af varer, må det betragtes som en selektiv fordel for virksomhederne«. Eftersom »staten har lettet de byrder, som normalt indgår i virksomhedernes budget [,][har] [...] landmænd, slagterier og andre virksomheder, som forarbejder, håndterer, sælger eller markedsfører produkter fra kvæg underkastet obligatorisk BSE-test i henhold til gældende lovgivning i den omhandlede periode [...] modtaget statsstøtte gennem statens finansiering af BSE-test […].« [11].

16. I den appellerede dom sammenlignede Retten, idet den accepterede og henviste til Kommissionens holdning, screeningerne med »den obligatoriske kontrol, der vedrørte produktionen eller markedsføringen« [12]. Retten bekræftede Kommissionens konklusioner om, at »de erhvervsdrivende i oksekødssektoren var begunstiget af en fordel, som ikke var til rådighed for virksomhederne i andre sektorer, idet disse erhvervsdrivende havde den fordel, at den kontrol, som de var forpligtet til at gennemføre før afsætningen eller markedsføringen af deres produkter, var gratis, mens virksomhederne i andre sektorer ikke havde denne fordel […]« [13].

17. Ifølge appellanten burde Retten have givet en passende uddybende forklaring på »virksomhederne i andre sektorer« [14]. I kraft af denne vage og implicit brede tilgang til sammenlignelighed sidestillede Retten med urette obligatoriske test, som f.eks. producenter af elevatorer eller lastbiler er underkastet, med midlertidige screeninger, som har til formål at udrydde en dyresygdom. Selv hvis referencerammen var begrænset til obligatoriske test for landbrugsprodukter, er sådanne test ifølge appellanten meget forskellige med hensyn til karakter, formål, omkostninger og hyppighed. Derfor kan de ikke sammenlignes med obligatoriske BSE-screeninger.

V – Analyse

18. I henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF, betragtes en national foranstaltning som statsstøtte, når den opfylder de fire kumulative betingelser, som er angivet i den pågældende bestemmelse. For det første skal foranstaltningen omfatte statsstøtte eller støtte ved hjælp af statsmidler. For det andet skal den begunstige visse virksomheder eller produktioner og dermed udgøre en selektiv fordel, der ikke gælder for sammenlignelige virksomheder. For det tredje skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene. For det fjerde skal foranstaltningen kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

10 — Jf. 92. betragtning til Kommissionens afgørelse.
11 — Jf. 90. betragtning til Kommissionens afgørelse.
12 — Jf. den appellerede doms præmis 104.
13 — Jf. den appellerede doms præmis 110.
14 — Jf. også den appellerede doms præmis 115.

19. Drøftelserne om den nøjagtige afgrænsning af den anden betingelse – støttens selektive karakter – har affødt en omfattende debat blandt generaladvokater [15]. Det må dog retfærdigvis siges, at trods disse bestræbelser er vurderingen af selektivitet i praksis fortsat en »bedømmelse[, som] er vanskelig at foretage, og resultatet heraf er usikkert« [16]

20. På baggrund af den righoldige debat indeholder dette forslag til afgørelse først en række generelle overvejelser om begrebet selektivitet i sammenhæng med statsstøtte (afsnit A), som dernæst anvendes på den foreliggende sag (afsnit B).

A – *Generelle overvejelser om begrebet selektivitet*

21. Den anden betingelse i testen i artikel 107, stk. 1, TEUF vedrører selektivitet, idet fordelen kun skal begunstige *visse virksomheder* eller *visse produktioner*. Det står klart, at selektivitet indebærer differentiering eller ulighed: Fordelen er kun tilgængelig for nogle virksomheder i en bestemt sektor eller for en given (del)sektor på et givet marked. Det står imidlertid langt mindre klart, hvordan selektivitet skal defineres, navnlig den anden type selektivitet, som ikke vedrører *individuel* differentiering (f.eks. en fordel, der begunstiger virksomhed X, men ikke Y og Z), men *sektoriel* differentiering (f.eks. en fordel, der begunstiger alle virksomheder, som producerer A, men ikke de virksomheder, der producerer B).

22. Især i forbindelse med sidstnævnte form for differentiering bliver selektivitet et mere kompliceret begreb. Dette skyldes, at de begunstigede virksomheder udvælges ikke via en individuel beslutning, men ved anvendelse af en generel, ofte lovgivningsmæssig, foranstaltning [17]. I sådanne tilfælde er grænsen mellem »selektiv« og »generel« langt mere flydende.

23. Overordnet set kræver Domstolens praksis, at det ved vurderingen af selektivitet fastlægges, hvilke virksomheder der »befinder sig i en sammenlignelig retlig og faktisk situation« [18]. Den konkrete uddybning af dette generelle krav har ikke desto mindre varieret i tidens løb, afhængig af sagens kompleksitet og antallet af berørte virksomheder.

24. Hvad angår individuel selektivitet, dvs. når der kun gives statsstøtte til en enkelt virksomhed, har Domstolen ikke altid fremhævet kravet om at definere en referenceramme af sammenlignelige virksomheder, inden for hvilken vurderingen af, hvorvidt der foreligger en selektiv fordel, foretages. Dette er i vid udstrækning forståeligt: Såfremt kun en ud af flere intuitivt sammenlignelige virksomheder indrømmes en fordel, er begrebet selektivitet ikke problematisk.

15 — Jf. f.eks. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 43 ff.), generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse i Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:215, punkt 176 ff.), generaladvokat Jääskinens forslag til afgørelse i Paint Graphos m.fl. (C-78/08 – C-80/08, EU:C:2010:411, punkt 79 ff.), generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i Enirisorse (C-237/04, EU:C:2006:21, punkt 47 ff.), generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:250, punkt 36 ff.), generaladvokat Darmons forslag til afgørelse i Sloman Neptun mod Bodo Ziesemer (C-72/91 og C-73/91, EU:C:1992:130, punkt 47 ff.).

16 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2000:585, punkt 157).

17 — Jf. i denne henseende generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 50-54).

18 — Jf. f.eks. domme af 4.6.2015, Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, præmis 61), og Kernkraftwerke Lippe-Ems (C-5/14, EU:C:2015:354, præmis 74), af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar og Det Forenende Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 75), af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 52), af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 82), af 3.3.2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, præmis 40) og af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 41).

25. Selektivitet bliver mere problematisk, hvis bestemte virksomheder på sektorbasis indrømmes fordele. Inden for denne kategori er der større variation i definitionen og anvendelsen af selektivitet. For at tage højde for denne variation sondrer litteraturen mellem en totrins- og en tretrinsmetode til at bestemme selektivitet [19].

26. I henhold til totrinsmetoden [20] består det første trin i at bestemme, hvorvidt foranstaltningen *umiddelbart* er selektiv, dvs. hvorvidt nogle virksomheder har en fordel frem for andre virksomheder, der befinder sig i en sammenlignelig retlig og faktisk situation, i lyset af foranstaltningens formål. Er dette tilfældet, foreligger der en formodning for selektivitet. Det kan stadig være muligt at begrunde foranstaltningen på det andet trin, hvis differentieringen skyldes karakteren eller opbygningen af den ordning, som foranstaltningen er en del af. Mens det påhviler Kommissionen at konstatere, at foranstaltningen *umiddelbart* er selektiv på det første trin [21], er det op til medlemsstaterne at afkræfte denne formodning på det andet trin [22].

27. I henhold til tretrinsmetoden består det første trin i at definere en referenceramme, også kaldet den »almindelige« eller »normale« ordning [23]. De resterende trin i denne metode er i det væsentlige de samme som skitseret ovenfor for totrinsmetoden. Det andet trin består således i at vurdere, om Kommissionen har godtgjort, at foranstaltningen sondrer mellem sammenlignelige virksomheder. På det tredje trin vurderes det, om medlemsstaten har bevist, at foranstaltningen var begrundet i karakteren og opbygningen af den ordning, som foranstaltningen er en del af.

28. En nærmere undersøgelse tyder på, at den eneste mærkbare forskel mellem de to metoder er ret akademisk. Den består i at dele det første trin op i to under tretrinsmetoden. Efter begge metoder er det nødvendigt at definere en passende referenceramme. En sådan definition er dog mindre indlysende i totrinsmetoden, da den er skjult i det første trin. Tretrinsmetoden kan således være bedre egnet i kraft af sin klarhed og sit pædagogiske potentiale. Den giver mulighed for et mere struktureret ræsonnement og tydeliggør analysens forskellige elementer.

29. Der er ingen tvivl om, at kernen i selektivitetstesten er at fastlægge »referencerammen«. Hvad angår forholdet mellem selve formuleringen heraf og dens egentlige indhold, minder denne kerne imidlertid om en russisk dukke: Kun ved at åbne den ydre skal kan man se, at det centrale begreb faktisk er forskelsbehandling [24]. I begrebet forskelsbehandling skjuler sammenligneligheden sig. I søgningen efter selektivitetens egentlige indhold fremkommer der således et begreb, som er yderst velkendt fra andre områder af EU-retten, nemlig sammenlignelighed.

30. Sammenlignelighed undersøger, om sammenligningselementerne (virksomheder, personer, produkter osv.) i forhold til en bestemt egenskab (dvs. tertium comparationis, som kan være en værdi, et mål, en handling, en situation osv.) udviser flere ligheder eller flere forskelle.

31. Det klassiske problem i en sådan undersøgelse er at vælge den egenskab, i forhold til hvilken sammenligningen skal foretages. Hvad er det helt nøjagtigt, der gør virksomhed X og Y sammenlignelige? Efter min opfattelse er der tre faktorer, som typisk skal tages i betragtning ved en sådan vurdering i forbindelse med statsstøtte.

19 — Jf. f.eks. C. Romariz, »Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or »The Ghost of Yet-To-Come««, EStAL 1, 2014, s. 41-42, J. Bousin og J. Piernas, »Developments in the Notion of Selectivity«, EStAL 4, 2008, s. 640-642.

20 — Jf. f.eks. dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 82 ff.), af 3.3.2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, præmis 40 ff.) og af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 41-42).

21 — Jf. f.eks. dom af 4.6.2015, Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, præmis 59) og af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 62).

22 — Jf. f.eks. dom af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08, EU:C:2011:551, præmis 62).

23 — Jf. dom af 8.9.2011, Paint Graphos (C-78/08 – C-80/08, EU:C:2011:550, præmis 49) og af 2.7.1974, Italien mod Kommissionen (173/73, EU:C:1974:71, præmis 15).

24 — Jf. i samme henseende generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Kommissionen mod MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 54).

32. Den første faktor er foranstaltningens anvendelsesområde i forhold til de personer og/eller situationer, som den omfatter. Selve foranstaltningens anvendelsesområde definerer normalt det logiske forhold mellem og sammenligneligheden af de pågældende personer og/eller situationer. En sådan foranstaltning vil normalt opstille potentielle forpligtelser eller byrder, som pålægges bestemte virksomheder, samt angive årsagerne til, at en medlemsstat søger at lempe disse forpligtelser eller byrder.

33. Den anden faktor er foranstaltningens formål, nemlig de mål og værdier, som den tilsigter at forfølge eller fremme. Definition af en passende referenceramme kræver, at der træffes beslutning om, hvilke virksomheder der befinder sig i en sammenlignelig retlig og faktisk situation »under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning«[25], men også i en bredere sammenhæng »den omhandlede ordning«[26].

34. For det tredje kan der også være en anden, måske supplerende, faktor, hvorefter sammenlignelighed undersøges ud fra de omhandlede produkters substituerbarhed. Det bør klart anerkendes, at en sådan faktor indtil videre ikke har spillet nogen stor rolle i Domstolens praksis[27]. På den anden side kan der siges meget om behovet for at tage mere højde for konkurrencelovgivningsdimensionen i lovgivningen om statsstøtte[28]. Hvad angår sammenlignelighed indebærer dette, at sammenligneligheden bestemmes af både substituerbarhed og begrebet konkurrenceforvridning inden for det relevante marked. Søgningen efter den relevante referenceramme kommer således meget tættere på definitionen af det »relevante marked«, hvilket ikke er ulig en analyse i medfør af artikel 101 TEUF.

35. Den første og den anden af de ovennævnte faktorer bør i en eller anden form indgå i enhver vurdering af sammenlignelighed. Deres nøjagtige formulering, og hvilken vægt de skal tillægges, afhænger af den enkelte sags omstændigheder. Det samme gælder deres indbyrdes samspil. I nogle tilfælde vil alle faktorer pege i samme retning. I andre tilfælde kan den anden faktor (foranstaltningens formål) og den tredje (substituerbarheden af de produkter, der berøres af foranstaltningen) anvendes til at korrigere eller uddybe den første faktor. Der bør ved fastlæggelsen af en referenceramme tages udgangspunkt i den første faktor (definition af foranstaltningens anvendelsesområde ved selve foranstaltningen). Det bør dog ikke være den eneste bestemmende faktor, eftersom en medlemsstat med sigte på at undgå klassificeringen som statsstøtte kan udarbejde en foranstaltning, hvis anvendelsesområde er begrænset til visse virksomheder, som imidlertid er sammenlignelige med andre virksomheder, der ikke er begunstiget af foranstaltningen.

36. Den »nederlandske NO_x-sag«[29] illustrerer, hvordan en af faktorerne i sidste ende kan fortrænge den anden med henblik på bestemmelse af den relevante referenceramme. I den pågældende sag korrigerede den anden faktor den første. Nederlandene havde begrænset muligheden for at handle med emissionsrettigheder for nitrogenoxider (herefter » NO_x«) til kun at gælde store industrivirksomheder, som har sådanne emissioner. Den nationale foranstaltnings anvendelsesområde var derfor begrænset til disse virksomheder. Alligevel fastslog Domstolen, at i lyset af

25 — Jf. dom af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 52) og af 8.11.2011, Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 41).

26 — Jf. dom af 3.3.2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, præmis 40) og af 29.4.2004, GIL Insurance m.fl. (C-308/01, EU:C:2004:252, præmis 68).

27 — Jf. dog, med henblik på en nærmere vurdering af konkurrence mellem produkter, imidlertid vedrørende et andet forhold end selektivitet, dom af 13.2.2003, Spanien mod Kommissionen (C-409/00, EU:C:2003:92, præmis 68 ff.).

28 — Jf. f.eks. J.L. da Cruz Vilaça, »Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments«, EStAL 4, 2009, 443-451, C. Romariz, »Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or »The Ghost of Yet-To-Come«« EStAL 1, 2014, s. 47-48, P. Nicolaides. og I.E. Rusu, »The Concept of Selectivity: An Ever Wider Scope«, EStA 4, 2012, s. 796-797, G. Lo Schiavo, »The role of competition analysis under article 107 paragraph 1 TFEU: the emergence of a »market analysis« assessment within the selectivity criterion?«, 34 E.C.L.R. 8, 2013, s. 400-406.

29 — Dom af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

foranstaltningens overordnede målsætning, nemlig miljøbeskyttelse, befandt alle virksomheder, der »var underlagt forpligtelser af samme *karakter*«, nemlig at reducere NO_x -emissioner, sig i en sammenlignelig retlig og faktisk situation uanset størrelse [30]. Derfor burde muligheden for at omsætte NO_x -emissionsrettigheder ikke have været begrænset til de større virksomheder [31].

37. Der er ingen tvivl om, at de ovenfor skitserede faktorer kun giver en grov indikation af, hvilke overvejelser der bør tages i betragtning ved vurderingen af sammenlignelighed med henblik på at fastlægge en referenceramme. Det er ligeledes ret indlysende, at enhver vurdering af en lignende art, hvor velstruktureret den algoritmisk, næsten matematisk, den end er, altid vil have et vist element af subjektivt værdimæssigt valg med hensyn til, hvilke virksomheder der er sammenlignelige, og hvorfor der lægges mere vægt på den ene faktor end den anden.

38. Et sådant valg skal dog samtidig komme eksplicit til udtryk i den besluttende myndigheds ræsonnement. Kommissionen bør derfor i praksis gøre det klart, hvilken referenceramme den vælger at fastlægge, samt begrunde valget.

39. Af flere grunde er det afgørende at afgrænse en passende referenceramme, når der træffes beslutning om selektiviteten af potentiel statsstøtte. For det første giver det parterne indsigt i begrundelsen for, at en foranstaltning blev betragtet som statsstøtte eller ej [32]. For det andet sikrer det øget retlig forudsigelighed for medlemsstaterne, som vil være i stand til at forudse, om de foranstaltninger, de vedtager, bør anmeldes til Kommissionen, eller om de frit kan føre en bestemt økonomisk politik uden begrænsning [33]. For det tredje sætter det Unionens retsinstanser i stand til at foretage en effektiv prøvelse, eftersom det giver Retten og i sidste ende Domstolen bedre muligheder for klart at afgøre, om selektivitetsbetingelsen er opfyldt.

B – *Selektivitetsbetingelsen i den foreliggende sag*

40. I den foreliggende sag er Domstolen blevet anmodet om at vurdere, hvorvidt selektivitetsbetingelsen bør undersøges inden for en bredt defineret referenceramme, som omfatter virksomheder i oksekødssektoren og »virksomhederne i andre sektorer«.

41. I sit ræsonnement uddybede Retten ikke, hvordan »virksomhederne i andre sektorer« skulle forstås. Retten accepterede og henviste blot til Kommissionens vurdering [34], som i sig selv ikke var helt tydelig med hensyn til, hvilke »andre sektorer« der var tale om [35].

42. I den foreliggende sag kan en række referencerammer overvejes, afhængig af det valgte abstraktionsniveau for definitionen af tertium comparationis, og afhængig af ovennævnte faktorers respektive vægtning. Jeg skitserer tre af dem, nemlig den snævre, den mellemliggende og den brede tilgang.

43. Den snævre tilgang, som appellanten går ind for, fokuserer på virksomheder, der udfører TSE-test. Referencerammen er fastlagt ved anvendelsesområdet for forordning nr. 999/2001. Ifølge forordningen kræves der kun screeninger i de sektorer, der er berørt af TSE. Med den snævre tilgang er den første af de ovenfor skitserede faktorer således dominerende og har et lavt abstraktionsniveau: Gruppen af sammenlignelige virksomheder bestemmes af den specifikke forpligtelse til at udføre TSE-test.

30 — Dom af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 66). Min fremhævelse.

31 — Et andet tilsvarende eksempel er dom af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, præmis 52), hvor foranstaltningens formål medførte, at en større gruppe virksomheder end den, der fulgte af foranstaltningens anvendelsesområde, blev taget i betragtning.

32 — Jf. dom af 29.4.2004, Kommissionen mod Nederlandene (C-159/01, EU:C:2004:246, præmis 65-67).

33 — Generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse GIL Insurance m.fl. (C-308/01, EU:C:2003:481, punkt 76).

34 — Jf. den appellerede doms præmis 107, 108, 110 og 111.

35 — Jf. punkt 16 i dette forslag til afgørelse.

44. Den mellemliggende tilgang går et abstraktionsniveau op. Gruppen af sammenlignelige virksomheder kan antages at omfatte landbrugs- eller fødevarevirksomheder, der er forpligtet til at underkaste deres produkter sundhedskontroller. Denne tilgang bygger ikke på specificiteten af BSE-screeninger [36], men på det generelle formål med EU-foranstaltningen i den foreliggende sag, nemlig at beskytte dyrs og menneskers sundhed. Forpligtelsen til at udføre BSE-screeninger kan betragtes som en del af en videre forpligtelse for virksomheder til at udføre kontroller, som sikrer, at deres produkter ikke udgør en trussel for menneskers og dyrs sundhed [37]. Med en sådan tilgang sammenlignes virksomheder, der er forpligtet til at udføre BSE-test, med andre landbrugs- og fødevarevirksomheder, som er underkastet andre typer obligatorisk sundhedskontrol, men som kan producere andre typer kød eller fødevarer.

45. Endnu et abstraktionsniveau højere kan en endnu bredere tilgang overvejes. Med den brede tilgang kan gruppen af sammenlignelige virksomheder antages at omfatte alle virksomheder, der er forpligtet til at udføre obligatoriske kontroller, inden de markedsfører deres produkter, og som ikke udelukkende er begrænset til dyr. Abstrakt tertium comparationis er således kvalitets- eller sikkerhedskontrol generelt, hvilket af indlysende grunde resulterer i en meget større gruppe af virksomheder.

46. Det er sidstnævnte brede tilgang, som Kommissionen ifølge appellanten har valgt, og som senere blev bekræftet af Retten. Appellanten har anført, at Retten med urette sidestiller obligatoriske test for lastbiler og elevatorer med midlertidige test, som har til formål at udrydde en dyresygdom.

47. Sandt nok uddybede Retten ikke definitionen af den relevante referenceramme i særlig høj grad [38]. I den appellerede doms præmis 107 og 110 bekræftede Retten Kommissionens konklusioner om, at den omtvistede foranstaltning kun begunstigede »opdrættere, slagterier og andre virksomheder, der forarbejdede, håndterede, solgte eller markedsførte produkter fra kvæg underkastet en obligatorisk BSE-screening«, i modsætning til »virksomheder i andre sektorer«, uden at uddybe det nærmere.

48. Selv om Retten ikke udtrykkeligt forklarede, hvad den mente med »virksomhederne i andre sektorer«, er det ikke nødvendigt at ophæve Rettens dom i henhold til det andet appelanbringende. Det gælder stadig, at finansieringen af BSE-screeninger ved hjælp af statsmidler udgjorde en selektiv fordel, som ikke var til rådighed for »andre sektorer«. Da der ikke foreligger yderligere dokumentation fra appellanten, synes den ikke på nogen måde at være begrundet i ordningens karakter eller opbygning.

49. Hvad angår begrundelsespligten er det min opfattelse, at Retten, selv om den kunne have været mere eksplicit, ikke tilsidesatte denne forpligtelse i et omfang, som gør det nødvendigt at ophæve dens afgørelse. Det følger af fast retspraksis, at den pligt til at begrunde domme, der påhviler Retten i medfør af artikel 36, sammenholdt med artikel 53, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, ikke pålægger den at foretage en udtømmende gennemgang af hvert enkelt af de argumenter, der er fremført af parterne i sagen. Begrundelsen kan således fremgå indirekte, forudsat at de berørte får kendskab til de grunde, som den appellerede dom er baseret på, og at Domstolen råder over de til udøvelsen af sin prøvelsesret nødvendige oplysninger under en appelsag [39].

36 — Jf. analogt dom af 20.11.2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622).

37 — Jf. f.eks. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 882/2004 af 29.4.2004 om offentlig kontrol med henblik på verifikation af, at foderstof- og fødevarelovgivningen samt dyresundheds- og dyrevelfærdsbestemmelserne overholdes (EUT L 165, s. 86).

38 — Jf. punkt 16 i dette forslag til afgørelse.

39 — Jf. f.eks. dom af 8.3.2016, Grækenland mod Kommissionen (C-431/14 P, EU:C:2016:145, præmis 38), af 21.12.2011, A2A mod Kommissionen (C-320/09 P, EU:C:2011:858, præmis 97) og af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 372).

50. Det fremgår, at begrundelsen i den appellerede dom gav parterne kendskab til begrundelsen for Rettens bekræftelse af, at der forelå en selektiv fordel. At kræve, at Retten skulle være mere specifik med hensyn til, hvilke sektorer der faktisk blev sammenlignet med oksekødssektoren, ville i bedste fald have medført en mindre tilføjelse til ræsonnementet, men det ville ikke have påvirket domskonklusionen.

51. Det bør tilføjes, at det efter min opfattelse kun er den foreliggende sags specifikke omstændigheder, som gør det muligt at konkludere, at der foreligger selektivitet. Fordelen er stadig kun til rådighed for en enkelt sektor, nemlig oksekødssektoren, uanset hvilken af de tre ovennævnte referencerammer der blev anvendt. Der er intet, der tyder på, at denne selektive fordel kan være begrundet i ordningens karakter eller opbygning. Det bør dog ikke relativisere Kommissionens generelle forpligtelse til at være eksplicit i sin definition af den relevante referenceramme i fremtidige sager, hvor en tilsvarende vaghed kombineret med andre omstændigheder kan føre til en anden konklusion.

VI – Forslag til afgørelse

52. Med den begrundelse og med forbehold af undersøgelsen af det første appelanbringende foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen med hensyn til det andet appelanbringende.