Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MICHAL BOBEK
présentées le 21 avril 2016 [1]

Affaire C-270/15 P

Royaume de Belgique
contre

Commission européenne

«Pourvoi — Aides d'État — Prévention, contrôle et éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles (EST) — Financement de tests de dépistage de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB) — Notion de "sélectivité" — Cadre de référence — Comparabilité»

I – Introduction

1. Le règlement (CE) nº 999/2001 [2] du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, fixant les règles pour la prévention, le contrôle et l'éradication de certaines encéphalopathies spongiformes transmissibles, adopté à la suite de la crise due à l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), imposait aux États membres d'effectuer des tests de dépistage de l'ESB obligatoires sur certains animaux risquant d'être infectés par une encéphalopathie spongiforme transmissible (EST), tels que des bovins mais aussi des ovins et des caprins (ci-après les « tests de dépistage »). Au cours de la période allant du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2005, le Royaume de Belgique a financé partiellement ou totalement les tests de dépistage pour la filière bovine. La Commission européenne a décidé que le financement de ces tests par des ressources publiques constituait une aide d'État en faveur des agriculteurs, abattoirs et autres entités qui transformaient, manipulaient, vendaient ou commercialisaient des produits issus de bovins et qui étaient soumis à un test de dépistage de l'ESB obligatoire.

2. Par le présent pourvoi, le Royaume de Belgique (ci-après le « requérant ») conteste la qualification de la mesure comme une aide d'État par la Commission, ce qui a été confirmé par le Tribunal dans son arrêt du 25 mars 2015 [3]. Le requérant considère plus précisément que l'un des quatre critères d'une aide d'État, à savoir le caractère sélectif de la mesure, n'est pas rempli parce que le cadre de référence appliqué afin d'établir la sélectivité a été défini de manière trop large par la Commission et le Tribunal.

3. Conformément à la demande de la Cour, les présentes conclusions se limiteront à une analyse de la question de la sélectivité, qui est le cœur du second moyen du pourvoi du requérant.

1 — Langue originale : l'anglais.

2 — JO 2001, L 147, p. 1.

3 — Arrêt du 25 mars 2015, Belgique/Commission (T-538/11, EU:T:2015:188, ci-après l'« arrêt attaqué »).

II – Cadre juridique

A – *Le droit primaire*

4. L'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 87, paragraphe 1, CE) prévoit :

« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

B – *Le droit dérivé*

5. Le considérant 9 du règlement nº 999/2001 dispose qu'« [i]l est nécessaire que les États membres mettent en œuvre annuellement un programme de surveillance de l'ESB et de la tremblante et informent la Commission et les autres États membres de ses résultats et de l'apparition de tout cas d'autre EST ». Conformément à l'article 6, paragraphe 1, du même règlement, libellé « Système de surveillance », « [c]haque État membre met en place un programme annuel de surveillance de l'ESB et de la tremblante, conformément à l'annexe III, chapitre A. Une procédure de dépistage recourant aux tests rapides fait partie intégrante de ce programme ».

6. Aux termes du paragraphe 12 des lignes directrices de la Communauté concernant les aides d'État liées aux tests EST, aux animaux trouvés morts et aux déchets d'abattoirs[4], « les présentes lignes directrices concernent les aides d'État visant à couvrir les coûts occasionnés par les tests [de dépistage de l']EST, les animaux trouvés morts et les déchets d'abattoirs, accordées aux opérateurs travaillant dans la production, la transformation et la commercialisation d'animaux et de produits animaux relevant de l'annexe I du traité, dans la mesure où les articles 87, 88 et 89 du traité ont été déclarés applicables à ces produits ».

7. Les paragraphes 23 et 24 des lignes directrices EST indiquent :

« 23. En vue de promouvoir l'adoption de mesures visant à la protection de la santé animale et humaine, la Commission a décidé qu'elle continuera à autoriser les aides d'État couvrant jusqu'à 100 % des coûts liés aux tests [de dépistage de l']EST, suivant les principes exposés au point 11.4 des lignes directrices agricoles.

24. Toutefois, à partir du 1er janvier 2003, en ce qui concerne l'examen ESB obligatoire des bovins abattus aux fins de la consommation humaine, les aides publiques directes et indirectes, y compris les paiements de la Communauté, ne peuvent dépasser un total de 40 euros par test. L'obligation d'examen peut être basée sur la législation communautaire ou nationale. Ce montant se réfère au coût total des tests, comprenant l'équipement pour les tests, l'échantillonnage, le transport, l'examen, le stockage et la destruction des échantillons. Ce montant pourra être réduit à l'avenir, lorsque les coûts liés aux tests baisseront. »

4 — JO 2002, C 324, p. 2, ci-après les « lignes directrices EST ».

III – Les faits et la procédure

8. À la suite de l'apparition de foyers d'ESB, également appelée la « maladie de la vache folle », dans les années 90, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté le règlement nº 999/2001. Ce règlement imposait aux États membres de mettre en œuvre annuellement un programme de surveillance de l'ESB et de la tremblante [5], qui comprenait une procédure de dépistage au moyen de tests rapides. En particulier, tous les bovins âgés de plus de 30 mois et ceux âgés de plus de 24 mois faisant l'objet d'un abattage d'urgence étaient soumis à ces tests obligatoires. Le financement de ces tests de dépistage n'était toutefois pas spécifiquement abordé dans ce règlement. En raison des divergences entre les États membres, non seulement en ce qui concerne le coût des tests de dépistage, mais aussi leur mode de financement, la Commission a adopté les lignes directrices EST afin d'éviter des distorsions de concurrence entre les États membres. Ces lignes directrices prévoyaient notamment que l'aide financière octroyée par un État membre devait être plafonnée à 40 euros par test de dépistage à partir du 1er janvier 2003.

9. À la suite d'un certain nombre de plaintes concernant le financement des tests de dépistage en Belgique, la Commission, après avoir demandé au Royaume de Belgique de lui fournir des informations, a décidé, au mois de janvier 2009, d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE (devenu article 108, paragraphe 2, TFUE). L'examen de la Commission concernait le système belge de financement des tests de dépistage de l'EST sur les bovins effectués en Belgique depuis le 1er janvier 2001 jusqu'au 31 décembre 2005.

10. Le 27 juillet 2011, la Commission a adopté la décision 2011/678/UE concernant l'aide d'État en faveur du financement du dépistage des EST chez les bovins mise à exécution par la Belgique [6]. Dans cette décision, la Commission a considéré que le financement des tests de dépistage de l'ESB par des ressources d'État a conféré un avantage économique sélectif aux opérateurs de la filière bovine en réduisant le coût que ces derniers devaient payer pour les tests de dépistage, constituant ainsi une aide d'État. La Commission a en outre décidé, sur la base des lignes directrices EST, que cette aide était compatible avec le marché intérieur, à l'exception des montants excédant le plafond de 40 euros par test octroyés au cours de la période allant du 1er janvier 2003 au 30 juin 2004 [7].

IV – L'arrêt attaqué et la procédure devant la Cour

11. Devant le Tribunal, le Royaume de Belgique a demandé l'annulation de la décision litigieuse dans la mesure où cette décision qualifiait d'aide d'État les mesures belges tendant au financement des tests de dépistage de l'ESB dans la filière bovine par des ressources d'État. Le Royaume de Belgique a fait valoir par un moyen unique que la mesure en question ne constituait pas une aide d'État parce qu'elle ne conférait aucun avantage sélectif aux opérateurs de la filière bovine.

12. Le Tribunal a rejeté le recours et condamné le Royaume de Belgique aux dépens. Le Tribunal a considéré que le coût des tests de dépistage obligatoires était une charge qui grevait normalement le budget d'une entreprise. En essayant de réduire ce coût par la gratuité des tests de dépistage, le Royaume de Belgique a accordé un avantage aux opérateurs de la filière bovine qui n'était pas disponible pour les « entreprises d'autres secteurs» [8]. La condition relative à la sélectivité de la mesure, qui doit s'apprécier par rapport à la « totalité des entreprises », et non par rapport aux seules

5 — La tremblante est une encéphalopathie spongiforme analogue à l'ESB qui touche notamment les moutons et les chèvres.

6 — Aide d'État C 44/08 (ex NN 45/04) (JO 2011, L 274, p. 36, ci-après la « décision litigieuse »).

7 — Voir considérants 90 à 92 de la décision litigieuse.

8 — Voir point 110 de l'arrêt attaqué.

entreprises bénéficiaires d'un même avantage à l'intérieur d'un même groupe, était ainsi remplie [9]. Le Tribunal a par conséquent considéré que la Commission n'avait pas commis d'erreur en considérant que le financement des tests de dépistage de l'ESB par des ressources d'État constituait une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.

13. Devant la Cour, le requérant demande l'annulation de l'arrêt attaqué et de la décision litigieuse. Il soutient que le Tribunal a commis des erreurs de droit et a méconnu son obligation de motivation. À l'appui de cette thèse, il soulève deux moyens de pourvoi : le premier porte sur la question de l'existence d'un avantage sélectif au sens de l'article 107 TFUE et le second concerne l'application spécifique du critère de la sélectivité aux faits de cette affaire.

14. Seul le second moyen du pourvoi sera abordé dans les présentes conclusions. Le requérant soutient que le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant de manière large que toutes les entreprises soumises à l'obligation d'effectuer des contrôles avant de pouvoir commercialiser leurs produits se trouvent, par définition, dans une situation factuelle et juridique comparable. En outre, le requérant fait valoir que le Tribunal n'a pas fourni les raisons pour lesquelles il a considéré que les opérateurs de la filière bovine soumis aux tests de dépistage de l'ESB obligatoires se trouvaient, aux fins des règles en matière d'aides d'État, dans une situation comparable à celle dans laquelle se trouvaient les entreprises soumises à l'obligation d'effectuer des contrôles avant de pouvoir commercialiser leurs produits.

15. Dans sa décision, la Commission a considéré que « le financement des tests de dépistage de l'ESB par l'État ne bénéficie qu'à un secteur déterminé, celui élevant des animaux soumis aux tests de dépistage de l'ESB» [10]. Elle a constaté que « si l'État finance les coûts des contrôles obligatoires qui concernent la production ou la commercialisation des produits, cela doit être considéré comme un avantage sélectif pour les entreprises ». Puisque « l'État a allégé des charges qui sont normalement incluses dans le budget d'une entreprise […] les agriculteurs, les abattoirs et les autres entités qui transforment, manipulent, vendent ou commercialisent des produits issus de bovins soumis à une obligation de tests ESB en vertu de la législation applicable au cours de la période en cause […] ont bénéficié d'aides d'État par le financement des tests [de dépistage d']ESB par l'État» [11].

16. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal, se référant à la position de la Commission, qu'il approuve, compare les tests de dépistage à « des contrôles obligatoires qui concernent la production ou la commercialisation des produits» [12]. Il confirme les constats de la Commission en ce sens que « les opérateurs de la filière bovine bénéficiaient d'un avantage qui n'était pas disponible pour les entreprises d'autres secteurs, car ils bénéficiaient de la gratuité des contrôles qu'ils devaient obligatoirement effectuer avant la mise sur le marché ou la commercialisation de leurs produits, alors que les entreprises d'autres secteurs n'avaient pas cette possibilité […]» [13].

17. Selon le requérant, le Tribunal aurait dû correctement expliquer quelles étaient « les entreprises d'autres secteurs » pertinentes [14]. En adoptant une telle approche vague et implicitement large de la comparabilité, le Tribunal assimile de manière erronée, d'une part, les tests obligatoires auxquels sont soumis, par exemple, les fabricants d'ascenseurs ou de camions et, d'autre part, les tests temporaires visant à éradiquer une affection animale. Selon le requérant, même si l'on devait restreindre le cadre de référence aux tests obligatoires pour les produits agricoles, ces derniers sont très différents quant à leur nature, leur objectif, leur coût et leur périodicité. Ils ne sont donc pas comparables aux tests de dépistage de l'ESB obligatoires.

9 — Voir point 114 de l'arrêt attaqué.

10 — Voir considérant 92 de la décision litigieuse.

11 — Voir considérant 90 de la décision litigieuse.

12 — Voir point 104 de l'arrêt attaqué.

13 — Voir point 110 de l'arrêt attaqué.

14 — Voir également point 115 de l'arrêt attaqué.

V – Appréciation

18. Conformément à l'article 107, paragraphe 1, TFUE, une mesure nationale doit être considérée comme une aide d'État lorsqu'elle remplit les quatre conditions cumulatives posées dans cette disposition. Premièrement, la mesure doit comporter une aide accordée par l'État ou financée au moyen de ressources d'État ; deuxièmement, elle doit favoriser certaines entreprises ou certaines productions et constituer ainsi un avantage sélectif qui n'est pas disponible pour des entreprises comparables ; troisièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence et, quatrièmement, elle doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres.

19. La discussion sur les contours précis de la deuxième condition, à savoir la sélectivité de l'aide, a donné lieu à un riche débat parmi les avocats généraux [15]. Il convient toutefois d'admettre que, malgré ces efforts, l'appréciation de la sélectivité continue de constituer « un exercice difficile et dont l'issue est incertaine» [16] en pratique.

20. S'appuyant sur ce riche débat, les présentes conclusions présenteront quelques réflexions générales sur la notion de « sélectivité » dans le contexte des aides d'État (sous A), qui seront ensuite appliquées au cas (sous B).

A – *Considérations générales sur la notion de « sélectivité »*

21. La deuxième des conditions d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE est celle relative à la sélectivité : l'avantage ne doit être accordé qu'à *certaines entreprises* ou il ne doit l'être que pour *certaines productions*. Il est clair que la sélectivité implique une différenciation ou une inégalité : l'avantage n'est disponible que pour certaines entreprises déterminées d'un secteur déterminé ou pour un (sous-)secteur dans un marché déterminé. Toutefois, ce qui est nettement moins clair, c'est la façon dont il convient de définir la notion de « sélectivité », en particulier s'agissant du deuxième type de sélectivité, celui qui concerne non pas la différenciation *individuelle* (par exemple, un avantage accordé à une entreprise X qui ne l'a pas été aux entreprises Y et Z), mais bien la différenciation *sectorielle* (par exemple, un avantage accordé à toutes les entreprises produisant le bien A mais non à celles produisant le bien B).

22. C'est plus particulièrement en ce qui concerne ce dernier type de différenciation que la question de la sélectivité devient plus complexe. Il en est ainsi parce que c'est non pas au moyen d'une décision individuelle que les entreprises favorisées ont été ciblées, mais bien par l'application d'une mesure générale, souvent de nature législative [17]. En pareil cas, la limite entre les notions de « sélectif » et de « général » devient nettement plus ténue.

15 — Voir, notamment, points 43 et suiv. des conclusions que l'avocat général Wahl a présentées le 4 juin 2015 dans l'affaire Commission/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32) ; points 176 et suiv. des conclusions que l'avocat général Jääskinen a présentées le 15 novembre 2011 dans les affaires jointes Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:215) ; points 79 et suiv. des conclusions que l'avocat général Jääskinen a présentées le 8 septembre 2011 dans les affaires jointes Paint Graphos e.a. (C-78/08 à C-80/08, EU:C:2010:411) ; points 47 et suiv. des conclusions que l'avocat général Poiares Maduro a présentées le 23 mars 2006 dans l'affaire Enirisorse (C-237/04, EU:C:2006:21) ; points 36 et suiv. des conclusions que l'avocat général Mischo a présentées le 8 novembre 2001 dans l'affaire Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:250), ainsi que points 47 et suiv. des conclusions que l'avocat général Darmon a présentées le 17 mars 1993 dans les affaires jointes Sloman Neptun (C-72/91 et C-73/91, EU:C:1992:130).

16 — Point 157 des conclusions que l'avocat général Jacobs a présentées le 13 mars 2001 dans l'affaire PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2000:585).

17 — Voir, en ce sens, points 50 à 54 des conclusions que l'avocat général Wahl a présentées le 4 juin 2015 dans l'affaire Commission/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32).

23. En général, lorsqu'il s'agit d'apprécier la sélectivité, la jurisprudence de la Cour impose de déterminer les entreprises qui se trouvent « dans une situation factuelle et juridique comparable» [18]. La concrétisation de cette exigence générale a tout de même subi des variations au cours du temps, en fonction de la complexité de l'affaire et du nombre d'entreprises concernées.

24. Dans les cas de sélectivité individuelle, c'est-à-dire lorsqu'une aide d'État est accordée à une seule entreprise, la Cour n'a pas toujours souligné la nécessité de définir un cadre de référence d'entreprises comparables dans lequel l'existence d'un avantage sélectif serait appréciée. Cela se comprend dans une large mesure : si un avantage est accordé à une seule entreprise parmi plusieurs entreprises intuitivement comparables, la question de la sélectivité ne pose aucun problème.

25. La sélectivité devient plus problématique dans les cas où des avantages sont accordés à certaines entreprises sur une base sectorielle. Dans cette catégorie, la sélectivité a été définie et appliquée de manière plus variée. Pour justifier ces variations, la doctrine distingue une approche de la sélectivité en deux temps d'une approche en trois temps [19].

26. Selon l'approche en deux temps [20], le premier temps consiste à déterminer si la mesure est prima facie sélective, c'est-à-dire si certaines entreprises bénéficient d'un avantage par rapport à d'autres se trouvant dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif poursuivi par la mesure. En cas de réponse affirmative dans le cadre de cette première étape, une présomption de sélectivité est établie. Il est éventuellement encore possible de justifier la mesure dans un second temps si la différenciation résulte de la nature ou de l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrit. Alors qu'il incombe à la Commission de démontrer que la mesure est prima facie sélective, dans le cadre du premier temps [21], il incombe aux États membres de renverser cette présomption au stade du second temps [22].

27. Selon l'approche en trois temps, l'étape initiale porte sur la définition du cadre de référence, parfois appelé le régime « commun » ou « normal» [23]. Les autres temps de cette approche sont essentiellement les mêmes que ceux décrits ci-dessus pour l'approche en deux temps. La deuxième étape consiste ainsi à apprécier si la Commission a démontré que la mesure établit une distinction entre des entreprises comparables. La troisième étape consiste à apprécier si l'État membre a réussi à démontrer que la mesure était justifiée au regard de la nature ou de l'économie générale du système dans lequel elle s'inscrivait.

28. À y regarder de plus près, il semblerait que la seule différence discernable entre les deux approches est plutôt académique. Cette différence consiste, dans l'approche en trois temps, à scinder en deux étapes séparées la première étape. Dans les deux cas, il est nécessaire de définir le cadre de référence approprié. Toutefois, dans l'approche en deux étapes, cette définition du cadre de référence est moins

18 — Voir, notamment, arrêts du 4 juin 2015, Commission/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, point 61) ; du 4 juin 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems (C-5/14, EU:C:2015:354, point 74) ; du 15 novembre 2011, Commission et Espagne/Government of Gibraltar et Royaume-Uni (C-106/09 P et C-107/09 P, EU:C:2011:732, point 75) ; du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551, point 52) ; du 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission (C-487/06 P, EU:C:2008:757, point 82) ; du 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, point 40), ainsi que du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, point 41).

19 — Voir, notamment, Romariz, C., « Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or "The Ghost of Yet-To-Come" », *EStAL* 1, 2014, p. 41 et 42 ; ainsi que Bousin, J., et Piernas, J., « Developments in the Notion of Selectivity », *EStAL* 4, 2008, p. 640 à 642.

20 — Voir, notamment, arrêts du 22 décembre 2008, British Aggregates/Commission (C-487/06 P, EU:C:2008:757, points 82 et suiv.) ; du 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, points 40 et suiv.), ainsi que du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, points 41 et 42).

21 — Voir, notamment, arrêts du 4 juin 2015, Commission/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, point 59), et du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551, point 62).

22 — Voir, notamment, arrêt du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551, point 62).

23 — Voir arrêts du 8 septembre 2011, Paint Graphos e.a. (C-78/08 à C-80/08, EU:C:2011:550, point 49), et du 2 juillet 1974, Italie/Commission (173/73, EU:C:1974:71, point 15).

apparente, car elle est dissimulée dans la première étape. Il s'ensuit que l'approche en trois temps semblerait être la plus appropriée en raison de sa clarté et de son potentiel pédagogique. Cette approche comporte un raisonnement mieux structuré et rend les différents éléments de l'analyse plus explicites.

29. Il ne fait aucun doute que la définition du « cadre de référence » est au cœur du critère de la sélectivité. Toutefois, en ce qui concerne la relation entre sa formulation et son contenu véritable, ce cœur fait penser à celui d'une poupée russe : ce n'est qu'en ouvrant la couche extérieure que l'on s'aperçoit que la notion essentielle est en fait celle de la « discrimination» [24]. En outre, dans cette notion à son tour, on trouve cachée, encore plus profondément, la notion de « comparabilité ». C'est ainsi que, en recherchant le contenu véritable de la sélectivité, on arrive à la notion de « comparabilité », particulièrement bien connue dans d'autres domaines du droit de l'Union.

30. L'examen de la comparabilité consiste à déterminer si, au regard d'une qualité déterminée (le tertium comparationis, qui peut être une valeur, un objectif, une action, une situation, etc.), les éléments comparés (des entreprises, des personnes, des produits, etc.) présentent plus de similitudes ou plus de différences.

31. Le problème qui se pose classiquement lors d'un tel examen est le choix de la qualité à l'égard de laquelle la comparaison doit être faite. Au regard de quoi précisément les entreprises X et Y sont-elles comparables ? Il y a, à mon avis, trois facteurs dont il convient en général de tenir compte lorsque l'on procède à une telle appréciation dans le contexte des aides d'État.

32. Le premier de ces facteurs est le champ d'application de la mesure par rapport aux personnes et/ou situations qu'elle couvre. C'est en général le champ de la mesure elle-même qui va définir la relation logique et le caractère comparable de ces personnes et/ou situations. Cette mesure est également susceptible d'imposer des obligations ou charges potentielles à une certaine catégorie d'entreprises tout en prévoyant les raisons pour lesquelles un État membre peut essayer d'alléger ces obligations ou charges.

33. Le deuxième facteur est le but recherché par la mesure au regard des objectifs et des valeurs que la mesure vise à poursuivre ou promouvoir. La définition d'un cadre de référence adapté passe par la détermination de l'ensemble des entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable « au regard de l'objectif poursuivi par la mesure concernée» [25], mais également, de manière plus large, par « [le] régime [en cause]» [26].

34. Il pourrait également y avoir un troisième facteur, peut-être auxiliaire, par lequel la comparabilité est examinée en termes de degré de substituabilité des produits concernés. Il faut bien admettre qu'un tel facteur n'a jusqu'à ce jour connu que peu de succès dans la jurisprudence de la Cour [27]. Par ailleurs, on pourrait dire beaucoup de choses sur la nécessité pour la législation en matière d'aides d'État de prendre davantage en compte sa dimension concurrentielle [28]. En termes de comparabilité, cela

24 — Voir, en ce sens, point 54 des conclusions que l'avocat général Wahl a présentées le 4 juin 2015 dans l'affaire Commission/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32).

25 — Voir arrêts du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551, point 52), ainsi que du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, point 41).

26 — Voir arrêts du 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, point 40), ainsi que du 29 avril 2004, GIL Insurance e.a. (C-308/01, EU:C:2004:252, point 68).

27 — Voir toutefois, pour une appréciation plus approfondie de la concurrence entre des produits, bien que concentré sur un sujet autre que la sélectivité, arrêt du 13 février 2003, Espagne/Commission (C-409/00, EU:C:2003:92, points 68 et suiv.).

28 — Voir, notamment, da Cruz Vilaça, J. L., « Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments », *EStAL* 4, 2009, p. 443 à 451 ; Romariz, C., « Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or "The Ghost of Yet-To-Come" », *EStAL* 1, 2014, p. 47 et 48 ; Nicolaides, P., et Rusu, I. E., « The Concept of Selectivity : An Ever Wider Scope », *EStAL* 4, 2012, p. 796 et 797 ; Lo Schiavo, G., « 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, p. 400 à 406.

reviendrait à une comparabilité définie (également) par la substituabilité et sous-tendue par la notion de « distorsion de la concurrence » dans le marché pertinent. La recherche du cadre de référence pertinent s'approcherait ainsi beaucoup plus de la définition du « marché pertinent » au terme d'une analyse non dépourvue de similitudes avec celle effectuée au titre de l'article 101 TFUE.

35. Toute appréciation de la comparabilité doit comprendre, sous une forme ou sous une autre, le premier et le deuxième facteur mentionnés ci-dessus. Leur articulation précise et leur poids respectif dépendront des circonstances de chaque cas particulier. Il en va de même pour l'interaction entre ces facteurs. Dans certains cas, tous les facteurs pointeront dans la même direction. Dans d'autres cas, le deuxième facteur (l'objectif poursuivi par la mesure) et le troisième facteur (le degré de substituabilité des produits concernés par la mesure) pourront être appliqués afin de corriger le premier facteur ou d'y ajouter une nuance. Il convient de prendre le premier facteur (la définition par la mesure elle-même de son champ d'application) comme point de départ pour définir un cadre de référence. Ce facteur ne peut toutefois pas être déterminant à lui seul dans la mesure où, pour éviter qu'une mesure soit qualifiée d'aide d'État, un État membre pourrait concevoir une mesure dont le champ d'application se restreint à certaines entreprises pourtant comparables à d'autres qui ne bénéficient pas de ladite mesure.

36. L'affaire néerlandaise dite « NO_x »[29] illustre la manière dont l'un de ces facteurs peut, en bout de course, prévaloir sur les autres aux fins de la définition du cadre de référence pertinent. Dans cette affaire, le deuxième facteur a servi à corriger le premier. Le Royaume des Pays-Bas avait limité la faculté de négocier des droits d'émission des oxydes d'azote (NO_x) aux grandes entreprises industrielles produisant ce type d'émissions. Le champ d'application de la mesure nationale était donc limité à ces entreprises. La Cour a néanmoins considéré que, au regard de l'objectif général de la mesure, à savoir la protection de l'environnement, les entreprises soumises à des « obligations de même *nature* », à savoir l'obligation de réduire l'émission de NO_x, se trouvaient toutes dans une situation factuelle et juridique comparable, indépendamment de leur taille[30]. Par conséquent, la faculté de négocier des droits d'émission de NO_x n'aurait pas dû être limitée aux installations les plus grandes[31].

37. Il ne fait aucun doute que les facteurs décrits ci-dessus ne fournissent que des indications brutes sur le type de réflexions qui devraient être faites lors de l'appréciation de la comparabilité aux fins de la définition d'un cadre de référence. Il est également assez évident que toute appréciation de ce genre, quand bien même elle serait articulée sous forme d'algorithmes ou d'autres formules mathématiques, comportera toujours des éléments de choix subjectifs quant au point de savoir quelles entreprises sont comparables et pourquoi elles le sont, en donnant plus d'importance à un facteur plutôt qu'à un autre.

38. L'autorité décisionnaire doit toutefois également faire apparaître ce choix dans sa motivation de manière explicite. C'est la raison pour laquelle la Commission doit, en pratique, clairement indiquer quel cadre de référence elle choisit et pour quels motifs.

39. Il y a plusieurs raisons pour lesquelles il est essentiel de délimiter le cadre de référence approprié afin de se prononcer sur la sélectivité d'une aide d'État potentielle. Premièrement, cela permet aux parties de connaître les motifs pour lesquels une mesure a ou non été considérée comme une aide d'État[32]. Deuxièmement, la définition d'un cadre de référence garantit une prévisibilité juridique plus grande pour les États membres, qui pourront déterminer si les mesures qu'ils adoptent doivent être

29 — Arrêt du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

30 — Arrêt du 8 septembre 2011, Commission/Pays-Bas (C-279/08 P, EU:C:2011:551, point 66). Mise en italique par mes soins.

31 — Voir, pour un autre exemple similaire, arrêt du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, point 52), dans lequel l'objectif de la mesure a conduit à prendre en considération un groupe plus large d'entreprises que celui résultant du champ d'application de la mesure.

32 — Voir arrêt du 29 avril 2004, Pays-Bas/Commission (C-159/01, EU:C:2004:246, points 65 à 67).

notifiées à la Commission ou s'ils peuvent librement, sans limitation, poursuivre une politique économique particulière [33]. Troisièmement, cela permet aux juridictions de l'Union de mettre en œuvre un contrôle juridictionnel effectif, dans la mesure où le Tribunal et, en dernier lieu, la Cour pourront déterminer plus clairement si la condition de la sélectivité était remplie.

B – *La condition de la sélectivité appliquée à l'espèce*

40. En l'espèce, la Cour est amenée à apprécier si la condition de la sélectivité devrait être examinée dans un cadre de référence défini largement et couvrant les opérateurs de la filière bovine et les « entreprises d'autres secteurs ».

41. Dans son raisonnement, le Tribunal n'a pas fourni d'informations plus précises sur ce qu'il y a lieu d'entendre par « entreprises d'autres secteurs ». Le Tribunal s'est simplement référé, tout en l'approuvant, à l'appréciation de la Commission [34] qui n'était elle-même pas totalement claire sur le point de savoir ce qu'étaient les « autres secteurs» [35].

42. En l'espèce, un certain nombre de cadres de référence pourraient être envisagés selon le niveau d'abstraction choisi pour définir le tertium comparationis et le poids respectif accordé aux différents facteurs décrits ci-dessus. Je donnerai un aperçu de trois approches : l'approche étroite, l'approche intermédiaire et l'approche large.

43. L'approche étroite, préconisée par le requérant, se concentre sur les entreprises effectuant les tests de dépistage de l'EST. Le cadre de référence est établi par le champ d'application du règlement nº 999/2001. Ce règlement n'exige les tests de dépistage que pour les secteurs concernés par l'EST. Ainsi, dans l'approche étroite, le premier facteur mentionné ci-dessus domine et opère à un faible niveau d'abstraction : la catégorie d'entreprises comparables est déterminée par l'obligation spécifique d'effectuer un test de dépistage de l'EST.

44. Le niveau d'abstraction monte d'un cran dans l'approche intermédiaire. On pourrait dire que la catégorie des entreprises comparables inclut toute entreprise agricole ou de l'alimentation tenue de soumettre ses produits à des contrôles sanitaires. Cette approche repose non pas sur la spécificité des tests de dépistage de l'ESB [36], mais sur l'objectif général de la mesure prise par l'Union européenne en l'espèce, à savoir la protection de la santé animale et humaine. L'obligation d'effectuer des tests de dépistage de l'ESB peut être considérée comme faisant partie d'une obligation plus large des entreprises d'effectuer des contrôles visant à garantir que leurs produits ne constituent pas une menace pour la santé humaine et animale [37]. Une telle approche mène à une comparaison des entreprises soumises aux tests de dépistage de l'ESB avec d'autres entreprises agricoles ou alimentaires soumises à d'autres types de contrôles sanitaires obligatoires, mais qui produisent éventuellement d'autres types de viande ou de denrées alimentaires.

33 — Point 76 des conclusions que l'avocat général Geelhoed a présentées le 29 avril 2004 dans l'affaire GIL Insurance e.a. (C-308/01, EU:C:2003:481).

34 — Voir points 107, 108, 110 et 111 de l'arrêt attaqué.

35 — Voir point 16 des présentes conclusions.

36 — Voir, par analogie, arrêt du 20 novembre 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622).

37 — Voir, notamment, règlement (CE) nº 882/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relatif aux contrôles officiels effectués pour s'assurer de la conformité avec la législation sur les aliments pour animaux et les denrées alimentaires et avec les dispositions relatives à la santé animale et au bien-être des animaux (JO 2004, L 165, p. 1).

45. Si l'on monte encore d'un échelon sur l'échelle de l'abstraction, on peut envisager une approche encore plus large. Dans cette approche large, on pourrait dire que la catégorie d'entreprises comparables comprend toutes les entreprises soumises à des contrôles obligatoires avant de pouvoir commercialiser leurs produits et n'est pas strictement limitée aux animaux. Ainsi, le tertium comparationis abstrait serait les contrôles de qualité ou de sécurité en général, ce qui génère un groupe d'entreprises comparables beaucoup plus grand.

46. Le requérant estime que c'est cette dernière approche large que la Commission a choisie et que le Tribunal a approuvée par la suite. Ce que fait valoir le requérant, c'est que le Tribunal aurait assimilé de manière erronée les tests obligatoires auxquels sont soumis les camions et les ascenseurs à des tests temporaires visant à éradiquer une affection animale.

47. Il est vrai que le Tribunal ne s'est pas beaucoup étendu sur les contours du cadre de référence pertinent [38]. Aux points 107 et 110 de l'arrêt attaqué, il s'est appuyé sur les constats de la Commission selon lesquels la mesure en question ne bénéficiait qu'aux « éleveurs, […] abattoirs et […] autres entités qui transformaient, manipulaient, vendaient ou commercialisaient des produits issus de bovins et soumis à un test de dépistage de l'ESB obligatoire » et non aux « entreprises d'autres secteurs », sans plus de précisions.

48. Même si le Tribunal n'a pas fait apparaître clairement ce qu'il entendait par les « entreprises d'autres secteurs », il n'est pas nécessaire d'écarter l'arrêt attaqué sur la base du second moyen du pourvoi. Le fait est que le financement des tests de dépistage de l'ESB par des ressources d'État a représenté un avantage sélectif non disponible pour les « autres secteurs ». En l'absence d'autres preuves fournies par le requérant, ce financement n'apparaît en aucune façon justifié par la nature ou l'économie générale du système.

49. En ce qui concerne l'obligation de motivation, même si le Tribunal aurait pu être plus explicite, je considère qu'il n'a pas méconnu cette obligation à un degré tel que l'annulation de sa décision s'impose. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'obligation de motiver les arrêts, qui incombe au Tribunal en vertu de l'article 36 et de l'article 53, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, n'impose pas à celui-ci de fournir un exposé qui suivrait exhaustivement et un par un tous les raisonnements articulés par les parties au litige. La motivation peut donc être implicite, à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les motifs sur lesquels le Tribunal se fonde et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle dans le cadre d'un pourvoi [39].

50. Il est clair que la motivation de l'arrêt attaqué permet aux parties de connaître les motifs sur le fondement desquels le Tribunal a confirmé qu'il y avait un avantage sélectif. Le fait d'imposer au Tribunal d'être plus explicite quant aux secteurs qui étaient réellement comparés à la filière bovine aurait, au mieux, constitué un complément mineur à la motivation, mais n'aurait pas affecté le dispositif de l'arrêt.

51. Toutefois, il convient d'ajouter que, à mes yeux, seuls les faits propres à cette affaire spécifique permettent de conclure qu'il y a bien sélectivité. Quel que soit le cadre de référence, parmi ceux exposés ci-dessus, qui ait été choisi, l'avantage n'en est pas moins disponible que pour un seul secteur, à savoir celui de la filière bovine. Aucun élément n'indique que cet avantage sélectif pourrait être

38 — Voir point 16 des présentes conclusions.

39 — Voir, notamment, arrêts du 8 mars 2016, Grèce/Commission (C-431/14 P, EU:C:2016:145, point 38) ; du 21 décembre 2011, A2A/Commission (C-320/09 P, EU:C:2011:858, point 97), ainsi que du 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, EU:C:2004:6, point 372).

justifié par la nature ou par l'économie générale du système. Cela ne saurait toutefois faire oublier le devoir général de la Commission de définir de façon explicite le cadre de référence pertinent dans les futurs cas d'espèce pour lesquels un tel manque de précision, dans un contexte factuel autre, pourrait mener à une conclusion différente.

VI – Conclusion

52. Pour ces motifs, sans préjudice de l'examen du premier moyen du pourvoi, je propose à la Cour de rejeter le pourvoi en son second moyen.