CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 21 april 2016 [1]

Zaak C-270/15 P

Koninkrijk België
tegen

Commissie

„Hogere voorziening — Staatssteun — Preventie, bestrijding en uitroeiing van overdraagbare spongiforme encefalopathieën (TSE) — Financiering van de tests ter opsporing van boviene spongiforme encefalopathieën (BSE) — Begrip selectiviteit — Referentiekader — Vergelijkbaarheid”

I – Inleiding

1. Verordening (EG) nr. 999/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën (TSE's) [2], die naar aanleiding van de crisis van boviene spongiforme encefalopathie (BSE) werd vastgesteld, bepaalde dat de lidstaten verplichte opsporingstests moesten uitvoeren op bepaalde dieren die het risico lopen een TSE-besmetting op te lopen, zoals runderen maar ook schapen en geiten (hierna: „tests”). Van 1 januari 2001 tot en met 31 december 2005 heeft het Koninkrijk België de tests voor de rundveesector geheel of gedeeltelijk gefinancierd. De Commissie heeft beslist dat de financiering van die tests uit staatsmiddelen een steunmaatregel was ten gunste van de landbouwers, slachthuizen en andere entiteiten die zich toelegden op de verwerking, behandeling, verkoop en afzet van van runderen afkomstige producten die aan verplichte BSE-tests moesten worden onderworpen.

2. Met de onderhavige hogere voorziening betwist het Koninkrijk België (hierna: „rekwirant”) de kwalificatie van de maatregel als staatssteun door de Commissie, die werd bevestigd door het Gerecht in zijn arrest van 25 maart 2015 (hierna: „bestreden arrest”). [3] Rekwirant is meer in het bijzonder van mening dat niet is voldaan aan één van de vier voorwaarden voor staatssteun, namelijk de selectieve aard van de maatregel, omdat de Commissie en het Gerecht het referentiekader op basis waarvan de selectiviteit werd aangetoond, te ruim hebben gedefinieerd.

3. Conform het verzoek van het Hof van Justitie zal ik in mijn conclusie alleen ingaan op de kwestie van de selectiviteit van de maatregel, wat de crux is van het tweede middel van de hogere voorziening van rekwirant.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB 2001, L 147, blz. 1.

3 — Arrest België/Commissie (T-538/11, EU:T:2015:188).

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Primair recht*

4. Artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (voorheen artikel 87, lid 1, EG) bepaalt het volgende:

„Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt."

B – *Afgeleid recht*

5. In overweging 9 van verordening (EG) nr. 999/2001 wordt verklaard dat „[d]e lidstaten [...] jaarlijks een programma voor toezicht op BSE en scrapie [dienen] uit te voeren en de Commissie en de andere lidstaten van de resultaten van dat programma en van de eventuele gevallen van andere TSE's in kennis [dienen] te stellen". Volgens artikel 6, lid 1, van de verordening, met als opschrift „Systeem van toezicht", „voeren [de lidstaten] overeenkomstig bijlage III, hoofdstuk A, een jaarlijks programma voor toezicht op BSE en scrapie uit. Dit programma omvat een screeningprocedure, waarbij gebruik wordt gemaakt van de snelle tests. [...]"

6. In punt 12 van de Communautaire richtsnoeren inzake staatssteun betreffende TSE-tests, gestorven dieren en slachthuisafval (hierna: „TSE-richtsnoeren")[4] wordt verklaard dat „[d]e onderhavige richtsnoeren [...] betrekking [hebben] op staatssteun voor de kosten van TSE-tests, gestorven dieren en slachthuisafval die wordt verleend aan marktdeelnemers die zich bezighouden met de productie, verwerking en afzet van dieren en dierlijke producten die binnen de werkingssfeer van bijlage I bij het Verdrag vallen, voor zover de artikelen 87, 88 en 89 van het Verdrag op de betrokken producten van toepassing zijn verklaard".

7. In de punten 23 en 24 van de TSE-richtsnoeren wordt het volgende uiteengezet:

„23. Om te bevorderen dat maatregelen worden genomen ter bescherming van de gezondheid van mens en dier, heeft de Commissie besloten staatssteun tot 100 % van de kosten van TSE-tests te blijven toestaan overeenkomstig de beginselen van punt 11.4 van de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector.

24. Met ingang van 1 januari 2003 mag het totaal van de directe en de indirecte overheidssteun voor verplichte BSE-tests van voor menselijke consumptie geslachte runderen, met inbegrip van betalingen door de Gemeenschap, niet meer bedragen dan 40 EUR per test. Het maakt daarbij niet uit of de verplichting om te testen op communautaire dan wel op nationale wetgeving berust. Het bedrag heeft betrekking op de totale kosten voor het testen, waaronder de testkit en het nemen, vervoeren, testen, opslaan en vernietigen van het monster. Het bedrag kan in de toekomst eventueel worden verlaagd, indien de prijzen dalen."

4 — PB 2002, C 324, blz. 2.

III – Feiten en procedure

8. Na de uitbraak van BSE, ook bekend als de „gekkekoeienziekte", in de jaren 90, hebben het Europees Parlement en de Raad verordening nr. 999/2001 houdende vaststelling van voorschriften inzake preventie, bestrijding en uitroeiing van bepaalde overdraagbare spongiforme encefalopathieën vastgesteld. Die verordening bepaalde dat elke lidstaat een jaarlijks programma voor toezicht op BSE en scrapie [5] diende uit voeren, welk programma een screeningprocedure met snelle tests omvatte. In het bijzonder werden die verplichte tests uitgevoerd op alle runderen van meer dan 30 maanden oud en op runderen van meer dan 24 maanden oud die uit nood werden geslacht. De financiering van die tests was evenwel niet specifiek geregeld in de verordening. Vanwege de verschillen tussen de lidstaten met betrekking tot niet alleen de kosten maar ook de wijze van financiering van de tests, heeft de Commissie de TSE-richtsnoeren vastgesteld teneinde verstoringen van de mededinging tussen de lidstaten te voorkomen. Die richtsnoeren bepaalden met name dat de door de staat verstrekte financiële steun met ingang van 1 januari 2003 niet meer mag bedragen dan 40 EUR per test.

9. Nadat zij een aantal klachten betreffende de financiering van de tests in België had ontvangen en het Koninkrijk België had verzocht om informatie, heeft de Commissie in januari 2009 beslist om de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG (thans artikel 108, lid 2, VWEU) in te leiden. Het onderzoek van de Commissie betrof de Belgische regeling voor de financiering van de kosten van de tests ter opsporing van TSE's bij runderen tussen 1 januari 2001 en 31 december 2005.

10. Op 27 juli 2011 heeft de Commissie besluit 2011/678/EU inzake de door België ten uitvoer gelegde staatssteun ter financiering van de opsporing van overdraagbare spongiforme encefalopathieën (TSE) bij runderen (hierna: „besluit van de Commissie") [6] vastgesteld. In dat besluit heeft de Commissie gesteld dat de financiering van de BSE-tests met staatsmiddelen een selectief economisch voordeel had opgeleverd voor ondernemingen in de rundveesector door de verlaging van de kosten die zij moeten betalen voor de tests, en staatssteun vormde. De Commissie besliste voorts, op basis van de TSE-richtsnoeren, dat die steun met de interne markt verenigbaar was, behalve wat de bedragen betrof die 40 EUR per test overschreden voor de periode tussen 1 januari 2003 en 30 juni 2004. [7]

IV – Bestreden arrest en procedure voor het Hof

11. Voor het Gerecht heeft het Koninkrijk België verzocht om nietigverklaring van het besluit van de Commissie voor zover daarin de Belgische maatregelen ter financiering van BSE-tests in de rundveesector met staatsmiddelen als staatssteun werden aangemerkt. Het heeft in het kader van één enkel middel aangevoerd dat de maatregel in kwestie geen staatssteun vormde aangezien daarmee geen selectief voordeel werd verleend aan ondernemingen in de rundveesector.

12. Het Gerecht heeft het beroep verworpen en het Koninkrijk België verwezen in de kosten. Volgens het Gerecht waren de kosten van de verplichte tests een last die normaliter drukt op het budget van een onderneming. Door te proberen die kosten te verlagen door de tests gratis uit te voeren, heeft het Koninkrijk België ondernemingen in de rundveesector een voordeel verleend waarop „ondernemingen uit andere sectoren" geen aanspraak konden maken. [8] Bijgevolg was voldaan aan de voorwaarde van selectiviteit van de maatregel, ter beoordeling waarvan moet worden gekeken naar „álle

5 — Scrapie is een spongiforme encefalopathie die lijkt op BSE en met name geiten en schapen treft.

6 — Steunmaatregel C 44/08 (ex NN 45/04) (PB 2011, L 274, blz. 36).

7 — Zie de overwegingen 90 tot 92 van het besluit van de Commissie.

8 — Zie punt 110 van het bestreden arrest.

ondernemingen", en niet alleen naar de ondernemingen die binnen dezelfde groep begunstigde van hetzelfde voordeel zijn.[9] Bijgevolg heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie geen vergissing had begaan door vast te stellen dat de financiering van de BSE-tests met staatsmiddelen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormde.

13. Voor het Hof van Justitie verzoekt rekwirant om vernietiging van het arrest van het Gerecht en om nietigverklaring van het besluit van de Commissie. Rekwirant betoogt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en zijn motiveringsplicht heeft geschonden. Tot staving van die bewering voert hij twee middelen aan: het eerste houdt verband met het bestaan van een selectief voordeel in de zin van artikel 107 VWEU, en het tweede betreft de specifieke toepassing van de voorwaarde van selectiviteit op de feiten van de zaak.

14. In deze conclusie zal ik alleen ingaan op het tweede middel van de hogere voorziening. Rekwirant betoogt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ruim te stellen dat alle ondernemingen die verplicht controles moeten laten verrichten alvorens hun producten in de handel te kunnen brengen zich per definitie in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. Verder voert rekwirant aan dat het Gerecht niet heeft gemotiveerd waarom het van oordeel was dat ondernemingen in de rundveesector die verplicht BSE-tests moeten laten verrichten, zich vanuit het oogpunt van de regels inzake staatssteun in een vergelijkbare situatie bevinden als ondernemingen die verplicht controles moeten laten verrichten alvorens hun producten in de handel te kunnen brengen.

15. In haar besluit overwoog de Commissie dat „de financiering van de BSE-tests door de overheid op nationaal niveau slechts ten goede [komt] aan een specifieke sector, te weten de sector die de aan BSE-tests onderworpen dieren fokt".[10] Zij kwam tot de conclusie dat „indien een lidstaat de kosten van verplichte controles ten aanzien van de productie of de verkoop van producten financiert, dit dient te worden beschouwd als een selectief voordeel voor de ondernemingen". Aangezien „[d]e staat [...] de lasten [heeft] verlicht die normaliter deel uitmaken van het budget van een onderneming[, hebben] de veehouders, slachthuizen en andere entiteiten die zich toeleggen op de verwerking, behandeling, verkoop en afzet van van runderen afkomstige producten waarvoor krachtens de in de betrokken periode geldende wetgeving BSE-tests moesten worden verricht, [...] middels de financiering van de BSE-tests door de overheid staatssteun genoten [...]."[11]

16. In het bestreden arrest vergeleek het Gerecht onder verwijzing naar het standpunt van de Commissie, waarmee het instemde, tests met „verplichte controles met betrekking tot de productie of de verkoop van de producten".[12] Het bevestigde de vaststellingen van de Commissie in die zin dat „de marktdeelnemers uit de rundvleesbranche een voordeel genoten waarop ondernemingen uit andere sectoren geen aanspraak konden maken, aangezien eerstbedoelde marktdeelnemers de controles die zij verplicht moesten laten verrichten alvorens hun producten in de handel te kunnen brengen of te kunnen verkopen, kosteloos konden laten uitvoeren, terwijl de ondernemingen uit andere sectoren niet over die mogelijkheid beschikten [...]".[13]

17. Volgens rekwirant had het Gerecht naar behoren moeten uiteenzetten wat de relevante „ondernemingen uit andere sectoren" waren.[14] Door uit te gaan van een zo vage en impliciet ruime benadering van de vergelijkbaarheid heeft het Gerecht ten onrechte de verplichte controles die bijvoorbeeld moeten worden uitgevoerd bij producenten van liften of vrachtwagens, gelijkgesteld met

9 — Zie punt 114 van het bestreden arrest.

10 — Zie overweging 92 van het besluit van de Commissie.

11 — Zie overweging 90 van het besluit van de Commissie.

12 — Zie punt 104 van het bestreden arrest.

13 — Zie punt 110 van het bestreden arrest.

14 — Zie ook punt 115 van het bestreden arrest.

tijdelijke tests ter bestrijding van een dierziekte. Zelfs indien het referentiekader zou worden beperkt tot verplichte controles voor landbouwproducten, zijn die controles volgens rekwirant erg verschillend vanuit het oogpunt van hun aard, doel, kosten en frequentie. Zij zijn bijgevolg niet vergelijkbaar met verplichte BSE-tests.

V – Beoordeling

18. Volgens artikel 107, lid 1, VWEU moet een nationale maatregel worden geacht staatssteun te vormen wanneer hij voldoet aan de in die bepaling gestelde vier cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moet de maatregel steun behelzen die wordt verleend door de staat of met staatsmiddelen; ten tweede moet hij bepaalde ondernemingen of de productie van bepaalde goederen begunstigen, en aldus een selectief voordeel vormen dat niet beschikbaar is voor vergelijkbare ondernemingen; ten derde moet de maatregel de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen; ten vierde moet hij waarschijnlijk een ongunstige invloed op het handelsverkeer tussen de lidstaten hebben.

19. De discussie over de precieze contouren van de tweede voorwaarde – de selectiviteit van de steun – heeft aanleiding gegeven tot een rijk debat tussen advocaten-generaal.[15] Er dient evenwel te worden erkend dat in weerwil van die inspanningen de beoordeling van de selectiviteit in de praktijk „een moeilijke aangelegenheid met een onzeker resultaat”[16] blijft.

20. Op basis van dat rijke debat geeft deze conclusie eerst een aantal algemene overwegingen aangaande het begrip selectiviteit in de context van staatssteun (A), die daarna worden toegepast op de onderhavige zaak (B).

A – *Algemene overwegingen aangaande het begrip selectiviteit*

21. De tweede toepassingsvoorwaarde van artikel 107, lid 1, VWEU is de voorwaarde van selectiviteit: het voordeel mag slechts worden verleend aan *bepaalde ondernemingen* of *bepaalde producties*. Het is duidelijk dat selectiviteit een differentiatie of onderscheid impliceert: het voordeel is uitsluitend beschikbaar voor bepaalde ondernemingen in een bepaalde sector of voor een (sub)sector in een bepaalde markt. Veel minder duidelijk is echter hoe selectiviteit moet worden gedefinieerd, in het bijzonder met betrekking tot het tweede type selectiviteit, waarbij het niet gaat om *individuele* differentiatie (bijvoorbeeld een voordeel dat aan onderneming X maar niet aan ondernemingen Y en Z wordt gegeven) maar om *sectorale* differentiatie (bijvoorbeeld een voordeel dat wordt verleend aan alle ondernemingen die A produceren, maar niet aan die welke B produceren).

22. Met name wat dit laatste type differentiatie betreft, wordt de kwestie van selectiviteit complexer. De begunstigde ondernemingen worden immers niet geselecteerd door middel van een individuele beslissing, maar door de toepassing van een algemene, vaak legislatieve maatregel.[17] In dergelijke gevallen is de grens tussen „selectief” en „algemeen” veel minder duidelijk.

15 — Zie bijvoorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punten 43 e.v.), de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de gevoegde zaken Commissie en Spanje/Regering van Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:215, punten 176 e.v.), de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de gevoegde zaken Paint Graphos e.a. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2010:411, punten 79 e.v.), de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Enirisorse (C-237/04, EU:C:2006:21, punten 47 e.v.), de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:250, punten 36 e.v.) en de conclusie van advocaat-generaal Darmon in de gevoegde zaken Sloman Neptun (C-72/91 en C-73/91, EU:C:1992:130, punten 47 e.v.).

16 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2000:585, punt 157).

17 — Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punten 50-54).

23. In het algemeen vereist de rechtspraak van het Hof bij de beoordeling van de selectiviteit dat er wordt vastgesteld welke ondernemingen zich in een „vergelijkbare feitelijke en juridische situatie" bevinden.[18] Dit algemene vereiste is evenwel in de loop van de tijd op uiteenlopende wijze concreet ingevuld, naargelang van de complexiteit van de zaak en het aantal betrokken ondernemingen.

24. In gevallen van individuele selectiviteit, dus wanneer staatssteun aan één enkele onderneming wordt verleend, heeft het Hof niet altijd gewezen op het vereiste om een referentiekader van vergelijkbare ondernemingen vast te stellen, in het kader waarvan het bestaan van een selectief voordeel wordt beoordeeld. Dat valt grotendeels te begrijpen: indien een voordeel wordt verleend aan één enkele onderneming uit verschillende ondernemingen die intuïtief vergelijkbaar zijn, levert de kwestie van selectiviteit geen enkel probleem op.

25. Selectiviteit wordt meer problematisch in gevallen waarin op sectorale basis voordelen worden verleend aan bepaalde ondernemingen. Binnen die categorie zijn meer verschillen vast te stellen in de wijze waarop de selectiviteit is gedefinieerd en toegepast. Om rekening te houden met die verschillen, heeft de rechtsleer een benadering van de selectiviteit in twee stappen en een benadering in drie stappen onderscheiden.[19]

26. In het kader van de benadering in twee stappen[20] bestaat de eerste stap erin vast te stellen of de maatregel prima facie selectief is, dat wil zeggen, of sommige ondernemingen een voordeel genieten ten opzichte van andere ondernemingen die zich in het licht van de met de maatregel nagestreefde doelstelling in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden. Bij een bevestigend antwoord in het kader van de eerste stap, geldt een vermoeden van selectiviteit. De maatregel kan eventueel nog steeds worden gerechtvaardigd in de tweede stap indien de differentiatie het gevolg is van de aard of de algemene opzet van de regeling waarvan de maatregel deel uitmaakt. Terwijl het aan de Commissie is om aan te tonen dat de maatregel prima facie selectief is in de eerste stap[21], staat het aan de lidstaten om dat vermoeden te weerleggen in de tweede stap[22].

27. In het kader van de benadering in drie stappen wordt in de eerste stap het referentiekader afgebakend, dat soms de „algemene" of „normale" regeling wordt genoemd.[23] De overige stappen van deze benadering komen in wezen overeen met die welke hierboven zijn beschreven voor de benadering in twee stappen. De tweede stap bestaat dus in de beoordeling of de Commissie heeft aangetoond dat de maatregel een onderscheid maakt tussen vergelijkbare ondernemingen. In de derde stap wordt beoordeeld of de lidstaat erin is geslaagd aan te tonen dat de maatregel zijn rechtvaardiging vindt in de aard en de algemene opzet van de regeling waarvan hij deel uitmaakt.

28. Bij nadere beschouwing lijkt het enige waarneembare verschil tussen de twee benaderingen veeleer academisch van aard te zijn. Het bestaat erin, in het kader van de benadering in drie stappen, de eerste stap op te splitsen in twee afzonderlijke stappen. Bij beide benaderingen dient het gepaste referentiekader te worden vastgesteld. In het kader van de benadering in twee stappen is de

18 — Zie bijvoorbeeld de arresten Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 61), Kernkraftwerke Lippe-Ems (C-5/14, EU:C:2015:354, punt 74), Commissie en Spanje/Regering van Gibraltar en Verenigd Koninkrijk (C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 75), Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 52), British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 82), Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, punt 40) en Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41).

19 — Zie bijvoorbeeld Romariz, C., „Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or ‚The Ghost of Yet-To-Come'", *EStAL* 1, 2014, blz. 41 en 42, en Bousin, J., en Piernas, J., „Developments in the Notion of Selectivity", *EStAL* 4, 2008, blz. 640-642.

20 — Zie bijvoorbeeld de arresten British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punten 82 e.v.), Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, punten 40 e.v.) en Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punten 41 en 42).

21 — Zie bijvoorbeeld de arresten Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 59) en Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 62).

22 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 62).

23 — Zie de arresten Paint Graphos e.a. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punt 49) en Italië/Commissie (173/73, EU:C:1974:71, punt 15).

vaststelling van het referentiekader echter minder zichtbaar, omdat zij verscholen ligt in de eerste stap. De benadering in drie stappen zou dus geschikter kunnen zijn vanwege de duidelijkheid en het pedagogische potentieel ervan. Bij deze benadering is de redenering beter gestructureerd en komen de verschillende elementen van de analyse beter tot uiting.

29. Het lijdt geen twijfel dat de vaststelling van het „referentiekader" het hart vormt van de voorwaarde inzake selectiviteit. Wat het verband betreft tussen de formulering en de werkelijke inhoud ervan, doet dat hart echter denken aan dat van een Russische pop: slechts door de buitenste laag te openen ziet men dat het kernbegrip eigenlijk het begrip discriminatie is.[24] In dat begrip ligt op zijn beurt, nog dieper verscholen, het begrip vergelijkbaarheid. Aldus leidt de zoektocht naar de werkelijke inhoud van selectiviteit tot het – uit andere gebieden van het Unierecht welbekende – begrip vergelijkbaarheid.

30. Het onderzoek van de vergelijkbaarheid bestaat erin dat wordt vastgesteld of, ten opzichte van een bepaalde kwaliteit (dit is het tertium comparationis, dat een waarde, een doel, een actie, een situatie, etc. kan zijn), de vergeleken elementen (ondernemingen, personen, producten, etc.) meer gelijkenissen of meer verschillen vertonen.

31. Het klassieke probleem in het kader van een dergelijk onderzoek is de keuze van de kwaliteit ten aanzien waarvan de vergelijking moet worden gemaakt. Vanuit welk oogpunt zijn de ondernemingen X en Y precies vergelijkbaar? Volgens mij zijn er drie factoren waarmee gewoonlijk rekening moet worden gehouden wanneer een dergelijke beoordeling in de context van staatssteun wordt verricht.

32. De eerste factor is het toepassingsgebied van de maatregel met betrekking tot de eronder vallende personen en/of situaties. Het toepassingsgebied zelf van de maatregel definieert typisch de logische relatie en de vergelijkbaarheid van die personen en/of situaties. Een dergelijke maatregel kan ook potentiële verplichtingen of lasten vaststellen die worden opgelegd aan een bepaalde categorie ondernemingen, en de redenen vermelden waarom een lidstaat die verplichtingen of lasten wenst te verlichten.

33. De tweede factor is het doel van de maatregel in termen van de doelstellingen en waarden die de maatregel beoogt na te streven of te bevorderen. De vaststelling van een geschikt referentiekader vergt een beslissing over de categorie ondernemingen die zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden „gelet op de doelstelling van de maatregel"[25] maar ook, ruimer, van „de betrokken regeling"[26].

34. Ten derde zou er nog een andere, misschien aanvullende, factor kunnen zijn, waarbij de vergelijkbaarheid wordt getoetst aan de hand van de mate van substitueerbaarheid van de betrokken producten. Het is duidelijk dat een dergelijke factor tot dusver weinig erkenning heeft gevonden in de rechtspraak van het Hof.[27] Anderzijds zou inderdaad veel kunnen worden gezegd over de noodzaak dat het staatssteunrecht meer rekening dient te houden met zijn mededingingsrechtelijke dimensie.[28] Wat de vergelijkbaarheid betreft, zou dit erop neerkomen dat vergelijkbaarheid (mede) wordt gedefinieerd

24 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punt 54).

25 — Zie de arresten Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 52) en Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 41).

26 — Zie de arresten Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, punt 40) en GIL Insurance e.a. (C-308/01, EU:C:2004:252, punt 68).

27 — Zie evenwel voor een nadere beoordeling van de concurrentie tussen producten, zij het niet met betrekking tot selectiviteit, arrest Spanje/Commissie (C-409/00, EU:C:2003:92, punten 68 e.v.).

28 — Zie bijvoorbeeld Da Cruz Vilaça, J.L., „Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments", *EStAL* 4, 2009, blz. 443-451; Romariz, C., „Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or ‚The Ghost of Yet-To-Come'", *EStAL* 1, 2014, blz. 47 en 48; Nicolaides, P. en Rusu, I.E., „The Concept of Selectivity: An Ever Wider Scope", *EStA* 4, 2012, blz. 796 en 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, blz. 400-406.

door substitueerbaarheid en wordt onderbouwd door het begrip van verstoring van de mededinging binnen de relevante markt. De vaststelling van het relevante referentiekader zou dan veel meer gaan lijken op de omschrijving van de „relevante markt" en niet erg verschillen van de analyse onder artikel 101 VWEU.

35. De hierboven vermelde eerste en de tweede factor dienen in een of andere vorm aanwezig te zijn in om het even welke beoordeling van de vergelijkbaarheid. Hun precieze systematiek en respectieve belang zullen afhangen van de omstandigheden van elk concreet geval. Hetzelfde geldt voor de interactie tussen deze twee factoren. In sommige gevallen zullen alle factoren in dezelfde richting wijzen. In andere gevallen kunnen de tweede factor (het doel van de maatregel) en de derde factor (de mate van substitueerbaarheid van de producten waarop de maatregel betrekking heeft) toepassing vinden om de eerste factor te corrigeren of te nuanceren. De eerste factor (de omschrijving door de maatregel zelf van zijn toepassingsgebied) moet het uitgangspunt vormen voor de vaststelling van een referentiekader. Hij mag evenwel niet op zichzelf beslissend zijn, aangezien een lidstaat, teneinde te voorkomen dat een maatregel als staatssteun zou worden aangemerkt, deze aldus zou kunnen opstellen dat de toepassing ervan beperkt wordt tot bepaalde ondernemingen, die evenwel vergelijkbaar zijn met andere ondernemingen die niet in aanmerking komen voor de maatregel.

36. De Nederlandse „NO_x"-zaak [29] illustreert hoe één van de factoren uiteindelijk zwaarder kan wegen dan de andere bij de vaststelling van het relevante referentiekader. In die zaak corrigeerde de tweede factor de eerste. Nederland had de mogelijkheid om emissierechten voor stikstofoxiden (NO_x) te verhandelen voorbehouden aan grote industriële ondernemingen die dergelijke emissies produceren. Het toepassingsgebied van de nationale maatregel was dus beperkt tot die ondernemingen. In het licht van de algemene doelstelling van de maatregel, namelijk de bescherming van het milieu, heeft het Hof evenwel geoordeeld dat alle ondernemingen die „aan verplichtingen van dezelfde *aard* waren onderworpen", namelijk om de NO_x-emissies te verminderen, zich in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevonden, ongeacht hun grootte. [30] Dientengevolge mocht de mogelijkheid om emissierechten voor NO_x te verhandelen niet worden beperkt tot grote installaties. [31]

37. Het lijdt geen twijfel dat de hierboven beschreven factoren slechts ruwe indicaties geven van het soort beschouwingen waartoe moet worden overgegaan bij de beoordeling van de vergelijkbaarheid met het oog op de vaststelling van een referentiekader. Het is ook duidelijk dat om het even welke analyse van deze aard, al is zij nog zo keurig gestructureerd in algoritmische, haast wiskundige termen, steeds een aantal keuze-elementen zal omvatten die het resultaat zijn van een subjectieve waardering van de vraag welke ondernemingen vergelijkbaar zijn, en waarom, waarbij meer gewicht wordt gegeven aan een factor dan aan een andere.

38. Een dergelijke keuze moet echter ook tot uitdrukking komen in de redenering van de beslissende instantie. In de praktijk moet de Commissie dus duidelijk maken welk referentiekader zij vaststelt en deze keuze motiveren.

39. De afbakening van het passende referentiekader is om een aantal redenen van cruciaal belang wanneer wordt vastgesteld of eventuele staatssteun selectief is. Ten eerste stelt zij de partijen in staat te weten waarom een maatregel al dan niet wordt geacht staatssteun te vormen. [32] Ten tweede zorgt de afbakening voor meer juridische voorspelbaarheid voor de lidstaten, die zullen kunnen anticiperen of de door hen vastgestelde maatregelen bij de Commissie moeten worden aangemeld, of dat zij

29 — Arrest Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

30 — Arrest Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 66). Cursivering van mij.

31 — Zie voor een ander vergelijkbaar voorbeeld het arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punt 52), waarin het doel van de maatregel resulteerde in de inaanmerkingneming van een grotere groep ondernemingen dan die welke voortvloeide uit het toepassingsgebied van de maatregel.

32 — Zie arrest Nederland/Commissie (C-159/01, EU:C:2004:246, punten 65-67).

vrijelijk en zonder beperking een bepaald economisch beleid kunnen voeren.[33] Ten derde stelt zij de rechterlijke instanties van de Europese Unie in staat een doeltreffend rechterlijk toezicht uit te oefenen, aangezien het Gerecht en uiteindelijk het Hof van Justitie in staat zullen zijn duidelijker te bepalen of is voldaan aan de selectiviteitsvoorwaarde.

B – *De selectiviteitsvoorwaarde in de onderhavige zaak*

40. In casu wordt het Hof verzocht te beoordelen of de selectiviteitsvoorwaarde moet worden onderzocht binnen een ruim omschreven referentiekader dat ondernemingen in de rundvleessector en „ondernemingen uit andere sectoren" omvat.

41. In zijn redenering heeft het Gerecht niet nader aangegeven wat dient te worden verstaan onder „ondernemingen uit andere sectoren". Het Gerecht verwees slechts – goedkeurend – naar de beoordeling van de Commissie[34], waarin zelf niet volledig duidelijk was wat die „andere sectoren" waren.[35]

42. In de onderhavige zaak zouden aan aantal referentiekaders kunnen worden overwogen naargelang van het abstractieniveau waarvan wordt uitgegaan om het tertium comparationis te bepalen, en van het respectievelijke gewicht dat wordt toegekend aan de verschillende hierboven beschreven factoren. Ik zal drie referentiekaders schetsen: de enge benadering, de intermediaire benadering en de ruime benadering.

43. De door rekwirant bepleite enge benadering legt de nadruk op de ondernemingen die de TSE-tests uitvoeren. Het referentiekader wordt bepaald door de werkingssfeer van verordening nr. 999/2001. Die verordening voorziet uitsluitend in tests voor de sectoren die te maken hebben met TSE's. In het kader van de enge benadering is bijgevolg de hierboven beschreven eerste factor dominant, en hij werkt op een laag abstractieniveau: de categorie vergelijkbare ondernemingen wordt afgebakend door de specifieke verplichting om TSE-tests uit te voeren.

44. De intermediaire benadering bevindt zich één abstractieniveau hoger. De categorie vergelijkbare ondernemingen zou kunnen worden geacht alle agrarische of levensmiddelenbedrijven te omvatten die met betrekking tot hun producten gezondheidscontroles moeten uitvoeren. Bij die benadering wordt niet uitgegaan van het specifieke karakter van de BSE-tests[36] maar van de algemene doelstelling van de door de Europese Unie in casu genomen maatregel, namelijk de bescherming van de gezondheid van mens en dier. De verplichting om BSE-tests uit te voeren kan worden beschouwd als deel van een ruimere verplichting voor ondernemingen om er door de uitvoering van controles voor te zorgen dat hun producten geen gevaar opleveren voor de gezondheid van mens en dier.[37] Een dergelijke benadering resulteert in de vergelijking van ondernemingen die BSE-tests moeten uitvoeren met andere agrarische of levensmiddelenbedrijven die onderworpen zijn aan andere vormen van verplichte sanitaire controles, maar eventueel andere soorten vlees of voedsel produceren.

33 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak GIL Insurance e.a. (C-308/01, EU:C:2003:481, punt 76).

34 — Zie de punten 107, 108, 110 en 111 van het bestreden arrest.

35 — Zie punt 16 van deze conclusie.

36 — Zie naar analogie arrest GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622).

37 — Zie bijvoorbeeld verordening (EG) nr. 882/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake officiële controles op de naleving van de wetgeving inzake diervoeders en levensmiddelen en de voorschriften inzake diergezondheid en dierenwelzijn (PB L 165, blz. 1).

45. Op een nog hoger abstractieniveau kan worden gedacht aan een nog ruimere benadering. Bij deze ruime benadering zou de categorie van de vergelijkbare ondernemingen kunnen worden geacht alle ondernemingen te omvatten die onderworpen zijn aan verplichte controles voordat zij hun producten in de handel mogen brengen, en zij is niet strikt beperkt tot dieren. Het abstracte tertium comparationis zou bijgevolg bestaan in kwaliteits- of veiligheidscontroles in het algemeen, hetgeen uiteraard zou resulteren in een veel grotere groep vergelijkbare ondernemingen.

46. Volgens rekwirant is deze laatste, ruime categorie de benadering die de Commissie heeft gekozen en het Gerecht later heeft bevestigd. Volgens rekwirant heeft het Gerecht ten onrechte verplichte controles voor vrachtwagens en liften op gelijke voet geplaatst als tijdelijke tests ter bestrijding van een dierziekte.

47. Het is inderdaad juist dat het Gerecht niet uitvoerig is ingegaan op de vaststelling van het relevante referentiekader.[38] In de punten 107 en 110 van het bestreden arrest heeft het, zonder nadere toelichting, gesteund op de vaststelling van de Commissie dat de betrokken maatregel alleen ten goede kwam van „de veehouders, slachthuizen en andere entiteiten die zich toelegden op de verwerking, behandeling, verkoop en afzet van van runderen afkomstige producten die aan een verplichte BSE-test moesten worden onderworpen”, en niet aan „ondernemingen uit andere sectoren”.

48. Zelfs wanneer het Gerecht niet heeft uiteengezet wat het bedoelde met „ondernemingen uit andere sectoren”, is het niet noodzakelijk het arrest van het Gerecht op basis van het tweede middel van de hogere voorziening te vernietigen. Het blijft een feit dat de financiering van de BSE-tests met staatsmiddelen een selectief voordeel vormde dat niet beschikbaar was voor „andere sectoren”. Bij ontstentenis van door rekwirant aangedragen andere bewijzen, wordt die financiering geenszins gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van de regeling.

49. Wat de motiveringsplicht betreft, ben ik van mening dat het Gerecht, hoewel het explicieter had kunnen zijn, die verplichting niet zodanig heeft geschonden dat de vernietiging van zijn beslissing noodzakelijk is. Volgens vaste rechtspraak van het Hof houdt de ingevolge de artikelen 36 en 53, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie op het Gerecht rustende verplichting, zijn arresten te motiveren, niet in dat het Gerecht bij zijn redenering alle door partijen bij het geding uiteengezette argumenten één voor één uitputtend dient te behandelen. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht het bestreden arrest heeft gewezen, en het Hof over voldoende elementen beschikt om in hogere voorziening zijn toezicht uit te oefenen.[39]

50. Het is duidelijk dat de motivering in het bestreden arrest de partijen in staat heeft gesteld te begrijpen waarom het Gerecht heeft bevestigd dat er sprake was van een selectief voordeel. Had het Gerecht uitvoeriger moeten uiteenzetten welke sectoren met de rundveesector werden vergeleken, dan zou de redenering hooguit iets uitvoeriger zijn geweest, maar dat zou geen gevolgen hebben gehad voor het dictum van het arrest.

51. Hieraan dient evenwel te worden toegevoegd dat mijns inziens uitsluitend de specifieke feiten van het concrete geval het mogelijk maken tot de conclusie te komen dat er sprake is van selectiviteit. Ongeacht welk van de drie hierboven omschreven referentiekaders wordt gekozen, zou het voordeel nog steeds alleen beschikbaar zijn voor één enkele sector, namelijk de rundveesector. Uit niets blijkt

38 — Zie punt 16 van deze conclusie.

39 — Zie bijvoorbeeld arresten Griekenland/Commissie (C-431/14 P, EU:C:2016:145, punt 38), A2A/Commissie (C-320/09 P, EU:C:2011:858, punt 97) en Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 372).

dat dit selectief voordeel zou kunnen worden gerechtvaardigd door de aard of de algemene opzet van de regeling. Dat mag evenwel de algemene plicht van de Commissie niet uit het oog doen verliezen om het relevante referentiekader expliciet vast te stellen in toekomstige gevallen, waarin een vergelijkbare vaagheid in combinatie met andere feiten tot een andere conclusie zou kunnen leiden.

VI – Conclusie

52. Op grond van het vorenstaande, en onverminderd het onderzoek van het eerste middel van de hogere voorziening, geef ik het Hof in overweging om de hogere voorziening af te wijzen ten aanzien van het tweede middel ervan.