Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MICHAL BOBEK
föredraget den 21 april 2016 [1]

Mål C-270/15 P

Konungariket Belgien
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Statligt stöd — Förebyggande, kontroll och utrotning av vissa typer av transmissibel spongiform encefalopati (TSE) — Finansiering av screening efter bovin spongiform encefalopati (BSE) — Begreppet selektivitet — Referensram — Jämförbarhet”

I – Inledning

1. I Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 999/2001 av den 22 maj 2001 om fastställande av bestämmelser för förebyggande, kontroll och utrotning av vissa typer av transmissibel spongiform encefalopati (TSE) [2] (nedan kallad förordning nr 999/2001), som antogs i efterdyningarna av krisen med bovin spongiform encefalopati (BSE), ålades medlemsstaterna att genomföra obligatoriska screeningtester på vissa djur som löpte risk att smittas med TSE, såsom nötkreatur, får och getter (nedan kallade screeningtester). Under perioden 1 januari 2001–31 december 2005 finansierade Konungariket Belgien, helt eller delvis, de screeningtester som genomfördes inom nötköttssektorn. Kommissionen konstaterade att finansieringen av dessa tester genom statliga medel utgjorde statligt stöd till förmån för jordbrukare, slakterier och andra enheter som bearbetar, behandlar, säljer eller saluför produkter som är framställda av nötkreatur som omfattas av obligatoriska BSE-tester.

2. Genom förevarande överklagande har Konungariket Belgien (klaganden) bestritt kommissionens klassificering av åtgärden som statligt stöd, en klassificering som fastställdes av tribunalen i dess dom av den 25 mars 2015 (den överklagade domen). [3] Framför allt anser klaganden att ett av de fyra kriterierna för statligt stöd, nämligen åtgärdens selektiva karaktär, inte är uppfyllt eftersom den referensram som kommissionen och tribunalen har utgått från för att fastställa selektiviteten har getts en för vid definition.

3. På domstolens begäran kommer förevarande förslag till avgörande att begränsas till en bedömning av frågan om selektivitet, som utgör kärnan i den andra grund som klaganden har anfört till stöd för sitt överklagande.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 147, 2001, s. 1.

3 — Dom av den 25 mars 2015, Belgien/kommissionen (T-538/11, EU:T:2015:188).

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Primärrätt*

4. I artikel 107.1 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) (tidigare artikel 87.1 EG) föreskrivs följande:

”Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

B – *Sekundärrätt*

5. I skäl 9 i förordning nr 999/2001 anges att ”Medlemsstaterna måste årligen genomföra ett övervakningsprogram för BSE och scrapie och meddela kommissionen och de övriga medlemsstaterna resultaten härav samt om någon annan form av TSE har uppträtt”. Enligt artikel 6.1 i förordningen, som har rubriken ”Övervakningssystem”, ska ”[v]arje medlemsstat [...] genomföra ett årligt övervakningsprogram för BSE och scrapie i enlighet med kapitel A i bilaga III. Ett screeningförfarande med hjälp av snabbtest skall ingå i detta program”.

6. I punkt 12 i Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd när det gäller TSE-test, döda djur och slaktavfall (nedan kallade TSE-riktlinjerna)[4] anges att ”[d]essa riktlinjer rör statligt stöd till kostnader för TSE-test, döda djur och slaktavfall, som beviljas aktörer som är verksamma inom produktion, bearbetning och saluföring av djur och animalieprodukter som omfattas av bilaga I till fördraget, i den utsträckning som artiklarna 87, 88 och 89 i fördraget har förklarats tillämpliga på sådana produkter.”

7. I punkterna 23 och 24 i TSE-riktlinjerna förklaras följande:

”23. För att främja åtgärder för att skydda djurs och människors hälsa har kommissionen beslutat att den ska fortsätta att godkänna statligt stöd upp till 100 % av kostnaderna för TSE-test enligt principerna i punkt 11.4 i riktlinjerna för jordbrukssektorn.

24. Från och med den 1 januari 2003 får emellertid det totala direkta och indirekta offentliga stödet, inklusive gemenskapsbetalningar, till obligatoriska BSE-test av nötboskap som slaktats för att användas som livsmedel inte överstiga 40 euro per test. Skyldigheten att utföra test får vara grundad på gemenskapslagstiftning eller nationell lagstiftning. Detta belopp gäller hela testkostnaden omfattande testutrustning, provtagning, transport, undersökning, lagring och destruering av proverna. Detta belopp kan i framtiden komma att reduceras till följd av att testkostnaderna sjunker.”

III – Bakgrund och förfarandet

8. Efter utbrottet av BSE, även känt som ”galna ko-sjukan”, på 1990-talet antog Europaparlamentet och rådet förordning nr 999/2001 om fastställande av bestämmelser för förebyggande, kontroll och utrotning av vissa typer av transmissibel spongiform encefalopati. I denna förordning ålades varje medlemsstat att genomföra ett årligt program för att övervaka BSE och scrapie,[5] däribland ett screeningförfarande med snabbtester. Framför allt skulle obligatoriska tester utföras på alla nötkreatur

4 — EGT C 324, 2002, s. 2.

5 — Scrapie är en form av spongiform encefalopati som påminner om BSE och framförallt drabbar får och getter.

äldre än 30 månader och de nötkreatur äldre än 24 månader som hade nödslaktats. I förordningen preciserades dock inte hur dessa tester skulle finansieras. På grund av de stora skillnaderna mellan medlemsstaterna, inte bara när det gäller kostnaderna utan även när det gäller hur testerna finansierades, antog kommissionen TSE-riktlinjerna för att undvika att konkurrensen mellan medlemsstaterna skulle snedvridas. I riktlinjerna slog kommissionen specifikt fast att en medlemsstats ekonomiska stöd från och med den 1 januari 2003 inte fick överstiga 40 euro.

9. Efter flera klagomål rörande finansieringen av screeningtesterna i Belgien, och efter att ha begärt upplysningar från Konungariket Belgien, beslutade kommissionen i januari 2009 att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 88.2 EG (nu artikel 108.2 FEUF). Kommissionens granskning avsåg det belgiska systemet för att finansiera kostnaderna för screening efter TSE i nötkreatur under perioden 1 januari 2001–31 december 2005.

10. Den 27 juli 2001 antog kommissionen beslut 2011/678/EU om det statliga stöd till finansiering av screening efter transmissibla spongiforma encefalopatier (TSE) hos nötkreatur som Belgien har genomfört (nedan kallat kommissionens beslut).[6] I beslutet gjorde kommissionen gällande att finansiering av BSE-tester med statliga medel gav företag i nötköttssektorn en ekonomisk fördel genom att de kostnader som dessa företag var tvungna att betala för screeningtester minskade och att finansieringen därför utgjorde statligt stöd. Grundat på TSE-riktlinjerna beslutade kommissionen vidare att detta stöd var förenligt med den inre marknaden, med undantag av de belopp som översteg 40 euro per test under perioden 1 januari 2003–30 juni 2004.[7]

IV – Den överklagade domen och förfarandet vid domstolen

11. Konungariket Belgien väckte talan vid tribunalen om ogiltigförklaring av kommissionens beslut i den del de belgiska åtgärderna för att finansiera screening efter BSE i nötköttssektorn med statliga medel klassificerades som statligt stöd. Som enda grund för sin talan gjorde Konungariket Belgien gällande att den aktuella åtgärden inte utgjorde statligt stöd eftersom den inte gav företag i nötköttssektorn en selektiv fördel.

12. Tribunalen ogillade talan och förpliktade Konungariket Belgien att ersätta rättegångskostnaderna. Enligt tribunalen var kostnaden för de obligatoriska screeningtesterna en kostnad som i normala fall belastar ett företags budget. Konungariket Belgiens försök att minska dessa kostnader genom att kostnadsfritt tillhandahålla testerna hade gett företag i nötköttssektorn en fördel som ”företag från andra sektorer” inte erbjöds.[8] Villkoret att en åtgärd måste vara selektiv, vilket ska bedömas i förhållande till ”samtliga företag” och inte enbart i förhållande till de företag som erhåller samma fördel inom samma grupp, var därmed uppfyllt.[9] Tribunalen fann följaktligen att kommissionen inte hade gjort något fel när den konstaterade att finansieringen av BSE-testerna med statliga medel utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.

13. I sitt överklagande har klaganden yrkat att domstolen ska upphäva tribunalens dom och ogiltigförklara kommissionens beslut. Klaganden har gjort gällande att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning och åsidosatt sin motiveringsskyldighet. Till stöd för sitt överklagande har klaganden anfört två grunder. Den första grunden avser förekomsten av en selektiv fördel i den mening som avses i artikel 107 FEUF, och den andra grunden avser den specifika tillämpningen av selektivitetstestet på de faktiska omständigheterna i förevarande mål.

6 — Statligt stöd C 44/08 (f.d. NN 45/04) (EUT L 274, 2011, s. 36).

7 — Se skälen 90–92 i kommissionens beslut.

8 — Se punkt 110 i den överklagade domen.

9 — Se punkt 114 i den överklagade domen.

14. I förevarande förslag till avgörande kommer jag endast att behandla den andra överklagandegrunden. Klaganden har gjort gällande att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att hävda att alla företag som är skyldiga att utföra tester innan de saluför sina produkter i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i en jämförbar situation. Vidare har klaganden gjort gällande att tribunalen åsidosatt sin motiveringsskyldighet genom att inte redovisa skälen till varför den har slagit fast att företag i nötköttssektorn som är föremål för obligatoriska BSE-tester befinner sig i en jämförbar situation, vad gäller reglerna för statligt stöd, som företag som är skyldiga att genomföra tester innan de saluför sina produkter.

15. I sitt beslut konstaterade kommissionen att ”den statliga finansieringen av BSE-tester på nationellt plan [gynnar] endast en viss sektor, dvs. den som föder upp sådana djur som omfattas av BSE-tester”. [10] Kommissionen fann att ”om staten finansierar kostnader för obligatoriska kontroller i fråga om produktion eller saluföring av produkter ska detta betraktas som en selektiv fördel för företagen”. Eftersom ”[s]taten har [...] minskat de kostnader som i normala fall ingår i ett företags budget [har] jordbrukare, slakterier och andra enheter som bearbetar, behandlar, säljer eller saluför produkter av nötkreatur som måste genomgå obligatoriska BSE-tester enligt den gällande lagstiftningen under den berörda perioden [...] fått statligt stöd genom den statliga finansieringen av BSE-testerna [...].” [11]

16. I den överklagade domen jämförde tribunalen, med hänvisning till att kommissionen hade fog för sin bedömning, screeningtester med ”obligatoriska kontroller i fråga om produktion eller saluföring av produkter”. [12] Tribunalen bekräftade kommissionens slutsatser genom att konstatera att ”näringsidkarna i nötköttssektorn fick en fördel som inte erbjöds företag i andra sektorer. De kontroller som näringsidkarna var skyldiga att genomföra innan deras varor fick släppas ut på marknaden eller saluföras ställdes nämligen kostnadsfritt till deras förfogande, medan företag från andra sektorer inte hade någon sådan möjlighet …”. [13]

17. Enligt klaganden borde tribunalen närmare ha förklarat vilka företag som avsågs med ”företag i andra sektorer”. [14] Genom tribunalens vaga och implicit extensiva syn på jämförbarhet har tribunalen felaktigt likställt de obligatoriska tester som exempelvis hiss- eller lastbilstillverkare är skyldiga att genomföra med tillfälliga screeningtester för att utrota djursjukdomar. Även om referensramen skulle begränsas till obligatoriska tester av jordbruksprodukter är dessa tester, enligt klaganden, väldigt annorlunda vad gäller karaktär, syfte, kostnad och frekvens. De kan därför inte jämföras med obligatoriska BSE-tester.

V – Bedömning

18. Enligt artikel 107.1 FEUF ska en nationell åtgärd anses utgöra statligt stöd om den uppfyller de fyra kumulativa villkor som anges i den artikeln. För det första måste åtgärden omfatta stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel. För det andra måste åtgärden gynna vissa företag eller viss produktion, och därigenom utgöra en selektiv fördel som jämförbara företag inte erbjuds. För det tredje måste åtgärden snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen. För det fjärde måste åtgärden kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna.

10 — Se skäl 92 i kommissionens beslut.

11 — Se skäl 90 i kommissionens beslut.

12 — Se punkt 104 i den överklagade domen.

13 — Se punkt 110 i den överklagade domen.

14 — Se även punkt 115 i den överklagade domen.

19. Diskussionerna om de exakta gränserna för det andra villkoret – stödets selektiva karaktär – har gett upphov till en omfattande debatt bland domstolens generaladvokater.[15] Trots dessa ansträngningar är dock selektivitetsbedömningen i praktiken fortfarande ”svår och förenad med osäkerhet”.[16]

20. Med utgångspunkt i denna omfattande debatt gör jag i förevarande förslag till avgörande först några allmänna reflektioner om begreppet selektivitet inom ramen för statligt stöd (avsnitt A), och tillämpar sedan dessa på förevarande mål (avsnitt B).

A – *Allmänna reflektioner om begreppet selektivitet*

21. Det andra villkoret i artikel 107.1 FEUF rör en åtgärds selektivitet. En åtgärd måsta gynna *vissa företag* eller *viss produktion*. Det är uppenbart att selektivitet innebär differentiering eller särbehandling: fördelen är endast tillgänglig för vissa företag inom en viss sektor eller för en (under)sektor på en viss marknad. Det är dock inte lika uppenbart hur selektivitet ska definieras. Detta gäller särskilt den andra typen av selektivitet, som inte rör *individuell* differentiering (exempelvis en fördel som getts företaget X, men inte företagen Y och Z) utan *sektoriell* differentiering (exempelvis en fördel som getts alla företag som tillverkar A men inte de företag som tillverkar B).

22. Det är särskilt beträffande den sistnämnda formen av differentiering som det blir mycket svårare bedöma huruvida en åtgärd är selektiv. Det beror på att de gynnade företagen inte särskiljs genom ett individuellt beslut utan genom tillämpning av en mer allmän åtgärd, ofta en lagstiftningsåtgärd.[17] I sådana fall blir det betydligt svårare att dra en gräns mellan ”selektiv” och ”allmän”.

23. Rent generellt krävs det enligt domstolens praxis att det vid bedömningen av selektivitet ska fastställas vilka företag som ”i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i en jämförbar situation”.[18] Konkretiseringen av detta allmänna krav har trots det varierat över tid, beroende på det aktuella målets komplexitet och antalet berörda företag.

24. Vid individuell selektivitet, det vill säga när statligt stöd endast ges till ett enda företag, har domstolen inte alltid framhållit kravet på att det måste definieras en referensram med jämförbara företag inom vilken förekomsten av en selektiv fördel kan bedömas. Det är inte svårt att förstå varför. Om en fördel endast ges till ett enda företag bland flera företag som rent intuitivt är jämförbara, utgör frågan om selektivitet inte ett problem.

15 — Se, exempelvis, generaladvokaten Wahls förslag till avgörande kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 43 och följande punkter), generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande Spanien/Government of Gibraltar och Förenade kungariket (C-106/09 P och C-107/09 P, EU:C:2011:215, punkt 176 och följande punkter), generaladvokaten Jääskinens förslag till avgörande Paint Graphos m.fl. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2010:411, punkt 79 och följande punkter), generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande Enirisorse (C-237/04, EU:C:2006:21, punkt 47 och följande punkter), generaladvokaten Mischos förslag till avgörande Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:250, punkt 36 och följande punkter), och generaladvokaten Darmons förslag till avgörande Sloman Neptun (C-72/91 och C-73/91, EU:C:1992:130, punkt 47 och följande punkter).

16 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2000:585, punkt 157).

17 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Wahls förslag till avgörande kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkterna 50–54).

18 — Se, exempelvis, dom av den 4 juni 2015, kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punkt 61), dom av den 4 juni 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems (C-5/14, EU:C:2015:354, punkt 74), dom av den 15 november 2011, kommissionen och Spanien/Government of Gibraltar och Förenade kungariket (C-106/09 P och C-107/09 P, EU:C:2011:732, punkt 75), dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punkt 52), dom av den 22 december 2008, British Aggregates/kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punkt 82), dom av den 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, punkt 40) och dom av den 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punkt 41).

25. Selektiviteten blir mer problematisk när en fördel ges till vissa företag inom en viss sektor. Inom denna kategori har det rått större variation beträffande hur selektiviteten har definierats och tillämpats. För att beskriva denna variation skiljer man i litteraturen mellan en bedömningsmetod i två steg och en bedömningsmetod i tre steg. [19]

26. I tvåstegsmetoden [20] består det första steget av att fastställa huruvida åtgärden vid ett första påseende är selektiv, det vill säga huruvida vissa företag gynnas i jämförelse med andra företag som i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i en jämförbar situation, med hänsyn till det mål som eftersträvas med åtgärden. Vid ett jakande svar på den första frågan antas åtgärden vara selektiv. Åtgärden kan fortfarande motiveras i det andra steget om differentieringen berodde på det systems art eller systematik som åtgärden är en del av. Medan det i det första steget ankommer på kommissionen att fastställa att åtgärden vid ett första påseende är selektiv, [21] ankommer det i det andra steget på medlemsstaterna att bemöta denna presumtion. [22]

27. I trestegsmetoden består det första steget av att definiera referensramen, vilken ibland kallas det ”normala” systemet. [23] De återstående stegen är i huvudsak identiska med de steg som beskrevs ovan i samband med tvåstegsmetoden. Det andra steget består således av en bedömning av huruvida kommissionen har fastställt att åtgärden differentierar mellan jämförbara företag. I det tredje steget bedöms huruvida medlemsstaten har lyckats visa att åtgärden kunde motiveras på grund av det systems art och systematik som åtgärden utgör en del av.

28. Vid en närmare betraktelse förefaller den enda märkbara skillnaden mellan de två metoderna vara av akademisk karaktär. Skillnaden består i att i trestegsmetoden delas det första steget upp i två separata steg. I båda fallen är det nödvändigt att definiera den lämpliga referensramen. I tvåstegsmetoden framgår denna definition dock mindre tydligt, eftersom den är dold i det första steget. Därför är trestegsmetoden kanske en lämpligare metod, eftersom den är tydligare och mer pedagogisk. Resonemanget blir mer strukturerat och det framgår tydligare vilka olika aspekter som ingår i bedömningen.

29. Det råder ingen tvekan om att kärnan i selektivitetsbedömningen utgörs av fastställandet av den så kallade referensramen. Vad gäller förhållandet mellan själva uttrycket och dess verkliga innehåll kan detta bäst beskrivas som en rysk docka. Det är endast genom att avlägsna det yttersta lagret som man inser att nyckelbegreppet här i själva verket är diskriminering. [24] I begreppet diskriminering ryms dessutom jämförbarhet. När man undersöker vad begreppet selektivitet egentligen innebär kommer man alltså fram till ett begrepp som är känt från andra områden av unionsrätten, nämligen jämförbarhet.

30. Vid en bedömning av jämförbarhet undersöks huruvida, i förhållande till en viss kvalitet (det vill säga en jämförelsegrund (*tertium comparationis*), som kan vara ett värde, ett mål, en åtgärd, en situation med mera), de faktorer som jämförs (företag, personer, produkter med mera) uppvisar mer likheter än skillnader.

19 — Se, exempelvis Romariz, C., ”Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or 'The Ghost of Yet-To-Come'”, *EStAL* 1, 2014, på s. 41–42, Bousin, J. och Piernas, J., ”Developments in the Notion of Selectivity”, *EStAL* 4, 2008, på s. 640–642.

20 — Se, exempelvis, dom av den 22 december 2008, British Aggregates/kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punkt 82 och följande punkter), dom av den 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, punkt 40 och följande punkter) och dom av den 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punkterna 41–42).

21 — Se, exempelvis, dom av den 4 juni 2015, kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punkt 59) och dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punkt 62).

22 — Se, exempelvis, dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punkt 62).

23 — Se dom av den 8 september 2011, Paint Graphos m.fl. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punkt 49) och dom av den 2 juli 1974, Italien/kommissionen (173/73, EU:C:1974:71, punkt 15).

24 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Wahls förslag till avgörande kommissionen/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:32, punkt 54).

31. Det klassiska problemet vid en sådan jämförelse är valet av vilken kvalitet som ska ligga till grund för jämförelsen. På exakt vilket sätt är företagen X och Y jämförbara? Enligt min mening finns det tre faktorer som i regel bör beaktas vid en sådan bedömning inom ramen för statligt stöd.

32. Den första faktorn är åtgärdens räckvidd i förhållande till de personer och/eller situationer som omfattas av åtgärden. Åtgärdens räckvidd definierar i regel i sig det logiska förhållandet och jämförbarheten mellan dessa personer och/eller situationer. I en sådan åtgärd fastställs dessutom sannolikt potentiella skyldigheter eller avgifter som en viss grupp av företag åläggs, samt på vilka grunder medlemsstaterna får försöka att minska dessa skyldigheter eller avgifter.

33. Den andra faktorn är målsättningen med åtgärden, i form av vilka mål och värden åtgärden vill främja eller eftersträva. För att definiera en lämplig referensram ska det fastställas vilka företag som i faktiskt och rättsligt hänseende befinner sig i en jämförbar situation med hänsyn till såväl ”målsättningen med åtgärden” [25] som, mer allmänt, ”målsättningen med rättsordningen”. [26]

34. För det tredje kan det även finnas en annan, kanske bidragande faktor, där jämförbarheten bedöms utifrån i vilken utsträckning de berörda produkterna är utbytbara. Jag medger dock att det än så länge inte går att hitta särskilt mycket stöd för förekomsten av en sådan faktor i domstolens praxis. [27] Å andra sidan behöver lagstiftningen om statligt stöd verkligen ta större hänsyn till den konkurrensrättsliga dimensionen. [28] På jämförbarhetsområdet innebär detta att jämförbarhet både definieras av en produkts utbytbarhet och bekräftas av att konkurrensen på den relevanta marknaden snedvrids. Försöken att hitta den relevanta referensramen skulle då hamna mycket närmare definitionen av den ”relevanta marknaden”, vilket inte skiljer sig så mycket från den bedömning som ska göras enligt artikel 101 FEUF.

35. Den första och den andra faktorn ovan bör, på ett eller annat sätt, finnas med i varje bedömning av jämförbarhet. Exakt hur de formuleras och vilken vikt som läggs vid dem beror på omständigheterna i varje enskilt fall. Detsamma gäller deras växelverkan. I vissa fall kommer alla faktorer att peka i samma riktning. I andra fall kommer den andra faktorn (målsättningen med åtgärden) och den tredje faktorn (i vilken utsträckning de produkter som berörs av åtgärden är utbytbara) att användas för att korrigera och nyansera den första faktorn. Den första faktorn (hur åtgärdens räckvidd definieras i själva åtgärden) bör användas som utgångspunkt för fastställandet av en referensram. Den bör dock inte i sig vara avgörande eftersom en medlemsstat, för att undvika klassificeringen av en åtgärd som statligt stöd, kan utarbeta en åtgärd vars räckvidd begränsas till vissa företag, men där dessa är jämförbara med andra företag som inte omfattas av åtgärden.

36. Domen i det så kallade målet Dutch NO_x [29] visar hur en av faktorerna i slutändan kan ges företräde framför de andra faktorerna när det gäller att definiera den relevanta referensramen. I det målet korrigerade den andra faktorn den första faktorn. Nederländerna hade begränsat möjligheten att handla med utsläppsrätter för kväveoxider (NO_x) till endast de stora industriföretag vars verksamhet medför sådana utsläpp. Den nationella åtgärdens räckvidd begränsades därför till dessa företag. Trots

25 — Se dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punkt 52) och dom av den 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punkt 41).

26 — Se dom av den 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130, punkt 40) och dom av den 29 april 2004, GIL Insurance m.fl. (C-308/01, EU:C:2004:252, punkt 68).

27 — Se dock, för en närmare bedömning av konkurrens mellan produkter, om än rörande en annan fråga än selektiviteten, dom av den 13 februari 2003, Spanien/kommissionen (C-409/00, EU:C:2003:92, punkt 68 och följande punkter).

28 — Se, exempelvis, da Cruz Vilaça, J.L., ”Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments”, *EStAL* 4, 2009, s. 443–451, Romariz, C., ”Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or ’The Ghost of Yet-To-Come’”, *EStAL* 1, 2014, på s. 47–48, Nicolaides, P. och Rusu, I.E., ”The Concept of Selectivity: An Ever Wider Scope”, *EStAL* 4, 2012, på s. 796–797, 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, 2008, s. 400–406.

29 — Dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

åtgärdens allmänna målsättning, nämligen att skydda miljön, slog domstolen fast att alla företag som hade ”skyldigheter av samma *slag*”, nämligen att minska utsläppen av NO_x, i faktiskt och rättsligt hänseende befann sig i en jämförbar situation, oavsett deras storlek.[30] Därför skulle möjligheten att handla med utsläppsrätter för NO_x inte ha begränsats till stora anläggningar.[31]

37. Det råder ingen tvekan om att ovannämnda faktorer endast ger en grov uppskattning av vilka överväganden som ska göras vid en jämförbarhetsbedömning i samband med fastställandet av en referensram. Dessutom är det tämligen uppenbart att varje bedömning av liknande slag – hur välstrukturerad den än är i algoritmiska, nästintill matematiska, termer – alltid kommer att innebära ett subjektivt val i fråga om vilka företag som är jämförbara och varför, genom att större vikt läggs vid en faktor än en annan.

38. Samtidigt måste ett sådant val emellertid uttryckligen förklaras i den beslutande myndighetens resonemang. I praktiken bör kommissionen därför klargöra vilken referensram den väljer att fastställa och varför.

39. Att avgränsa den lämpliga referensramen vid fastställandet av huruvida ett potentiellt statligt stöd är selektivt är viktigt av flera skäl. För det första ger det parterna möjlighet att få reda på varför en åtgärd ansågs eller inte ansågs utgöra statligt stöd.[32] För det andra ger det större rättslig förutsägbarhet för medlemsstaterna, som kommer att kunna förutse huruvida de åtgärder som de antar ska anmälas till kommissionen eller huruvida de fritt kan bedriva en viss ekonomisk politik utan restriktioner.[33] För det tredje ger det unionsdomstolarna möjlighet att genomföra en effektiv domstolsprövning, eftersom tribunalen, och i slutändan domstolen, med större tydlighet kommer att kunna fastställa huruvida selektivitetsvillkoret är uppfyllt.

B – *Selektivitetsvillkoret i förevarande mål*

40. I förevarande mål har domstolen ombetts att bedöma huruvida selektivitetsvillkoret ska prövas inom en referensram gom getts en vid definition, och som omfattar företag i nötköttssektorn och ”företag i andra sektorer”.

41. I sin motivering har tribunalen inte närmare redogjort för vad som avses med ”företag i andra sektorer”. Tribunalen hänvisade endast till att den delade kommissionens uppfattning,[34] som i sig inte var helt tydlig beträffande vilka dessa ”andra sektorer” var.[35]

42. I förevarande mål finns det flera tänkbara referensramar beroende på vilken abstraktionsnivå som väljs för att definiera jämförelsegrunderna (*tertium comparationis*) och den vikt som tillmäts de olika faktorer som kortfattat beskrevs ovan. Jag kommer att redogöra för tre av dessa synsätt: det restriktiva synsättet, mellansynsättet och det extensiva synsättet.

30 — Dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punkt 66). Min kursivering.

31 — För ett annat, liknande, exempel, se dom av den 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598, punkt 52), där målsättningen med åtgärden resulterade i att en större grupp av företag övervägdes än vad som hade blivit fallet om hänsyn endast hade tagits till åtgärdens räckvidd.

32 — Se dom av den 29 april 2004, Nederländerna/kommissionen (C-159/01, EU:C:2004:246, punkterna 65–67).

33 — Generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande GIL Insurance m.fl. (C-308/01, EU:C:2003:481, punkt 76).

34 — Se punkterna 107, 108, 110 och 111 i den överklagade domen.

35 — Se punkt 16 i förevarande förslag till avgörande.

43. Det restriktiva synsättet, som klaganden förespråkar, inriktas på företag som genomför TSE-tester. Referensramen fastställs av tillämpningsområdet för förordning nr 999/2001. Den förordningen kräver endast screeningtester för de sektorer som berörs av TSE. Vid tillämpning av det restriktiva synsättet dominerar därför den första av de ovannämnda faktorerna och det på en låg abstraktionsnivå: gruppen jämförbara företag definieras av den särskilda skyldigheten att genomföra screening efter TSE.

44. Mellansynsättet befinner sig på en högre abstraktionsnivå. Gruppen jämförbara företag kan sägas inkludera alla jordbruks- eller livsmedelsföretag som är skyldiga att låta sina produkter genomgå hälsokontroller. Detta synsätt utgår inte från det som särskilt utmärker BSE-testerna [36], utan från det allmänna målet med EU-åtgärden i förevarande mål, nämligen att skydda djurs och människors hälsa. Skyldigheten att utföra BSE-tester kan ses som del av en större skyldighet för företag att genomföra kontroller som säkerställer att deras produkter inte utgör ett hot mot människors och djurs hälsa. [37] Ett sådant synsätt resulterar i en jämförelse mellan företag som omfattas av BSE-tester och andra jordbruks- eller livsmedelsföretag som omfattas av andra typer av obligatoriska hälsokontroller, men som eventuellt producerar andra typer av kött eller livsmedel.

45. På en ännu högre abstraktionsnivå går det att använda ett ännu mer extensivt synsätt. Inom ramen för detta extensiva synsätt kan gruppen jämförbara företag sägas inkludera samtliga företag som omfattas av obligatoriska kontroller innan de saluför sina produkter och som inte begränsas till enbart djur. Den abstrakta jämförelsegrunden (*tertium comparationis*) skulle således vara kvalitets- eller säkerhetskontroller i allmänhet, vilket naturligtvis ger en mycket större grupp jämförbara företag.

46. Enligt klaganden var det denna sistnämnda, breda kategori av företag som kommissionen valde och som tribunalen sedermera ställde sig bakom. Klaganden har gjort gällande att tribunalen felaktigt har likställt obligatoriska tester för lastbilar och hissar med tillfälliga tester för att utrota en djursjukdom.

47. Det stämmer att tribunalen inte i detalj redogjorde för sin definition av den relevanta referensramen [38] I punkterna 107 och 110 i den överklagade domen åberopade tribunalen kommissionens slutsats att den aktuella åtgärden endast gynnade ”uppfödare, slakterier och andra företag som bearbetar, behandlar, säljer eller saluför produkter av nötkreatur som omfattas av obligatoriska BSE-tester”, till skillnad från ”företag i andra sektorer”, utan att närmare precisera detta.

48. Även om tribunalen inte uttryckligen angav vad den avsåg med ”företag i andra sektorer” är det inte nödvändigt att upphäva tribunalens dom, såvitt avser den andra överklagandegrunden. Faktum kvarstår att finansieringen av BSE-tester med statliga medel utgjorde en selektiv fördel som inte erbjöds ”andra sektorer”. I brist på ytterligare bevis från klaganden förefaller en sådan fördel inte alls motiverad av systemets art eller systematik.

49. Vad gäller motiveringsskyldigheten anser jag att tribunalen, även om den kunde ha varit mer explicit, inte har åsidosatt sin motiveringsskyldighet i en sådan utsträckning att dess avgörande ska upphävas. Det framgår av domstolens fasta praxis att den skyldighet att motivera domarna som åvilar tribunalen enligt artiklarna 36 och 53 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol inte innebär någon skyldighet för tribunalen att lämna en uttömmande redogörelse för vart och ett av de

36 — Se, analogt, dom av den 20 november 2003, GEMO (C-126/01, EU:C:2003:622).

37 — Se, exempelvis, **Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 882/2004 av den 29 april 2004 om offentlig kontroll för att säkerställa kontrollen av efterlevnaden av foder- och livsmedelslagstiftningen samt bestämmelserna om djurhälsa och djurskydd** (EUT L 165, 2004, s. 1).

38 — Se punkt 16 i förevarande förslag till avgörande.

resonemang som parterna i tvisten fört. Motiveringen kan således vara underförstådd, under förutsättning att de som berörs därav får kännedom om de skäl som ligger till grund för den överklagade domen och att domstolen ges tillräckligt underlag för att kunna utföra sin prövning av överklagandet. [39]

50. Det är uppenbart att motiveringen i den överklagade domen gjorde det möjligt för parterna att förstå på vilka grunder tribunalen har bekräftat att det förekom en selektiv fördel. Att kräva att tribunalen närmare preciserar vilka faktiska sektorer som jämfördes med nötköttssektorn skulle i bästa fall ha utgjort ett litet tillägg till motiveringen, men skulle inte ha påverkat domslutet.

51. Det bör dock tilläggas att det enligt min uppfattning endast är på grund av de särskilda omständigheterna i förevarande mål som det går att dra slutsatsen att selektivitetsvillkoret är uppfyllt. Oavsett vilken av ovannämnda tre referensramar som hade valts skulle fördelen fortfarande endast ha varit tillgänglig för en enda sektor, nämligen nötköttssektorn. Det finns inget som tyder på att denna selektiva fördel kan motiveras av systemets art eller systematik. Detta får dock inte skymma kommissionens allmänna skyldighet att tydligt definiera den relevanta referensramen i framtida ärenden, i vilka en liknande vaghet i kombination med andra faktiska omständigheter skulle kunna leda till en annan slutsats.

VI – Förslag till avgörande

52. Mot bakgrund av det ovan anförda, och utan att det påverkar prövningen av den första grunden, föreslår jag att domstolen ska ogilla överklagandet *såvitt avser den andra grunden*.

39 — Se, exempelvis, dom av den 8 mars 2016, Grekland/kommissionen (C-431/14 P, EU:C:2016:145, punkt 38), dom av den 21 december 2011, A2A/kommissionen (C-320/09 P, EU:C:2011:858, punkt 97) och dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 372).