

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. TIZZANO

van 30 maart 2006 ¹

I — Inleiding

1. Bij arrest van 14 december 2004 heeft de Franse Cour de cassation het Hof twee prejudiciële vragen gesteld als bedoeld in artikel 234 EG, over de uitlegging van artikel 88, lid 3, EG en de algemene beginselen van gemeenschapsrecht inzake bewijs.

2. Die vragen zijn gerezen in het kader van een beroep dat de Laboratoires Boiron SA (hierna: „Boiron”) hadden ingesteld tegen de Agence centrale des organismes de sécurité sociale (hierna: „ACOSS”) om terugbetaling te verkrijgen van het bedrag dat zij aan ACOSS had betaald uit hoofde van een nationale belasting op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen.

¹ — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

II — Rechtskader

Gemeenschapsrecht

3. Allereerst dient artikel 87, lid 1, EG te worden vermeld, dat, zoals bekend, behoudens de afwijkingen waarin het Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden, onverenigbaar verklaart met de gemeenschappelijke markt.

4. Ook dient artikel 88, lid 3, EG te worden vermeld, dat, voor zover hier van belang, bepaalt:

„De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken.”

Nationaal recht

5. De voor deze zaak relevante bepalingen van nationaal recht zijn dezelfde die ik heb beschreven in mijn conclusie in de zaak Ferring², waarnaar ik voor diepergaande beschouwingen verwijs. Ik beperk mij hier tot vermelding van de elementen van de regeling die voor deze zaak essentieel zijn.

6. In Frankrijk bestaan twee afzonderlijke circuits voor de distributie van geneesmiddelen aan apotheken, dat van de groothandelaars-distributeurs („grossistes-répartiteurs”) en dat van de farmaceutische laboratoria die hun producten rechtstreeks verkopen.

7. Volgens artikel R.5106-5 van de Code de la santé publique (wetboek volksgezondheid; hierna: „CSP”) wordt onder groothandelaar-distributeur verstaan „elke onderneming die zich toelegt op de aankoop en opslag van andere dan voor onderzoek op de mens bestemde geneesmiddelen met het oog op de groothandelsdistributie daarvan in ongewijzigde staat”.

8. Bij de uitoefening van deze werkzaamheden moeten de groothandelaars-distributeurs

teurs door de Franse autoriteiten opgelegde bijzondere openbaredienstverplichtingen vervullen om een adequate distributie van geneesmiddelen op het grondgebied te garanderen.³

9. Opgemerkt zij, dat deze openbaredienstverplichtingen enkel aan de groothandelaars-distributeurs worden opgelegd en niet gelden voor farmaceutische laboratoria die besluiten om hun producten zelf in de handel te brengen, ongeacht of dit via eigen kanalen gaat (via een interne afdeling of een filiaal) dan wel via speciaal hiertoe gemachtigde derden.

10. Voor de onderhavige zaak moet voorts melding worden gemaakt van wet nr. 97-1164 van 19 december 1997 inzake de financiering van de sociale zekerheid voor 1998⁴ (hierna: „wet van 19 december 1997”), waarbij een speciale heffing is ingesteld op de directe verkoop van geneesmiddelen door farmaceutische laboratoria aan apotheken. In het bijzonder is bij artikel 12 van die wet artikel L.245-6-1 in de Code de la sécurité sociale (wetboek sociale zekerheid) opgenomen, dat bepaalt:

„Door de ondernemingen die een of meer farmaceutische specialiteiten exploiteren in de zin van artikel L.596 van de Code de la

2 — Conclusie van 8 mei 2001 (arrest van 22 november 2001, C-53/00, Jurispr. blz. I-9067).

3 — Tot de maand februari 1998 waren deze verplichtingen geregeld bij ministerieel besluit van 3 oktober 1962 (JORF van 12 oktober 1962, blz. 9999). Deze regeling is vervolgens gewijzigd bij de ministeriele besluiten nr. 98-79 van 11 februari 1998 (JORF van 13 februari 1998, blz. 2287) en nr. 99-144 van 4 maart 1999 (JORF van 5 maart 1999, blz. 3294).

4 — JORF van 23 december 1997, blz. 18635.

santé publique, is een bijdrage verschuldigd die wordt geheven over de in Frankrijk vóór belasting behaalde omzet bij apotheken, ziekenfondsapotheken en mijnwerkersfonds-apotheken, uit hoofde van de groothandels-verkoop van specialiteiten die vermeld staan op de in artikel L.162-17 bedoelde lijst, met uitzondering van de generieke specialiteiten als omschreven in artikel L.601-6 van de Code de la santé publique.

Het tarief van deze bijdrage is vastgesteld op 2,5 %."

11. De heffing is kwestie, die bedoeld is om de Caisse nationale d'assurance maladie te financieren, is weloverwogen uitsluitend ingevoerd op de rechtstreekse verkoop door farmaceutische laboratoria (dus met uitsluiting van de verkoop door groothandelaars-distributeurs), om het evenwicht te herstellen in de mededingingsvoorwaarden tussen de verschillende distributiecircuiten voor geneesmiddelen.

12. Dit blijkt duidelijk uit de memorie van toelichting bij het ontwerp van de wet van 19 december 1997, waarin staat:

„De buitengewoon snelle groei van de rechtstreekse verkoop in de afgelopen jaren dreigt het evenwicht te verstoren van het distributiestelsel voor geneesmiddelen die voor vergoeding in aanmerking komen.

Het onderhavige artikel beoogt de gelijke behandeling van de verschillende distributiecircuiten te herstellen door de mogelijkheid te creëren om een deel van de winstmarge van de groothandelaar op de farmaceutische laboratoria te verhalen. [...]

De bijdrage wordt per kwartaal betaald en berust op de in het voorafgaande kwartaal behaalde omzet. Zij wordt geïnd en gecontroleerd door de Agence centrale des organismes de sécurité sociale en de opbrengst ervan gaat naar de CNAMTS (Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés)."

13. Opgemerkt zij, dat artikel L.245-6-1 van de Code de la sécurité sociale bij artikel 16 van wet nr. 2002-1487 van 20 december 2002⁵ met ingang van 1 januari 2003 is ingetrokken.

III — De feiten en het procesverloop

14. Boiron is een farmaceutisch laboratorium gespecialiseerd in de vervaardiging van homeopathische geneesmiddelen, die het in Frankrijk distribueert via een systeem van rechtstreekse verkoop of door tussenkomst van groothandelaars-distributeurs.

5 — Wet inzake de financiering van de sociale zekerheid voor 2003 (JORF van 24 december 2002, blz. 21482).

15. Uit dien hoofde deed Boiron, met het oog op de betaling van de bij de wet van 19 december 1997 ingevoerde bijdrage (hierna: „omstreden heffing”) voor de jaren 1998 en 1999, aan ACOSS aangifte van de omzet die het had behaald met rechtstreekse verkoop aan apotheken, maar niet de omzet die het via groothandelaars-distributeurs had behaald.

16. Daar laatstgenoemde omzet volgens ACOSS eveneens in aanmerking moest worden genomen voor de berekening van de bijdrage, heeft zij een naheffing opgelegd.

17. Boiron heeft de gevorderde bedragen onder protest betaald en heeft bij de raad van bestuur van ACOSS een verzoek om herziening ingediend.

18. Toen een antwoord van deze instantie uitbleef, wendde Boiron zich tot het Tribunal des affaires de sécurité sociale te Lyon met een vordering tot terugbetaling van de betaalde bedragen, stellende dat de vrijstelling van de omstreden heffing voor groothandelaars-distributeurs een bij artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG) verboden staatssteun vormde.

19. Op 3 juni 2000 veroordeelde dit gerecht ACOSS om de gevorderde bedragen aan Boiron terug te betalen. Dit vonnis is echter

vervolgens in hoger beroep op vordering van de verliezende instantie bij arrest van de Cour d'appel de Lyon vernietigd.

20. Boiron heeft daarop beroep in cassatie ingesteld bij de Cour de cassation. Daar deze twijfels had over de draagwijdte van de communautaire rechtspraak betreffende staatssteun, heeft zij bij arrest van 14 december 2004 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

- „1) Moet het gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd dat een farmaceutisch laboratorium dat een bijdrage verschuldigd is zoals die bedoeld in artikel 12 van wet nr. 97-1164 van 19 december 1997 inzake de financiering van de sociale zekerheid voor 1998, het recht heeft zich erop te beroepen dat het feit dat de groothandelaars-distributeurs niet aan deze bijdrage zijn onderworpen, staatssteun vormt, om teruggaaf daarvan te verkrijgen?
- 2) Zo ja, en wanneer het slagen van de vordering tot teruggaaf volledig afhangt van de door de indiener ervan overgelegde bewijzen, moet het gemeenschapsrecht dan aldus worden uitgelegd dat nationale voorschriften waarbij de teruggaaf van een verplichte bijdrage — zoals de bijdrage bedoeld in artikel 245-6-1 van de Code de la sécurité sociale, waarvan bij de bevoegde autoriteit de teruggaaf is gevorderd op grond dat de voor de groothandelaars-distributeurs geldende

vrijstelling van de bijdrage staatssteun vormt die niet bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen is aangemeld — afhankelijk is gesteld van het door degene die de vordering indient te leveren bewijs dat het voordeel dat deze begunstigden halen, groter is dan de extra kosten die zij dragen voor het vervullen van de openbardienstverplichtingen die hun bij de nationale regeling zijn opgelegd, dan wel dat de door het Hof van Justitie in het arrest van 24 juli 2003 [Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg] vastgestelde voorwaarden niet zijn vervuld, bewijsregels vormen die het in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken om deze teruggaaf te verkrijgen?"

21. Opgemerkt zij, dat de Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSSAF) in de loop van de procedure in de rechten en verplichtingen van ACOSS is getreden.

22. Boiron, de URSSAF, de Franse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben in deze procedure schriftelijke opmerkingen ingediend en ter terechtzitting van 13 oktober 2005 mondelinge opmerkingen gemaakt.

IV — Juridische analyse

De eerste vraag

Opmerkingen vooraf

23. Vooraf zij opgemerkt, dat het karakter van de litigieuze heffing al in de reeds genoemde zaak Ferring is onderzocht. Daarin verklaarde het Hof, dat die heffing, die enkel van toepassing was op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen door farmaceutische laboratoria, als staatssteun aan de groothandelaars-distributeurs moest worden aangemerkt wanneer het voordeel dat zij halen uit het feit dat zij niet zijn onderworpen aan de heffing op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen, groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de openbardienstverplichtingen.⁶

24. Ook zij eraan herinnerd dat Frankrijk deze bijdrage bij wet van 20 december 2002 heeft ingetrokken.

25. In de onderhavige zaak gaat het dus enkel om het probleem van de eventuele concurrentieverstorende werking die de

6 — Arrest Ferring, aangehaald in voetnoot 2, punten 14-29.

oplegging van de heffing in de jaren vóór haar intrekking heeft gehad. Met haar eerste vraag wenst de Cour de cassation immers te vernemen of ondernemingen die deze bijdrage hebben betaald, in rechte terugbetaling daarvan kunnen vorderen indien wordt vastgesteld dat deze bijdrage een staatssteun vormt.

nationale rechter onder bepaalde omstandigheden de terugbetaling kan gelasten van heffingen of bijdragen die een integrerend deel uitmaken van een steunmaatregel.¹⁰

Beoordeling

26. Volgens de verwijzende rechter is de rechtspraak van het Hof op dit punt niet helemaal duidelijk. In het arrest Banks⁷ lijkt het Hof immers in beginsel te hebben uitgesloten dat degenen die een verplichte bijdrage verschuldigd zijn, zich erop kunnen beroepen dat de door anderen genoten vrijstelling een staatssteun vormt, om zich aan de betaling van die bijdrage te onttrekken of om terugbetaling ervan te vorderen. Deze uitspraak is later bevestigd in het arrest Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen.⁸

27. De verwijzende rechter merkt echter ook op, dat het Hof deze mogelijkheid in het reeds genoemde arrest Ferring en in het arrest GEMO⁹, waarin zijns inziens vergelijkbare problemen aan de orde waren als in de reeds genoemde zaken Banks en Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen, niet expliciet heeft uitgesloten. Hoe dan ook heeft het Hof in het arrest Van Calster e.a. erkend, dat de

28. Het behoeft nauwelijks vermelding dat het gemeenschapstoezicht op het gebied van steunmaatregelen de verstorende werking beoogt te vermijden die bepaalde nationale maatregelen kunnen hebben op de mededinging tussen ondernemingen in eenzelfde sector. Is eenmaal vastgesteld dat een nationale maatregel een met het gemeenschapsrecht onverenigbare steunmaatregel is, dan moet de verstorende werking van die maatregel dus ongedaan worden gemaakt door herstel in de vorige toestand.¹¹ Dit herstel in de vorige toestand vindt normaliter plaats door degenen die de onrechtmatige steun hebben genoten, te gelasten deze terug te betalen aan de instantie die hem heeft verleend. Volgens vaste rechtspraak is de terugvordering van de steun het logische gevolg van de vaststelling dat hij onrechtmatig is.¹²

7 — Arrest van 20 september 2001 (C-390/98, Jurispr. blz. I-6117, punt 80).

8 — Arrest van 13 juni 2002 (C-430/99 en C-431/99, Jurispr. blz. I-5235, punt 47).

9 — Arrest van 20 november 2003 (C-126/01, Jurispr. blz. I-13769).

10 — Arrest van 21 oktober 2003 (C-261/01 en C-262/01, Jurispr. blz. I-12249, punten 53 en 54).

11 — Zie onder meer arresten van 14 september 1994, Spanje/Commissie (C-278/92—C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 75), en 4 april 1995, Commissie/Italië (C-348/93, Jurispr. blz. I-673, punt 26).

12 — Zie in het bijzonder arrest van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 66), en arrest Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 11), punten 26 en 27.

29. Aangezien de beweerde steun in casu bestaat in de asymmetrische oplegging van de omstreden heffing, en wel enkel aan farmaceutische laboratoria, waardoor groot-handelaars-distributeurs (die niet zijn belast) worden bevoordeeld, kan een terugkeer naar een situatie van normale mededinging worden bereikt door betaling door de groot-handelaars-distributeurs van bedragen die overeenkomen met het bedrag waarvoor zij in wezen belastingvrijstelling hadden genomen.

30. Zoals ik hierboven reeds heb gezegd, heeft Boiron deze weg overigens niet gevolgd, maar heeft zij zich op een omgekeerd standpunt gesteld. Zij vordert namelijk niet dat ook de groothandelaars-distributeurs bedragen betalen die overeenkomen met de heffing, maar heeft zich tot de rechter gewend met een vordering tot terugbetaling van de bedragen die zij onverschuldigd zou hebben betaald. Nagegaan moet dus worden of in een geval als het onderhavige een dergelijke middel kan worden gebruikt om de verstoring van de eventuele steunmaatregel weg te nemen en een herstel in de vorige toestand te bewerkstelligen.

31. Partijen hebben op dit punt volledig uiteenlopende argumenten aangevoerd. Volgens Boiron is terugbetaling van de bijdragen die de heffingsplichtige ondernemingen uit hoofde van de omstreden heffing hebben moeten betalen, in casu het meest geschikte middel om de gestelde mededingingsverstoringen uit de weg te ruimen en wel omdat de steun in casu niet zo zeer wordt veroorzaakt doordat de groothandelaars-distributeurs niet aan de heffing zijn onderworpen, maar doordat de farmaceutische laboratoria zijn

onderworpen aan een heffing die is ingevoerd met als enige doel om tussen de twee categorieën ondernemingen een verschil in behandeling in te voeren, zogenaamd om een evenwicht te herstellen.

32. Daarentegen zijn de Commissie, de URSSAF en de Franse regering van mening, dat een dergelijk middel niet toelaatbaar is, omdat daarmee de eventuele mededingingsverstoring van de maatregel niet kan worden weggenomen. Het zou integendeel de schending van het gemeenschapsrecht nog erger maken, doordat de kring van personen die van de heffing is vrijgesteld, en daarmee het aantal personen dat de steun ontvangt, wordt uitgebreid. De weg die Boiron volgens de Commissie had moeten volgen, was een vordering om de Staat te doen veroordelen om de onrechtmatig toegekende steun van de groothandelaars-distributeurs terug te vorderen.

33. Laat ik allereerst opmerken, dat het Hof zich al eerder ten gronde heeft kunnen uitspreken over vorderingen tot terugbetaling die op het eerste gezicht gelijkenis vertonen met de onderhavige.

34. Zoals reeds gezegd, heeft het Hof immers met betrekking tot steunmaatregelen in de vorm van belastingvrijstellingen overwogen, dat „degenen die een verplichte bijdrage verschuldigd zijn, zich *niet* erop kunnen beroepen, dat de door anderen

genoten vrijstelling een staatssteun vormt, om zich aan de betaling van die bijdrage te onttrekken”¹³ of om „terugbetaling ervan te verkrijgen”.¹⁴

35. In een dergelijk geval is het namelijk niet de fiscale maatregel als zodanig — waarvan de vaststelling overigens valt onder de rechtmatige uitoefening van de bevoegdheid van de lidstaat op fiscaal terrein —, maar de aan bepaalde belastingplichtigen toegekende vrijstelling, die een mogelijk met de gemeenschapsbepalingen inzake staatssteun strijdige steunmaatregel vormt.¹⁵

36. Het is dus die vrijstelling — en uitsluitend dat aspect van de fiscale maatregel — die moet worden aangevochten door verzoekers die zich op het bestaan van een steunmaatregel beroepen. Daarom overweegt het Hof dat de verstoring van de mededinging in dergelijke gevallen altijd ongedaan moeten worden gemaakt door terugvordering van de toegekende steun en geeft het ook aan hoe dit moet worden gedaan: „de autoriteiten [dienen] slechts maatregelen te treffen waarbij de ondernemingen die de steun ontvangen hebben, betaling wordt gelast van een bedrag overeenkomend met het bedrag van de hun onwettig toegekende belastingvrijstelling”.¹⁶

37. De onderhavige casus onderscheidt zich echter van de zojuist beschreven situatie.

38. De nationale wettelijke regeling waarbij de heffing op de rechtstreekse verkoop wordt ingevoerd, dient zich immers niet aan als een (wettig vastgestelde) heffing van algemene aard, vergezeld van een (onwettige) vrijstelling voor bepaalde ondernemingen. Er is integendeel sprake van een heffing die op „asymmetrische” wijze wordt opgelegd, dat wil zeggen een belasting die enkel op sommige ondernemers drukt (de farmaceutische laboratoria) en niet op anderen die tot eerstgenoemden in een concurrentieverhouding staan (de groothandelaars-distributeurs), als compensatie voor lasten die laatstgenoemden zouden dragen

39. De onderhavige zaak heeft dus betrekking op een heel bijzondere situatie, waarin — zoals het Hof ook in het arrest *Ferring* heeft opgemerkt en overigens ook door niemand wordt weersproken — de omstreden heffing is ingevoerd met als voornaamste doel om via een ongelijke fiscale behandeling een beweerd verschil tussen twee groepen ondernemingen te compenseren.

40. Uit de voorbereidende stukken van de wet van 19 december 1997 (maar eveneens uit een uitspraak van de Franse Conseil constitutionnel) blijkt namelijk duidelijk, dat Frankrijk, met de beperking van de heffing van de belasting tot rechtstreekse verkoop door farmaceutische laboratoria, inderdaad

13 — Arrest *Banks* (aangehaald in voetnoot 7), punt 80; cursivering van mij. In dezelfde zin arresten van 9 maart 2000, *EKW en Wein & Co.* (C-437/97, Jurispr. blz. I-1157, punt 52), en 13 juli 2000, *Idéal tourisme* (C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punt 20).

14 — Arrest van 27 oktober 2005, *Casino France e.a.* (C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04, Jurispr. blz. I-9481, punt 44).

15 — Zie op dit punt in het bijzonder de conclusie van advocaat-generaal Stix-Hackl van 14 juli 2005 in de zaak *Casino France e.a.* (aangehaald in voetnoot 14), punt 38.

16 — Arrest van 10 juni 1993, *Commissie/Griekenland* (C-183/91, Jurispr. blz. I-3131, punt 17).

een fiscale regeling heeft willen invoeren die gunstiger was voor de groothandelaars-distributeurs, om daarmee het concurrentienadeel te compenseren dat volgens de Franse wetgever voortvloeide uit de aan hen opgelegde openbardienstverplichtingen.¹⁷

steun bestaat in bedragen die in de vorm van subsidie aan bepaalde personen worden uitgekeerd en afkomstig zijn uit fondsen die worden gevoed door een speciaal voor dit doel ingevoerde heffing (de parafiscale heffing). De bijdragen die de ondernemingen uit hoofde van die heffing hebben betaald, vormen in dat geval het middel tot financiering van de openbare steunmaatregel.

41. Wij hebben hier dus niet te maken met een eerste bepaling die rechtmatig een heffing invoert en een tweede bepaling die in strijd met de regels een aantal vrijstellingen van die heffing verleent. De bepaling die de heffing invoert, wordt namelijk zelf onrechtmatig geacht, aangezien zij zo is opgezet dat zij bepaalde ondernemingen die van de heffing zijn vrijgesteld een concurrentievoordeel geeft. Met als gevolg dat de asymmetrische oplegging van de heffing, dat wil zeggen de oplegging enkel aan een bepaalde categorie ondernemingen, dus zelf bepalend is voor het bestaan van de eventuele steunmaatregel.

42. Onder die omstandigheden staat er mijns inziens in beginsel niets aan in de weg om die ondernemingen toe te staan, de rechtmatigheid van de heffing voor de bevoegde nationale rechter aan te vechten en terugbetaling ervan te vorderen.

43. Allereerst lijkt deze oplossing indirect steun te vinden in de rechtspraak betreffende de oplegging van zogenoemde „parafiscale heffingen”, waar de onrechtmatige staats-

44. Ik herinner er in dit verband aan, dat het Hof in het, ook door verzoekers ingeroepen, arrest Van Calster heeft overwogen, dat „wanneer een steunmaatregel waarvan de wijze van financiering *integraal deel uitmaakt*, met voorbijgaan aan de aanmeldingsplicht ten uitvoer is gelegd, de nationale rechterlijke instanties in beginsel verplicht zijn de *terugbetaling te gelasten* van de specifiek ter financiering van deze steun gegeven belastingen of bijdragen”.¹⁸ Enkel op die manier is volgens het Hof een herstel in de vorige toestand mogelijk zowel ten aanzien van de ondernemingen die ten onrechte steun hebben ontvangen als van degene die de onrechtmatige steun hebben moeten financieren.¹⁹

45. Net zoals bij parafiscale heffingen, zien wij mijns inziens ook hier een nauw en noodzakelijk verband tussen (zo niet een totaal samenvallen van) de heffing en het

18 — Aangehaald in voetnoot 10, punten 53 en 54; cursivering van mij.

17 — Zie het arrest Ferring (aangehaald in voetnoot 2), punt 19. Zie ook punt 12 van deze conclusie.

19 — Zie op dit punt, arrest van 27 november 2003, Enirisorse (C-34/01–C-38/01, Jurispr. blz. I-14243, punten 44 en 45).

fiscale voordeel.²⁰ Immers, het voordeel dat, per hypothese selectief aan de groothandelaars-distributeurs wordt toegekend, vloeit, zoals ik al zei, voort uit de asymmetrie van de heffing die bij de wet van 19 december 1997 is ingevoerd. Want juist doordat de heffing asymmetrisch wordt opgelegd, dat wil zeggen enkel aan bepaalde ondernemingen, zou er, nog steeds per hypothese, een situatie van relatieve bevoordeling ontstaan voor de ondernemingen die niet aan de heffing zijn onderworpen.

46. Anders gezegd: de oplegging van de heffing aan de farmaceutische laboratoria en de niet-oplegging daarvan aan de groothandelaars-distributeurs zijn de twee onscheidbare aspecten van de Franse maatregel die deze heffing heeft ingevoerd.

47. En dat niet alleen! De bijdrage die de farmaceutische laboratoria betalen, is, zij het indirect, ook van invloed op de omvang van de steun die de groothandelaars-distributeurs ontvangen. Het profijt dat laatstgenoemden hebben van het feit dat hun concurrenten aan de gewraakte maatregel zijn onderworpen, is immers noodzakelijkerwijs afhankelijk van de omvang van de omstreden heffing. Het is immers duidelijk dat, hoe hoger de heffing is, des te groter het concurrentievoordeel van de concurrerende ondernemingen die niet aan de heffing zijn onderworpen.

48. De betrokken heffing moet dus, anders dan de Commissie en de URSSAF stellen, als een integraal en onlosmakelijk deel van de steunmaatregel worden aangemerkt omdat, zoals gezegd, juist de invoering van die asymmetrische heffing in 1997 voor de groothandelaars-distributeurs een concurrentievoordeel heeft gecreëerd en daarmee in de sector tot mededingingsverstoringen heeft geleid.

49. Als dat zo is, dan lijkt mij de door verzoekster voorgestelde oplossing om de maatregel zijn werking te ontnemen (door restitutie van de bijdragen die door de heffingsplichtige ondernemingen waren betaald) een bijzonder effectieve manier om een herstel in de vorige toestand te bewerkstelligen.²¹

50. Door de heffing haar werking te ontnemen, doet men immers niets anders dan terugkeren naar de situatie zoals deze vóór de invoering van de heffing was, dat wil zeggen een situatie waarin de groothandelaars-distributeurs en de farmaceutische laboratoria fiscaal niet verschillend werden behandeld.

51. Als de onrechtmatige steunmaatregel bestaat in de asymmetrische oplegging van de heffing, vind ik bovendien de stelling van

20 — Zie met betrekking tot het wezenlijke belang van een verband tussen de heffing en de steunmaatregel, arrest van 13 januari 2005, Streekgewest westelijk Noord-Brabant (C-174/02, Jurispr. blz. I-85, punten 22 e.v.).

21 — Ik wijs erop dat ik dit reeds als mogelijkheid heb geopperd in de punten 22 en 23 van mijn conclusie in de zaak Ferring (aangehaald in voetnoot 2).

Boiron overtuigend, dat de handelingen nietig zijn waarmee de Franse overheid de heffingen heeft geïnd die in strijd met de regels (enkel) aan de farmaceutische laboratoria waren opgelegd.

52. Immers, volgens vaste rechtspraak „[dienen] de nationale rechterlijke instanties gemeenschapsonderdanen die zich op een [miskenning door de nationale autoriteiten van artikel 88, lid 3, EG] kunnen beroepen, te waarborgen dat daaruit, overeenkomstig hun nationale recht, alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft *de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen*, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun”.²²

53. Deze bevoegdheid en verplichting van de nationale rechter om de bescherming van de rechten van deze justitiabelen te verzekeren, vindt, zoals bekend, haar oorsprong in de rechtstreekse werking van artikel 88, lid 3, EG.²³ En zoals duidelijk blijkt uit de zojuist aangehaalde passage, verplicht dit de rechter om alle juridische maatregelen te treffen die zijn nationale recht hem biedt, om verzoeksters te beschermen.

22 — Arrest van 21 november 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punt 12; hierna: „zalmarrest”; cursivering van mij). Zie ook arrest van 11 juli 1996, SFEI (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 40).

23 — Zie arrest van 11 december 1973, Lorenz (120/73, Jurispr. blz. 1471, punt 7).

54. In het licht van het bovenstaande zie ik niet in waarom, onder uitzonderlijke omstandigheden als de onderhavige, de nationale rechter de ondernemingen die door de steunmaatregelen zijn gelaedeerd, niet kan beschermen door een vordering als die van Boiron in te willigen.

55. Anders dan de Franse regering, de URSSAF en de Commissie, ben ik van mening dat die oplossing niet leidt tot een vergroting van de onrechtmatigheid doordat het aantal personen dat van de maatregel profiteert, toeneemt ten koste van degenen die aan de omstreden heffing zijn onderworpen. Volgens mij is het tegendeel waar. Deze oplossing leidt namelijk tot een vermindering van het aantal ondernemingen dat door de gestelde steunmaatregel wordt benadeeld en verkleint daarmee het gebied waarop de heffing een asymmetrische en daardoor concurrentieverstorende werking heeft.

56. Anderzijds zal een uitspraak van het Hof die een terugbetaling van de omstreden heffing toelaat, hoogstwaarschijnlijk ook een signaal uitzenden naar de andere farmaceutische laboratoria die zich door de toekenning van de betrokken steun gelaedeerd voelen. Elk bedrijf dat de ontwikkelingen bijhoudt, zal immers, net zoals Boiron, stappen ondernemen om de bedragen die het onverschuldigd uit hoofde van die heffing heeft betaald, terug te krijgen.

57. En ten slotte verdient een dergelijke oplossing mijns inziens de voorkeur om redenen van proceseconomie, omdat zij de bescherming door de rechter van de rechten van particulieren die door onrechtmatige steunmaatregelen als de onderhavige zijn getroffen, minder bezwaarlijk maakt. Bij de tegengestelde oplossing — die de Commissie voorstaat — wordt immers eerst de vordering van Boiron tot terugbetaling afgewezen, waarna Boiron zich opnieuw tot de nationale rechter moet wenden met een vordering om de bevoegde nationale autoriteiten te gelasten, de omstreden heffing met terugwerkende kracht van toepassing te verklaren op de ondernemingen die er aanvankelijk niet onder vielen. Het valt echter moeilijk te ontkennen dat deze oplossing de eliminatie van de concurrentieverstorende werking van de omstreden heffing veel moeilijker, bezwaarlijker en onzekerder maakt. Te meer als men bedenkt, dat Frankrijk bij wet van 20 december 2002 de heffing heeft afgeschaft in plaats van haar ook van toepassing te verklaren op groothandelaars-distributeurs.

58. Het is van belang om hierbij aan te tekenen, dat indien de nationale rechter de hier voorgestelde weg zou volgen, hij niet de terugbetaling mag gelasten van alle bijdragen die Boiron heeft betaald, maar enkel van het deel daarvan dat de zogenoemde meerkosten te boven gaat. Zoals het Hof in de reeds genoemde zaak Ferring heeft vastgesteld, is het eventuele voordeel dat de groothandelaars-distributeurs ten onrechte hebben genoten, niet gelijk aan het gehele bedrag van de bijdragen van de inning waarvan de Staat heeft afgezien, maar enkel aan de bedragen die de meerkosten te boven gaan die deze ondernemingen hebben moeten

maken om te voldoen aan de op hen rustende openbaredienstverplichtingen.²⁴

59. Het is dus enkel het deel van de betaalde bijdragen dat overeenkomt met de gestelde overcompensatie voor de openbaredienstverplichtingen dat voor de farmaceutische laboratoria een onverschuldigde last vormt en voor de groothandelaars-distributeurs een onrechtmatig voordeel.

60. Uiteraard dient de nationale rechter zich in de eerste plaats te vergewissen van het bestaan van een steunelement in de ontheffing voor de groothandelaars-distributeurs, en dient hij in de tweede plaats eventueel het exacte bedrag daarvan vast te stellen. In dit verband beperk ik mij ertoe in herinnering te brengen dat het Hof in het reeds aangehaalde arrest Altmark Trans heeft gepreciseerd, dat wanneer de met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen belaste ondernemingen niet in het kader van een openbare aanbesteding zijn gekozen, de

24 — Mits uiteraard is voldaan aan de andere voorwaarden die het Hof in het arrest Ferring en het arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-208/00, Jurispr. blz. I-7747; hierna: „Altmark Trans”), stelt. In het arrest Altmark Trans heeft het Hof in de punten 89-93, de voorwaarden opgesomd waaronder een compensatie die wordt toegekend aan een onderneming die belast is met een openbaredienstverplichting aan de kwalificatie staatssteun kunnen ontsnappen: 1) de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbaredienstverplichtingen en die verplichtingen moeten duidelijk omschreven zijn; 2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld; 3) de compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen, geheel of gedeeltelijk te dekken; 4) wanneer de onderneming niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om de betrokken openbaredienstverplichtingen uit te voeren.

noodzakelijke compensatie moet worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, die van voldoende bedrijfsmiddelen is voorzien om aan de vereisten van de openbare dienst te kunnen voldoen, zou hebben gemaakt om deze verplichtingen uit te voeren, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.²⁵

61. In het licht van het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging om op de eerste vraag van de Cour de cassation te antwoorden, dat het gemeenschapsrecht er niet aan in de weg staat, dat een farmaceutisch laboratorium dat een bijdrage verschuldigd is zoals die bedoeld in artikel 12 van wet nr. 97-1164 van 19 december 1997, zich erop beroept dat het feit dat de groothandelaars-distributeurs niet aan deze bijdrage zijn onderworpen, staatssteun vormt, om teruggaaf te verkrijgen van het deel van de betaalde bedragen dat overeenkomt met het economisch voordeel dat de groothandelaars-distributeurs ten onrechte hebben genoten.

De tweede vraag

Opmerkingen vooraf

62. Voor het geval de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, vraagt de verwij-

zende rechter, zakelijk weergegeven, of het gemeenschapsrecht in de weg staat aan nationale bepalingen volgens welke degenen die in rechte aanvoeren dat een compensatie die aan ondernemingen wordt toegekend voor het verrichten van openbardienstverplichtingen (in casu de belastingvrijstelling voor groothandelaars-distributeurs), een staatssteun is, moeten bewijzen dat die compensatie de kosten te boven gaat die de aan die ondernemingen opgelegde openbardienstverplichtingen voor dezen meebrengen.

63. In verband met deze vraag citeert de verwijzende rechter artikel 1315 van de Franse Code civil, dat bepaalt dat degene die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan daarvan moet bewijzen. Verder beklemtoint hij dat volgens artikel 9 van de nieuwe Code de procédure civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) partijen volgens de eisen van de wet de feiten dienen te bewijzen waarop zij hun vordering doen steunen.

64. Hij vervolgt, dat op grond van deze bepalingen degene die een overheidsmaatregel aanvecht, moet bewijzen dat die maatregel neerkomt op staatssteun in de zin van het Verdrag. In een procedure waarin het draait om openbare steunmaatregelen ten behoeve van personen die belast zijn met een openbardienstverplichting, staat het dus aan de eisende partij om te bewijzen dat de omstandigheden die het bestaan van een steunmaatregel uitsluiten (en in het bijzon-

²⁵ — Aangehaald in voetnoot 24, punt 93.

der de in het arrest *Altmark*²⁶ genoemde), zich in casu niet voordoen.

65. Voor de volledigheid wijst de verwijzende rechter er tot slot op, dat de nationale feitenrechter op grond van artikel 10 van de nieuwe Code de procédure civile ambtshalve alle wettig geoorloofde instructiematregelen kan gelasten. Hij wijst er echter op, dat deze bepaling de nationale rechter slechts een bevoegdheid geeft om op te treden en hem niet verplicht om het eventuele gebrek aan inlichtingen van verzoeker aan te vullen.

66. Daarom vraagt de Cour de cassation of in casu nationale bepalingen als de onderhavige onverenigbaar moeten worden geacht met het gemeenschapsrecht, als bewijsregels die het in de praktijk onmogelijk of buitengewoon moeilijk maken om de bescherming van deze rechten te verzekeren.

Beoordeling

67. Volgens vaste rechtspraak is het bij ontbreken van een gemeenschapsregeling

een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, mits deze regels niet ongunstiger zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen en zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten niet praktisch onmogelijk of buitengewoon moeilijk maken.²⁷

68. Kijkend naar de nationale procesrechtelijke bepalingen die door de nationale rechter naar voren zijn gehaald, stel ik vast dat deze niet meer zijn dan bepalingen die, overeenkomstig een oud algemeen rechtsbeginsel, vaststellen dat degene die een recht in rechte geldend wil maken, de feiten moet bewijzen waarop hij zijn vordering doet steunen, een beginsel dat vaak wordt weergegeven met het bekende Latijnse adagium *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*.²⁸

27 — Zie, uit vele, arresten van 16 december 1976, *Rewe* (33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5); 9 november 1983, *San Giorgio* (199/82, Jurispr. blz. 3595, punt 12), en 24 september 2002, *Grundig Italiana* (C-255/00, Jurispr. blz. I-8003, punt 33). Zie met betrekking tot staatssteun het zalmarrest (aangehaald in voetnoot 22, punt 12), en het arrest van 2 februari 1989, *Commissie/Duitsland* (94/87, Jurispr. blz. 175, punt 12).

28 — Voor een expliciete erkenning dat dit beginsel ook voor het communautaire procesrecht geldt, zie arrest van het Gerecht van 10 mei 1990, *Sens/Commissie* (T-117/89, Jurispr. blz. II-185, punt 20). Zie ook arresten van 28 juni 1988, *Commissie/Italië* (3/86, Jurispr. blz. 3369, punt 13), en 5 oktober 1989, *Commissie/Nederland* (290/87, Jurispr. blz. 3083, punten 11 en 20).

26 — Zie voetnoot 24.

69. De vraag is dus of dit fundamentele beginsel in concreto voor een verzoeker in een procedure als de onderhavige buitengewoon grote moeilijkheden kan meebrengen.

70. Ik ben het geheel met Boiron en de Commissie eens, dat het voor een concurrent van de onderneming die wordt vermoed steun te ontvangen, soms moeilijk kan zijn om aan te tonen dat de compensatie de meerkosten die uit de uitvoering van openbare dienstverplichtingen voortvloeien, te boven gaat, daar gegevens over bedrijfskosten van ondernemingen normaliter strikt vertrouwelijk zijn.

71. Onderzoek van de relevante bepalingen van de nieuwe Franse Code de procédure civile laat echter zien, dat aan de nationale rechter een ruime bevoegdheid is gelaten om alle instructiemaatregelen te gelasten die nuttig zijn om de gegevens bijeen te krijgen die voor een beslissing over de zaak ten gronde noodzakelijk zijn.

72. De verwijzende rechter wijst er zelf op, dat artikel 10 van de nieuwe Code de procédure civile de nationale rechter toestaat om, zo hij dit wenselijk acht, *ambtshalve* alle

wettig toegelaten instructiemaatregelen te gelasten.

73. Zoals de URSSAF in zijn opmerkingen benadrukt, stellen de artikelen 143 tot en met 146 van de nieuwe Code de procédure civile de rechter in staat om ook op verzoek van partijen op ieder moment in de procedure instructiemaatregelen te gelasten, wanneer hij meent over onvoldoende gegevens te beschikken om het geschil te beslechten. Hieronder kan onder meer een rechterlijk bevel aan een van de partijen of aan een derde vallen om een bepaalde akte of een bepaald document over te leggen (artikel 138 van de nieuwe Code de procédure civile).

74. Volgens mij heeft de nationale rechter op basis van deze bepalingen dus een concrete mogelijkheid om hetzij op verzoek van partijen hetzij ambtshalve op te treden en de nodige instructiemaatregelen te gelasten, waarmee eventuele moeilijkheden die een van de partijen ondervindt bij het leveren van bepaalde soorten bewijs (bijvoorbeeld betreffende de bedrijfskosten van een concurrent), kunnen worden overwonnen.

75. Ik breng voorts in herinnering dat de door het Hof in het arrest Altmark Trans²⁹ genoemde voorwaarden waaronder het bestaan van staatssteun in de onderzochte gevallen is uitgesloten, cumulatief gelden. De

29 — Zie voetnoot 24.

verzoekende partij kan dus volstaan met het bewijs dat aan een van deze voorwaarden niet is voldaan, om de nationale rechter tot de conclusie te brengen, dat deze compensatie staatssteun is in de zin van het Verdrag. En hoewel het voor een verzoekende partij soms moeilijk kan zijn om aan te tonen dat de aan de dienstverrichter betaalde compensatie de door de openbare dienst veroorzaakte kosten te boven gaat, zijn soortgelijke moeilijkheden mijns inziens niet te verwachten bij het bewijs dat een van de drie andere in het arrest *Altmark Trans* genoemde voorwaarden zich niet voordoet.

waar zij het onderhavige bewijs kwalificeert als een „negatief bewijs”, dat dus logisch gezien aan de lidstaat of aan de vermeende begunstigde van de steun zou moeten worden opgedragen. Mijns inziens is de basis van dit betoog zuiver een kwestie van terminologie. De feiten die Boiron voor de verwijzende rechter moet bewijzen, kunnen mijns inziens alle ook als positieve feiten worden gekwalificeerd: een compensatie die in verhouding tot de kosten van de openbare dienstverlening buitensporig is, het bestaan van een economisch voordeel voor de dienstverrichter etc.

76. Zo verlangt de vierde voorwaarde bijvoorbeeld een beoordeling van de compensatie in het licht van een analyse van de kosten die een gemiddelde onderneming voor het verrichten van deze diensten zou hebben gemaakt. Voor een dergelijk onderzoek heeft men geen toegang nodig tot vertrouwelijke gegevens waarover enkel de begunstigde onderneming en de Staat kunnen beschikken. In tegendeel. De voor een dergelijke analyse noodzakelijke gegevens zijn typisch gegevens waarmee een onderneming die op de betrokken markt werkzaam is of wil worden, bekend moet zijn.

77. Ten slotte merk ik op, dat ik de stelling van de Commissie niet overtuigend vind

78. Gelet op het voorafgaande, lijkt het mij niet dat algemene bepalingen van nationaal recht betreffende de bewijslast, met een strekking als de door de verwijzende rechter genoemde, de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake staatssteun ontleen „praktisch onmogelijk of buitengewoon moeilijk” maken.

79. Ik geef het Hof daarom in overweging om op de tweede vraag te antwoorden, dat het gemeenschapsrecht niet in de weg staat aan nationale bepalingen volgens welke degenen die in rechte aanvoeren dat een compensatie die aan ondernemingen wordt toegekend voor het verrichten van openbare dienstverplichtingen, een staatssteun is, moeten bewijzen dat die compensatie de kosten te boven gaat die de aan die ondernemingen opgelegde openbare dienstverplichtingen voor dezen meebrengen.

V — Conclusie

80. Gelet op bovenstaande overwegingen geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van de Cour de cassation te beantwoorden als volgt:

- „1) Het gemeenschapsrecht staat er niet aan in de weg, dat een farmaceutisch laboratorium dat een bijdrage verschuldigd is zoals die bedoeld in artikel 12 van wet nr. 97-1164 van 19 december 1997, zich erop beroept dat het feit dat de groothandelaars-distributeurs niet aan deze bijdrage zijn onderworpen, staatssteun vormt, om teruggaaf te verkrijgen van het deel van de betaalde bedragen dat overeenkomt met het economisch voordeel dat de groothandelaars-distributeurs ten onrechte hebben genoten.

- 2) Het gemeenschapsrecht staat niet in de weg aan nationale bepalingen volgens welke degenen die in rechte aanvoeren dat een compensatie die aan ondernemingen wordt toegekend voor het verrichten van openbardienstverplichtingen, een staatssteun is, moeten bewijzen dat die compensatie de kosten te boven gaat die de aan die ondernemingen opgelegde openbardienstverplichtingen voor dezen meebrengen.”