

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

ANTONIO TIZZANO

apresentadas em 30 de Março de 2006 <sup>1</sup>

### I — Introdução

1. Por decisão de 14 de Dezembro de 2004, a Cour de Cassation submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, duas questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 88.º, n.º 3, CE e aos princípios gerais de direito comunitário em matéria de prova.

2. Essas questões foram apresentadas no âmbito de um recurso interposto pela sociedade Laboratoires Boiron SA (a seguir «Boiron») com o objectivo de obter o reembolso das somas que tinha pago à Agence centrale des organismes de sécurité sociale (a seguir «ACOSS») a título de uma contribuição nacional sobre a venda directa de medicamentos.

### II — Quadro jurídico

#### *Direito comunitário*

3. Quanto ao presente processo, referimos, antes de mais, o artigo 87.º, n.º 1, CE, que, como se sabe, salvo disposição em contrário do Tratado, prevê a incompatibilidade com o mercado comum dos auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recurso estatais que, favorecendo certas empresas ou certas produções, falseiem ou ameacem falsear a concorrência e afectem as trocas comerciais entre Estados-Membros.

4. É, também, oportuno referir o artigo 88.º, n.º 3, CE, que, para o que aqui interessa, estabelece que:

«Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projectos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios.»

<sup>1</sup> — Língua original: italiano.

*Direito nacional*

5. As disposições de direito nacional relevantes para o presente processo são idênticas às referidas nas conclusões que apresentamos no processo Ferring<sup>2</sup>, para as quais, para um maior aprofundamento, remetemos. Assim, limitar-nos-emos, para o que aqui interessa, a referir os elementos essenciais.

6. Em França, a distribuição dos medicamentos às farmácias é feita através de dois canais distintos: por meio dos denominados grossistas-distribuidores («grossistes répartiteurs») ou mediante vendas directas pelos laboratórios farmacêuticos.

7. Nos termos do artigo R. 5124-2 do Código da Saúde Pública (a seguir «CSP»), é grossista-distribuidor «qualquer empresa que se dedique à compra ou armazenagem de medicamentos diferentes dos destinados a ser experimentados no homem, tendo em vista a sua distribuição por grosso e no estado em que se encontram».

8. No exercício dessa actividade, os grossistas-distribuidores devem cumprir obrigações

especiais de serviço público, impostas pelas autoridades francesas, com o objectivo de garantir uma adequada distribuição dos medicamentos no território<sup>3</sup>.

9. Importa sublinhar que essas obrigações de serviço público, são impostas somente aos grossistas-distribuidores, não se aplicando aos laboratórios farmacêuticos que decidam comercializar os seus produtos através de venda directa, quer autonomamente (através de um departamento interno ou uma filial) quer por intermédio de mandatários.

10. Quanto ao presente processo, importa referir a Lei n.º 97-1164, de 19 de Dezembro de 1997, de financiamento da segurança social para 1998<sup>4</sup> (Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, a seguir «Lei de 19 de Dezembro de 1997»), que institui uma contribuição especial sobre as vendas directas de medicamentos às farmácias pelos laboratórios farmacêuticos. Em especial, o artigo 12.º da referida lei aditou ao Código da Segurança Social o artigo L. 245-6-1, que prevê:

«Uma contribuição sobre o volume de negócios livre de imposições realizado em França, das farmácias de oficina, das farmá-

2 — Conclusões apresentadas em 8 de Maio de 2001 (acórdão de 22 de Novembro de 2001, C-53/00, Colect., p. I-9067).

3 — Até Fevereiro de 1998, as referidas obrigações encontravam-se disciplinadas por um decreto de 3 de Outubro de 1962 (JORF de 12 de Outubro de 1962, p. 9999). Essa disciplina foi posteriormente alterada pelos Decretos n.ºs 98-79, de 11 de Fevereiro de 1998 (JORF de 13 de Fevereiro de 1997, p. 2287), e 99-144, de 4 de Março de 1999 (JORF de 5 de Março de 1999, p. 3294).

4 — JORF de 23 de Dezembro de 1997, p. 18635.

cias mutualistas e das farmácias de sociedades de socorro mineiras, a título de vendas por grosso de especialidades inscritas na lista mencionada no artigo L. 162-17, com excepção das especialidades genéricas definidas no artigo L. 601-6 do Código da Saúde Pública, é devida por empresas que asseguram a exploração de uma ou várias especialidades farmacêuticas na acepção do artigo L. 596 do Código da Saúde Pública.

A taxa desta contribuição é fixada em 2,5%.»

11. A contribuição em questão, destinada a financiar a Caisse nationale d'assurance maladie, foi deliberada e unicamente instituída em relação às vendas directas dos laboratórios farmacêuticos (com exclusão, pois, das vendas efectuadas pelos grossistas-distribuidores), com o objectivo de reequilibrar as condições de concorrência entre os diversos circuitos de distribuição dos medicamentos.

12. Isto resulta claramente da exposição dos fundamentos do projecto da Lei de 19 de Dezembro de 1997:

«O desenvolvimento muito rápido das vendas directas no decurso dos últimos anos, arrisca desequilibrar o sistema da distribuição dos medicamentos participados.

O presente artigo tem por objecto restabelecer a igualdade de tratamento entre os circuitos de distribuição, permitindo a recuperação *a posteriori* de uma parte da margem do grossista aos laboratórios farmacêuticos. [...]

O imposto, pago trimestralmente, calcula-se com base na facturação realizada no decurso do trimestre precedente. É cobrado e controlado pela Agence centrale des organismes de sécurité sociale. Por fim, a receita destina-se à CNAMTS (Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés).»

13. Repare-se que o artigo L. 245-6-1 do Código da Segurança Social foi revogado pelo artigo 16.º da Lei n.º 2002-1487, de 20 de Dezembro de 2002<sup>5</sup>, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2003.

### III — Matéria de facto e tramitação processual

14. A sociedade Boiron é um laboratório farmacêutico especializado na produção de medicamentos homeopáticos que distribui em França através de um sistema de vendas directas ou por meio de grossistas-distribuidores.

5 — Loi de financement de la sécurité social pour 2003 (JORF de 24 de Dezembro de 2002, p. 21482).

15. A este título e para pagamento da contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997 (a seguir «contribuição impugnada») relativa aos anos de 1998 e 1999, a Boiron declarou à ACOSS o volume de negócios que realizou mediante venda directa às farmácias, mas não o realizado através de grossistas-distribuidores.

16. A ACOSS, considerando que também este último volume de negócios devia ser tido em conta para efeitos de cálculo da contribuição, procedeu a um reajustamento.

17. A Boiron pagou o montante reclamado, porém, contestando a respectiva legalidade, interpôs recurso gracioso para o conselho de administração da ACOSS.

18. Não tendo obtido resposta desse organismo, a Boiron interpôs recurso no Tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon a fim de obter a restituição dos montantes pagos, alegando que a isenção de pagamento da contribuição impugnada prevista a favor dos grossistas-distribuidores constituía um auxílio de Estado ilegal, nos termos do artigo 92.º CE (que passou, após alteração, a artigo 87.º CE).

19. Em 3 de Junho de 2000, o referido tribunal condenou a ACOSS a reembolsar a Boiron dos montantes reclamados. Contudo,

no seguimento de recurso interposto pela Agência vencida, o acórdão foi posteriormente anulado pelo Cour d'appel de Lyon.

20. A Boiron dirigiu-se, então, à Cour de Cassation, que, tendo dúvidas quanto ao alcance da jurisprudência comunitária em matéria de auxílios de Estado, por meio de decisão de 14 de Dezembro de 2004, suspendeu o processo e decidiu colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1. O direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que um laboratório farmacêutico devedor de uma contribuição como a prevista no artigo 12 da Lei n.º 97-1164, de 19 de Dezembro de 1997, relativa ao financiamento da segurança social para 1998, tem o direito de alegar que a não sujeição dos grossistas-distribuidores a esta contribuição constitui um auxílio de Estado, para obter a sua restituição?
2. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, e uma vez que o provimento do pedido de restituição pode depender unicamente dos elementos apresentados pelo seu autor, o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que constituem meios de prova cujo efeito é tornar impossível na prática ou excessivamente difícil a restituição de uma contribuição obrigatória, como a contribuição pre-

vista no artigo 245-6-1 do Código da Segurança Social, cujo pedido foi apresentado à autoridade competente com o fundamento de que a isenção de contribuição de que beneficiam os grossistas-distribuidores é constitutiva de um auxílio de Estado que não foi notificado à Comissão das Comunidades Europeias, as normas de direito nacional que sujeitam essa restituição à prova, que incumbe ao autor do pedido, de que a vantagem desses beneficiários excede os custos adicionais que têm de suportar para o cumprimento das obrigações de serviço público que lhes são impostas pela regulamentação nacional ou que as condições fixadas pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 24 de Julho de 2003 (Altmark) não estão reunidas?»

21. É oportuno referir que, na pendência da acção, a Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales (a seguir «URSSAF») sucedeu nos direitos e nas obrigações da ACOSS.

22. No processo instaurado, apresentaram observações escritas e intervieram na audiência de 13 de Outubro de 2005, a Boiron, a URSSAF, o Governo francês e a Comissão.

#### IV — Análise jurídica

##### *Quanto à primeira questão*

##### Premissa

23. Em primeiro lugar, importa recordar que a natureza da contribuição em causa no processo principal já foi apreciada no referido processo Ferring. Neste processo, o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de afirmar que aquela contribuição, que onera unicamente as vendas directas de medicamentos realizadas pelos laboratórios farmacêuticos, constitui um auxílio de Estado aos grossistas-distribuidores, se a vantagem obtida por estes através da não sujeição à contribuição sobre as vendas directas de medicamentos exceder os custos adicionais que suportam para cumprimento das obrigações de serviço público<sup>6</sup>.

24. Importa, também, lembrar que a França aboliu essa contribuição com a Lei de 20 de Dezembro de 2002.

25. Assim, o problema colocado no âmbito do presente processo diz respeito, exclusivamente, aos eventuais efeitos anticoncorrên-

<sup>6</sup> — Acórdão de 22 de Novembro de 2001, Ferring, referido na nota 2, n.ºs 14 a 29.

ciais gerados pela imposição da contribuição nos anos anteriores à sua abolição. Efectivamente, com a primeira questão, a Cour de Cassation pretende saber se as empresas que procederam ao pagamento desta contribuição podem requerer, judicialmente, o seu reembolso caso lhe seja reconhecida a natureza de auxílio.

que, nessas circunstâncias, os órgãos jurisdicionais nacionais podiam ordenar o reembolso dos encargos ou contribuições que integram uma medida de auxílio<sup>10</sup>.

### Apreciação

26. No entender do órgão jurisdicional *a quo*, a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta questão não é clara. Com efeito, no acórdão Banks, o Tribunal de Justiça parecia, em princípio, ter excluído que os devedores de uma contribuição obrigatória pudessem alegar que a isenção de que beneficiam outros sujeitos constitui um auxílio estatal, para se subtraírem ao pagamento dessa contribuição ou para obterem o seu reembolso<sup>7</sup>. Posteriormente, essa solução tinha sido confirmada no acórdão Sea-Land<sup>8</sup>.

27. Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio salienta, também, que nos casos Ferring e GEMO<sup>9</sup>, que levantavam questões, no seu entender, similares às dos processos Banks e Sea-Land, o Tribunal de Justiça não excluiu expressamente essa possibilidade. E, seja como for, no acórdão Van Calster admitiu

28. Para começar, valerá a pena recordar que o controlo comunitário em matéria de auxílios se destina a evitar os efeitos de distorção que determinadas medidas nacionais podem comportar para a concorrência entre empresas do mesmo sector. Assim, uma vez apurado que uma medida nacional tem a natureza de auxílio incompatível, importa eliminar os efeitos distorcivos resultantes daquela medida, restabelecendo o *status quo ante*<sup>11</sup>. Em regra, este restabelecimento obtém-se obrigando os beneficiários a restituir os auxílios ilegais à entidade que os concedeu; de facto, de acordo com uma jurisprudência constante, a restituição dos auxílios é uma consequência lógica da verificação da sua ilegalidade<sup>12</sup>.

7 — Acórdão de 20 de Setembro de 2001, Banks (C-390/98, Colect., p. I-6117, n.º 80).

8 — Acórdão de 13 de Junho de 2002, Sea-Land Service e Nedlloyd Lijnen (C-430/99 e C-431/99, Colect., p. I-5235, n.º 47).

9 — Acórdão de 20 de Novembro de 2003, GEMO (C-126/01, Colect., p. I-13769).

10 — Acórdão de 21 de Outubro de 2003, Van Calster e o. (C-261/01 e C-262/01, Colect., p. I-12249, n.ºs 53 e 54).

11 — V., entre outros, acórdãos de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália (C-348/93, Colect., p. I-673, n.º 26), e de 14 de Setembro de 1994, Espanha/Comissão (C-278/92, C-279/92 e C-280/92, Colect., p. I-4103, n.º 75).

12 — V., nomeadamente, acórdãos de 21 de Março de 1990, Bélgica/Comissão (C-142/87, Colect., p. I-959, n.º 66), e de 4 de Abril de 1995, Comissão/Itália, já referido na nota 11, n.ºs 26 e 27.

29. Para o que aqui interessa, uma vez que o suposto auxílio consistia na imposição assimétrica da contribuição impugnada em relação, unicamente, aos laboratórios farmacêuticos, beneficiando, dessa forma, os grossistas-distribuidores (não sujeitos), o regresso a uma situação concorrencial poderia resultar do pagamento, por estes últimos, de somas correspondentes àquelas através das quais beneficiaram de um substancial desagravamento fiscal.

30. Não obstante, como referimos *supra*, a Boiron não seguiu esta via, tendo-se colocado numa perspectiva, por assim dizer, inversa. Efectivamente, ao invés de também pedir aos grossistas-distribuidores o pagamento de verbas correspondentes à contribuição, recorreu ao órgão jurisdicional nacional para pedir o reembolso das verbas que, no seu entender, tinha pago indevidamente. Trata-se, portanto, de verificar se, num caso como o em análise, esta solução é admissível para eliminar os efeitos de distorção do eventual auxílio e restabelecer o *status quo ante*.

31. Sobre este ponto, as partes apresentaram argumentos totalmente contrários. A Boiron entende que, no presente caso, o reembolso das contribuições pagas pelas empresas sujeitas à contribuição impugnada era a melhor forma de eliminar as alegadas distorções da concorrência. Isto porque, ainda no entender da recorrente, neste caso o auxílio resultava não tanto da não sujeição dos grossistas-distribuidores à contribuição,

mas mais da sujeição dos laboratório farmacêuticos a uma contribuição instituída com o único objectivo de criar, com alegadas finalidades reequilibradoras, uma disparidade de tratamento fiscal entre as duas categorias de empresas.

32. A Comissão, a URSSAF e o Governo francês consideram, ao invés, que essa solução não é admissível, uma vez que não remove os eventuais efeitos anticoncorrenciais da medida; pelo contrário, acentuava os aspectos de violação do direito comunitário, já que alargaria a área dos sujeitos isentos do pagamento da contribuição e, nessa medida, dos beneficiários do auxílio. Portanto, no entender da Comissão, a Boiron teria que, obrigatoriamente, intentar uma acção pedindo a condenação do Estado na recuperação do auxílio ilegalmente concedido aos grossistas-distribuidores.

33. Pela nossa parte, salientamos, antes de mais, que o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de apreciar o mérito de pedidos de reembolso que poderiam, à primeira vista, parecer similares ao ora em causa.

34. Com efeito, como já referimos, o Tribunal de Justiça esclareceu que no caso de auxílios concedidos através de isenções fiscais «os devedores de uma contribuição obrigatória *não* podem invocar que a isenção de que beneficiam outras pessoas constitui um

auxílio de Estado, para se subtraírem ao pagamento da referida contribuição»<sup>13</sup> ou «para obterem o seu reembolso»<sup>14</sup>.

35. Isto porque, nesses casos, a existir uma medida de auxílio eventualmente contrária às regras comunitárias em matéria de auxílios, não é a medida fiscal em si mesma — que, de resto, se insere no legítimo exercício dos poderes do Estado-Membro em matéria tributária — mas sim a excepção concedida a alguns contribuintes<sup>15</sup>.

36. E é precisamente essa excepção, e apenas esse aspecto da medida fiscal, que pode ser contestada pelos recorrentes que se insurgem contra a existência de um auxílio. O Tribunal de Justiça esclareceu, portanto, que, nestes casos, a distorção da concorrência deve sempre ser removida através de recuperação do auxílio concedido, especificando também as modalidades dessa recuperação: «as autoridades [...] têm apenas que tomar medidas que imponham às empresas beneficiárias do auxílio o pagamento das importâncias cujo montante corresponde ao da isenção fiscal que lhes foi ilegalmente concedida»<sup>16</sup>.

37. Porém, o caso em análise distingue-se do que acabamos de descrever.

38. Com efeito, a legislação nacional que instituiu a contribuição sobre as vendas directas não a apresenta como uma imposição de natureza geral (legitimamente instituída), com uma contextual (e ilegítima) isenção de determinadas empresas da mesma. Trata-se, ao invés, de uma contribuição imposta de forma «assimétrica», isto é, de uma contribuição que incide apenas sobre alguns operadores económicos (os laboratórios farmacêuticos), e não sobre outros que se encontram numa relação de concorrência com os primeiros (os grossistas-distribuidores), para compensar alegados encargos suportados por estes.

39. O caso em análise diz respeito, portanto, a uma situação muito particular, uma situação, como também salientou o Tribunal de Justiça no acórdão Ferring (sem que, contudo, este ponto fosse contestado por qualquer das partes), em que a contribuição impugnada foi instituída com o objectivo essencial de compensar, através de uma disparidade de tratamento fiscal, uma alegada assimetria entre dois grupos de empresas.

40. De facto, resulta claramente dos trabalhos preparatórios da Lei de 19 de Dezembro de 1997 (mas também da decisão do Conseil constitutionnel francês) que a aplicação da contribuição apenas às vendas directas dos laboratórios farmacêuticos visava precisa-

13 — Acórdão Banks, referido na nota 7, n.º 80. Sublinhado nosso. No mesmo sentido, v. acórdãos de 9 de Março de 2000, *EKW e Wein & Co.* (C-437/97, Colect., p. I-1157, n.º 52), e de 13 de Julho de 2000, *Idéal Tourisme* (C-36/99, Colect., p. I-6049, n.º 20).

14 — Acórdão de 27 de Outubro de 2005, *Casino France e o.* (C-266/04 a C-270/04, C-276/04 e C-321/04 a C-325/04, Colect., p. I-9481, n.º 44).

15 — Sobre este aspecto, v., em particular, conclusões que a advogada-geral C. Stix-Hackl apresentou em 14 de Julho de 2005 no processo *Nazairdis e o.*, referido na nota 14, n.º 38.

16 — Acórdão de 10 de Junho de 1993, *Comissão/Grecia* (C-183/91, Colect., p. I-3131, n.º 17).

mente introduzir um regime fiscal mais favorável aos grossistas-distribuidores, compensando dessa forma a desvantagem competitiva resultante, segundo o legislador francês, da imposição de obrigações de serviço público a esses sujeitos<sup>17</sup>.

41. No caso em apreço não estamos, pois, na presença de uma primeira norma que legitimamente institui uma contribuição e de uma segunda norma que, ilegalmente, introduz algumas excepções à mesma. A existir ilegalidade é na norma que impõe a contribuição, por quanto concebida de forma a conceder uma vantagem competitiva a determinadas empresas que não lhe estão sujeitas. Consequentemente, o eventual auxílio resulta (somente) da imposição assimétrica da contribuição a uma categoria de empresas.

42. Nesta situação, parece-nos que, em princípio, não existem obstáculos em consentir que essas empresas contestem a legalidade da contribuição nos competentes órgãos jurisdicionais nacionais e peçam a sua restituição.

43. Esta solução parece, antes de mais, encontrar uma confirmação indirecta na jurisprudência relativa à imposição de contribuições denominadas parafiscais ou às

hipóteses em que o auxílio de Estado ilegítimo se traduz na concessão, sob a forma de subvenções a favor de alguns sujeitos, dos fundos recolhidos através de uma contribuição instituída especificamente com esse objectivo (precisamente, a contribuição para-fiscal). Os montantes pagos pelas empresas em virtude da referida contribuição constituem, nestes casos, o meio de financiamento da medida pública de ajuda.

44. Recordamos a este propósito que, no referido acórdão Van Calster, invocado pela recorrente, o Tribunal de Justiça afirmou que «quando uma medida de auxílio da qual o respectivo modo de financiamento faz *parte integrante* tiver sido posta em execução com desrespeito da obrigação de notificação, os órgãos jurisdicionais nacionais são obrigados, em princípio, a *ordenar o reembolso* dos encargos ou contribuições especificamente cobrados para financiar esse auxílio»<sup>18</sup>. Segundo o Tribunal de Justiça, só desta forma se pode repor o *status quo ante*, seja em relação às empresas que beneficiaram injustamente do auxílio seja em relação àquelas que tiveram que financiar um auxílio ilegal<sup>19</sup>.

45. Em nosso entender, à semelhança do que acontece com as contribuições parafiscais, no caso em análise existe um nexo estreito e necessário (se não uma verdadeira e efectiva

18 — Acórdão Van Calster e o., referido na nota 10, n.º 53 e 54. Sublinhado nosso.

19 — V., sobre este ponto, acórdão de 27 de Novembro de 2003, Enirisorse (C-34/01 a C-38/01, Colect., p. I-14243, n.º 44 e 45).

17 — V. acórdão Ferring, referido na nota 2, n.º 19. V. também *supra*, n.º 12.

identidade) entre a contribuição e a vantagem fiscal<sup>20</sup>. Na verdade, a vantagem selectivamente concedida aos grossistas-distribuidores neste caso resulta, como já sublinhamos, da assimetria da contribuição instituída pela Lei de 19 de Dezembro de 1997, visto que é precisamente a imposição assimétrica dessa contribuição só a determinadas empresas que faz nascer, sempre neste caso, uma situação de relativa vantagem para as empresas não sujeitas à mesma.

46. Por outras palavras, a imposição da contribuição aos laboratórios farmacêuticos e a não sujeição dos grossistas-distribuidores, são, em suma, os dois aspectos incindíveis da medida francesa que aquela contribuição instituiu.

47. Não só. Refira-se ainda que, se bem que de modo indirecto, a contribuição paga pelos laboratórios farmacêuticos influencia, também, a importância do auxílio recebido pelos grossistas-distribuidores. O benefício que estes últimos obtêm com a sujeição dos seus concorrentes à medida contestada depende, necessariamente, do montante da contribuição impugnada, resultando evidente que quanto maior for, maior será a vantagem competitiva obtida pelas empresas concorrentes não sujeitas.

48. Contrariamente, portanto, ao defendido pela Comissão e pela URSSAF, a contribuição em questão deve ser considerada parte integrante e incindível da medida de auxílio, já que, voltamos a referir, foi precisamente a introdução em 1997 dessa contribuição assimétrica que criou a vantagem competitiva em benefício dos grossistas-distribuidores e, portanto, provocou as distorções de concorrência no sector.

49. Mas se assim é, parece-nos, então, que a solução invocada pela recorrente e que consiste na remoção dos efeitos da mesma (através do reembolso das contribuições pagas pelas empresas sujeitas), poderia constituir uma forma particularmente eficaz de repor o *status quo ante*<sup>21</sup>.

50. Na verdade, eliminando os efeitos da contribuição, não se faria mais do que voltar à situação existente antes da instituição da mesma, isto é, a uma situação em que os grossistas-distribuidores e os laboratórios não estavam sujeitos a um tratamento fiscal distinto.

51. Além disso, se a imposição assimétrica da contribuição representava uma medida de auxílio ilegítima, parece-nos convincente a

20 — Sobre a importância fundamental de um nexo de causalidade entre a contribuição e a medida de auxílio, v. acórdão de 13 de Janeiro de 2005, Streekgewest (C-174/02, Colect., p. I-85, n.ºs 22 e segs.).

21 — Recordamos que já nas conclusões que apresentámos no processo Ferring, referido na nota 2, n.ºs 22 e 23, havíamos suscitado esta possibilidade.

tese defendida pela Boiron, segundo a qual são inválidos os actos através dos quais as autoridades francesas cobraram as contribuições ilegalmente impostas (exclusivamente) aos laboratórios farmacêuticos.

52. De facto, a este propósito, recordamos que é de jurisprudência constante que «os órgãos jurisdicionais nacionais *devem* garantir aos particulares que todas as consequências da violação [do artigo 88.º, n.º 3, do Tratado] serão daí retiradas, em conformidade com o direito nacional, quer no que diz respeito à *validade dos actos de execução das medidas de auxílio* quer à restituição dos apoios financeiros concedidos em violação dessa disposição ou de eventuais medidas provisórias»<sup>22</sup>.

53. Este poder/dever do órgão jurisdicional nacional de agir para salvaguardar os direitos desses sujeitos deriva, como se sabe, da eficácia directa das disposições do artigo 88.º, n.º 3, CE<sup>23</sup>. E, como resulta claro do excerto que acabámos de citar, compete ao órgão jurisdicional adoptar todos os instrumentos jurídicos que o seu ordenamento interno lhe concede para defender os recorrentes.

54. Em face disto, não vemos porque razão, em presença de condições tão particulares como as do caso em análise, o órgão jurisdicional nacional não possa defender as empresas lesadas pelo auxílio ilegítimo, dando provimento a um pedido de reembolso como o formulado pela Boiron.

55. Em seguida, contrariamente ao que sustentam o Governo francês, a URSSAF e a Comissão, entendemos que essa solução não teria como efeito agravar o ilícito, aumentando o número dos beneficiários da medida, em prejuízo das empresas sujeitas à contribuição impugnada. Consideramos exactamente o contrário. De facto, essa solução podia conduzir a uma diminuição do número de empresas lesadas pelo suposto auxílio e, portanto, reduzir a área de aplicação assimétrica da contribuição e, consequentemente, os efeitos anti-concorrenciais da mesma.

56. Salientamos, por outro lado, que uma decisão do Tribunal de Justiça que admitisse o reembolso da contribuição impugnada também representaria, muito provavelmente, um sinal para os outros laboratórios farmacêuticos que se consideram prejudicados pela concessão do auxílio em questão. De facto, qualquer operador económico informado poderia diligenciar — como fez a Boiron — para obter o reembolso do montante indevidamente pago em virtude da contribuição.

22 — Acórdão de 21 de Novembro de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, denominado «*Saumon*» (C-354/90, Colect., p. I-5505, n.º 12). Sublinhado nosso. V., também, acórdão de 11 de Julho de 1996, *SFEI* (C-39/94, Colect., p. I-3547, n.º 40).

23 — V. acórdão de 11 de Dezembro de 1973, *Lorenz* (120/73, Colect., p. 553, n.º 7).

57. Por fim, uma solução deste tipo parece-nos preferível por razões de economia processual, já que tornaria menos onerosa a protecção jurisdicional dos direitos dos particulares lesados por medidas de ajuda ilegítimas, do tipo da aqui em causa. A solução contrária — propugnada pela Comissão — comportaria, efectivamente, a rejeição do pedido de reembolso formulado pela Boiron e a necessidade de essa empresa intentar uma nova acção no órgão jurisdicional nacional, a fim de obrigar as autoridades nacionais competentes a alargar retroactivamente a contribuição impugnada às empresas que inicialmente não se encontravam sujeitas à mesma. Porém, é difícil negar que essa solução tornaria bastante mais complexa, onerosa e incerta a eliminação dos efeitos anti-concorrenciais da contribuição impugnada. E isto tanto mais se se considerar que, com a Lei de 20 de Dezembro de 2002, as autoridades francesas decidiram eliminar a referida contribuição ao invés de a aplicar também aos grossistas-distribuidores

58. Dito isto, parece-nos importante salientar que no caso de o órgão de jurisdição nacional dever seguir a perspectiva aqui sugerida, não deverá ordenar o reembolso de todas as contribuições pagas pela Boiron, mas apenas a parte que exceda os denominados custos adicionais. De facto, como o Tribunal de Justiça declarou no processo Ferring, a eventual vantagem ilegítima obtida pelos grossistas-distribuidores não corresponde ao montante total das contribuições que o Estado renunciou a receber, mas apenas às somas que superam os custos acrescidos que essas empresas tiveram que

suportar para cumprir as obrigações de serviço público que lhes são impostas<sup>24</sup>.

59. Assim, apenas a parte das contribuições pagas correspondente à alegada sobrecompensação das obrigações de serviço público constitui um ónus fiscal indevido para os laboratórios farmacêuticos e um benefício ilegítimo para os grossista-distribuidores.

60. Obviamente, compete ao órgão jurisdicional nacional verificar, em primeiro lugar, a existência de um elemento de auxílio na isenção concedida aos grossistas-distribuidores e, em segundo lugar, eventualmente determinar o seu montante exacto. A este respeito, limitamo-nos a recordar que no referido acórdão Altmark, o Tribunal de Justiça precisou que quando as empresas encarregadas do cumprimento de obrigações de serviço público não sejam seleccionadas por meio de concurso público, o nível da compensação necessária deve ser determi-

24 — É sempre que as outras condições previstas na jurisprudência Ferring e Altmark sejam satisfeitas. Relembramos que no acórdão de 24 de Julho de 2003, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Colect., p. I-7747, n.º 89 a 93), o Tribunal de Justiça precisou os pressupostos que se devem verificar para que uma compensação concedida a uma empresa incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público possa subtrair-se à qualificação de auxílio de estado: 1) a empresa beneficiária deve estar efectivamente incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem estar claramente definidas; 2) os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente; 3) a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações; 4) quando a escolha não seja efectuada através de concurso público, o nível da compensação deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida, teria suportado para cumprir as obrigações de serviço público em causa.

nado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios para poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria suportado para cumprir estas obrigações, tendo em conta as respectivas receitas assim como um lucro razoável relativo à execução destas obrigações<sup>25</sup>.

61. Em face das considerações que antecederem, propomos ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão colocada pela Cour de Cassation no sentido de que o direito comunitário não obsta a que um laboratório farmacêutico obrigado a pagar uma contribuição como a prevista no artigo 12.º da Lei n.º 97-1164, de 19 de Dezembro de 1997, alegue que a não sujeição dos grossistas-distribuidores a esta contribuição constitui um auxílio de Estado, para obter a restituição da parte das somas pagas que corresponde ao benefício económico injustamente obtido pelos grossistas-distribuidores.

### *Quanto à segunda questão*

#### Premissa

62. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, o órgão jurisdicional de

reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça, no essencial, se o direito comunitário obsta a disposições nacionais que imponham a uma recorrente que invoca a natureza de auxílio de uma compensação concedida a empresas para o desempenho de serviços públicos (neste caso, a isenção concedida aos grossistas-distribuidores) fazer prova de que essa compensação excede os custos originados pelas obrigações de serviço público que lhes são impostas.

63. Ao formular a questão em análise, o órgão jurisdicional refere-se, antes de mais, ao artigo 1315.º do Código Civil francês que prevê que «quem reclama o pagamento de uma prestação deve prová-la». Por outro lado, salienta que, de acordo com o artigo 9.º do novo Código de Processo Civil, incumbe a cada uma das partes provar, nos termos da lei, os factos que sustentam a sua acção.

64. Em virtude destas disposições — continua a Cour de Cassation — é ao sujeito que age contra uma medida pública que compete provar que a referida medida configura um auxílio de Estado na acepção do Tratado. Num processo referente a medidas públicas de auxílio a sujeitos incumbidos de um serviço público competiria, pois, à recorrente provar que as condições que excluem a existência de um auxílio (em particular, as

25 — Acórdão Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, referido na nota 24, n.º 93.

exigidas pela jurisprudência Altmark <sup>26)</sup> não estão cumpridas.

65. Em complemento, o órgão jurisdicional de reenvio relembra, por fim, que o artigo 10.º do novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o órgão jurisdicional que decide do mérito da causa, oficiosamente, tomar todas as medidas de instrução legalmente admissíveis. Todavia — sublinha — essa disposição concede ao órgão jurisdicional nacional uma mera faculdade de agir e não o obriga a suprir uma eventual carência de informações na posse da recorrente.

66. Por esta razão, a Cour de Cassation pergunta ao Tribunal de Justiça se, neste caso, disposições nacionais com o teor das referidas devem ser consideradas incompatíveis com o direito comunitário enquanto modalidade de prova que teria o efeito de tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil obter a tutela do próprio direito.

#### Apreciação

67. Recordamos, antes de mais, que, de acordo com jurisprudência assente, na falta

de disciplina comunitária, compete ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-Membro designar o órgão jurisdicional competente e definir as normas processuais dos recursos jurisdicionais destinados a garantir a tutela dos direitos que os sujeitos retiram das normas de direito comunitário. Isto porque, por um lado, as referidas normas não são menos favoráveis do que as que dizem respeito a recursos análogos de natureza interna e, por outro, não tornam praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário <sup>27</sup>.

68. Passando ao exame das disposições processuais nacionais referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, observamos que essas normas não são mais do que disposições que estabelecem, segundo um consolidado princípio geral de direito, que quem alega um direito em juízo deve fazer prova dos factos que lhe servem de fundamento, regra esta muitas vezes expressa por meio do conhecido brocado latino *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* <sup>28</sup>.

27 — V., entre outros, os acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813, n.º 5); de 9 de Novembro de 1983, San Giorgio (199/82, Recueil, p. 3595, n.º 12); de 24 de Setembro de 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Colect., p. I-8003, n.º 33). Em matéria de auxílios v. acórdãos «Saumon», referido na nota 22, n.º 12, e de 2 de Fevereiro de 1989, Comissão/Alemanha (94/87, Colect., p. 175, n.º 12).

28 — Para um reconhecimento expresso da valia deste princípio no processo comunitário v. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 1990, Sens/Comissão (T-117/89, Colect., p. II-185, n.º 20). V. também acórdãos do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 1988, Comissão/Itália (3/86, Colect., p. 3369, n.º 13), e de 5 de Outubro de 1989, Comissão/Holanda (290/87, Colect., p. 3083, n.ºs 11 e 20).

26 — V., *supra*, nota 24.

69. Assim, é importante que nos questione-mos sobre se, em concreto, este princípio fundamental pode acarretar dificuldades excessivas para um recorrente num procedi-mento como o em análise.

70. Ora, certamente que se concorda com a Boiron e a Comissão quando consideram que, por vezes, pode ser difícil a um concorrente de uma empresa alegadamente beneficiária de auxílios provar que a com-pensação supera os custos acrescidos deri-vados do cumprimento das obrigações de serviço público. De facto, as informações relativas aos custos de gestão das empresas são, normalmente, de natureza estritamente confidencial.

71. De todo o modo, um exame das normas relevantes do novo Código de Processo Civil francês revela que ao órgão jurisdicional nacional é dada uma ampla faculdade de adoptar todas as medidas de instrução úteis com vista a obter os elementos necessários para decidir sobre o mérito da causa.

72. De facto, o próprio órgão jurisdicional de reenvio referiu que o artigo 10.º do novo Código de Processo Civil permite ao órgão jurisdicional nacional, quando o mesmo

considere oportuno, ordenar *ex officio* todas as medidas de instrução legalmente admissí-veis.

73. Por outro lado, como correctamente sublinha a URSSAF nas suas observações escritas, os artigos 143.º a 146.º do novo Código do Processo Civil permitem ao órgão jurisdicional ordenar, ainda que a pedido da parte, medidas de instrução em qualquer momento do processo, quando considere não existirem elementos suficientes para decidir o litígio. Essas medidas podem incluir uma ordem do órgão jurisdicional, dirigida a uma parte ou a um terceiro, no sentido de praticar um acto ou apresentar um docu-mento (artigo 138.º do novo Código do Processo Civil).

74. Com base nessa norma, consideramos, pois, existir uma concreta possibilidade de o órgão jurisdicional nacional intervir, seja a pedido da parte, seja oficiosamente, orde-nando as medidas instrutórias necessárias, de forma a superar as eventuais dificuldades de uma parte apresentar determinados tipos de prova (por exemplo, provas relativas aos custos de gestão de um concorrente).

75. Por outro lado, recordamos que as condições que o Tribunal de justiça referiu no citado Acórdão Altmark<sup>29</sup> para excluir a existência de um auxílio nas hipóteses em

29 — V., *supra*, nota 24.

análise, têm carácter cumulativo. Assim, a um recorrente é suficiente demonstrar que uma dessas condições não está preenchida para que o órgão jurisdicional nacional deva concluir que essa compensação constitui um auxílio de Estado na acepção do Tratado. Ora, se é verdade que por vezes pode ser difícil a um recorrente provar que a compensação paga ao prestador de serviço não excede os custos originados pelo serviço público, essa dificuldade não se vislumbra quando se pretende provar a não verificação de uma das outras três condições colocadas pelo acórdão Altmark.

caracteriza a prova em causa como uma «prova de carácter negativo» e que, portanto, seria natural que estivesse a cargo, em última instância, do Estado-Membro ou do alegado beneficiário do auxílio. Este argumento parece-nos assentar numa simples questão terminológica. Na verdade, entendemos que os factos que a Boiron tem de provar no órgão jurisdicional de reenvio podem ser todos qualificados de factos positivos: compensação excessiva em relação aos custos suportados pelo serviço público, existência de uma vantagem económica para o prestador do serviço, etc.

76. A título de exemplo, salientamos que a quarta condição implica uma avaliação da compensação à luz de uma análise dos custos que uma empresa média teria suportado com a realização dos mesmos serviços. O exame deste requisito não parece implicar o acesso a dados de natureza confidencial de que só a empresa beneficiária pode dispor. Pelo contrário, os dados necessários a uma análise deste tipo são tipicamente elementos que uma empresa que opera, ou pretende operar, no mercado em questão deve conhecer.

78. Em face de tudo isto, não nos parece que as disposições gerais de direito nacional em matéria de ónus da prova, com o teor das referidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, sejam de molde a tornar «praticamente ou excessivamente difícil» a tutela dos direitos que os sujeitos retiram das normas de direito comunitário em matéria de auxílios de Estado.

77. Acrescentamos, por último, que não nos parece convincente a tese da Comissão que

79. Assim, propomos ao Tribunal de Justiça que responda à segunda questão no sentido de que o direito comunitário não obsta a disposições nacionais que imponham a um recorrente que invoca a natureza de auxílio de uma compensação concedida a empresas para o desempenho de serviços públicos a obrigação de provar que essa compensação excede os custos originados pelas obrigações de serviço público que lhes são impostas.

## V — Conclusão

80. Em face das considerações que antecedem, propomos ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais colocadas pela Cour de Cassation da seguinte forma:

- «1) O direito comunitário não obsta a que um laboratório farmacêutico obrigado a pagar uma contribuição como a prevista no artigo 12.º da Lei n.º 97-1164, de 19 de Dezembro de 1997, alegue que a não sujeição dos grossistas-distribuidores a esta contribuição constitui um auxílio de Estado, para obter a restituição da parte das somas pagas que corresponde ao benefício económico injustamente obtido pelos grossistas-distribuidores.
  
- 2) O direito comunitário não obsta a disposições nacionais que imponham a uma recorrente que invoca a natureza de auxílio de uma compensação concedida a empresas para o desempenho de serviços públicos, a obrigação de provar que essa compensação excede os custos originados pelas obrigações de serviço público que lhes são impostas.»