CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. ANTONIO TIZZANO
présentées le 30 mars 2006 [1]

I — Introduction

1. Par arrêt du 14 décembre 2004, la Cour de cassation (France) a posé à la Cour, en application de l'article 234 CE, deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 88, paragraphe 3, CE et aux principes généraux de droit communautaire en matière de preuve.

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un recours introduit par la société Laboratoires Boiron SA (ci-après «Boiron») en vue d'obtenir le remboursement de la somme qu'elle avait versée à l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ci-après l'«ACOSS») au titre d'une taxe nationale sur les ventes directes de médicaments.

1 — Langue originale: l'italien

II — Le cadre juridique

Le droit communautaire

3. Aux fins de la présente affaire, on rappellera d'abord l'article 87, paragraphe 1, CE qui établit, comme on le sait, sauf dérogations prévues par le traité CE, l'incompatibilité avec le marché commun des aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises et affectent les échanges entre États membres.

4. Il convient aussi de mentionner l'article 88, paragraphe 3, CE qui, pour ce qui nous occupe ici, dispose:

«La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides.»

Le droit national

5. Les dispositions de la réglementation nationale pertinente aux fins de la présente affaire sont identiques à celles qui ont été déjà décrites dans nos conclusions présentées dans l'affaire Ferring [2], auxquelles nous renvoyons pour de plus amples détails. Nous nous bornerons par conséquent à en rappeler les éléments essentiels, pour ce qui nous intéresse ici.

6. En France, il existe deux circuits distincts de distribution des médicaments aux pharmacies, passant, l'un, par ce qu'il est convenu d'appeler les grossistes-répartiteurs et, l'autre, par des ventes directes des laboratoires pharmaceutiques.

7. Aux termes de l'article R.5124-2 du code de la santé publique, on entend par grossiste-répartiteur l'«entreprise se livrant à l'achat et au stockage de médicaments autres que ceux destinés à être expérimentés sur l'homme, en vue de leur distribution en gros et en l'état».

8. Dans l'exercice de leur activité, les grossistes-répartiteurs sont tenus de remplir des obligations particulières de service public imposées par les autorités françaises afin de garantir une distribution adaptée des médicaments sur le territoire [3].

9. Il convient de souligner que ces obligations de service public sont imposées aux seuls grossistes-répartiteurs et ne s'appliquent pas aux laboratoires pharmaceutiques qui décident de commercialiser leurs produits par vente directe, que ce soit de façon autonome (par un département interne ou une filiale) ou par l'intermédiaire de mandataires ad hoc.

10. Aux fins de la présente affaire, mentionnons en outre la loi n° 97-1164, du 19 décembre 1997, de financement de la sécurité sociale pour 1998 [4] (ci-après la «loi du 19 décembre 1997»), qui a institué une taxe spéciale sur les ventes directes de médicaments réalisées par les laboratoires pharmaceutiques auprès des pharmacies. Plus particulièrement, l'article 12 de cette loi a inséré dans le code de la sécurité sociale l'article L.245-6-1, aux termes duquel:

«Une contribution assise sur le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France auprès des pharmacies d'officine, des pharmacies

2 — Conclusions du 8 mai 2001 (arrêt du 22 novembre 2001, C-53/00, Rec. p. I-9067).

3 — Jusqu'au mois de février 1998, ces obligations étaient régies par l'arrêté du 3 octobre 1962 (*JORF* du 12 octobre 1962, p. 9999). Ce régime a été ensuite modifié par les décrets n° 98-79, du 11 février 1998 (*JORF* du 13 février 1998, p. 2287) et n° 99-144, du 4 mars 1999 (*JORF* du 5 mars 1999, p. 3294).

4 — JORF du 23 décembre 1997, p. 18635.

mutualistes et des pharmacies de sociétés de secours minières, au titre des ventes en gros de spécialités inscrites sur la liste mentionnée à l'article L.162-17, à l'exception des spécialités génériques définies à l'article L.601-6 du code de la santé publique, est due par les entreprises assurant l'exploitation d'une ou de plusieurs spécialités pharmaceutiques au sens de l'article L.596 du code de la santé publique.

Le taux de cette contribution est fixé à 2,5 %.»

11. La taxe en question, destinée à financer la Caisse nationale d'assurance maladie, a été délibérément instituée uniquement sur les ventes directes des laboratoires pharmaceutiques (à l'exclusion donc des ventes effectuées par les grossistes-répartiteurs), dans le but de rééquilibrer les conditions de concurrence entre les différents circuits de distribution des médicaments.

12. Cela ressort clairement de l'exposé des motifs du projet de la loi du 19 décembre 1997:

«Le développement très rapide des ventes directes au cours des dernières années risque de déséquilibrer le système de distribution du médicament remboursable.

Le présent article a pour objet de rétablir l'égalité de traitement entre les circuits de distribution en permettant la récupération a posteriori d'une partie de la marge du grossiste auprès des laboratoires pharmaceutiques. [...]

La contribution versée trimestriellement est assise sur le chiffre d'affaires réalisé au cours du trimestre précédent. Elle est recouvrée et contrôlée par l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale. Enfin, son produit est affecté à la CNAMTS (Caisse nationale d'assurance maladie).»

13. On observera que l'article L.245-6-1 du code de la sécurité sociale a été abrogé à compter du 1er janvier 2003, par l'article 16 de la loi n° 2002-1487, du 20 décembre 2002, de financement de la sécurité sociale pour 2003 [5].

III — Les faits et la procédure

14. Boiron est un laboratoire pharmaceutique spécialisé dans la fabrication de médicaments homéopathiques, que cette société distribue en France à travers un système de vente directe ou par l'intermédiaire de grossistes-répartiteurs.

5 — *JORF* du 24 décembre 2002, p. 21482.

15. À ce titre et afin de verser, pour les années 1998 et 1999, la contribution instituée par la loi du 19 décembre 1997 (ci-après la «taxe litigieuse»), Boiron a déclaré à l'ACOSS le chiffre d'affaires réalisé par vente directe aux pharmacies, mais pas celui réalisé par l'intermédiaire des grossistes-répartiteurs.

16. L'ACOSS, estimant que ce dernier chiffre d'affaires devait également être pris en compte aux fins du calcul de la contribution, a procédé à un redressement.

17. Boiron a payé les montants réclamés tout en contestant leur bien-fondé et a formé un recours gracieux auprès du conseil d'administration de l'ACOSS.

18. En l'absence d'une réponse de cet organisme, Boiron a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Lyon pour obtenir la restitution des sommes versées, faisant valoir que l'exonération de la taxe litigieuse prévue en faveur des grossistes-répartiteurs constituait une aide d'État illicite au regard de l'article 92 du traité CE (devenu, après modification, article 87 CE).

19. Le 3 juin 2000, ce tribunal a condamné l'ACOSS à rembourser à Boiron les sommes réclamées. Toutefois, sur appel interjeté par l'agence déboutée, le jugement du tribunal a été ensuite infirmé par arrêt de la cour d'appel de Lyon.

20. Boiron a donc formé un pourvoi devant la Cour de cassation; celle-ci, éprouvant des doutes quant à la portée de la jurisprudence communautaire en matière d'aides d'État, a, par arrêt du 14 décembre 2004, décidé de surseoir à statuer sur le pourvoi dont elle était saisie et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Le droit communautaire doit-il être interprété en ce sens qu'un laboratoire pharmaceutique redevable d'une contribution telle que celle prévue à l'article 12 de la loi n° 97-1164 du 19 décembre 1997 de financement de la sécurité sociale pour 1998 est en droit d'exciper de ce que l'absence d'assujettissement des grossistes-répartiteurs à cette contribution constitue une aide d'État pour en obtenir la restitution?

2) Dans l'affirmative et dès lors que le succès de la demande de restitution peut dépendre des seuls éléments produits par son auteur, le droit communautaire doit-il être interprété en ce sens que constituent des modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la restitution d'une contribution

obligatoire, telle que la contribution prévue par l'article 245-6-1 du Code de la sécurité sociale, dont la demande a été formée auprès de l'autorité compétente au motif que l'exonération de contribution dont bénéficient les grossistes-répartiteurs est constitutive d'une aide d'État qui n'a pas été notifiée à la Commission des Communautés européennes, des règles de droit national qui subordonnent cette restitution à la preuve, incombant à l'auteur de la demande, que l'avantage tiré par ces bénéficiaires excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale ou que les conditions fixées par la Cour de justice dans son arrêt du 24 juillet 2003 (Altmark) ne sont pas réunies?»

21. Il convient de préciser qu'en cours d'instance l'Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) est venue aux droits et obligations de l'ACOSS.

22. Dans la procédure ainsi engagée, Boiron, l'Urssaf, le gouvernement français et la Commission des Communautés européennes ont présenté des observations écrites et sont intervenus à l'audience du 13 octobre 2005.

IV — Analyse juridique

Sur la première question

Observations préalables

23. À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que la nature de la taxe en cause dans le litige au principal a été déjà abordée dans l'affaire Ferring, précitée. Dans cette affaire, la Cour a jugé que ladite taxe, en ce qu'elle grevait uniquement les ventes directes de médicaments réalisées par les laboratoires pharmaceutiques, constituait une aide d'État aux grossistes-répartiteurs, dans la mesure où l'avantage qu'ils tiraient du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments eût excédé les surcoûts supportés pour l'accomplissement d'obligations de service public [6].

24. Il convient également de rappeler que, par loi du 20 décembre 2002, la République française a supprimé cette contribution.

25. Le problème soulevé dans le cadre de la présente procédure concerne dès lors uniquement les éventuels effets anticoncurren-

6 — Arrêt precité à la note 2, points 14 à 29.

tiels engendrés par l'imposition de la taxe pendant les années qui ont précédé la suppression de celle-ci. Par la première question, la Cour de cassation souhaite en effet savoir si les entreprises qui ont payé cette taxe peuvent en demander le remboursement en justice, au cas où il serait constaté qu'elle constitue une aide.

Appréciation

26. De l'avis de la juridiction de renvoi, la jurisprudence de la Cour n'est pas tout à fait claire sur ce point. En effet, dans l'arrêt Banks, la Cour semblerait avoir exclu, en principe, que les redevables d'une contribution obligatoire puissent faire valoir que l'exonération dont bénéficient d'autres personnes constitue une aide d'État, pour se soustraire au paiement de ladite contribution ou pour obtenir le remboursement de celle-ci [7]. Cette solution aurait été ultérieurement confirmée dans l'arrêt Sea-Land Service et Nedlloyd Lijnen [8].

27. Toutefois, la juridiction de renvoi relève également que, dans les affaires Ferring, précitée, et GEMO [9], qui soulevaient à son avis des questions analogues à celles abordées dans les affaires Banks et Sea-Land Service et Nedlloyd Lijnen, précitées, la Cour n'aurait pas expressément exclu cette possibilité. En toute hypothèse, dans l'arrêt Van Calster e.a., la Cour aurait admis que, dans certaines circonstances, les juridictions nationales peuvent ordonner le remboursement de taxes ou de cotisations faisant partie intégrante d'une mesure d'aide [10].

28. Il n'est guère besoin de rappeler, tout d'abord, que le contrôle communautaire en matière d'aides vise à éviter les distorsions que certaines mesures nationales peuvent entraîner dans le jeu de la concurrence entre les entreprises d'un même secteur. Par conséquent, une fois qu'il a été constaté qu'une mesure nationale constitue une aide incompatible, il convient d'éliminer les effets de distorsion provoqués par cette mesure en rétablissant la situation antérieure [11]. En principe, ce rétablissement s'obtient en astreignant les bénéficiaires à restituer les aides illégales à l'entité qui les a octroyées; en effet, selon une jurisprudence constante, la récupération d'une aide est la conséquence logique de la constatation de son illégalité [12].

7 — Arrêt du 20 septembre 2001 (C-390/98, Rec. p. I-6117, point 80).

8 — Arrêt du 13 juin 2002 (C-430/99 et C-431/99, Rec. p. I-5235, point 47).

9 — Arrêt du 20 novembre 2003 (C-126/01, Rec. p. I-13769).

10 — Arrêt du 21 octobre 2003 (C-261/01 et C-262/01, Rec. p. I-12249, points 53 et 54).

11 — Voir, entre autres, arrêts du 14 septembre 1994, Espagne/Commission (C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 75), et du 4 avril 1995, Commission/Italie (C-348/93, Rec. p. I-673, point 26).

12 — Voir, notamment, arrêts du 21 mars 1990, Belgique/Commission (C-142/87, Rec. p. I-959, point 66), et Commission/Italie (précité à la note 11), points 26 et 27.

29. Dans le cas qui nous occupe, puisque l'aide alléguée consisterait dans l'imposition asymétrique de la taxe litigieuse à l'endroit des seuls laboratoires pharmaceutiques, avantageant ainsi les grossistes-répartiteurs (non assujettis), le retour à une situation de concurrence pourrait s'effectuer grâce au paiement, par les grossistes-répartiteurs, de sommes équivalant au montant à concurrence duquel ils ont bénéficié d'un dégrèvement fiscal substantiel.

30. Ainsi que nous l'avons évoqué plus haut, Boiron n'a du reste pas suivi cette voie, mais s'est placée dans une perspective pour ainsi dire inverse. En effet, au lieu de demander le paiement de sommes dont le montant correspond à celui de la taxe également aux grossistes-répartiteurs, elle a saisi le juge national d'une action en répétition des sommes qu'elle a, à son avis, indûment payées. Il s'agit dès lors de vérifier si, dans un cas comme celui de l'espèce, une telle action est admissible pour éliminer les effets de distorsion de l'aide éventuelle et rétablir le statu quo ante.

31. Sur ce point, les parties ont avancé des thèses tout à fait divergentes. Boiron soutient qu'en l'espèce le remboursement des contributions payées par les entreprises assujetties à la taxe litigieuse serait le moyen le plus adéquat pour éliminer les distorsions de concurrence alléguées. En effet, toujours selon la demanderesse au principal, en l'occurrence l'aide procéderait non pas de l'absence d'assujettissement des grossistes-répartiteurs à la taxe, mais de l'assujettissement des laboratoires pharmaceutiques à une taxe instituée dans le seul but de créer, à des fins alléguées de rééquilibrage, une inégalité de traitement fiscal entre les deux catégories d'entreprises.

32. La Commission, l'Urssaf et le gouvernement français estiment en revanche qu'une telle action n'est pas admissible, puisqu'elle ne permettrait pas de supprimer les effets anticoncurrentiels éventuels de la mesure; au contraire, elle accentuerait la violation du droit communautaire, car elle élargirait le cercle des personnes exemptées du paiement de la taxe et, partant, celui des bénéficiaires de l'aide. Selon la Commission, la voie obligée pour Boiron eût été celle d'une action visant à ce que l'État soit condamné à récupérer l'aide illégalement accordée aux grossistes-répartiteurs.

33. Pour notre part, nous relèverons d'abord que la Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur des demandes de remboursement qui, à première vue, pourraient paraître semblables à celle en cause.

34. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la Cour a en effet précisé que, dans le cas d'aides octroyées moyennant des exonérations fiscales, «les redevables d'une contribution obligatoire *ne* sauraient exciper de ce que l'exonération dont bénéficient d'autres personnes constitue une aide d'État pour se

soustraire au paiement de ladite contribution» [13] ou «pour en obtenir le remboursement» [14].

35. En pareil cas, en effet, c'est non pas la mesure fiscale en tant que telle — relevant du reste de l'exercice légitime des pouvoirs de l'État membre en matière fiscale —, mais l'exonération accordée à certains contribuables qui constitue une mesure d'aide éventuellement contraire aux règles communautaires en matière d'aides [15].

36. C'est dès lors précisément cette exonération, et uniquement cet aspect de la mesure fiscale, que doivent contester les requérants qui invoquent l'existence d'une aide. La Cour a par conséquent dit qu'en pareil cas les distorsions de concurrence doivent toujours être éliminées moyennant la récupération de l'aide accordée, en précisant également les modalités de cette récupération: «il [appartiendra] seulement aux autorités [...] de prendre des mesures ordonnant aux entreprises bénéficiaires de l'aide de verser des sommes dont le montant correspondant à celui de l'exonération fiscale qui leur a été illégalement consentie» [16].

37. La présente espèce se distingue cependant de celle qui vient d'être décrite.

38. En effet, la législation nationale qui a institué la taxe sur les ventes directes ne se présente pas comme une imposition générale (légalement instituée) s'accompagnant d'une exonération simultanée (et illégale) de certaines entreprises. Il s'agit au contraire d'un prélèvement imposé de manière «asymétrique», c'est-à-dire d'une taxe qui ne grève que certains opérateurs économiques (les laboratoires pharmaceutiques), et non pas d'autres opérateurs qui se trouvent dans un rapport de concurrence avec les premiers (les grossistes-répartiteurs), pour compenser des charges que ceux-ci supporteraient.

39. Le cas d'espèce se rapporte donc à une situation tout à fait particulière, une situation dans laquelle, ainsi que la Cour l'a également relevé dans l'arrêt Ferring (sans que personne ne conteste du reste ce point), la taxe litigieuse a été instituée dans le but essentiel de compenser, par une inégalité de traitement fiscal, une prétendue asymétrie entre deux groupes d'entreprises.

40. Il ressort en effet clairement des travaux préparatoires de la loi du 19 décembre 1997 (mais également d'une décision du Conseil constitutionnel français) que l'imposition de la taxe sur les seules ventes directes réalisées par les laboratoires pharmaceutiques visait

13 — Arrêt Banks (précité à la note 7), point 80; c'est nous qui soulignons. Dans le même sens, voir arrêts du 9 mars 2000, EKW et Wein & Co. (C-437/97, Rec. p. I-1157, point 52), et du 13 juillet 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Rec. p. I-6049, point 20).

14 — Arrêt du 27 octobre 2005, Casino France e.a. (C-266/04 à C-270/04, C-276/04 et C-321/04 à C-325/04, Rec. p. I-9481, point 44).

15 — Sur ce point voir, notamment, les conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 juillet 2005, dans l'affaire Casino France e.a. (précitée à la note 14), point 38.

16 — Arrêt du 10 juin 1993, Commission/Grèce (C-183/91, Rec. p. I-3131, point 17).

précisément à introduire un régime fiscal plus favorable aux grossistes-répartiteurs, compensant ainsi le désavantage concurrentiel découlant, selon le législateur français, de l'imposition d'obligations de service public à ces personnes [17].

41. En l'occurrence, nous ne sommes donc pas en présence d'une première disposition qui institue légalement une taxe et d'une seconde disposition qui accorde illégalement certaines exonérations de ladite taxe. Au contraire, c'est la disposition même imposant la taxe qui est, par hypothèse, illégale, puisqu'elle est conçue de manière à conférer un avantage concurrentiel à certaines entreprises qui ne sont pas assujetties à la taxe. Il s'ensuit que précisément l'imposition asymétrique de la taxe (uniquement) à une catégorie d'entreprises détermine l'aide éventuelle.

42. Dans ces circonstances, il nous semble qu'il n'y a pas d'obstacle en principe à ce que ces entreprises aient la possibilité de contester la légalité de la taxe devant les juridictions nationales compétentes et d'en demander la restitution.

43. Cette solution semble tout d'abord trouver une confirmation indirecte dans la jurisprudence relative à l'imposition de ce qu'il est convenu d'appeler les taxes parafiscales, c'est-à-dire dans des hypothèses où l'aide d'État illégale est constituée par l'affectation, sous forme de subventions au profit de certaines personnes, des fonds récoltés grâce à une taxe instituée spécifiquement à cette fin (à savoir la taxe parafiscale, précisément). Les contributions versées par les entreprises au titre de cette taxe constituent, dans ces cas, le moyen de financement de la mesure publique de soutien.

44. Nous rappelons à ce propos que, dans l'arrêt Van Calster e.a., précité, invoqué également par la demanderesse au principal, la Cour a affirmé que, «lorsqu'une mesure d'aide dont le mode de financement fait *partie intégrante* a été mise en œuvre en méconnaissance de l'obligation de notification, les juridictions nationales sont tenues, en principe, d'*ordonner le remboursement* des taxes ou des cotisations spécifiquement levées pour financer cette aide» [18]. Selon la Cour, ce n'est qu'ainsi que l'on peut rétablir le statu quo ante aussi bien à l'égard des entreprises qui ont injustement bénéficié de l'aide qu'à l'égard de celles qui ont dû financer une aide illégale [19].

45. Par conséquent, comme pour les taxes parafiscales, on peut, selon nous, constater également dans la présente espèce un lien contraignant et nécessaire (voire une véri-

17 — Voir arrêt Ferring (précité à la note 2), point 19. Voir, également, point 12 ci-dessus.

18 — Arrêt précité à la note 10, points 53 et 54, c'est nous qui soulignons.

19 — Voir, sur ce point, arrêt du 27 novembre 2003, Enirisorse (C-34/01 à C-38/01, Rec. p. I-14243, points 44 et 45).

table identité) entre la taxe et l'avantage fiscal [20]. En fait, l'avantage par hypothèse sélectivement consenti aux grossistes-répartiteurs découle, comme nous l'avons déjà souligné, de l'asymétrie de la taxe instituée par la loi du 19 décembre 1997, puisque précisément l'imposition asymétrique de cette taxe uniquement à certaines entreprises fait naître, toujours par hypothèse, une situation d'avantage relatif pour les entreprises qui n'y sont pas assujetties.

46. En d'autres termes, l'imposition de la taxe aux laboratoires pharmaceutiques et le non-assujettissement des grossistes-répartiteurs constituent, en somme, les deux volets inséparables de la mesure française que cette taxe a instituée.

47. Mais ce n'est pas tout. On observera en outre que, quoique de manière indirecte, la contribution versée par les laboratoires pharmaceutiques influence également l'importance de l'aide reçue par les grossistes-répartiteurs. L'avantage que ceux-ci tirent de l'assujettissement de leurs concurrents à la mesure litigieuse est en effet nécessairement fonction du taux de la taxe controversée, étant donné qu'il est clair que plus celle-ci est élevée, plus l'avantage concurrentiel obtenu par les entreprises concurrentes non assujetties est important.

48. Par conséquent, contrairement à ce que soutiennent la Commission et l'Urssaf, il y a lieu de considérer la taxe en question comme une partie intégrante et indispensable de la mesure d'aide, car, répétons-le, c'est précisément l'introduction, en 1997, de cette taxe asymétrique qui a créé un avantage concurrentiel au profit des grossistes-répartiteurs et provoqué, de ce fait, les distorsions de concurrence dans le secteur.

49. Mais, si tel est le cas, il nous semble alors que la solution évoquée par la demanderesse au principal et consistant en l'élimination des effets de la taxe (grâce au remboursement des contributions versées par les entreprises assujetties) pourrait constituer un moyen particulièrement efficace de rétablir le statu quo ante [21].

50. De fait, en éliminant les effets de la taxe, on ne ferait que revenir à la situation qui existait avant l'institution de ladite taxe, c'est-à-dire à une situation dans laquelle les grossistes-répartiteurs et les laboratoires n'étaient pas soumis à un traitement fiscal différent.

51. En outre, si l'imposition asymétrique de la taxe représente la mesure d'aide illégale, nous tenons pour convaincante la thèse

20 — Sur l'importance fondamentale d'un lien entre la taxe et la mesure d'aide, voir arrêt du 13 janvier 2005, Streekgewest (C-174/02, Rec. p. I-85, points 22 et suiv.).

21 — Nous rappelons que nous avions déjà envisagé cette possibilité dans nos conclusions présentées dans l'affaire Ferring (précitée à la note 2), points 22 et 23.

avancée par Boiron, qui considère comme entachés d'illégalité les actes par lesquels les autorités françaises ont perçu les contributions illégalement imposées aux (seuls) laboratoires pharmaceutiques.

52. À cet égard, nous rappelons en effet que, selon une jurisprudence constante, «[l]es juridictions nationales *doivent* garantir aux justiciables qui sont en mesure de se prévaloir d'une [méconnaissance de la part des autorités nationales de l'article 88, paragraphe 3, CE] que toutes les conséquences en seront tirées, conformément à leur droit national, tant en ce qui concerne *la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aide*, que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires» [22].

53. Ce pouvoir et devoir du juge national d'agir pour la sauvegarde des droits de ces justiciables découle, comme on le sait, de l'effet direct qu'a l'article 88, paragraphe 3, CE [23]. Et, comme le fait bien comprendre le passage qui vient d'être cité, cela impose au juge de prendre toutes les mesures juridiques que son droit national laisse à sa disposition pour parvenir à protéger les justiciables.

54. Compte tenu de cela, nous ne voyons aucune raison qui, en présence de conditions tout à fait particulières telles que celles de l'espèce, empêcherait la juridiction nationale de protéger les entreprises affectées par l'aide illégale en instruisant une demande de remboursement telle que celle introduite par Boiron.

55. En outre, contrairement à ce que soutiennent le gouvernement français, l'Urssaf et la Commission, il nous semble que cette solution n'aurait pas pour effet d'aggraver l'illégalité, en augmentant le nombre des bénéficiaires de la mesure au détriment des entreprises assujetties à la taxe litigieuse. C'est précisément le contraire qui nous semble être vrai. En effet, cette solution conduirait à une diminution du nombre des entreprises lésées par l'aide alléguée et, partant, réduirait le champ d'application asymétrique de la taxe et, par voie de conséquence, les effets anticoncurrentiels de celle-ci.

56. Nous observerons, d'autre part, qu'une décision de la Cour qui admettrait un remboursement de la taxe litigieuse représenterait, fort probablement, un signal également pour les autres laboratoires pharmaceutiques qui s'estiment lésés en raison de l'octroi de l'aide en question. En effet, tout opérateur économique avisé pourrait agir — comme Boiron l'a fait — en vue d'obtenir le remboursement de ce qui a été indûment versé au titre de la taxe.

22 — Arrêt du 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Rec. p. I-5505, point 12, ci-après l'«arrêt Saumon»; c'est nous qui soulignons). Voir, également, arrêt du 11 juillet 1996, SFEI (C-39/94, Rec. p. I-3547, point 40).

23 — Voir arrêt du 11 décembre 1973, Lorenz (120/73, Rec. p. 1471, point 7).

57. Une telle solution nous semble enfin préférable pour des raisons d'économie de procédure, puisqu'elle rendrait moins onéreuse la protection juridictionnelle des droits des justiciables lésés par des mesures d'aide illégales du type de celle en cause. La solution contraire — qui est suggérée par la Commission — comporterait en effet le rejet de la demande de remboursement introduite par Boiron, et la nécessité pour cette entreprise d'agir à nouveau devant les juridictions nationales, afin de faire ordonner aux autorités nationales compétentes d'étendre rétroactivement la contribution litigieuse aux entreprises qui initialement n'y étaient pas assujetties. Il est cependant difficile de nier que cette solution rendrait beaucoup plus complexe, onéreuse et incertaine l'élimination des effets anticoncurrentiels de la taxe litigieuse. Et ce d'autant plus que, par loi du 20 décembre 2002, les autorités françaises ont décidé de supprimer cette taxe, au lieu de l'étendre également aux grossistes-répartiteurs.

58. Cela dit, il nous paraît important de préciser que, si la juridiction nationale devait s'orienter dans le sens qui est suggéré ici, elle devra ordonner le remboursement non pas de l'ensemble des contributions payées par Boiron, mais seulement de la fraction de ces contributions qui excède ce qu'il est convenu d'appeler les surcoûts. En effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans l'affaire Ferring, précitée, l'éventuel avantage illégalement perçu par les grossistes-répartiteurs correspond non pas à l'ensemble du montant des contributions que l'État a renoncé à percevoir, mais uniquement aux sommes qui dépassent les surcoûts que ces entreprises ont dû supporter pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées [24].

59. Ce serait donc uniquement la partie des contributions versées correspondant à la surcompensation alléguée des obligations de service public qui constitue une charge fiscale indue pour les laboratoires pharmaceutiques et un avantage illégal pour les grossistes-répartiteurs.

60. Il appartiendra bien entendu au juge national de s'assurer, en premier lieu, de l'existence d'un élément d'aide dans le dégrèvement accordé aux grossistes-répartiteurs et, en second lieu, d'en déterminer éventuellement le montant exact. À cet égard, nous nous bornerons à rappeler que, dans l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, précité, la Cour a précisé que, lorsque les entreprises chargées de l'exécution d'obligations de service public ne sont pas sélectionnées en ayant recours à

24 — Et pour autant que les autres conditions résultant des arrêts Ferring et du 24 juillet 2003, Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg (C-208/00, Rec. p. I-7747), soient remplies. Nous rappelons que, dans l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, points 89 à 93, la Cour a énoncé les conditions qui doivent être réunies pour qu'une compensation accordée à une entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public puisse échapper à la qualification d'aide d'État: 1) l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies; 2) les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente; 3) la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable; 4) lorsque la sélection n'est pas faite selon une procédure de marché public, le niveau de la compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, devrait encourir pour exécuter les obligations de service public en question.

une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour ladite exécution [25].

61. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre à la première question qui lui a été posée par la Cour de cassation que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un laboratoire pharmaceutique redevable d'une contribution telle que celle prévue à l'article 12 de la loi du 19 décembre 1997 excipe de ce que l'absence d'assujettissement des grossistes-répartiteurs à cette contribution constitue une aide d'État, pour obtenir la restitution de la partie des sommes versées qui correspond à l'avantage économique injustement obtenu par les grossistes-répartiteurs.

Sur la seconde question

Remarques liminaires

62. En cas de réponse affirmative à la première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, à la Cour, si le droit communautaire s'oppose à des règles nationales qui imposent à un demandeur qui invoque la nature d'aide d'une compensation accordée à des entreprises pour l'accomplissement de services publics (en l'occurrence, le dégrèvement consenti aux grossistes-répartiteurs) d'apporter la preuve que cette compensation excède les coûts découlant des obligations de service public imposées à ces entreprises.

63. En formulant la question qui nous occupe, la juridiction de renvoi cite tout d'abord l'article 1315 du code civil français, aux termes duquel «[c]elui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver». Elle souligne en outre que, en vertu de l'article 9 du nouveau code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits à l'appui de sa prétention.

64. En application de ces dispositions — poursuit la Cour de cassation —, c'est à la personne qui agit contre une mesure publique de prouver que cette mesure constitue une aide d'État au regard du traité. Dans une affaire portant sur des mesures publiques de soutien à des personnes chargées d'un service public, il incomberait, par conséquent, à la partie demanderesse de prouver que les conditions qui excluent l'existence d'une aide (en particulier celles exigées par la jurisprudence Altmark Trans

25 — Arrêt précité à la note 24, point 93.

et Regierungspräsidium Magdeburg [26]) ne sont pas satisfaites.

65. Dans le souci d'être complète, la juridiction de renvoi rappelle enfin que l'article 10 du nouveau code de procédure civile prévoit la possibilité, pour le juge, d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. Elle souligne cependant que cette disposition donne au juge national une simple faculté d'agir et ne l'oblige pas à suppléer à l'éventuelle insuffisance des éléments d'information dont la partie demanderesse dispose.

66. Pour cette raison, la Cour de cassation demande à la Cour si, en l'espèce, des dispositions nationales telles que celles mentionnées doivent être considérées comme incompatibles avec le droit communautaire en ce qu'elles constituent des modalités de preuve dont l'effet serait de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile d'obtenir la protection de ces droits.

Appréciation

67. Nous rappellerons d'abord que, selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, pour autant, d'une part, que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et, d'autre part, qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire [27].

68. Passant à l'examen des dispositions procédurales nationales indiquées par la juridiction de renvoi, nous relevons que ces règles ne sont rien d'autre que des dispositions établissant, selon un principe général constant du droit, qu'il incombe à la personne qui veut faire valoir un droit en justice de prouver les faits sur lesquels elle fonde sa demande, règle souvent exprimée par le célèbre adage latin ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat [28].

26 — Voir note 24 ci-dessus.

27 — Voir, entre autres, arrêts du 16 décembre 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989, point 5); du 9 novembre 1983, San Giorgio (199/82, Rec. p. 3595, point 12), et du 24 septembre 2002, Grundig Italiana (C-255/00, Rec. p. I-8003, point 33). En matière d'aides, voir arrêts Saumon (précité à la note 22, point 12), et du 2 février 1989, Commission/Allemagne (94/87, Rec. p. 175, point 12).

28 — Pour une reconnaissance expresse de la validité de ce principe également dans le procès communautaire, voir arrêt du Tribunal du 10 mai 1990, Sens/Commission (T-117/89, Rec. p. II-185, point 20). Voir, également, arrêts du 28 juin 1988, Commission/Italie (3/86, Rec. p. 3369, point 13), et du 5 octobre 1989, Commission/Pays-Bas (290/87, Rec. p. 3083, points 11 et 20).

69. Il y a donc lieu de se demander si ce principe fondamental peut, en l'occurrence, créer des difficultés excessives pour un requérant dans une procédure telle que celle de l'espèce.

70. On peut assurément être d'accord avec Boiron et la Commission sur le fait que parfois il pourrait se révéler difficile, pour un concurrent de l'entreprise présumée bénéficiaire d'aides, de prouver que la compensation excède les surcoûts découlant de l'accomplissement des obligations de service public. En effet, les informations relatives aux coûts de gestion des entreprises sont normalement d'ordre strictement confidentiel.

71. Toutefois, un examen des dispositions pertinentes du nouveau code de procédure civile français révèle qu'une grande latitude est laissée au juge national pour prendre toutes les mesures d'instruction utiles à l'obtention des éléments nécessaires à la solution du litige.

72. La juridiction de renvoi elle-même a en effet indiqué que l'article 10 du nouveau code de procédure civile permet au juge national, s'il l'estime opportun, d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.

73. En outre, ainsi que l'Urssaf le souligne judicieusement dans son mémoire, les articles 143 à 146 du nouveau code de procédure civile permettent au juge d'ordonner, notamment à la demande d'une partie, des mesures d'instruction à n'importe quel moment de la procédure, dès lors qu'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants pour statuer. Parmi ces mesures, le juge peut ordonner à une partie ou à un tiers au litige de produire un acte ou une pièce (article 138 du nouveau code de procédure civile).

74. Sur le fondement de ces dispositions, nous estimons par conséquent qu'il existe une possibilité réelle pour le juge national d'intervenir, aussi bien à la demande d'une partie que d'office, en ordonnant les mesures d'instruction nécessaires, de manière à surmonter les difficultés éventuelles éprouvées par une partie pour apporter certains types de preuves (par exemple des preuves concernant les coûts de gestion d'un concurrent).

75. Nous rappelons en outre que les conditions que la Cour a énoncées dans l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg, précité [29], pour exclure

29 — Voir note 24 ci-dessus

l'existence d'une aide dans les cas considérés, sont d'ordre cumulatif. Par conséquent, il suffira à un demandeur de démontrer que l'une de ces conditions n'est pas satisfaite pour que le juge national doive conclure que la compensation en question constitue une aide d'État au sens du traité. Or, s'il est vrai qu'il pourrait parfois se révéler difficile pour un demandeur de prouver que la compensation payée au prestataire de services dépasse les coûts occasionnés par le service public, il ne nous semble cependant pas que de telles difficultés d'administration de la preuve soient envisageables lorsqu'il s'agit de prouver que l'une des trois autres conditions énoncées par l'arrêt Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg n'est pas remplie.

76. Nous relevons, par exemple, que la quatrième condition impose une appréciation de la compensation à la lumière d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne aurait encourus pour l'accomplissement desdits services. L'examen de cette condition requise ne nous paraît pas exiger l'accès à des données de nature confidentielle dont seule l'entreprise bénéficiaire ou l'État pourrait disposer. Au contraire, les données nécessaires à une analyse de cet ordre sont typiquement des éléments dont l'entreprise qui opère, ou qui a l'intention d'opérer, sur le marché en question devrait avoir connaissance.

77. Nous ajouterons enfin que nous ne tenons pas pour convaincante la thèse de la Commission qualifiant la preuve en question de «preuve négative» qu'il serait par conséquent normal d'imposer à l'État membre ou au bénéficiaire présumé de l'aide. L'argument nous paraît axé sur une simple question terminologique. En réalité, il nous semble que les faits dont Boiron doit faire la preuve devant la juridiction de renvoi peuvent tous être qualifiés également de faits positifs: compensation excessive par rapport aux coûts encourus au titre du service public, existence d'un avantage économique pour le prestataire du service, etc.

78. Compte tenu de ce qui précède, il ne nous semble pas que les dispositions générales du droit national en matière de charge de la preuve, de la teneur de celles mentionnées par la juridiction de renvoi, soient de nature à rendre «en pratique impossible ou excessivement difficile» la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire en matière d'aides d'État.

79. Nous proposons par conséquent à la Cour de répondre à la seconde question en ce sens que le droit communautaire ne s'oppose pas à des dispositions nationales imposant à un demandeur qui invoque la nature d'aide d'une compensation accordée à des entreprises pour l'exécution de services publics d'apporter la preuve que cette compensation excède les coûts occasionnés par les obligations de service public imposées à ces entreprises.

V — Conclusion

80. Eu égard aux considérations qui précèdent, nous proposons à la Cour de répondre comme suit aux questions préjudicielles qui lui ont été soumises par la Cour de cassation:

«1) Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un laboratoire pharmaceutique redevable d'une contribution telle que celle prévue à l'article 12 de la loi n° 97-1164, du 19 décembre 1997, de financement de la sécurité sociale pour 1998, excipe de ce que l'absence d'assujettissement des grossistes-répartiteurs à cette contribution constitue une aide d'État, pour obtenir la restitution de la partie des sommes versées qui correspond à l'avantage économique injustement obtenu par les grossistes-répartiteurs.

2) Le droit communautaire ne s'oppose pas à des dispositions nationales imposant à un demandeur qui invoque la nature d'aide d'une compensation accordée à des entreprises pour l'exécution de services publics d'apporter la preuve que cette compensation excède les coûts occasionnés par les obligations de service public imposées à ces entreprises.»