LABORATOIRES BOIRON

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 30. marts 2006 [1]

I — Indledning

1. Med sin afgørelse af 14. december 2004 har Cour de cassation i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af artikel 88, stk. 3, EF og om fællesskabsrettens generelle principper vedrørende bevisbyrde.

2. Spørgsmålene er rejst i forbindelse med en sag anlagt af selskabet Laboratoires Boiron SA (herefter »Boiron«) med henblik på at opnå tilbagebetaling af det beløb, som selskabet har erlagt til Agence centrale des organismes de sécurité sociale (landssammenslutningen af sociale sikringsinstitutioner, herefter »ACOSS«) i form af en national afgift på direkte salg af lægemidler.

1 — Originalsprog: italiensk.

II — Retsforskrifter

Fællesskabsretten

3. I den foreliggende sag skal der henvises til artikel 87, stk. 1, EF, der som bekendt fastslår, at bortset fra de i traktaten hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

4. Nævnes bør ligeledes artikel 88, stk. 3, EF, der foreskriver følgende, som har relevans for den aktuelle sag:

»Kommissionen skal underrettes så betids om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger, at den kan fremsætte sine bemærkninger hertil.«

Den nationale ret

5. De for den foreliggende sag relevante nationale retsforskrifter svarer til dem, som jeg allerede har beskrevet i mit forslag til afgørelse i Ferring-sagen [2], og som jeg henviser til for en mere indgående behandling. Her begrænser jeg mig til de væsentligste forhold af relevans for denne sag.

6. I Frankrig leveres lægemidler til apotekerne ad to forskellige kanaler: enten via de såkaldte distributør-grossister (»grossistes répartiteurs«) eller ved direkte salg fra lægemiddellaboratorierne.

7. I artikel R.5124-2 i code de la santé publique (lov om folkesundheden) er »distributør-grossist« defineret som »enhver virksomhed, der beskæftiger sig med køb og oplagring af lægemidler, bortset fra sådanne, der skal benyttes til eksperimenter på mennesker, med henblik på engros-salg heraf uden yderligere forarbejdning«.

8. Under udøvelsen af denne aktivitet skal distributør-grossisterne opfylde særlige forpligtelser til offentlig tjeneste pålagt af de franske myndigheder for at sikre en passende distribution af lægemidler på statens område [3].

9. Det skal understreges, at de nævnte forpligtelser til offentlig tjeneste udelukkende er pålagt distributør-grossisterne og ikke gælder for de lægemiddellaboratorier, der beslutter at markedsføre deres produkter ved direkte salg, enten selvstændigt (gennem en afdeling i virksomheden eller et datterselskab) eller gennem særligt bemyndigede.

10. I den foreliggende sag skal der desuden henvises til lov nr. 97-1164 af 19. december 1997 om finansiering af den sociale sikring i 1998 [4] (Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998, herefter »lov af 19. december 1997«), hvorved der er blevet indført et særligt bidrag på direkte salg af lægemidler fra lægemiddellaboratorierne til apotekerne. Artikel L.245-6-1, der blev indsat i Code de la sécurité sociale (lov om social sikring) ved artikel 12 i lov af 19. december 1997, bestemmer:

»De virksomheder, der sælger et eller flere lægemidler i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel L.596 i lov om folkesund-

2 — Forslag til afgørelse af 8.5.2001, sag C-53/00, Ferring, dom af 22.11.2001, Sml. I, s. 9067.

3 — Indtil februar 1998 var de nævnte forpligtelser hjemlet i et dekret af 3.10.1962 (JORF af 12.10.1962, s. 9999). Denne bestemmelse blev siden ændret ved dekret nr. 98-79 af 11.2.1998 (JORF af 13.2.1998, s. 2287) og nr. 99-144 af 4.3.1999 (JORF af 5.3.1999, s. 3294).

4 — JORF af 23.12.1997, s. 18635.

heden, skal betale et bidrag, der fastsættes på grundlag af den omsætning uden afgifter, som disse virksomheder har haft i Frankrig ved engrossalg til produktionsapoteker, andelsapoteker og apoteker tilhørende selskaber inden for mineredningsarbejde af lægemidler, der er optaget på den liste, der nævnes i artikel L.162-17, med undtagelse af de generiske lægemidler, som angives i artikel L.601-6 i lov om folkesundheden.

Dette bidrag er fastsat til 2,5%.«

Denne artikel har til formål at genoprette ligebehandlingen af distributionsnettene ved at give mulighed for, at lægemiddellaboratorierne efterfølgende genvinder en del af grossistens avance. [...]

Bidraget, som skal betales hvert kvartal, fastsættes på grundlag af den fakturerede omsætning i det foregående kvartal. Det opkræves og kontrolleres af Agence centrale des organismes de sécurité sociale. Endelig overføres indtægterne derfra til CNAMTS (Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés).«

11. Den pågældende afgift, der skal finansiere Caisse nationale d'assurance maladie, blev netop indført udelukkende på lægemiddellaboratoriernes direkte salg (og således med undtagelse af det salg, som foretages af distributør-grossisterne), med det formål at afbalancere konkurrencevilkårene mellem de forskellige distributionsnet for lægemidler.

12. Dette fremgår tydeligt af forarbejderne til lov af 19. december 1997:

»Det direkte salg har udviklet sig meget hurtigt inden for de seneste år, hvilket risikerer at forstyrre balancen i distributionssystemet for lægemidler, der refunderes af sygesikringen.

13. Det bemærkes, at med virkning fra den 1. januar 2003 er artikel L.245-6-1 i lov om social sikring blevet ophævet ved artikel 16 i lov nr. 2002-1487 af 20. december 2002 om finansiering af den sociale sikring i 2003 [5].

III — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

14. Boiron er et lægemiddellaboratorium, der er specialiseret i produktion af homøopatiske lægemidler, som det distribuerer i Frankrig via et system med direkte salg eller gennem distributør-grossister.

5 — JORF af 24.12.2002, s. 21482.

15. I den forbindelse og med henblik på at betale det i lov af 19. december 1997 fastsatte bidrag for årene 1998 og 1999 (herefter »den omtvistede afgift«) oplyste Boiron ACOSS om omsætningen i forbindelse med det direkte salg til apotekerne, men ikke om den omsætning, der er skabt ved distributør-grossisternes mellemkomst.

16. ACOSS mente, at også den sidstnævnte omsætning skulle indgå i beregningsgrundlaget for bidraget, og foretog derfor en berigtigelse.

17. Boiron betalte de opkrævede beløb, men fremsatte en administrativ klage til ACOSS' styrelsesråd, hvori selskabet anfægtede forpligtelsen til at betale.

18. Da ACOSS ikke besvarede denne klage, anlagde Boiron sag ved Tribunal des affaires de sécurité sociale (socialretten) i Lyon med påstand om tilbagebetaling af de opkrævede beløb, idet selskabet gjorde gældende, at den omstændighed, at distributør-grossisterne er fritaget for at betale den omtvistede afgift, udgjorde ulovlig statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i EF-traktatens artikel 92 (efter ændring nu artikel 87 EF).

19. Den 3. juni 2000 dømte retten ACOSS til at tilbagebetale det påståede beløb til Boiron. Men efter appel fra ACOSS blev dommen efterfølgende ophævet af Cour d'appel de Lyon.

20. Boiron indbragte herefter sagen for Cour de cassation, der nærede tvivl om rækkevidden af Fællesskabets retspraksis vedrørende statsstøtte og derfor med sin afgørelse af 14. december 2004 udsatte den verserende sag og besluttede at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal fællesskabsretten fortolkes således, at et lægemiddellaboratorium, der skal betale et bidrag som det [...], der er fastsat i artikel 12 i lov nr. 97-1164 af 19. december 1997 om finansiering af den sociale sikring i 1998, kan påberåbe sig, at den omstændighed, at distributør-grossisterne ikke er pålagt [dette bidrag], udgør statsstøtte med henblik på at opnå tilbagebetaling?

2) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, og henset til, at gennemførelsen af tilbagebetalingskravet alene kan afhænge af den dokumentation, som den, der fremsætter kravet, har fremlagt, ønskes det oplyst, om fællesskabsretten skal fortolkes således, at de nationale regler, hvorefter tilbagebetalingen af et bidrag gøres afhængig af, at

den, der har fremsat krav om tilbagebetaling, fører bevis for, at den fordel, som distributør-grossister opnår, overstiger den merudgift, som de må bære for at overholde de forpligtelser til offentlig tjeneste, som de er pålagt i henhold til national ret, eller for at de betingelser, som Domstolen har opstillet i sin dom af 24. juli 2003 (Altmark) ikke er opfyldt, skal anses for at udgøre bevisregler, der gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå tilbagebetaling af et obligatorisk bidrag, såsom det bidrag, der er fastsat i artikel 245-6-1 i code de la sécurité sociale, og som en erhvervsdrivende har fremsat krav om tilbagebetaling af over for den kompetente myndighed, i dette tilfælde ACOSS, med den begrundelse, at den fritagelse for at betale bidraget, som distributør-grossisterne nyder fordel af, udgør statsstøtte, der ikke har været anmeldt over for Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber?«

21. Det bør nævnes, at Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (herefter »URSSAF«) under sagens forløb er indtrådt i ACOSS' rettigheder og forpligtelser.

22. Boiron, URSSAF, den franske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskabet har indgivet skriftlige indlæg og afgav indlæg under retsmødet den 13. oktober 2005.

IV — Retlig gennemgang

Første spørgsmål

Indledende bemærkninger

23. Indledningsvis bemærkes det, at arten af den afgift, der er tale om i hovedsagen, allerede er blevet behandlet i Ferring-sagen. Heri slog Domstolen fast, at for så vidt som afgiften udelukkende var pålagt det direkte salg af lægemidler, som foretoges af lægemiddellaboratorierne, udgjorde den en statsstøtte til distributør-grossisterne, i det omfang den fordel, som de opnåede ved ikke at være underlagt afgiften på det direkte salg af lægemidler, oversteg de merudgifter, som de måtte afholde for at opfylde forpligtelsen til offentlig tjeneste [6].

24. Det skal også nævnes, at Den Franske Republik har afskaffet dette bidrag ved lov af 20. december 2002.

25. Det problem, der er rejst i forbindelse med den nærværende sag, vedrører således udelukkende de eventuelle konkurrencefor-

6 — Ferring-dommen, nævnt i fodnote 2, præmis 14-29.

drejende virkninger, som måtte være opstået ved, at afgiften blev pålagt i årene forud for dens afskaffelse. Med det første spørgsmål ønsker Cour de cassation således oplyst, om de virksomheder, der har betalt dette bidrag, kan kræve tilbagebetaling heraf under en retssag, dersom det bliver fastslået, at den udgør en støtteforanstaltning.

26. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at Domstolens retspraksis på dette punkt ikke er fuldkommen klar. I Banks-dommen synes Domstolen principielt at have udelukket muligheden for, at personer, der skal betale et obligatorisk bidrag, kan gøre gældende, at den fritagelse, som andre nyder fordel af, udgør en statsstøtte, for at undrage sig betaling af dette bidrag eller for at opnå tilbagebetaling heraf [7]. Denne løsning er blevet yderligere bekræftet i Sea-Land Service og Nedlloyd Lijnen-dommen [8].

27. Dog har den forelæggende ret også fremhævet, at Domstolen ikke udtrykkeligt havde udelukket denne mulighed i sagerne Ferring og Gemo [9], som efter rettens mening rejste problematikker, der ligner dem, som blev behandlet i sagerne Banks og Sea-Land Service og Nedlloyd Lijnen. Desuden havde Domstolen i Van Calster m.fl.-dommen fastslået, at de nationale domstole under visse omstændigheder kan træffe afgørelse om tilbagebetaling af afgifter eller bidrag, som udgør en integreret del af denne støtteforanstaltning [10].

Vurdering

28. Indledningsvis synes det på sin plads at minde om, at fællesskabskontrollen af støtteforanstaltninger har til formål at undgå fordrejende virkninger, som bestemte nationale foranstaltninger kan medføre for konkurrencen mellem virksomheder inden for samme sektor. Når det således er blevet fastslået, at en national foranstaltning udgør en ulovlig støtteforanstaltning, skal de konkurrencefordrejende virkninger, som følger af denne foranstaltning, fjernes, idet den situation, som gjaldt forud herfor, genoprettes [11]. Som regel sker dette ved, at de, der er tilgodeset, pålægges at tilbagebetale den ulovlige støtte til den udbetalende myndighed. Ifølge fast retspraksis er tilbagebetaling af støtten den logiske følge af, at den er blevet erklæret ulovlig [12].

7 — Dom af 20.9.2001, sag C-390/98, Sml. I, s. 6117, præmis 80.

8 — Dom af 13.6.2002, forenede sager C-430/99 og C-431/99, Sml. I, s. 5235, præmis 47.

9 — Dom af 20.11.2003, sag C-126/01, Sml. I, s. 13769.

10 — Dom af 21.10.2003, forenede sager C-261/01 og C-262/01, Sml. I, s. 12249, præmis 53 og 54.

11 — Jf. f.eks. dom af 4.4.1995, sag C-348/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 673, præmis 26, og af 14.9.1994, forenede sager C-278/92, C-279/92 og C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 75.

12 — Jf. navnlig dom af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 66, og af 4.4.1995, Kommissionen mod Italien (nævnt i fodnote 11), præmis 26 og 27.

29. I den foreliggende sag, hvor den formodede støtte skulle bestå i, at den omtvistede afgift blev opkrævet asymmetrisk, idet den udelukkende blev pålagt lægemiddellaboratorierne, hvorved distributør-grossisterne (der ikke var underlagt denne afgift) blev begunstiget, kunne konkurrencesituationen genoprettes ved, at distributør-grossisterne betaler beløb, der svarer til dem, de er blevet tilgodeset med ved en væsentlig afgiftsfritagelse.

30. Som nævnt ovenfor har Boiron dog ikke fulgt denne tankegang, men har set sagen så at sige i omvendt perspektiv. I stedet for at bede om, at også distributør-grossisterne skal betale beløb, der svarer til bidraget, har Boiron anlagt sag ved den nationale domstol med påstand om tilbagebetaling af de beløb, som selskabet mener uretmæssigt at have erlagt. Det skal altså efterprøves, om en sådan løsning kan anvendes i en sag som den foreliggende for at fjerne de konkurrencefordrejende virkninger af den eventuelle støtteforanstaltning og genoprette den situation, der gjaldt forud herfor.

31. Til dette punkt har parterne fremført vidt forskellige argumenter. Boiron gør gældende, at i den foreliggende sag vil en tilbagebetaling af de bidrag, der er blevet betalt af de virksomheder, der er underlagt den omtvistede afgift, være den bedst egnede måde at fjerne de påståede konkurrencefordrejende virkninger på. Dette begrunder Boiron med, at støtten i det foreliggende tilfælde ikke består i, at distributør-grossisterne er fritaget for bidraget, men i, at lægemiddellaboratorierne er underlagt en afgift, der udelukkende er blevet indført for at skabe en skattemæssig forskelsbehandling af de to kategorier af virksomheder, med det formål at genoprette balancen.

32. Kommissionen, URSSAF og den franske regering er derimod af den opfattelse, at en sådan løsning ikke er acceptabel, da den ikke ville fjerne de eventuelle konkurrencefordrejende virkninger af foranstaltningen. Tværtimod ville den forstærke karakteren af brud på fællesskabsretten, fordi den ville udvide kredsen af dem, der er fritaget for betaling af bidraget og dermed af dem, der drager fordel af støtten. Efter Kommissionens vurdering burde Boiron have anlagt et søgsmål med påstand om, at staten tilbagesøger den støtte, som ulovligt er blevet tildelt distributørgrossisterne.

33. Det bemærkes herved, at Domstolen allerede har haft lejlighed til at tage stilling til påstande om tilbagebetaling som ved en første betragtning kunne ligne påstanden i den aktuelle sag.

34. Som jeg allerede har anført, har Domstolen nemlig fastslået, at i tilfælde af støtte, der ydes ved hjælp af skattefritagelser, kan »personer, der skal betale en afgift, [...] nemlig *ikke* unddrage sig betaling under

henvisning til, at den fritagelse, der gælder for andre personer, er statsstøtte« [13] eller »for at opnå tilbagebetaling heraf« [14].

35. Dette er begrundet i, at det ikke er skatteforanstaltningen i sig selv — der i øvrigt indgår i en medlemsstats lovlige udøvelse af sine beføjelser på skatteområdet — der udgør en støtteforanstaltning, som ville kunne være i strid med fællesskabslovgivningen, men den fritagelse, som er indrømmet visse bidragydere [15].

36. Det er således netop denne fritagelse og kun dette aspekt af skatteforanstaltningen, der kan anfægtes af sagsøgere, der klager over støtteforanstaltningen. Domstolen har derfor fastslået, at i disse tilfælde skal fordrejningen af konkurrencevilkårene altid fjernes ved tilbagesøgning af den tildelte støtte, idet den også fastslår den måde, hvorpå tilbagesøgningen skal ske: Det »tilkommer [...] alene [...] myndigheder[ne] at træffe foranstaltninger, som pålægger de støttemodtagende virksomheder at indbetale beløb svarende til den skattefritagelse, de på ulovlig vis har opnået« [16].

37. Nærværende sag adskiller sig dog alligevel fra den netop beskrevne sag.

38. Den nationale lovgivning, hvorved der blev indført et bidrag på direkte salg, fremstår ikke som en generel afgift (der er lovligt indført) med en samtidig (og ulovlig) fritagelse, der indrømmes bestemte virksomheder. Det drejer sig derimod om en afgift, der er pålagt »asymmetrisk«, dvs. en afgift, der kun belaster nogle erhvervsdrivende (lægemiddellaboratorierne) og ikke andre, som befinder sig i et konkurrenceforhold med de førstnævnte (distributør-grossisterne), for at udligne den belastning, som de sidstnævnte påstås at være udsat for.

39. Den foreliggende sag omhandler således en helt særlig situation, en situation, som Domstolen også har bemærket i Ferringdommen (uden at dette punkt var blevet anfægtet af nogen af parterne), hvor den omtvistede afgift er blevet indført med det hovedformål at udligne en formodet ulige situation for to grupper virksomheder ved hjælp af en skattemæssig forskelsbehandling.

40. Det fremgår faktisk tydeligt af forarbejderne til loven af 19. december 1997 (men også af en afgørelse fra Conseil constitutionnel — det franske forfatningsråd), at når afgiften udelukkende blev pålagt det direkte salg, som foretages af lægemiddellaboratori-

13 — Banks-dommen (jf. fodnote 7), præmis 80. Min fremhævelse. Se tilsvarende dom af 9.3.2000, sag C-437/97, EKW og Wein & Co., Sml. I, s. 1157, præmis 52, og af 13.7.2000, sag C-36/99, Idéal Tourisme, Sml. I, s. 6049, præmis 20.

14 — Dom af 27.10.2005, forenede sager C-266/04 — C-270/04, C-276/04 og C-321/04 — C-325/04, Distribution Casino France m.fl., Sml. I, s. 9481, præmis 44.

15 — Jf. til dette punkt navnlig generaladvokat Stix-Hackls forslag til afgørelse af 14.7.2005 i Distribution Casino France m.fl.-sagen, punkt 38.

16 — Dom af 10.6.1993, sag C-183/91, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3131, præmis 17.

erne, var hensigten hermed netop at indføre skatteregler, der begunstiger distributør-grossisterne, for på denne måde at udligne den konkurrenceulempe, som ifølge den franske lovgiver følger af, at distributør-grossisterne er pålagt en forpligtelse til offentlig tjeneste [17].

41. I den foreliggende sag er der altså ikke tale om en retsforskrift, der lovligt indfører en afgift, og en anden retsforskrift, der ulovligt indrømmer nogle fritagelser herfra. Hvad der hypotetisk er ulovligt er derimod selve den retsforskrift, hvorved afgiften indføres, idet den er udformet på en sådan måde, at den medfører en konkurrencefordel for nogle udvalgte virksomheder, som ikke er underlagt afgiften. Det betyder, at det netop er den asymmetriske opkrævning af skatten over for (udelukkende) én kategori af virksomheder, som bestemmer den eventuelle støtte.

42. I denne situation lader det til, at der ikke er principielle hindringer for at give disse virksomheder tilladelse til at anfægte skattens lovlighed for de kompetente nationale domstole og nedlægge påstand om tilbagebetaling heraf.

43. Denne løsning lader især til at blive bekræftet indirekte af retspraksis vedrørende de såkaldte skattelignende afgifter, nemlig i tilfælde, hvor den ulovlige statsstøtte består i begunstigelse af visse personer ved tildeling af midler, der specielt er indført med dette formål (netop den skattelignende afgift). De bidrag, som virksomhederne har indbetalt i form af denne afgift, udgør i disse tilfælde finansieringen af den offentlige støtteforanstaltning.

44. I denne forbindelse erindrer jeg om, at Domstolen i Van Calster m.fl.-dommen, som også sagsøgeren påberåber sig, fastslog, at »når en støtteforanstaltning, hvis finansieringsmåde er *en integrerende del*, gennemføres under tilsidesættelse af anmeldelsesforpligtelsen, er de nationale domstole som udgangspunkt forpligtet til at træffe afgørelse om, at de afgifter eller bidrag, der specielt opkræves for at finansiere denne støtte, skal *tilbagebetales*« [18]. Domstolen fandt, at kun på denne måde kan den situation genoprettes, der gjaldt forud for foranstaltningen, både for de virksomheder, der uretmæssigt har draget fordel af støtteforanstaltningen, og for de virksomheder, der har måttet finansiere en ulovlig støtteforanstaltning [19].

45. Ligesom ved de skattelignende afgifter kan der efter min mening også i den foreliggende sag ses en logisk og nødvendig sammenhæng (hvis ikke ligefrem et egentligt

17 — Jf. Ferring-dommen, præmis 19. Jf. også ovenfor, punkt 12.

18 — Jf. fodnote 10, præmis 53 og 54. Min fremhævelse.

19 — Jf. til dette punkt dom af 27.11.2003, forenede sager C-34/01 — C-38/01, Enirisorse, Sml. I, s. 14243, præmis 44 og 45.

sammenfald) mellem afgift og skattefordel [20]. Som jeg allerede har understreget, består den fordel, der selektivt indrømmes distributør-grossisterne, i den asymmetriske afgift, som er blevet indført ved lov af 19. december 1997, idet netop den omstændighed, at afgiften opkræves asymmetrisk alene af bestemte virksomheder, kunne føre til en situation, hvor de virksomheder, der ikke er underlagt afgiften, nyder en relativ fordel.

46. Med andre ord er den omstændighed, at lægemiddellaboratorierne pålægges afgiften, og den omstændighed, at distributør-grossisterne ikke underlægges den, to uadskillelige aspekter i den franske ordning, som er blevet indført med denne afgift.

47. Det skal desuden bemærkes, at det bidrag, som lægemiddellaboratorierne har betalt, også indirekte påvirker værdien af den støtte, som distributør-grossisterne har modtaget. Den fordel, som distributør-grossisterne drager af, at deres konkurrenter er underlagt den omtvistede ordning, afhænger nødvendigvis af størrelsen af den omtvistede afgift, idet det er klart, at jo større afgiften er, desto større vil konkurrencefordelen være for de konkurrerende virksomheder, der ikke er underlagt afgiften.

48. I modsætning til det, som Kommissionen og URSSAF hævder, må den omtvistede afgift betragtes som en integrerende og uadskillelig del af støtteforanstaltningen, fordi, som jeg atter må gentage, netop indførelsen af denne asymmetriske afgift i 1997 skabte en konkurrencefordel for distributør-grossisterne og dermed fremkaldte konkurrencefordrejninger i branchen.

49. Men hvis det forholder sig således, så forekommer den løsning, som sagsøgeren har fremlagt, og som består i, at afgiftens virkninger fjernes (idet de underlagte virksomheder får betalt de erlagte beløb tilbage), at kunne udgøre en særdeles effektiv måde at genoprette den situation, der gjaldt forinden [21].

50. Ved at fjerne afgiftens virkninger ville man blot vende tilbage til den situation, der gjaldt forud for afgiftens indførelse, nemlig en situation, hvor distributør-grossisterne og laboratorierne ikke var underlagt en forskellig skattemæssig behandling.

51. Hvis den asymmetriske opkrævning af afgiften udgør en ulovlig støtteforanstaltning, finder jeg desuden, at Boirons anbringende

20 — Angående den grundlæggende vigtighed af en forbindelse mellem afgiften og støtteforanstaltningen se dom af 13.1.2005, sag C-174/02, Streekgewest, Sml. I, s. 85, præmis 22 ff.

21 — Jeg erindrer om, at jeg allerede havde forudset denne mulighed i mit forslag til afgørelse i Ferring-sagen, punkt 22 og 23.

om, at det retlige grundlag for de franske myndigheders opkrævning af afgifter, der ulovligt var pålagt (alene) lægemiddellaboratorierne, må anses for at være ugyldigt, er overbevisende.

52. I denne forbindelse erindrer jeg om, at det er fast retspraksis, at »de nationale retter [...] over for de borgere, som kan påberåbe sig, at bestemmelsen [i artikel 88, stk. 3, EF] er tilsidesat [af de nationale myndigheder], [*skal*] sikre, at der drages alle konsekvenser heraf i henhold til national ret, såvel med hensyn til *gyldigheden af de retsakter, der er udstedt til gennemførelse af støtteforanstaltningerne*, som med hensyn til tilbagesøgning af den finansielle støtte, der er tildelt i strid med den omhandlede traktatbestemmelse eller i givet fald i strid med de foreløbige forholdsregler« [22].

53. Denne beføjelse/pligt, som påhviler den nationale ret, til at beskytte sådanne borgeres rettigheder, følger som bekendt af den direkte virkning af artikel 88, stk. 3, EF [23]. Som det fremgår klart af det netop citerede afsnit, påhviler det retten at gøre brug af alle retlige foranstaltninger, som den nationale lovgivning stiller til rådighed, for at beskytte borgerne.

22 — Dom af 21.11.1991, sag C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires og Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, »Saumon«-dommen, Sml. I, s. 5505, præmis 12. Min fremhævelse. Jf. også dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI, Sml. I, s. 3547, præmis 40.

23 — Jf. dom af 11.12.1973, sag 120/73, Lorenz, Sml. s. 1471, præmis 7.

54. I lyset heraf er der for mig at se ikke nogen grund til, at den nationale ret under så særlige omstændigheder som i den foreliggende sag ikke kan beskytte de virksomheder, der er berørt af den ulovlige afgift, og efterkomme et krav om tilbagebetaling som det, Boiron har fremsat.

55. I modsætning til det, som den franske regering, URSSAF og Kommissionen gør gældende, mener jeg ikke, at denne løsning ville føre til, at ulovlighederne bliver forværret, idet antallet af begunstigede af foranstaltningen ville stige til skade for de virksomheder, der er underlagt den anfægtede afgift. Jeg mener, det omvendte er tilfældet. Denne løsning ville føre til et fald i antallet af virksomheder, der berøres af den formodede støtte, hvorved afgiftens asymmetriske anvendelsesområde og følgelig dens konkurrencebegrænsende virkninger ville blive nedsat.

56. Det bemærkes på den anden side, at en afgørelse fra Domstolen, der ville tillade en tilbagebetaling af den omtvistede afgift, højst sandsynligt ville sende et signal også til de andre lægemiddellaboratorier, der mener at have lidt skade på grund af tildelingen af den pågældende støtte. Enhver velunderrettet erhvervsdrivende kunne — som Boiron har gjort det — lægge sag an for at opnå tilbagebetaling af de uretmæssigt erlagte beløb i form af afgifter.

57. En sådan løsning mener jeg endelig ville være at foretrække af procesøkonomiske hensyn, eftersom beskyttelsen af rettigheder for de personer, der har lidt skade som følge af ulovlige støtteforanstaltninger af samme type som den anfægtede, dermed ville blive mindre bekostelig. Den omvendte løsning — som Kommissionen taler for — ville betyde, at Boirons krav om tilbagebetaling ville blive afvist, samt at Boiron ville være nødt til igen at anlægge sag ved den nationale domstol, for at de kompetente nationale myndigheder får pålagt at opkræve det anfægtede bidrag med tilbagevirkende kraft hos de virksomheder, som indtil da ikke var underlagt den. Det kan dog vanskeligt nægtes, at denne løsning ville gøre det noget mere kompliceret, bekosteligt og usikkert at fjerne den omtvistede afgifts konkurrencebegrænsende virkninger. Dette så meget desto mere, hvis man tager i betragtning, at de franske myndigheder med lov af 20. december 2002 har besluttet at afskaffe denne afgift i stedet for at udvide den til også at gælde for distributør-grossisterne.

58. Det er vigtigt at præcisere, at selv om den nationale ret følger den her foreslåede retning, kan den dog ikke træffe afgørelse om tilbagebetaling af det fulde beløb, som Boiron har erlagt i bidrag, men kun om tilbagebetaling af den del af beløbet, som overskrider den såkaldte merudgift. Som Domstolen har fastslået i Ferring-sagen, svarer den fordel, som distributør-grossisterne uretmæssigt har opnået, ikke til den samlede sum af de bidrag, som staten har undladt at opkræve, men kun til det beløb, der overstiger de yderligere omkostninger, som disse virksomheder har måttet bære for at overholde de forpligtelser til offentlig tjeneste, de er pålagt[24].

59. Det ville således kun være den del af de erlagte bidrag, som svarer til den påståede overkompensation for forpligtelsen til offentlig tjeneste, der udgør en uberettiget fiskal byrde for lægemiddellaboratorierne og en ulovlig fordel for distributør-grossisterne.

60. Det påhviler selvfølgelig den nationale ret først og fremmest at sikre sig, at der er et element af støtte i den afgiftsfritagelse, der er blevet tildelt distributør-grossisterne, og dernæst eventuelt at bestemme det nøjagtige beløb. Hertil bemærkes alene, at i Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg-dommen indskærpede Domstolen, at når de virksomheder, der er pålagt en forpligtelse til offentlig tjeneste, ikke bliver udvalgt ved en offentlig udbudsprocedure, skal størrelsen af den nødvendige kompensation fastlægges på

24 — Det forudsættes, at de andre betingelser i Ferring- og Altmark-dommene er opfyldt. Jeg erindrer om, at i dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, Sml. I, s. 7747, præmis 89-93, har Domstolen fastslået, hvilke forudsætninger der skal være opfyldt, for at en kompensation, der er tildelt en virksomhed, der er pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, kan falde uden for begrebet statsstøtte: 1) den begunstigede virksomhed skal faktisk være pålagt at udføre forpligtelser til offentlig tjeneste og disse forpligtelser skal være klart defineret; 2) de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, skal være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde; 3) kompensationen må ikke overstige, hvad der er nødvendigt for helt eller delvist at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne; 4) når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, skal størrelsen af den nødvendige kompensation fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet, ville have ved at gennemføre de pågældende forpligtelser til offentlig tjeneste.

baggrund af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkelig udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at gennemføre forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne [25].

61. I lyset af de forudgående overvejelser foreslår jeg Domstolen at besvare Cour de cassations første spørgsmål således, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at et lægemiddellaboratorium, som er forpligtet til at betale et bidrag som det, der er fastsat i artikel 12 i lov nr. 97-1164 af 19. december 1997, påberåber sig, at den omstændighed, at distributør-grossisterne ikke er pålagt dette bidrag, udgør statsstøtte med henblik på at opnå tilbagebetaling af den del af det erlagte beløb, som svarer til den økonomiske fordel, distributør-grossisterne uretmæssigt har opnået.

Andet spørgsmål

Indledende bemærkninger

62. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret at få oplyst, om fællesskabsretten er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter den, der gør gældende, at en kompensation, som tildeles virksomheder for at udføre offentlig tjeneste (i dette tilfælde, at distributørgrossisterne er fritaget for at betale bidraget), er en støtteforanstaltning, skal føre bevis for, at denne kompensation overstiger omkostningerne ved den forpligtelse til offentlig tjeneste, som disse virksomheder er blevet pålagt.

63. Retten henviser i andet spørgsmål navnlig til artikel 1315 i den franske code civil, hvorefter »den, der kræver en forpligtelse opfyldt, skal bevise den«. Retten understreger desuden, at i henhold til artikel 9 i den nye code de procédure civile (civil retsplejelov) påhviler det hver af parterne at føre bevis i overensstemmelse med loven for de omstændigheder, der kan begrunde deres krav.

64. I medfør af disse bestemmelser — fortsætter Cour de cassation — er det den, som anlægger sag til prøvelse af en offentlig foranstaltning, som skal føre bevis for, at den nævnte foranstaltning udgør statsstøtte i henhold til traktaten. I en sag, der omhandler offentlige støtteforanstaltninger til personer, der er pålagt en forpligtelse til offentlig tjeneste, ville det altså påhvile sagsøgeren at føre bevis for, at de betingelser, som udelukker, at der er tale om støtte (i særdeleshed de betingelser, som er opstillet i Altmark

25 — Dommen nævnt i fodnote 24, præmis 93.

Trans og Regierungspräsidium Magdeburg-dommen [26]), ikke er opfyldt.

65. For fuldstændighedens skyld gør den forelæggende ret endelig opmærksom på, at artikel 10 i den nye code de procédure civile foreskriver, at den retsinstans, for hvilken sagen indbringes, af egen drift kan anordne alle de foranstaltninger til bevisoptagelse, som er hjemlet i lovgivningen. Alligevel understreger retten, at denne bestemmelse blot giver den nationale ret en mulighed og ikke forpligter den til at afhjælpe, at de informationer, som sagsøgeren råder over, er utilstrækkelige.

66. Derfor spørger Cour de cassation Domstolen, om nationale bestemmelser som de her nævnte skal anses for uforenelige med fællesskabsretten, da de som bevisregler gør det praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå beskyttelse af ens rettigheder.

Vurdering

67. Først og fremmest erindrer jeg om, at det følger af fast retspraksis, at i mangel af fællesskabsbestemmelser på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte procesreglerne for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne udleder af fællesskabsretten. Dette gælder på betingelse af, at disse regler på den ene side ikke er mindre gunstige end reglerne for tilsvarende søgsmål i henhold til national ret, og at de på den anden side ikke i praksis gør det umuligt at udøve rettigheder i henhold til fællesskabsretten [27].

68. For så vidt angår de nationale procesregler, som den forelæggende ret har anført, bemærkes, at disse regler blot er bestemmelser, der følger af det faste almindelige retsprincip, at den, der gør et krav gældende, skal føre bevis for de omstændigheder, der begrunder det, en regel, der ofte udtrykkes med den berømte latinske vending »ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat« [28].

26 — Jf. ovenfor, fodnote 24.

27 — Jf. bl.a. dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12, og af 24.9.2002, sag C-255/00, Grundig Italiana, Sml. I, s. 8003, præmis 33. Angående støtte, jf. »Saumon«-dommen (nævnt i fodnote 22), præmis 12, og dom af 2.2.1989, sag 94/87, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 175, præmis 12.

28 — For en udtrykt anerkendelse af gyldigheden af dette princip, jf. Rettens dom af 10.5.1990, sag T-117/89, Sens mod Kommissionen, Sml. II, s. 185, præmis 20. Jf. også Domstolens dom af 28.6.1988, sag 3/86, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3369, præmis 13, og af 5.10.1989, sag 290/87, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 3083, præmis 11 og 20.

69. Man må altså spørge sig selv, om dette grundlæggende princip i det konkrete tilfælde skaber uforholdsmæssigt store vanskeligheder for sagsøgeren i en sag som den foreliggende.

70. Her kan man give Boiron og Kommissionen ret i, at det undertiden kan være svært for en konkurrent til den virksomhed, der formodes at modtage støtte, at bevise, at kompensationen overstiger de omkostninger, der er forbundet med udførelsen af forpligtelsen til offentlig tjeneste. Oplysninger om virksomheders driftsomkostninger er sædvanligvis strengt fortrolige.

71. Dog viser en gennemgang af de relevante bestemmelser i den nye code de procédure civile, at den giver den nationale ret vide rammer for bevisoptagelse med henblik på at tilvejebringe de nødvendige oplysninger for at kunne træffe realitetsafgørelse i sagen.

72. Den forelæggende ret har således selv anført, at den nationale ret i henhold til artikel 10 i den nye code de procédure civile af egen drift kan anordne alle de foranstaltninger til bevisoptagelse, der er hjemlet i lovgivningen, når den finder det nødvendigt.

73. Desuden, som URSSAF har understreget i sit indlæg, giver artikel 143-146 i den nye code de procédure civile mulighed for, at retten, også efter begæring fra en part i sagen, på et hvilket som helst tidspunkt under sagen kan anordne bevisoptagelse, når retten ikke finder, at den råder over tilstrækkelige oplysninger til at kunne træffe afgørelse i tvisten. Disse foranstaltninger kan omfatte et påbud til en part eller til tredjemand om at fremlægge et aktstykke eller et dokument (artikel 138 i den nye code de procédure civile).

74. På baggrund af disse regler mener jeg således, at den nationale ret har en konkret mulighed for at gribe ind, enten efter begæring eller af egen drift, idet den kan anordne bevisoptagelse for at overvinde en parts eventuelle vanskeligheder med at tilvejebringe bestemte bevismidler (f.eks. bevismidler, der angår en konkurrents driftsudgifter).

75. I øvrigt erindrer jeg om, at de betingelser, som Domstolen har opstillet i Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg-dommen [29] for at udelukke, at der er

29 — Jf. ovenfor, fodnote 24.

tale om statsstøtte i de undersøgte tilfælde, er kumulative. Hvis en sagsøger således kan påvise, at bare én af disse betingelser ikke er opfyldt, skal den nationale ret derfor fastslå, at en sådan kompensation udgør statsstøtte i henhold til traktaten. Selv om det er sandt, at det undertiden kan være svært for en sagsøger at føre bevis for, at den kompensation, der er givet tjenesteyderen, overstiger de omkostninger, som den offentlige tjeneste medfører, forekommer der mig ikke at være lignende vanskeligheder forbundet med at føre bevis for en af de tre andre betingelser, der er opstillet i Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg-dommen.

76. For eksempel kræver den fjerde betingelse, at kompensationen vurderes på baggrund af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed ville have ved at udføre de samme tjenester. Undersøgelsen af, om denne betingelse er opfyldt, forekommer mig ikke at forudsætte adgang til oplysninger af fortrolig art, som kun den begunstigede virksomhed eller staten kan råde over. Tværtimod er de oplysninger, der er nødvendige for en sådan analyse, typisk af en art, som en virksomhed, der opererer eller ønsker at operere på det pågældende marked, burde have kendskab til.

77. Endelig må jeg tilføje, at jeg ikke finder Kommissionens argumentation overbevisende, når den betegner det omtalte bevis som en »negativ bevisbyrde«, som det således ville være naturligt at pålægge medlemsstaten eller den formodede modtager af støtten. Det forekommer mig således, at alle de omstændigheder, som Boiron skal bevise for den forelæggende ret, også kan anses for at være positivt definerede: for stor kompensation i forhold til de omkostninger, der er afholdt i forbindelse med forpligtelsen til offentlige tjeneste, forekomsten af en økonomisk fordel for tjenesteyderen, osv.

78. I betragtning af det ovenfor anførte mener jeg ikke, at generelle nationale regler om bevisbyrde, som svarer til de af den forelæggende ret anførte, gør det »praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt« at beskytte de rettigheder, der tilkommer borgerne i henhold til fællesskabsrettens regler om statsstøtte.

79. Derfor foreslår jeg Domstolen at besvare det andet spørgsmål med, at fællesskabsretten ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som pålægger en sagsøger, som gør gældende, at en kompensation, som tildeles virksomheder for at udføre offentlig tjeneste, er en støtteforanstaltning, at føre bevis for, at denne kompensation overstiger omkostningerne ved den forpligtelse til offentlig tjeneste, som disse virksomheder er blevet pålagt.

V — Forslag til afgørelse

80. På baggrund af de foranstående betragtninger foreslår jeg derfor Domstolen at besvare de af Cour de cassation forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) Fællesskabsretten er ikke til hinder for, at et lægemiddellaboratorium, som er forpligtet til at betale et bidrag som det, der er fastsat i artikel 12 i lov nr. 97-1164 af 19. december 1997, påberåber sig, at den omstændighed, at distributør-grossisterne ikke er pålagt dette bidrag, udgør statsstøtte med henblik på at opnå tilbagebetaling af den del af det erlagte beløb, som svarer til den økonomiske fordel, distributør-grossisterne uretmæssigt har haft.

2) Fællesskabsretten er ikke til hinder for nationale bestemmelser, der pålægger en sagsøger, som gør gældende, at en kompensation, som tildeles virksomheder for at udføre offentlig tjeneste, er en støtteforanstaltning, at føre bevis for, at denne kompensation overstiger omkostningerne ved den forpligtelse til offentlig tjeneste, som disse virksomheder er blevet pålagt.«