FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 30 mars 2006 [1]

I — Inledning

1. Genom beslut av den 14 december 2004 har Cour de Cassation enligt artikel 234 EG till domstolen ställt två frågor om tolkningen av artikel 88.3 EG och om gemenskapsrättens allmänna principer om bevisning.

2. Dessa frågor har framförts i samband med den talan som Laboratoires Boiron SA (nedan kallat Boiron) har väckt för att utverka att det belopp som bolaget hade betalat till centralbyrån för de sociala trygghetsorganen (Agence centrale des organismes de sécurité sociale) (nedan kallad ACOSS) som en nationell skatt på direktförsäljning av läkemedel skulle återbetalas.

1 — Originalspråk: italienska.

II — Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

3. Vad avser förevarande mål skall det framför allt erinras om artikel 87.1 EG. Enligt denna är som bekant, om inte annat föreskrivs i fördraget, stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

4. Dessutom skall artikel 88.3 EG nämnas. I denna artikel föreskrivs, såvitt är av intresse här, följande:

"Kommissionen skall underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder."

Den nationella rätten

5. Bestämmelserna i den nationella rätt som är relevant för förevarande mål är identiska med de bestämmelser som redan beskrivits i mitt förslag till avgörande i målet Ferring,[2] som jag hänvisar till för ett fördjupat studium. Jag skall därför endast erinra om de väsentliga delarna i detta, såvitt är av intresse här.

6. Distributionen i Frankrike av läkemedel till apoteken sker på två olika sätt, nämligen genom de så kallade partihandlarna (grossistes répartiteurs) eller genom läkemedelslaboratoriernas direktförsäljning.

7. Enligt artikel R. 5124-2 i hälsovårdslagen (Code de la santé publique) (nedan kallad CSP) avses med partihandlare "[v]arje företag som köper och lagrar andra läkemedel än sådana som är avsedda för experiment på människor, i syfte att bedriva partihandel av läkemedlen utan att bearbeta dessa".

8. Partihandlarna måste vid bedrivandet av denna verksamhet uppfylla de särskilda allmännyttiga skyldigheter som åläggs av de franska myndigheterna för att en lämplig distribution av läkemedel inom territoriet skall kunna säkerställas.[3]

9. Det skall påpekas att sådana allmännyttiga skyldigheter endast åläggs partihandlare och inte gäller de läkemedelslaboratorier som bestämmer sig för att saluföra sina produkter genom direktförsäljning, antingen självständigt (genom en avdelning inom företaget eller ett dotterbolag) eller genom förmedling av tillfälliga ombud.

10. För förevarande mål skall det därefter erinras om lagen för finansieringen av det sociala trygghetssystemet avseende år 1998 ("Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998" nr 97-1164 av den 19 december 1997,[4] nedan kallad lag av den 19 december 1997), genom vilken en särskild skatt infördes på läkemedelslaboratoriernas direktförsäljning av läkemedel till apoteken. I artikel L. 245-6-1, som genom artikel 12 i denna lag har införts i den franska lagen om social trygghet, föreskrivs följande:

"De företag som tillhandahåller ett eller flera läkemedel, i den mening som avses i artikel L. 596 i CSP, skall betala en skatt som

2 — Förslag till avgörande av den 18 maj 2001 i mål C-53/00, Ferring (REG 2001, s. I-9067).

3 — Fram till och med februari 1998 reglerades dessa skyldigheter genom ett dekret (arrêté) av den 3 oktober 1962 (JORF av den 12 oktober 1962, s. 9999). Denna lagstiftning har därefter ändrats genom dekret nr 98-79 av den 13 februari 1998 (JORF av den 23 december 1997, s. 2287) och nr 99-144 av den 4 mars 1999 (JORF av den 5 mars 1999, s. 3294).

4 — JORF av den 23 december 1997, s. 18635.

beräknas på grundval av den omsättning som dessa företag har före skatt i Frankrike för sin försäljning i parti av de läkemedel som finns upptagna i den förteckning som nämns i artikel L. 162-17, med undantag för de generiska läkemedel som anges i artikel L. 601-6 i CSP till apotek, apotek som är knutna till försäkringskassan, apotek tillhörande föreningar för hjälp till gruvarbetare.

Denna skatt skall utgå med en skattesats på 2,5 procent."

11. Skatten i fråga, som är avsedd att finansiera den nationella sjukkassan, har avsiktligt införts för att uteslutande belasta läkemedelslaboratoriernas direktförsäljning (med undantag således för den försäljning som sker genom partihandlarna) i syfte att återupprätta balansen i konkurrensvillkoren mellan de olika distributionskedjorna för läkemedel.

12. Detta framgår tydligt av skälen i förslaget till lag av den 19 december 1997. I dessa anges följande:

"Den mycket snabba utvecklingen av direktförsäljning under de senaste åren riskerar att få distributionssystemet för ersättningsgilla läkemedel ur jämvikt.

Denna artikel syftar till att återupprätta likabehandlingen av distributionskedjorna genom att tillåta att en del av partihandlarens marginal uppbärs i efterhand hos läkemedelslaboratorierna. ...

Skatten, som betalas kvartalsvis, beräknas på omsättningen från det föregående kvartalet. Skatten uppbärs och kontrolleras av myndigheten för de sociala trygghetsorganen. Intäkterna från denna överförs slutligen till CNAMTS (den nationella sjukkassan för anställda)."

13. Det skall påpekas att artikel L. 245-6-1 i lagen om social trygghet, med verkan från och med den 1 januari 2003, har upphävts genom artikel 16 i lag nr 2002-1487 av den 20 december 2002. [5]

III — Bakgrund och förfarande

14. Boiron är ett läkemedelslaboratorium som specialiserat sig på tillverkning av homeopatiska läkemedel, som det distribuerar i Frankrike genom ett direktförsäljningssystem eller genom partihandlare.

5 — "Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003" (JORF av den 24 december 2002, s. 21482).

15. Boiron deklarerade på grund härav, och i syfte att för åren 1998 och 1999 betala den skatt som införts genom lag av den 19 december 1997 (nedan kallad den omtvistade skatten), till ACOSS sin omsättning från direktförsäljningen till apoteken, men inte omsättningen från försäljningen via partihandlare.

16. ACOSS ansåg att även den sistnämnda omsättningen skulle beaktas vid beräkningen av skatten och företog därför en korrigering.

17. Boiron betalade det begärda beloppet men ifrågasatte dess lagenlighet och ingav därför en begäran om omprövning till ACOSS styrelse.

18. I avsaknad av ett svar från detta organ väckte Boiron talan vid Tribunal des affaires de sécurité sociale i Lyon och krävde att inbetalda belopp skulle återbetalas. Bolaget gjorde därvid gällande att undantaget att betala den omtvistade skatten som föreskrivs till förmån för partihandlare utgör olagligt statligt stöd, i den mening som avses i artikel 92 EG (nu artikel 87 EG).

19. Ovannämnda domstol förpliktade den 3 juni 2000 ACOSS att till Boiron återbetala de krävda beloppen. Efter överklagande av ACOSS, som tappat målet, upphävdes dock denna dom av Cour d'appel de Lyon.

20. Boiron vände sig således till Cour de Cassation. Nämnda domstol anser att det är oklart vilken räckvidd gemenskapens rättspraxis avseende statligt stöd skall ges och har därför, genom beslut av den 14 december 2004, vilandeförklarat målet och beslutat att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall gemenskapsrätten tolkas så, att ett läkemedelslaboratorium som skall erlägga en sådan skatt som avses i artikel 12 i lag nr 97-1164 av den 19 december 1997 om finansieringen av det sociala trygghetssystemet avseende år 1998 kan grunda sin begäran att få tillbaka inbetalda belopp på det förhållandet att partihandlarnas befrielse från skyldigheten att erlägga denna skatt utgör ett statligt stöd?

2) Skall, om svaret på den frågan är jakande och utgången i målet enbart får grundas på de uppgifter som sökanden har inkommit med, gemenskapsrätten tolkas så, att nationella regler medför att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att erhålla återbetalning av en sådan obligatorisk skatt som avses i artikel 245-6-1 i Code de la sécurité sociale, när en begäran därom — som har ingetts till den behöriga myndigheten på grund av att den

skattebefrielse som partihandlare åtnjuter utgör ett statligt stöd som inte har anmälts till Europeiska gemenskapernas kommission — bifalls under förutsättning att sökanden kan bevisa att den förmån som mottagarna har åtnjutit överstiger de merkostnader de har haft för att fullgöra de allmännyttiga skyldigheter som åligger dem enligt den nationella lagstiftningen eller att de villkor som EG-domstolen har fastställt i domen av den 24 juli 2003 i det ovannämnda målet Altmark inte är uppfyllda?"

21. Det skall påpekas att under domstolsförfarandet har Förbundet för indrivning av avgifter för social trygghet och familjebidrag (nedan kallat URSSAF) trätt i stället för ACOSS med avseende på dess rättigheter och skyldigheter.

22. I förfarandet vid domstolen har Boiron, URSSAF, den franska regeringen och kommissionen lämnat skriftliga yttranden och närvarat vid förhandlingen den 13 oktober 2005.

IV — Rättslig bedömning

Den första frågan

Inledning

23. Jag skall inledningsvis erinra om att den skatt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen redan har undersökts i det ovannämnda målet Ferring. Domstolen fastställde i detta mål att eftersom denna skatt endast införts avseende läkemedelslaboratoriernas direktförsäljning av läkemedel utgjorde den ett statligt stöd till partihandlare, såvida den förmån som partihandlare fick genom att inte vara skattskyldiga avseende skatt på direktförsäljning av läkemedel översteg de merkostnader som de hade för att fullgöra allmännyttiga skyldigheter. [6]

24. Det skall även erinras om att Frankrike har avskaffat denna skatt genom lag av den 20 december 2002.

25. Frågan i samband med detta förfarande avser således endast de eventuella konkurrensbegränsande verkningarna av att denna

6 — Dom av den 22 november 2001 i målet Ferring (ovan fotnot 2), punkterna 14–29.

skatt påfördes under åren före dess avskaffande. Genom sin första fråga vill Cour de Cassation få klarhet i huruvida de företag som har betalat denna skatt i domstol kan yrka att den skall återbetalas, om dess karaktär av stöd inte skulle kunna fastställas.

Bedömning

26. Domstolens rättspraxis är enligt den nationella domstolen inte helt tydlig på denna punkt. Domstolen synes nämligen, i domen i målet Banks, i princip ha uteslutit att den som är skyldig att utge en obligatorisk skatt eller avgift kan slippa att betala denna skatt eller avgift eller erhålla återbetalning av denna genom att ett undantag som är riktat till andra personer anses vara statligt. [7] Denna lösning har senare fastställts i domen i målet Sea-Land. [8]

27. Den hänskjutande domstolen har dock även påpekat att i målen Ferring och GEMO, [9] som enligt dess mening gett upphov till frågor liknande dem i målen Banks och Sea-Land, har domstolen inte uttryckligen uteslutit denna möjlighet. Det är dock i domen i målet Van Calster som domstolen har medgett att de nationella domstolarna under vissa omständigheter kan besluta om återbetalning av skatter eller avgifter som utgör en del av en stödåtgärd. [10]

28. Det finns enligt min mening knappt anledning att inledningsvis erinra om att syftet med gemenskapskontrollen i fråga om stöd är att hindra den snedvridning som vissa nationella åtgärder kan medföra för konkurrensen mellan företagen inom samma sektor. Sedan det väl fastställts att en nationell åtgärd har karaktären av stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden skall de snedvridande verkningarna av denna åtgärd undanröjas och den situation som förelåg dessförinnan återställas. [11] Detta återställande erhålls i regel genom att stödmottagarna åläggs att betala tillbaka det rättsstridiga stödet till det organ som betalar ut det. Enligt fast rättspraxis är nämligen återvinning av stöd den logiska följden av fastställandet av att stödet är rättsstridigt. [12]

7 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-390/98, Banks (REG 2001, s. I-6117), punkt 80.

8 — Dom av den 13 juni 2002 i de förenade målen C-430/99 och C-431/99, Sea-Land Service och Nedlloyd Lijnen (REG 2002, s. I-5235), punkt 47.

9 — Dom av den 20 november 2003 i mål C-126/01, GEMO (REG 2003, s. I-13769).

10 — Dom av den 21 oktober 2003 i de förenade målen C-261/01 och C-262/01, Van Calster och Cleeren (REG 2003, s. I-12249), punkterna 53 och 54.

11 — Se, bland annat, dom av den 4 april 1995 i mål C-348/93, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-673), punkt 26, och av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92, C-279/92 och C-280/92, Spanien mot kommissionen (REG 1994, s. I-4103), punkt 75.

12 — Se dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen (REG 1990, s. I-959; svensk specialutgåva, volym 10, s. 369), punkt 66, och domen av den 4 april 1995 i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 11), punkterna 26 och 27.

29. Eftersom det förmodade stödet består i att det endast är läkemedelslaboratorierna som asymmetriskt påläggs den omtvistade skatten och de (icke skattskyldiga) partihandlarna på så sätt gynnas, kan, i förevarande fall, konkurrenssituationen återupprättas genom att partihandlarna betalar ett belopp som motsvarar den väsentliga skattelättnad som de åtnjutit.

30. Såsom jag har erinrat om ovan har Boiron inte följt denna väg, utan agerat på motsatt sätt. Boiron har i stället för att yrka att även partihandlare skall betala belopp motsvarande skatten väckt talan vid den nationella domstolen för att kräva att de belopp som bolaget anser att det otillbörligen har betalat skall återbetalas. Det skall således prövas huruvida i ett fall som det förevarande en sådan åtgärd kan tillåtas för att undanröja snedvridningen av ett eventuellt stöd och återställa den situation som förelåg dessförinnan.

31. I denna fråga har parterna framfört helt avvikande argument. Boiron har hävdat att det lämpligaste sättet för att undanröja den påstådda snedvridningen av konkurrensen i förevarande fall är återbetalning av den skatt som erlagts av de företag som var skyldiga att erlägga den omtvistade skatten. Anledningen till detta är enligt Boiron att stödet i förevarande fall inte i lika hög grad har sin bakgrund i det förhållandet att partihandlarna inte är skyldiga att betala skatten som att läkemedelslaboratorierna påläggs en skatt som införts i det enda syftet att för de påstådda målen att återupprätta balansen skapa olika skattebehandling för de två kategorierna av företag.

32. Kommissionen, URSSAF och den franska regeringen anser däremot att en sådan åtgärd inte kan tillåtas, eftersom den inte medger att åtgärdens eventuella konkurrensbegränsande verkningar tas bort. En sådan åtgärd förvärrar tvärtom åsidosättandet av gemenskapsrätten i olika avseenden, eftersom den innebär att den kategori rättssubjekt som är befriade från att betala skatten och således mottagarna av stödet utvidgas. Enligt kommissionen borde Boiron således i stället ha vidtagit rättsliga åtgärder i syfte att kräva att staten skall förpliktas att återvinna det stöd som rättsstridigt beviljats partihandlarna.

33. Jag vill först och främst påpeka att domstolen redan har avgjort mål om krav avseende återbetalning som vid första påseende synes likna det krav som här är i fråga.

34. Såsom jag redan har erinrat om har domstolen klargjort att i det fall stöd har beviljats med hjälp av skattelättnader kan "den som är skyldig att utge en obligatorisk skatt eller avgift ... *inte* slippa sin betalningsskyldighet genom att ett undantag som är

riktat till andra personer anses vara statligt stöd" [13] eller "erhålla återbetalning av den skatt som erlagts". [14]

35. I sådana fall, när en stödåtgärd eventuellt strider mot gemenskapsbestämmelserna om stöd, är det nämligen inte skatteåtgärden i sig — som för övrigt ingår i det lagliga utövandet av medlemsstatens befogenheter på skatteområdet — som är rättsstridig utan den omständigheten att vissa skattskyldiga befrias från att erlägga skatt. [15]

36. Det är just detta undantag, och endast denna aspekt av skatteåtgärden, som skall bestridas av sökandena som kritiserar det förhållandet att det föreligger ett stöd. Domstolen har därför klargjort att snedvridningen av konkurrensen i dessa fall alltid skall avskaffas genom att det beviljade stödet återvinns och även angett hur denna återvinning skall ske: "myndigheterna [skall] endast vidta åtgärder för att ålägga de stödmottagande företagen att erlägga ett belopp som motsvarar beloppen för vilka det rättsstridigt har beviljats skattelättnad". [16]

37. Det förevarande fallet skiljer sig dock från det fall som just beskrivits.

38. Den nationella lagstiftningen, genom vilken skatten på direktförsäljning har införts, framstår inte som en skatt av allmän karaktär (som införts lagligen) från vilken det samtidigt föreskrivits ett (rättsstridigt) undantag för vissa företag. Det är däremot fråga om en skatt som åläggs "asymmetriskt", det vill säga en skatt som endast påförs vissa ekonomiska aktörer (läkemedelslaboratorierna), och inte andra ekonomiska aktörer som befinner sig i ett konkurrensförhållande till de förstnämnda (partihandlarna), för att ersätta påstådda utgifter som de sistnämnda aktörerna har.

39. Det förevarande fallet avser således en helt speciell situation, en situation i vilken, såsom även domstolen har påpekat i domen i målet Ferring (utan att detta var tvistigt mellan parterna), den omtvistade skatten har införts i det huvudsakliga syftet att med olika skattebehandling kompensera för en asymmetri mellan två kategorier av företag.

40. Det framgår nämligen tydligt av förarbetena till lagen av den 19 december 1997 (men även av ett avgörande av det franska Conseil constitutionnel) att det förhållandet att endast läkemedelslaboratoriernas direktförsäljning beskattades just syftade till att

13 — Domen i målet Banks (ovan fotnot 7), punkt 80. Min kursivering. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 2000 i mål C-437/97, EKW och Wein & Co. (REG 2000, s. I-1157), punkt 52, och av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, Idéal Tourisme (REG 2000, s. I-6049), punkt 20.

14 — Dom av den 27 oktober 2005 i de förenade målen C-266/04–C-270/04, C-276/04 och C-321/04–C-325/04, Nazairdis m.fl. (REG 2005, s. I-9481), punkt 44.

15 — I denna fråga, se särskilt generaladvokaten Stix-Hackls förslag till avgörande av den 14 juli 2005 i målet Nazairdis m.fl. (ovan fotnot 14), punkt 38.

16 — Dom av den 10 juni 1993 i mål C-183/91, kommissionen mot Grekland (REG 1993, s. I-3131), punkt 17.

införa ett för partihandlarna mycket förmånligt skattesystem och på så sätt ersätta den konkurrensnackdel som enligt den franske lagstiftaren följer av de allmännyttiga skyldigheter som åläggs dessa rättssubjekt. [17]

41. I förevarande fall är det således inte fråga om en första regel enligt vilken en skatt införs lagenligt och en andra regel enligt vilken vissa undantag från denna beviljas rättsstridigt. Däremot är den bestämmelse enligt vilken skatten påläggs hypotetiskt rättsstridig, eftersom den utformats på ett sådant sätt att vissa företag som inte är skyldiga att betala denna skatt ges en konkurrensfördel. Följden av detta är att det är just den asymmetriska beskattningen av (endast) en kategori av företag som är avgörande för det eventuella stödet.

42. Vid ett sådant förhållande finns det enligt min mening i princip inga hinder för att tillåta dessa företag att vid de behöriga nationella domstolarna ifrågasätta huruvida skatten är lagenlig och att kräva att den skall återbetalas.

43. Denna lösning synes framför allt indirekt bekräftas i rättspraxis avseende påförande av så kallade skatteliknande avgifter eller också avseende fall i vilka det rättsstridiga statliga stödet består av medel som erhållits genom en skatt som specifikt införts i detta syfte (den skatteliknande avgiften) och som utges i form av subventioner till förmån för vissa rättssubjekt. De avgifter som företagen betalat med stöd av denna skatt utgör i dessa fall finansieringsmedlet för den statliga stödåtgärden.

44. Jag erinrar i detta avseende om att domstolen i domen i det ovannämnda målet Van Calster, som även sökanden har åberopat, har fastställt att "när en stödåtgärd vars finansieringsmetod *utgör en del* av stödåtgärden har genomförts utan att anmälningsskyldigheten har fullgjorts är de nationella domstolarna i princip skyldiga att *besluta om återbetalning* av avgifter som särskilt tagits ut för att finansiera stödet". [18] Enligt domstolen är det endast på detta sätt som den dessförinnan föreliggande situationen kan återställas, antingen i förhållande till de företag som felaktigt har erhållit stödet eller i förhållande till de företag som varit tvungna att finansiera ett rättsstridigt stöd. [19]

45. I likhet således med vad som sker i fråga om de skatteliknande avgifterna kan man enligt min mening även i förevarande fall identifiera ett tvingande och nödvändigt

17 — Se domen i målet Ferring (ovan fotnot 2), punkt 19. Se även ovan, punkt 12.

18 — Domen i det ovannämnda målet Van Calster (fotnot 10), punkterna 53 och 54. Min kursivering.

19 — Se, i denna fråga, dom av den 27 november 2003 i de förenade målen C-34/01 och C-38/01, Enirisorse (REG 2003, s. I-14243), punkterna 44 och 45.

samband (om inte en verklig identitet) mellan skatt och skatteförmån.[20] Fördelen som hypotetiskt selektivt beviljas partihandlarna följer i själva verket, såsom jag redan har påpekat, av asymmetrin av den skatt som införts genom lag av den 19 december 1997, eftersom just det förhållandet att endast vissa företag asymmetriskt påförs denna skatt, fortfarande hypotetiskt, gör att det för de företag som inte är skyldiga att betala denna skatt uppstår en relativt förmånlig situation.

46. Med andra ord är, i korthet, beskattningen av läkemedelslaboratorierna och det förhållandet att partihandlarna inte är skyldiga att betala denna skatt de två aspekter på den franska åtgärd vilken har införts genom denna skatt som inte kan skiljas åt.

47. Vidare skall det dessutom påpekas att den skatt som läkemedelslaboratorierna, om än indirekt, betalat även påverkar det totala stöd som partihandlarna erhållit. Den förmån som partihandlarna erhåller av att deras konkurrenter påtvingas den omtvistade åtgärden beror nämligen med nödvändighet på den omtvistade skattens storlek, eftersom det är uppenbart att ju högre den är, desto större är den konkurrensfördel som de konkurrerande företagen som inte är skattskyldiga erhåller.

48. I motsats således till vad kommissionen och URSSAF har hävdat skall den ifrågavarande skatten anses utgöra en del, och en del som inte kan undanröjas, av stödåtgärden. Anledningen härtill är, vilket jag återigen upprepar, att det just är införandet år 1997 av denna asymmetriska skatt som skapat en konkurrensfördel för partihandlarna och som således gett upphov till snedvridning av konkurrensen inom sektorn i fråga.

49. Om så är fallet kan, enligt min mening, den lösning som sökanden har åberopat, och som består i att verkningarna av åtgärden undanröjs (genom återbetalning av den skatt som de skattskyldiga företagen har erlagt), dock vara ett särskilt effektivt sätt att återställa den situation som förelåg dessförinnan.[21]

50. Genom att undanröja skattens verkningar återvänder man i själva verket endast till den situation som förelåg innan skatten infördes, och med andra ord till en situation där partihandlarna och laboratorierna inte var föremål för olika behandling i skattehänseende.

51. Om påförandet av den asymmetriska skatten utgör en rättsstridig stödåtgärd är enligt min mening dessutom Boirons upp-

20 — I fråga om den grundläggande betydelsen av ett samband mellan skatten och stödåtgärden, se dom av den 13 januari 2005 i mål C-174/02, Streekgewest (REG 2005, s. I-85), punkt 22 och följande punkter.

21 — Det skall erinras om att jag redan har angett denna möjlighet i punkterna 22 och 23 i mitt förslag till avgörande i målet Ferring (ovan fotnot 2).

fattning övertygande. Bolaget anser att de rättsakter genom vilka de franska myndigheterna har tagit ut den skatt som rättsstridigt (endast) påförts läkemedelslaboratorierna är ogiltiga.

52. I detta avseende erinrar jag om att enligt fast rättspraxis skall "[d]e nationella domstolarna ... för de enskilda som kan åberopa [de nationella myndigheternas åsidosättande av artikel 88.3 EG] säkerställa att alla slutsatser härav kommer att dras i enlighet med nationell rätt både vad gäller *giltigheten av de rättsakter som utfärdats för genomförandet av stödåtgärderna* och vad gäller återkrävande av sådant finansiellt stöd som beviljats i strid med denna bestämmelse eller med eventuella interimistiska åtgärder". [22]

53. Denna befogenhet/skyldighet som den nationella domstolen har att agera för att skydda sådana rättssubjekts rättigheter följer som bekant av den direkta verkan som föreskrivs i artikel 88.3 EG. [23] Såsom framgår av det ovannämnda avsnittet innebär detta att det ankommer på den nationella domstolen att tillämpa de nationella bestämmelser som krävs för att den skall kunna skydda sökandena.

54. Mot bakgrund av detta ser jag inga skäl till att den nationella domstolen, när det föreligger sådana speciella villkor såsom villkoren i det förevarande fallet, inte skulle kunna skydda de företag som skadats av det rättsstridiga stödet genom att förordna om en begäran om återbetalning, såsom den som framförts av Boiron.

55. I motsats till vad den franska regeringen, URSSAF och kommissionen har hävdat, har denna lösning enligt min mening inte den verkan att det rättsstridiga handlandet försvåras genom att antalet stödmottagare ökar till nackdel för de företag som skall betala den omtvistade skatten. Enligt min mening har nämnda lösning motsatt verkan. Denna lösning medför nämligen att antalet företag som skadas av det förmodade stödet minskar och att tillämpningsområdet för den asymmetriska skatten och, följaktligen, de konkurrensbegränsande verkningarna av denna således minskar.

56. Jag noterar vidare att ett avgörande från domstolen, enligt vilket en återbetalning av den omtvistade skatten medges, högst sannolikt skulle innebära en signal även till andra läkemedelslaboratorier som anser sig ha lidit skada av att stödet i fråga har beviljats. Alla medvetna ekonomiska aktörer kan — i likhet med Boiron — nämligen agera för att erhålla återbetalning av vad som otillbörligen betalats med stöd av skatten.

22 — Dom av den 21 november 1991 i mål C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires och Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, kallad Saumon (REG 1991, s. I-5505; svensk specialutgåva, volym 11, s. 463), punkt 12. Min kursivering. Se även dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI (REG 1996, s. I-3547), punkt 40.

23 — Se dom av den 11 december 1973 i mål 120/73, Lorenz (REG 1973, s. 1471; svensk specialutgåva, volym 2, s. 177), punkt 7.

57. En sådan lösning är enligt min mening av processekonomiska skäl att föredra, eftersom den innebär att domstolsskyddet avseende rättigheter för de enskilda som lidit skada av rättsstridiga stödåtgärder av den typ som den förevarande är mindre betungande. Den motsatta lösningen — som kommissionen har förespråkat — medför nämligen att Boirons begäran om återbetalning avslås och att bolaget på nytt måste väcka talan vid de nationella domstolarna för att utverka att de behöriga nationella myndigheterna åläggs att retroaktivt utsträcka den omtvistade skatten till att omfatta de företag som ursprungligen inte beskattades. Det är dock svårt att förneka att denna lösning gör att undanröjandet av den omtvistade skattens konkurrensbegränsande verkningar blir mycket mer komplicerat, betungande och osäkert. Detta gäller desto mer om man beaktar att de franska myndigheterna beslöt att avskaffa denna skatt genom lag av den 20 december 2002, i stället för att utvidga den till att även omfatta partihandlare.

58. Härefter är det enligt min mening viktigt att ange att om den nationella domstolen skulle ansluta sig till det resonemang som föreslagits här skall den inte besluta om återbetalning av alla de avgifter som Boiron har betalat, utan endast om återbetalning av den del av dessa som överstiger de så kallade merkostnaderna. Såsom domstolen har fastställt i domen i målet Ferring motsvarar inte den eventuella fördel som partihandlarna rättsstridigt åtnjutit inte hela det avgiftsbelopp som staten har avstått från att ta ut, utan endast de belopp som överstiger de merkostnader som dessa företag har varit tvungna att bära för att fullgöra sina allmännyttiga skyldigheter. [24]

59. Det är således endast den delen av de betalda avgifterna som motsvarar den påstådda överkompensationen avseende de allmännyttiga skyldigheterna som utgör en otillbörlig skattebörda för läkemedelslaboratorierna och en rättsstridig fördel för partihandlarna.

60. Det står klart att det ankommer på den nationella domstolen att i första hand försäkra sig om att det föreligger en stöddel i den skattelättnad som beviljats partihandlarna och i andra hand eventuellt fastställa det exakta beloppet av denna. I detta avseende skall jag endast erinra om att domstolen i domen i det ovannämnda målet Altmark har angett att när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande skall storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av

24 — Detta gäller under förutsättning att de andra villkoren enligt rättspraxis i målen Ferring och Altmark är uppfyllda. Jag erinrar om att domstolen i dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (REG 2003, s. I-7747), punkterna 89–93, har fastställt följande villkor som skall vara uppfyllda för att en ersättning, som beviljats ett företag som ålagts skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, inte skall kvalificeras som statligt stöd: 1) det mottagande företaget skall faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter skall vara klart definierade, 2) de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas skall vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, 3) ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst, och 4) när valet inte har skett efter ett offentligt upphandlingsförfarande skall storleken av ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag skulle ha åsamkats, för att uppfylla de allmännyttiga skyldigheterna i fråga.

de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag, som är utrustat med medel som är lämpliga för att fullgöra de allmännyttiga tjänster som ålagts det, skulle ha åsamkats vid fullgörandet av dessa skyldigheter, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter. [25]

61. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara den första frågan från Cour de Cassation så, att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att ett läkemedelslaboratorium, som skall erlägga en sådan skatt som avses i artikel 12 i lag nr 97-1164 av den 19 december 1997, grundar sin begäran att erhålla återbetalning av den del av de betalda beloppen som motsvarar den ekonomiska fördel som partihandlarna felaktigt har haft på det förhållandet att partihandlarnas befrielse från skyldigheten att erlägga denna skatt utgör ett statligt stöd.

Den andra frågan

Inledning

62. För det fall den första frågan besvaras jakande har den hänskjutande domstolen i huvudsak begärt att domstolen skall klargöra huruvida gemenskapsrätten utgör hinder för nationella bestämmelser, enligt vilka en sökande, som gör gällande att en ersättning som beviljas företag för att fullgöra allmännyttiga tjänster (i detta fall den skattelättnad som beviljas partihandlare) har karaktären av stöd, skall bevisa att denna ersättning överstiger de kostnader som uppkommit genom de skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som ålagts dessa företag.

63. Den nationella domstolen har vid formuleringen av den aktuella frågan först och främst åberopat artikel 1315 i civillagen (Code civil), enligt vilken "den som kräver att en skyldighet skall uppfyllas skall bevisa att skyldigheten föreligger". Den nationella domstolen har dessutom påpekat att det enligt artikel 9 i nya civilprocesslagen (Code de procédure civile) ankommer på varje part att i enlighet med vad som föreskrivs i lag styrka uppgifterna till stöd för sin talan.

64. Enligt dessa bestämmelser är det — fortfarande enligt Cour de Cassation — det rättssubjekt som väcker talan mot en statlig åtgärd som skall bevisa att denna åtgärd utgör ett statligt stöd enligt EG-fördraget. I ett mål som avser statliga stödåtgärder till rättssubjekt som ålagts en allmännyttig tjänst ankommer det således på sökanden att bevisa att de villkor enligt vilka det inte föreligger något stöd (särskilt de villkor som

25 — Domen i målet Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (ovan fotnot 24), punkt 93.

krävs enligt rättspraxis i målet Altmark) [26] inte är uppfyllda.

65. Den hänskjutande domstolen har slutligen, för fullständighetens skull, erinrat om att det i artikel 10 i nya civilprocesslagen föreskrivs en möjlighet för den nationella domstolen att ex officio besluta om alla lagliga åtgärder för bevisupptagning. Den nationella domstolen ges dock — vilket den hänskjutande domstolen har påpekat — genom denna bestämmelse endast en möjlighet att agera och tvingas dock inte att förelägga sökanden att denne skall förete bevisning.

66. Av detta skäl har Cour de Cassation begärt att domstolen skall klargöra huruvida sådana nationella bestämmelser som de som är i fråga i förevarande fall skall anses vara oförenliga med gemenskapsrätten, eftersom de i sin egenskap av bevisbestämmelser medför att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att tillvarata sina rättigheter.

Bedömning

67. Jag erinrar först om att det enligt fast rättspraxis, i avsaknad av gemenskapsrättsliga bestämmelser, i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat skall anges vilka domstolar som är behöriga och fastställas förfaranderegler för sådan talan som är avsedd att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har på grund av gemenskapsrätten. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten i praktiken omöjligt eller orimligt svårt. [27]

68. Jag påpekar, när jag nu övergår till att undersöka de nationella processuella bestämmelser som angetts av den hänskjutande domstolen, att dessa regler endast är bestämmelser i vilka det enligt en fast allmän rättsprincip fastställs att den som vill göra gällande en rättighet vid domstol skall bevisa de faktiska omständigheter som utgör grundvalen för denna, en regel som ofta uttrycks med det berömda latinska ordspråket "bevisbördan åvilar den som påstår något och inte den som förnekar" (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). [28]

26 — Se ovan fotnot 24.

27 — Se exempelvis dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, av den 9 november 1983 i mål 199/82, Amministrazione delle finanze dello Stato mot San Giorgio (REG 1983, s. 3595; svensk specialutgåva, volym 7, s. 389), punkt 12, och av den 24 september 2002 i mål C-255/00, Grundig Italiana (REG 2002, s. I-8003), punkt 33. I fråga om stöd, se domen i målet Saumon (ovan fotnot 22), punkt 12, och dom av den 2 februari 1989 i mål 94/87, kommissionen mot Tyskland (REG 1989, s. 175), punkt 12.

28 — För ett uttryckligt godkännande av att denna princip även är relevant med avseende på gemenskapsförfarandet, se förstainstansrättens dom av den 10 maj 1990 i mål T-117/89, Sens mot kommissionen (REG 1990, s. II-185), punkt 20. Se även domstolens dom av den 28 juni 1988 i mål 3/86, kommissionen mot Italien (REG 1988, s. 3369), punkt 13, av den 5 oktober 1989 i mål 290/87, kommissionen mot Nederländerna (REG 1989, s. 3083), punkterna 11 och 20.

69. Frågan måste således ställas huruvida denna grundläggande princip, i det konkreta fallet, kan ge upphov till orimliga svårigheter för en sökande i ett förfarande som det aktuella förfarandet.

70. Man kan visserligen instämma i Boirons och kommissionens uppfattning att det ibland kan vara svårt för en konkurrent till det företag som påstås erhålla stöd att bevisa att ersättningen överstiger de merkostnader som följer av fullgörandet av skyldigheterna avseende allmännyttiga tjänster. Uppgifterna om företagens driftskostnader är nämligen normalt strängt konfidentiella.

71. En undersökning av de relevanta bestämmelserna i nya civilprocesslagen visar dock att den nationella domstolen lämnas stor möjlighet att vidta alla de åtgärder för bevisupptagning som kan vara användbara för att inhämta de uppgifter som krävs för att avgöra målet i sak.

72. Den nationella domstolen har angett att artikel 10 i nya civilprocesslagen tillåter den nationella domstolen, när denna anser att det är lämpligt, att ex officio besluta om alla lagliga åtgärder för bevisupptagning.

73. Dessutom ger, som URSSAF har påpekat i sin inlaga, artiklarna 143–146 i nya civilprocesslagen den nationella domstolen möjlighet att, även på partens begäran, när som helst under förfarandet besluta om åtgärder för bevisupptagning, när den anser att den inte har tillräckliga uppgifter för att avgöra tvisten. Sådana åtgärder kan inbegripa ett beslut av domstolen riktat till en part eller till en tredje man om att inkomma med en rättsakt eller ett dokument (artikel 138 i nya civilprocesslagen).

74. Jag anser således att det på grundval av dessa bestämmelser föreligger en konkret möjlighet för den nationella domstolen att på begäran av parten eller ex officio ingripa och besluta om nödvändiga åtgärder för bevisupptagning, för att en parts eventuella svårigheter att inkomma med vissa typer av bevis (exempelvis bevis som avser en konkurrents driftskostnader) på så sätt skall övervinnas.

75. Jag erinrar dessutom om att de villkor som domstolen har angett i domen i det ovannämnda målet Altmark,[29] för att det skall uteslutas att det föreligger ett stöd i de aktuella fallen, har kumulativ karaktär. Det

29 — Se ovan fotnot 24.

räcker därför att en sökande visar att ett av dessa villkor inte är uppfyllt för att den nationella domstolen skall dra slutsatsen att en sådan ersättning utgör ett statligt stöd enligt EG-fördraget. Visserligen kan det ibland vara svårt för en sökande att bevisa att den ersättning som betalats till tjänsteleverantören överstiger de kostnader som uppkommit genom den allmännyttiga tjänsten, men sådana bevissvårigheter kan enligt min mening inte fastställas när man vill bevisa att något av de andra tre villkoren som uppställts i domen i målet Altmark inte föreligger.

76. Jag påpekar till exempel att det enligt det fjärde villkoret skall göras en bedömning av ersättningen mot bakgrund av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt företag har åsamkats för att fullgöra dessa tjänster. Undersökningen av detta villkor kräver enligt min mening inte tillgång till sådana konfidentiella uppgifter som endast det stödmottagande företaget eller staten kan förfoga över. Tvärtom är de uppgifter som krävs för en sådan undersökning sådana typiska uppgifter som ett företag som är verksamt på marknaden i fråga, eller som avser att bedriva verksamhet där, bör ha kännedom om.

77. Jag tillägger slutligen att jag inte finner att kommissionens uppfattning är övertygande. Enligt denna karaktäriseras den aktuella bevisningen som "en negativ bevisning", varvid det således är naturligt att ålägga medlemsstaten eller den förmodade stödmottagaren bevisbördan. Enligt min mening bygger detta argument endast på en terminologifråga. I själva verket kan, enligt min mening, samtliga de faktiska omständigheter som Boiron skall bevisa vid den hänskjutande domstolen även kvalificeras som positiva faktiska omständigheter, nämligen som alltför stor ersättning i förhållande till kostnaderna för den allmännyttiga tjänsten, förekomst av en ekonomisk fördel för tjänsteleverantören, etcetera.

78. Med hänsyn till det ovan anförda är allmänna bestämmelser i nationell rätt i fråga om bevisbörda, såsom de bestämmelser som den hänskjutande domstolen har angett, enligt min mening inte sådana att de gör det "i praktiken omöjligt eller orimligt svårt" att skydda de rättigheter som tillkommer rättssubjekt med stöd av bestämmelserna i gemenskapsrätten om statligt stöd.

79. Jag föreslår därför att domstolen skall besvara den andra frågan så, att gemenskapsrätten inte utgör hinder för nationella bestämmelser, enligt vilka en sökande som åberopar att den ersättning som beviljats företag för fullgörandet av allmännyttiga tjänster har karaktären av stöd åläggs att bevisa att denna ersättning överstiger de kostnader som uppkommit genom de skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster som dessa företag ålagts.

V — Förslag till avgörande

80. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara frågorna från Cour de Cassation på följande sätt:

"1) Gemenskapsrätten utgör inte hinder för att ett läkemedelslaboratorium, som skall erlägga en sådan skatt som avses i artikel 12 i lag nr 97-1164 av den 19 december 1997, grundar sin begäran att erhålla återbetalning av den del av de betalda beloppen som motsvarar den ekonomiska fördel som partihandlarna felaktigt har haft på det förhållandet att partihandlarnas befrielse från skyldigheten att erlägga denna skatt utgör ett statligt stöd.

2) Gemenskapsrätten utgör inte hinder för nationella bestämmelser, enligt vilka en sökande som åberopar att den ersättning som beviljats företag för fullgörandet av allmännyttiga tjänster har karaktären av stöd åläggs att bevisa att denna ersättning överstiger de kostnader som uppkommit genom de skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster som dessa företag ålagts."