

Het arrest Boiron: de pil verguld?

Mr. drs. K.J. Defares en mr. S.M. Goossens

Op 7 september 2006 gaf het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen antwoord op door het Franse Cour de cassation gestelde prejudiciële vragen omtrent de (kring van) beroepsgerechtigden onder de staatssteunregels en de (on)verenigbaarheid van nationale bewijslastregels met het gemeenschapsrecht. Tegen de achtergrond van de eerste prejudiciële vraag zal in de bijdrage stil worden gestaan bij de ontwikkelingen in de rechtspraak omtrent diensten van algemeen economisch belang en staatssteun. Voorts wordt stilgestaan bij de tweede vraag of het communautaire recht de nationale rechter in bepaalde gevallen verplicht tot een verplichting tot omkering van bewijslast in gevallen waar het gaat om toepassing van de staatssteunregels.

HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, n.n.g.

In deze zaak¹ draait het ten eerste om de vraag of het Franse farmaceutisch laboratorium Boiron SA (hierna: 'Boiron') het recht heeft zich erop te beroepen dat de vrijstelling van een heffing voor groothandelaars-distributeurs staatssteun vormt teneinde teruggaaf van die wel door haar betaalde heffing te verkrijgen. Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend. De heffing die in de onderhavige uitspraak onderwerp van geschil is, is dezelfde als die heeft geleid tot het arrest van het Hof in de zaak *Ferring*, welk arrest veel stof deed opwaaien en vele pennen in beweging bracht. Het Hof heeft veel kritiek te verduren gekregen over de bij dit arrest ingeslagen weg van de 'geen steun' benadering bij de beoordeling van de door lidstaten verleende compensaties aan ondernemingen die een dienst van algemeen economisch belang uitvoeren. Dit heeft het Hof er echter niet van weerhouden deze benadering in *Altmark* te bevestigen. De tweede vraag die aan de orde komt, is of nationale voorschriften waarbij de teruggaaf van een verplichte bijdrage afhankelijk is gesteld van het bewijs dat degene die de vordering indient moet leveren dat er sprake is van overcompensatie dan wel dat de in *Altmark* gestelde voorwaarden niet zijn vervuld, bewijsregels vormen die het in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken om teruggaaf te verkrijgen.

De feiten

Boiron is een Franse onderneming en producent van homeopathische specialiteiten. Deze geneesmiddelen distribueert zij in Frankrijk uitsluitend in apotheken door een systeem van rechtstreekse verkoop of via groothandelaars-distributeurs. In Frankrijk zijn er twee direct met elkaar concurrerende distributiecircuiten voor geneesmiddelen. Enerzijds dat van groothandelaars-distributeurs en anderzijds dat van farmaceutische laboratoria die hun producten rechtstreeks verkopen. Het Franse wetboek van volksgezondheid omschrijft groothandelaar-distributeur als 'elke onderneming die zich toelegt op de aankoop en opslag van andere dan voor onderzoek op de mens bestemde geneesmiddelen met het oog op de groothandelsdistributie daarvan in ongewijzigde staat'. Groothandelaars-distributeurs zijn onderworpen aan een aantal verplichtingen inzake openbare dienstverlening, farmaceutische laboratoria zijn dat niet. Volgens een ministerieel besluit dat tot en met februari 1998 gold bestaan deze uit de verplichting i) permanent over een voorraad specialiteiten te beschikken waarmee kan worden voorzien in het maandelijks gebruik van de tot hun normale afnemers behorende apotheken in hun distributiegebied; hierbij gaat het om een voorraad geneesmiddelen die minstens twee derde van de aanbiedingsvormen van werkelijk geëxploiteerde specialiteiten omvat, ii) hun normale afnemers in hun distributiegebied elke specialiteit te kunnen leveren en binnen 24 uur elke specialiteit van de haar verplicht aan te houden voorraad en iii) toezicht uit te oefenen opdat uitputting van de voorraad specialiteiten wordt voorkomen.

Eind 1997 werd in het wetboek een bijdrage van 2,5 procent geïntroduceerd, geheven over de in Frankrijk door de farmaceutische laboratoria vóór belasting bij apotheken behaalde omzet uit hoofde van de groothandelsverkoop van farmaceutische specialiteiten. Deze bijdrage wordt aangeduid als 'heffing op de rechtstreekse verkoop'. De heffing is verschuldigd aan de Agence centrale des organismes de sécurité sociale (hierna: 'ACOSS') en geldt niet voor de verkoop van geneesmiddelen door groothandelaars-distributeurs. De Franse Conseil constitutionnel heeft verduidelijkt dat deze heffing is ingevoerd om bij te dragen tot de financiering van de Caisse nationale d'assurance maladie en om het evenwicht van de mededingingsvoorwaarden te herstellen tussen de distributiecircuiten voor geneesmiddelen. Van een *level playing field* zou namelijk geen sprake zijn doordat de verplichtingen inzake openbare dienstverlening wel

Mr. drs. K.J. Defares is advocaat bij Stek te Amsterdam.

Mr. S.M. Goossens is advocaat bij Stek te Amsterdam.

¹ HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, n.n.g.

geldend voor de groothandelaars-distributeurs, maar niet voor de farmaceutische laboratoria.

Deze heffing op de rechtstreekse verkoop is eerder voor het Hof aan de orde geweest in de zaak *Ferring*.² Het Hof overwoog in die zaak dat, voorzover de heffing op de rechtstreekse verkoop overeenstemt met de door de groothandelaars-distributeurs daadwerkelijk gedragen extra kosten om hun verplichtingen inzake openbaardienstverlening na te komen, het feit dat deze laatsten niet aan die heffing zijn onderworpen, kan worden beschouwd als de tegenprestatie voor de verrichte prestaties, en bijgevolg geen staatssteun vormt in de zin van artikel 87 EG.

Boiron, die als farmaceutisch laboratorium de heffing betaalt, tracht in een nationale procedure teruggaaf van de door haar betaalde heffingen te verkrijgen. In eerste instantie wordt zij in het gelijk gesteld en wordt ACOSS veroordeeld tot terugbetaling van de aan haar betaalde bedragen. In appèl wordt dit vonnis vernietigd. Boiron stelt vervolgens cassatieberoep in. De Franse verwijzende rechter stelt twee prejudiciële vragen.

In de eerste plaats betreft dit de vraag of een farmaceutisch laboratorium dat een bijdrage verschuldigd is, zoals de heffing op de rechtstreekse verkoop, het recht heeft zich erop te beroepen dat het feit dat de groothandelaars-distributeurs niet aan deze bijdrage zijn onderworpen, staatssteun vormt, om teruggaaf daarvan te verkrijgen. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, luidt de tweede vraag of nationale voorschriften waarbij de teruggaaf van een verplichte bijdrage afhankelijk is gesteld van het door degene die de vordering indient te leveren bewijs, dat het voordeel dat de begunstigden behalen groter is dan de extra kosten die zij dragen voor het vervullen van verplichtingen inzake openbaardienstverlening die hun bij nationale regeling zijn opgelegd, dan wel dat de *Altmark*-voorwaarden niet zijn vervuld, bewijsregels vormen die het in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken om deze teruggaaf te verkrijgen.

Het arrest

De eerste vraag

Onder verwijzing naar *Ferring* overweegt het Hof dat artikel 87 EG aldus moet worden uitgelegd dat een maatregel als de heffing op de rechtstreekse verkoop, die alleen van toepassing is op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen door farmaceutische laboratoria, slechts als staatssteun aan de groothandelaars-distributeurs kan worden aangemerkt wanneer hij leidt tot een overcompensatie ten gunste van deze laatsten, dat wil zeggen voor zover het voordeel dat deze marktdeelnemers halen uit het feit dat zij niet aan deze heffing zijn onderworpen, groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbaardienstverlening die hun bij nationale regeling zijn opgelegd. Boiron is van oordeel dat van een dergelijke overcompensatie sprake is en derhalve van onwettige staatssteun aan de groothandelaars-distributeurs.

Het Hof herinnert er in dit verband aan dat een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG die tot uitvoering wordt gebracht met schending van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 88, lid 3, EG, onwettig is. Weliswaar is in verschillende zaken geoordeeld dat ondernemingen die een heffing verschuldigd zijn, zich niet aan de betaling daarvan kunnen onttrekken of daarvan geen terugbetaling kunnen verkrijgen met het argument dat de door andere ondernemingen verkregen vrijstelling staatssteun vormt; de aard van deze zaken verschilt evenwel wezenlijk van die van de heffing op de recht-

streekse verkoop, aldus het Hof. In deze zaken ging het namelijk telkens om een vrijstelling van bepaalde marktdeelnemers van een algemene heffing en werd betoogd dat deze vrijstelling op zichzelf geen staatssteun vormde. In de onderhavige zaak gaat het daarentegen om een heffing waaraan slechts één van de twee elkaar beconcurrerende categorieën marktdeelnemers is onderworpen. Bij een dergelijke asymmetrische onderwerping aan een heffing vloeit de vermeende steun voort uit het feit dat de andere categorie marktdeelnemers, waarmee de aan de heffing onderworpen categorie in rechtstreekse concurrentie staat, niet aan deze heffing is onderworpen.³ Onbetwist is dat de niet-onderwerping van de groothandelaars-distributeurs aan de heffing een vooropgezette en de voornaamste doelstelling van deze heffing is. De heffing beoogt namelijk het herstel van een *level playing field* tussen de twee distributiecircuits. Volgens de Franse wetgever was dit vervalst, omdat de verplichtingen inzake openbaardienstverlening alleen gelden voor de groothandelaars-distributeurs.

In *Ferring* bleek dat de heffing ook daadwerkelijk effect heeft gesorteerd doordat de groei van de rechtstreekse verkoop stilviel en de groothandelaars-distributeurs bovendien marktaandeel terugwonen. Indien de niet-onderwerping aan de heffing op de rechtstreekse verkoop een overcompensatie ten gunste van de groothandelaars-distributeurs meebrengt omdat het voordeel dat deze uit de niet-onderwerping halen, groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbaardienstverlening die hun zijn opgelegd, dan zou de onderwerping van een farmaceutisch laboratorium als Boiron aan een dergelijke heffing een handeling tot uitvoering van een steunmaatregel vormen.

Vervolgens overweegt het Hof dat in casu de maatregel waarvan wordt gesteld dat hij een steun vormt, de heffing op de rechtstreekse verkoop zelf is en niet een vrijstelling die hiervan kan worden losgekoppeld. In een dergelijk geval moet een marktdeelnemer als Boiron zich kunnen beroepen op de ongeldigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop op grond dáárvan dat deze een steunmaatregel vormt, om teruggaaf ervan te vorderen, aldus het Hof.⁴

Met betrekking tot de verenigbaarheid van een dergelijk recht met de beginselen die ten grondslag liggen aan de rechtspraak van het Hof inzake parafiscale heffingen, overweegt het Hof dat bij de onderhavige heffing op de rechtstreekse verkoop de band tussen de heffing en de steun nog nauwer is dan in het geval van de parafiscale heffingen uit deze rechtspraak. De heffing op de rechtstreekse verkoop en de steunmaatregel vormen namelijk twee onlosmakelijk verbonden elementen van een en dezelfde fiscale maatregel. In deze omstandigheden strookt het met de beginselen die ten grondslag liggen aan de rechtspraak van het Hof inzake de parafiscale heffingen, om een marktdeelnemer als Boiron het recht toe te kennen om zich te beroepen op de onwettigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop, om de teruggaaf te verkrijgen van de uit hoofde daarvan betaalde bedragen.

Het Hof voegt hieraan nog toe dat een dergelijke teruggaaf hoe dan ook alleen kan worden toegekend, wanneer wordt aangetoond dat het bedrag waarvan teruggave wordt gevorderd, een overcompensatie vormt en dus een economisch voordeel verleent en wanneer daarnaast ook de overige voorwaarden van artikel 87, lid 1, EG zijn vervuld.

² Zaak C-53/00, *Ferring*, Jur. 2001, p. I-9067.

³ Rechtsoverweging 34.

⁴ Rechtsoverwegingen 39 en 40.

De tweede vraag

In het hoofdgeding beroept Boiron zich op de onwettigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop op de grond dat de niet-onderwerping van de groothandelaars-distributeurs aan deze heffing staatssteun vormt. Tegen deze achtergrond stelt de verwijzende rechter de vraag of de naleving van het doeltreffendheidsbeginsel is gewaarborgd, wanneer de marktdeelnemer die om teruggaaf verzoekt van de door hem betaalde heffing, overeenkomstig de nationale bewijsregels moet aantonen dat het feit dat de groothandelaars-distributeurs niet aan deze heffing zijn onderworpen, een overcompensatie te hunnen gunste meebrengt, omdat ten minste één van de *Altmark*-voorwaarden niet is vervuld en bijgevolg sprake is van economisch voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

Het Hof overweegt dat het bij gebreke van een communautaire regeling een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingesteld ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenu. Voorwaarde is evenwel dat deze nationale regels voldoen aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. De regels mogen dus niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk mag niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt. In dit verband merkt de verwijzende rechter enerzijds op dat hoewel de bewijslast overeenkomstig het nationale bewijsrecht in beginsel rust op de marktdeelnemer die stelt dat er sprake is van steun, dit nationale recht de rechter eveneens een ruime bevoegdheid toekent om ambtshalve alle wettelijk toelaatbare maatregelen van instructie te bevelen. Anderzijds wijst hij erop dat het hierbij louter om een bevoegdheid gaat en dat het verzuim van deze marktdeelnemer om het voor het slagen van zijn vordering noodzakelijke bewijs te overleggen, het enige obstakel kan vormen voor het bewijs dat de heffing op de rechtstreekse verkoop staatssteun is, aangezien de *Altmark*-voorwaarden betrekking hebben op gegevens waartoe deze marktdeelnemer niet noodzakelijkerwijs toegang heeft, afgezien van een beroep voor de rechter waarin de begunstigde van de vermeende steun zou worden betrokken.

Vervolgens constateert het Hof dat de betreffende Franse bewijslastregels op zichzelf niet in strijd zijn met het gemeenschapsrecht. Niettemin moet de nationale rechter, wanneer hij vaststelt dat de op de marktdeelnemer rustende bewijslast dat er sprake is van overcompensatie en dus van staatssteun het onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken dit bewijs te leveren, met name omdat dit betrekking heeft op gegevens waarover een dergelijke marktdeelnemer niet kan beschikken, gebruikmaken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld om de eerbiediging van het doeltreffendheidsbeginsel te waarborgen.

Commentaar

Dit arrest vormt een goede aanleiding om de ontwikkelingen in de rechtspraak omtrent de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang en staatssteun weer eens – beknopt – op een rij-

tje te zetten. *Boiron* is vooral interessant, omdat het Hof een uitzondering formuleert op de vaste *Banks*-jurisprudentie⁵ dat schuldenaars van een verplichte bijdrage zich er niet op kunnen beroepen dat de door anderen genoten vrijstelling daarvan staatssteun vormt, om zich aan betaling daarvan te onttrekken. Voorts zal in deze bijdrage kort worden stilgestaan bij de (on)verenigbaarheid van de nationale regels inzake bewijslast met het gemeenschapsrecht (de tweede prejudiciële vraag).

Staatssteun en diensten van algemeen economisch belang

In *Boiron* gaat het om de toepassing van de staatssteunregels op een dienst van algemeen economisch belang, i.e. de distributie van geneesmiddelen. Diensten van algemeen economisch belang (hierna: 'DAEB') zijn diensten die door een nationale overheid van algemeen belang worden geacht en waarvoor zij een openbare dienstverplichting laat gelden. Deze openbare dienstverplichtingen zijn door de overheid aan de dienstverlener opgelegde verplichtingen, die erop gericht zijn te waarborgen dat aan de doelstellingen van de DAEB wordt voldaan. In casu zijn het de groothandelaars-distributeurs die aan een aantal door de Franse overheid opgelegde verplichtingen moeten voldoen, zoals (omvang van de) aan te houden voorraad, samenstelling van het assortiment en leveringsnelheid en -zekerheid.

De Luxemburgse rechters zijn van mening dat compensatie door de overheid van de meerkosten, die onlosmakelijk zijn verbonden aan de uitvoering van een DAEB, is toegestaan. Zij zitten echter niet helemaal op één lijn waar het gaat om de kwalificatie van een dergelijke compensatie als staatssteun.

In artikel 87, lid 1, EG zijn de voorwaarden opgesomd waaronder sprake kan zijn van staatssteun. Het moet daarbij gaan om een maatregel (i) van de staat of met staatsmiddelen bekostigd, (ii) welke het handelsverkeer ongunstig beïnvloedt, (iii) de begunstigde een voordeel verschafft en (iv) de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. De derde voorwaarde vormt een cruciaal punt in het kader van de toepassing van de staatssteunregels op DAEB.

Het Hof van Justitie en het Gerecht van Eerste Aanleg lijken van mening te verschillen ten aanzien van de vraag of de compensatie voor de uitvoering van DAEB moet worden gekwalificeerd als een 'voordeel' in de zin van artikel 87, lid 1, EG. De benadering van het Gerecht bestaat erin dat de compensatie van deze meerkosten in beginsel staatssteun vormt, maar dat deze staatssteun als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden gekwalificeerd.⁶ Deze benadering heeft tot gevolg dat, aangezien de compensatie staatssteun is, aanmelding op grond van artikel 88, lid 3, EG verplicht is. De Commissie kan dan vervolgens op basis van dat artikel de verenigbaarheid van de compensatie als steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt beoordelen. Wanneer een vergoeding dan noodzakelijk is om de dienst te verrichten en voorts slechts de meerkosten die de met de DAEB belaste onderneming maakt, compenseert, kan de compensatie op grond van artikel 86, lid 2, EG gerechtvaardigd zijn.

Het Hof heeft voor een andere benadering gekozen. Volgens het Hof is de compensatie van de meerkosten die de met de DAEB belaste onderneming maakt géén staatssteun, indien het door de onderneming genoten voordeel in de vorm van de compensatie niet groter is dan de extra kosten die de onderneming uit hoofde van de dienstverlening draagt. Naar de mening van het Hof is er bij een dergelijke compensatie van de meerkosten geen sprake van 'voordeel' in de zin van artikel 87, lid 1, EG. Bijgevolg is er ook geen sprake van

⁵ Zaak C-390/98, *Banks*, Jur. 2001, p. I-6117.

⁶ Vergelijk Zaak T-106/95, *FFSA*, Jur. 1997, p. II-229.

staatssteun. Aanmelding op grond van artikel 88, lid 3, EG en rechtvaardiging op grond van artikel 86, lid 2, EG kunnen dan achterwege blijven.

Ferring

Het Hof heeft deze benadering voor het eerst gevolgd in de zaak *Ferring*. In deze zaak was dezelfde heffing op de rechtstreekse verkoop aan de orde als in de onderhavige zaak. Het Hof overwoog dat voor zover de heffing op de rechtstreekse verkoop overeenstemt met de door de groothandelaars-distributeurs daadwerkelijk gedragen extra kosten om hun verplichtingen inzake openbaardienstverlening na te komen, het feit dat ze niet zijn onderworpen aan deze heffing kan worden beschouwd als een tegenprestatie voor de verrichte prestaties. Wanneer aan dit vereiste van equivalentie is voldaan, is er volgens het Hof geen sprake van voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG. De heffing heeft dan alleen tot gevolg dat voor de groothandelaars-distributeurs en voor de farmaceutische laboratoria vergelijkbare mededingingsvoorwaarden gelden. Voor zover het voordeel dat de groothandelaars-distributeurs genieten groter is dan de extra kosten voor de openbare dienstverlening, moet deze compensatie wel worden gekwalificeerd als staatssteun. Rechtvaardiging op grond van artikel 86, lid 2, EG is dan in beginsel niet mogelijk, omdat deze overcompensatie niet als noodzakelijk zal worden beschouwd om de groothandelaars-distributeurs hun bijzondere taak te laten vervullen.

Altmark

Advocaat-Generaal ('A-G') Léger kon zich niet vinden in deze 'geen steun' benadering en uitte zijn kritiek in zijn conclusie in de zaak *Altmark*.⁷ De A-G vreesde dat als gevolg van deze benadering de artikelen 87 en 86, lid 2, EG grotendeels hun betekenis zouden verliezen, aangezien de maatregelen ter financiering van openbare diensten aan de controle van de Commissie werden onttrokken. In plaats daarvan zou dan aan de hand van de in *Ferring* gestelde criteria beoordeeld moeten worden of er al dan niet sprake is van (onverenigbare) staatssteun. De A-G vroeg zich af of met *Ferring* artikel 86, lid 2, EG niet werd vervangen door een regeling die gekenmerkt werd door een grotere flexibiliteit. Léger verzocht het Hof dan ook terug te komen van de in *Ferring* ontwikkelde redenering en zich aan te sluiten bij de benadering van het Gerecht. Het Hof heeft aan deze oproep geen gehoor gegeven en haar in *Ferring* ontwikkelde redenering in het *Altmark*-arrest bevestigd en, meer recent, in *Enirisorse*.⁸ Van de door A-G Léger gevreesde grotere flexibiliteit is in de praktijk echter geen sprake. De *Altmark*-voorwaarden zijn zodanig opgesteld, dat het niet eenvoudig is voor het predikaat 'toegestane compensatie' in aanmerking te komen. Wanneer niet aan de voorwaarden is voldaan, is de keerzijde dat sprake is van staatssteun, die op grond van artikel 88, lid 3, EG moet worden gemeld. De verenigbaarheid van deze staatssteun zal dan eventueel op grond van artikel 87, lid 2 of lid 3, of artikel 86, lid 2, EG kunnen worden aangenomen. Rechtvaardiging van een overcompensatie op grond van artikel 86, lid 2, EG lijkt overigens uitgesloten, aangezien dit artikel een proportionaliteitstoets en een noodzakelijkheidstoets omvat en overcompensatie per definitie niet noodzakelijk of proportioneel zal zijn.

Het Commissiepakket

Tegen de achtergrond van *Altmark* heeft de Commissie op 29 november 2005 een pakket maatregelen gepubliceerd met betrekking tot DAEB en staatssteun. Het Commissiepakket omvat een Vrijstellingsbeschikking,⁹ een Kaderregeling¹⁰ en een wijziging van de Transpa-

rantierichtlijn.¹¹ Met dit pakket wordt onder meer getracht duidelijkheid te scheppen omtrent de verhouding tussen artikel 86, lid 2, EG en de *Altmark*-voorwaarden.¹²

De kring van beroepsgerechtigden onder de steunregels

Volgens een constante rechtspraak van het Hof is een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG, die tot uitvoering wordt gebracht zonder nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 88, lid 3, EG, onwettig.¹³ In het kader van het toezicht op de naleving door de lidstaten van de krachtens de artikelen 87 en 88 EG op hen rustende verplichtingen, vervullen de nationale rechterlijke instanties en de Commissie aanvullende en onderscheiden taken. Terwijl de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt onder exclusieve bevoegdheid van de Commissie valt, die daarbij onder toezicht staat van de gemeenschapsrechtshouders, zien de nationale rechterlijke instanties toe op de vrijwaring van de rechten van de justitiabelen in geval van schending van de bij artikel 88, lid 3, EG opgelegde verplichting om de steunmaatregelen vooraf bij de Commissie aan te melden. Wanneer de nationale rechter een miskenning vaststelt van het verbod om een steunmaatregel zonder voorafgaande aanmelding tot uitvoering te brengen, en deze miskenning wordt aangevoerd door justitiabelen die zich daarop kunnen beroepen, dan moet deze nationale rechter daaruit overeenkomstig zijn nationale recht alle consequenties trekken. De vraag die men tegen deze achtergrond kan stellen is wie zich voor de nationale rechter op de schending van de staatssteunregels kan beroepen.

Het Hof heeft zich in *Banks* op het standpunt gesteld dat zij die een verplichte bijdrage verschuldigd zijn, zich, om zich aan de betaling daarvan te onttrekken, niet erop kunnen beroepen dat de door anderen genoten vrijstelling staatssteun vormt.¹⁴ In *Banks* ging het om de kolenindustrie in het Verenigd Koninkrijk na een herstructurering. Er was sprake van een verschil in behandeling van de steenkoolonder-

⁷ Par. 73 e.v.

⁸ Gevoegde zaken C-34/01/m C-38/01, *Enirisorse*, Jur. 2003, p. I-14243.

⁹ Beschikking 2005/842/EG van de Commissie van 28 november 2005 betreffende de toepassing van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst die aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen wordt toegekend, *Pb. EG* 2005, L 312.

¹⁰ Communautaire kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, *Pb. EG* 2005, C 297.

¹¹ Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie van 28 november 2005 tot wijziging van Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, *Pb. EG* 2005, L 312.

¹² Zie de recent verschenen bijdrage in dit tijdschrift van L. Hancher en S.J.H. Evans, *Altmark* als katalysator: het Commissiepakket met alle antwoorden rond staatssteun en diensten van algemeen economisch belang?, *NTER* 2006, nr. 7.

¹³ Zaak C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Jur. 1991, p. I-5505, en gevoegde zaken C-226/04 – C-270/04, C-276/04 en C-321/04 – C-325/04, *Distribution Casino France e.a.*, Jur. 2005 I-9481.

¹⁴ Rechtsoverweging 80.

nemingen die een bijdrage moesten betalen als tegenprestatie voor het recht om steenkoolmijnen te exploiteren, en de steenkoolondernemingen die deze bijdrage niet waren verschuldigd. In onder meer *Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen*¹⁵ heeft het Hof deze rechtspraak bevestigd. In dit arrest overweegt het Hof dat 'degenen die een verplichte bijdrage verschuldigd zijn, zich niet aan betaling van die bijdrage [kunnen] onttrekken met als argument dat de door anderen genoten vrijstelling staatssteun vormt'.

De *Banks*-rechtspraak was voor de Franse hogerberoepsrechter aanleiding om de in eerste aanleg toegewezen vordering van Boiron af te wijzen. Boiron kon zich er volgens deze nationale rechter, om teruggaaf te verkrijgen van de door haar betaalde heffing op de rechtstreekse verkoop, niet op beroepen dat de door de groothandelaars-distributeurs genoten vrijstelling staatssteun zou vormen.

Het Hof is een andere mening toegedaan, omdat de aard van de in *Boiron* centraal staande heffing op de rechtstreekse verkoop naar zijn oordeel wezenlijk verschilt van de aard van de nationale maatregelen in de *Banks*-rechtspraak. In die zaken ging het namelijk steeds om een vrijstelling van bepaalde marktdeelnemers van een algemene heffing en werd betoogd dat deze vrijstelling op zichzelf een steunmaatregel vormde. In *Boiron* gaat het niet om een dergelijke heffingsregeling, maar om een waaraan één van de twee elkaar beconcurrerende categorieën marktdeelnemers is onderworpen. In deze situatie vloeit de vermeende steun volgens het Hof voort uit het feit dat een andere categorie marktdeelnemers, waarmee de aan de heffing onderworpen categorie in rechtstreekse concurrentie staat, niet aan deze heffing is onderworpen. Deze niet-onderwerping van de groothandelaars-distributeurs is ook een vooropgezette doelstelling van de heffing op de rechtstreekse verkoop. De maatregel die de steun vormt is in *Boiron* naar de mening van het Hof de heffing op de rechtstreekse verkoop zelf, en niet een vrijstelling die hiervan kan worden losgekoppeld. In een dergelijk geval moet een marktdeelnemer als Boiron zich kunnen beroepen op de onwettigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop op grond daarvan dat deze een steunmaatregel vormt, om de teruggaaf ervan te vorderen. Aldus formuleert het Hof een uitzondering op het in de *Banks*-rechtspraak neergelegde uitgangspunt dat ondernemingen niet aan een heffing kunnen ontsnappen met het argument dat die heffingen niet gelden voor een andere categorie marktdeelnemers.

De vraag rijst of het eigenlijk wel noodzakelijk was voor het Hof om, gelet op het feitensubstraat, de betrekkelijke rigide en formalistische benadering van *Banks* te verlaten en daarop – voor asymmetrische verhoudingen – een uitzondering te formuleren. Was het immers niet een stuk eenvoudiger om voor de beantwoording van de vragen aan te sluiten bij de door het Hof in *Van Calster*¹⁶ ingezette, en in latere arresten uitgewerkte, lijn? Volgens het Hof is in *Boiron* de band tussen de heffing en de steun immers nog nauwer dan in het geval van een parafiscale heffing als die welke het voorwerp vormde van *Van Calster*.

In *Van Calster* overweegt het Hof dat, teneinde het nuttig effect van de aanmeldingsplicht alsmede een passend en volledig onder-

zoek van een steunmaatregel door de Commissie te verzekeren, de lidstaat derhalve ter nakoming van deze verplichting niet alleen de voorgenomen steunmaatregel moet aanmelden, maar ook de wijze van financiering van de steun voorzover deze integraal deel uitmaakt van de voorgenomen maatregel. Aangezien de aanmeldingsplicht ook betrekking heeft op de wijze van financiering van de steun, gelden de gevolgen van de niet-inachtneming door de nationale autoriteiten van artikel 88, lid 3, EG volgens het Hof ook voor dit aspect van de steunmaatregel. Wanneer een steunmaatregel waarvan de wijze van financiering integraal deel uitmaakt, met voorbijgaan aan de aanmeldingsplicht ten uitvoer is gelegd, zijn de nationale rechterlijke instanties in beginsel verplicht de terugbetaling te gelasten van de specifiek ter financiering van deze steun geheven belastingen of bijdragen.

Om een heffing als integrerend onderdeel van een steunmaatregel te kunnen aanmerken, moet er sprake zijn van een dwingend bestemmingsverband tussen heffing en steun in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd.

In *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*¹⁷ heeft het Hof zich uitgelaten over de vraag wie de bescherming kunnen invoeren van het uitvoeringsverbod van artikel 88, lid 3, EG om daarmee terugbetaling te bewerkstelligen van een heffing die mogelijk deel uitmaakt van een steunmaatregel. Volgens het Hof dient enkel rekening gehouden te worden met het feit dat de justitiabele aan een heffing is onderworpen die integrerend deel uitmaakt van een steunmaatregel die in strijd met het in deze bepaling neergelegde verbod tot uitvoer is gebracht. Of de justitiabele wordt geraakt door de concurrentievervalsing die het gevolg is van de steunmaatregel, is voor de beoordeling van zijn procesbelang irrelevant.

Tegen deze achtergrond is het betrekkelijk verrassend dat het Hof niet kiest voor de meest voor de hand liggende oplossing door te overwegen dat Boiron reeds een beroepsrecht heeft vanwege het enkele feit dat de heffing op de rechtstreekse werking integraal deel uitmaakt van de steunmaatregel. De overwegingen omtrent de wezenlijk andere aard van de vrijstelling in *Boiron* ten opzichte van de aard van de vrijstellingen in de *Banks*-rechtspraak hadden dan achterwege kunnen blijven. Het Hof doet het in *Boiron* echter anders en bewandelt beide routes.

Na te hebben overwogen dat, gezien de aard van de heffing op de rechtstreekse verkoop, Boiron zich, anders dan de marktdeelnemers in de *Banks*-rechtspraak, wel kan beroepen op de onwettigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop om de teruggaaf ervan te vorderen, gaat het Hof namelijk ook nog in op de vraag of een dergelijk recht strookt met de *Van Calster*-rechtspraak. Het Hof herhaalt in dit verband dat uit deze rechtspraak volgt dat wanneer een steunmaatregel waarvan de wijze van financiering integraal deel uitmaakt, in strijd met artikel 88, lid 3, EG ten uitvoer is gelegd, de nationale rechter in beginsel verplicht is de terugbetaling te gelasten van de specifiek ter financiering van deze steun geheven bijdragen. Met betrekking tot het dwingende bestemmingsverband dat krachtens de nationale regelgeving moet bestaan tussen heffing en steun, is het Hof van mening dat het bijzondere van de heffing in *Boiron* erin schuilt dat deze heffing en de vermeende steunmaatregel een nog nauwere band vertonen dan de parafiscale heffing die het onderwerp was van *Van Calster*. De heffing en de steunmaatregel vormen namelijk twee onlosmakelijk verbonden elementen van één en dezelfde fiscale maatregel. Het Hof komt vervolgens tot het oordeel dat gelet op *Van Calster* een marktdeelnemer als Boiron het recht heeft zich te beroe-

¹⁵ Gevoegde zaken C-430/99 en C-431/99, *Sea-Land Service en Nedlloyd Lijnen*, Jur. 2002, p. I-5235 en HvJ EG 15 juni 2006 in de gevoegde zaken C-393/04 en C-41/05, *Air Liquide*, n.n.g.

¹⁶ Gevoegde zaken C-261/01 en C-262/01, *Van Calster e.a.*, Jur. 2003, p. I-12249.

¹⁷ Zaak C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, Jur. 2005, p. I-85, zie voor een bespreking *NTER* 2005, nr. 7/8.

pen op de onwettigheid van de heffing op de rechtstreekse verkoop, om terruggaaf te verkrijgen van de uit hoofde daarvan betaalde bedragen.

Deze benadering lijkt ons de juiste en maakt de apodictische verwijzing naar *Banks* overbodig. Aangenomen dat sprake is van een dwingend bestemmingsverband tussen de heffing en de steun, dient de nationale rechter immers op verzoek van eenieder die door de onrechtmatige steun is gelaedeerd, de terugbetaling te gelasten van de specifiek ter financiering van die steun geheven heffing. Bij de 'Van Calster-route' kom je dan aan de *Banks*-rechtspraak niet toe.

De (on)verenigbaarheid van de nationale regels inzake bewijslast met het gemeenschapsrecht

In *Boiron* acht het Hof het communautaire doeltreffendheidsbeginsel van invloed op de in de nationale processtelsels geregelde bewijslastverdeling. In dit kader stelt het Hof: 'Om eerbiediging van het doeltreffendheidsbeginsel te verzekeren, moet de nationale rechter in deze omstandigheden, wanneer hij vaststelt dat het feit dat de bewijslast dat er sprake is van een overcompensatie ten gunste van de groothandelaars-distributeurs en dus dat de heffing op de rechtstreekse verkoop staatssteun vormt, op een farmaceutisch laboratorium als *Boiron* rust, het onmogelijk of uiterst moeilijk kan maken dit bewijs te leveren, met name omdat dit betrekking heeft op gegevens waarover een dergelijk laboratorium niet kan beschikken, gebruikmaken van alle procedurele middelen die hem door het nationale recht ter beschikking worden gesteld, waaronder het bevelen van de noodzakelijke maatregelen van instructie, met inbegrip van de overlegging van een akte of een stuk door één der partijen of door een derde.'¹⁸

Aldus is de nationale rechter verplicht om, wanneer een partij zich erop beroept dat er sprake is van onrechtmatige staatssteun en deze partij niet over het bewijs kan beschikken om dit beroep te staven, alle procedurele middelen aan te wenden om dit bewijs te verkrijgen.

In het Nederlandse (civiele) procesrecht kan de nationale rechter op grond van artikel 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) inzage of afschrift van bescheiden vorderen. Aan de in dit artikel opgenomen exhibitieplicht is echter een aantal voorwaarden verbonden. Zo dient de eiser een rechtmatig belang te hebben bij de inzage of afgifte van de bescheiden, moet het gaan om bepaalde bescheiden en moet het bescheiden betreffen aangaande een rechtsbetrekking waarin de eiser of zijn rechtsvoorgangers partij zijn. Zelfs wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, kan het recht op inzage worden beperkt. Zo heeft een partij het recht om niet aan de vordering te voldoen indien daarvoor gewichtige redenen bestaan of indien ook zonder de gevraagde gegevens een behoorlijke rechtsbedeling is gewaarborgd.

Deze voorwaarden en beperkingen lijken naar ons oordeel niet te stroken met de eisen die het doeltreffendheidsbeginsel – blijkens de redenering van het Hof in *Boiron* – aan de bewijslastverdeling stelt. Zo overweegt het Hof dat 'de overlegging van een akte of een stuk door één der partijen of door een derde' bevolen moet worden. Op basis van deze overweging is op goede gronden verdedigbaar dat de voorwaarde in artikel 843a Rv dat de vordering bescheiden moet betreffen die een rechtsbetrekking aangaan waarin de eiser partij is, niet strookt met het doeltreffendheidsbeginsel.

Een andere vraag die zich in dit verband laat stellen, is of deze verplichting enkel geldt wanneer het een vermoeden van staatssteun betreft, of dat deze verplichting ook moet worden uitgebreid tot andere rechtsgebieden. *Boiron* betreft weliswaar de toepassing van

de Europese staatssteunregels, maar vooralsnog is er geen reden om aan te nemen dat de redenering van het Hof niet van overeenkomstige toepassing moet worden geacht wanneer de toepassing van andere Europese regelgeving aan de orde is. Zo is het bijvoorbeeld bij de toepassing van de Europese mededingingsregels niet onwaarschijnlijk dat een onderneming die zich beroept op het bestaan van een misbruik van machtspositie, niet kan beschikken over het noodzakelijke bewijs om het bestaan van een dergelijk misbruik aan te tonen. Met een beroep op het doeltreffendheidsbeginsel en onder verwijzing naar *Boiron*, zou de betreffende onderneming dan van de nationale rechter kunnen verlangen dat deze alle hem ter beschikking staande procedurele middelen aanwendt, om het bewijs voor het misbruik te verkrijgen. Deze benadering sluit goed aan bij het Groenboek schadevorderingen wegens schending van de communautaire antitrustregels dat de Commissie op 21 december 2005 heeft gepubliceerd.¹⁹ Hierin is te lezen dat bij schadevorderingen in antitrustzaken het relevante bewijsmateriaal doorgaans niet gemakkelijk verkrijgbaar is en dat het zich meestal bij de partij bevindt die zich schuldig heeft gemaakt aan mededingingsverstoringe gedragingen. Bijgevolg moet volgens de Commissie worden nagegaan of partijen moeten worden verplicht om documenten te verstrekken of om op een andere wijze toegang te verlenen tot bewijsmateriaal. Een van de opties die de Commissie daarbij voor ogen staat is een verschuiving of verlichting van de bewijslast in geval van informatie-asymmetrie tussen verzoeker en verweerder, met als doel deze asymmetrie op te heffen.

Slotopmerking

Boiron vormt een volgende stap in de rechtspraak omtrent DAEB en staatssteun. Na de 'geen steun' benadering bij de compensatie van de meerkosten voor DAEB in *Ferring* en het vaststellen van de voorwaarden voor een dergelijke compensatie in *Altmark* maakt *Boiron* duidelijk dat de kring van beroepsgerechtigden onder de steunregels ruimer is dan werd aangenomen en dat de nationale rechters deze kring niet al te lichtvaardig kunnen 'verenigen' met een beroep op de *Banks* rechtspraak.

De rechtspraak inzake DAEB en staatssteun laat voorts zien dat de door A-G Léger na *Ferring* geuite vrees voor flexibilisering vooralsnog niet is bewaarheid. Integendeel, zo zou de voorzichtige (en voorlopige) conclusie kunnen luiden. Nadat het na *Altmark* reeds zwaarder werd om tot een, niet als staatssteun gekwalificeerde, compensatie voor DAEB te komen, lopen de lidstaten na *Boiron* een groter risico op toetsing van de rechtmatigheid van door hen verleende compensatie (en aansluitend op een veroordeling tot terugbetaling van de ter financiering van die compensatie geheven bijdragen), door beroepen op artikel 88, lid 3, EG van de ondernemingen die voor de compensatie moeten betalen door middel van de van hen geheven bijdragen of belastingen terwijl hun in dezelfde markt opererende collega's buiten schot blijven.

De tijd zal het leren of de door het Hof in *Boiron* gevolgde en door de Commissie in het Groenboek in zaken waar het gaat om de toepassing van de klassieke mededingingsregels gesuggereerde weg van de omkering van bewijslast in geval van bewijs' nood' een begaanbare zal blijken te zijn.

¹⁸ Rechtsoverweging 55.

¹⁹ COM(2005) 672.