

61998C0481

Conclusie van advocaat-generaal Mischo van 6 december 2000. - Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Franse Republiek. - Niet-nakoming - Zesde BTW-richtlijn - Artikelen 12, lid 3, sub a, en 28, lid 2, sub a - Verlaagd tarief. - Zaak C-481/98.

Jurisprudentie 2001 bladzijde I-03369

Conclusie van de advocaat generaal

1. Met het onderhavige beroep verzoekt de Commissie van de Europese Gemeenschappen het Hof vast te stellen dat de Franse Republiek, met de vaststelling en handhaving van artikel 281 octies van de code général des impôts (algemeen wetboek der belastingen), dat voorziet in een tarief van 2,1 % voor de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: BTW") voor geneesmiddelen die in aanmerking komen voor vergoeding, terwijl voor de andere geneesmiddelen een tarief van 5,5 % geldt, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 12 van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (hierna: Zesde richtlijn").

2. Genoemd artikel 12 bepaalt in lid 3, sub a, in de versie van richtlijn 92/111/EEG:

Het normale tarief van de belasting over de toegevoegde waarde wordt door elke lidstaat vastgesteld op een percentage van de maatstaf van heffing, dat voor leveringen van goederen en voor diensten gelijk is. Vanaf 1 januari 1993 tot en met 31 december 1996 mag dit percentage niet lager zijn dan 15 %.

[...]

De lidstaten kunnen bovendien een of twee verlaagde tarieven toepassen. Deze tarieven worden vastgesteld op een percentage van de maatstaf van heffing dat niet lager mag zijn dan 5 % en zijn uitsluitend van toepassing op de in bijlage H genoemde categorieën goederen en diensten."

3. Geneesmiddelen vormen een categorie van de in die bijlage H opgenomen goederen.

4. Het bestaan van BTW-tarieven lager dan 5 % wordt echter toegestaan bij artikel 28, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn, in de versie van richtlijn 92/77/EEG. Hierin wordt bepaald dat, onverminderd artikel 12, lid 3, gedurende een overgangsperiode, die momenteel nog niet verstreken is:

De op 1 januari 1991 bestaande vrijstellingen met teruggaaf van voorbelasting en verlaagde tarieven die onder het in artikel 12, lid 3, gestelde minimum voor de verlaagde tarieven liggen, die in overeenstemming zijn met het Gemeenschapsrecht en die voldoen aan de voorwaarden in het

laatste streepje van artikel 17 van de Tweede richtlijn van 11 april 1967, kunnen worden gehandhaafd.

[...]"

5. Ingevolge bedoelde criteria van artikel 17 moeten de verlaagde tarieven om duidelijk omschreven redenen van sociaal belang en ten behoeve van de eindverbruikers" zijn vastgesteld.

6. Voor de Commissie is het bestaan in Frankrijk van twee verschillende BTW-tarieven voor geneesmiddelen naar gelang zij al dan niet voor vergoeding door de sociale zekerheid in aanmerking komen, niet aanvaardbaar, omdat niet is voldaan aan ten minste één van de voorwaarden van artikel 28, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn, in de versie van richtlijn 92/77.

7. Haars inziens is het feit dat niet voor alle geneesmiddelen hetzelfde BTW-tarief geldt, niet in overeenstemming met de gemeenschapswetgeving.

8. Volgens haar zijn alle geneesmiddelen soortgelijke producten, zodat het bestaan van twee verschillende BTW-tarieven in strijd is met het in het reeds aangehaalde artikel 12, lid 3, vastgelegde principe van uniformiteit van heffing, en ingaat tegen de fundamentele beginselen van het gemeenschappelijke BTW-stelsel, de fiscale neutraliteit en het opheffen van concurrentievervalsingen.

9. De Commissie erkent, dat het in de communautaire richtlijnen neergelegde stelsel beperkte inbreuken op die beginselen bevat, met name waar artikel 28, lid 2, sub i, van de Zesde richtlijn, in de versie van richtlijn 96/42/EG van de Raad van 25 juni 1996, de lidstaten toestaat een verlaagd BTW-tarief toe te passen op hout dat bestemd is voor verwarming, en waar bijlage H bij de Zesde richtlijn, in de versie van richtlijn 92/77, de toepassing toestaat van een verlaagd tarief van ten minste 5 %, in plaats van het normale tarief van 15 %, op de verstrekking van huisvesting, wanneer het om sociale huisvesting gaat, en op de verstrekking van diensten en de levering van goederen door organisaties die door de lidstaten als liefdadige instellingen zijn erkend en die betrokken zijn bij activiteiten op het gebied van bijstand en sociale zekerheid.

10. Zij meent echter, dat de Franse regering in geen geval een beroep kan doen op het bestaan van deze door de gemeenschapswetgever ingestelde afwijkingen, om andere afwijkingen, zoals die welke zij eenzijdig heeft ingesteld, te rechtvaardigen.

11. Het enkele feit dat de gemeenschapswetgever is opgetreden om die afwijkingen in te stellen, zou overigens aantonen, dat bij gebreke van een uitdrukkelijke beslissing van hem, geen enkele afwijking kan worden toegestaan.

12. De Commissie is er overigens niet van overtuigd, dat het tarief van 2,1 % voor geneesmiddelen die voor vergoeding in aanmerking komen, werkelijk beantwoordt aan duidelijk omschreven redenen van sociaal belang, want achter deze maatregel ziet zij een economisch doel, namelijk het verlichten van de lasten van de sociale zekerheid, maar zij acht het niet nodig op dat punt verder in te gaan, nu er hoe dan ook geen overeenstemming met de gemeenschapswetgeving is.

13. Volgens de Franse regering moet het beroep worden verworpen, omdat aan alle voorwaarden van artikel 28, lid 2, sub a, is voldaan. Het tarief van 2,1 % bestond vóór 1 januari 1991, hetgeen de Commissie overigens niet betwist.

14. De voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen en die welke daarvoor niet in aanmerking komen, zijn verschillende producten, zodat het onjuist is te stellen, dat er sprake zou zijn van schending van de door de Commissie aangevoerde beginselen, die terecht als fundamenteel voor het gemeenschappelijke BTW-stelsel zijn aangemerkt.

15. Het bestaan van het tarief van 2,1 % beantwoordt wél aan een sociaal belang, omdat het voor de sociaal verzekerden de toegang tot de gezondheidszorg kan vergemakkelijken.

16. Rekening houdend met de oriëntatie die aan het geding is gegeven tijdens de schriftelijke procedure en in de door de partijen ter terechtzitting ingenomen standpunten, blijkt dat de oplossing van het geschil afhangt van de vraag of alle geneesmiddelen in het kader van het communautaire BTW-stelsel als soortgelijke producten moeten worden aangemerkt, dan wel of de voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen, gelet op dat stelsel, moet worden onderscheiden van de andere.

17. De Commissie erkent, dat men tevergeefs in de verschillende BTW-richtlijnen een bepaling zou zoeken die het begrip "soortgelijk product" verduidelijkt, en erkent dan ook dat in een dergelijke situatie een analogieredenering op basis van andere takken van het gemeenschapsrecht, toelaatbaar is.

18. Maar terwijl de Franse regering de overeenkomstige toepassing verdedigt van beginselen ontleend aan richtlijn 65/65/EEG van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten, het gemeenschappelijk douanetarief, de rechtspraak inzake de verenigbaarheid met de artikelen 30 en 36 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikelen 28 EG en 30 EG) van een regel van nationaal recht die apothekers verbiedt bij de uitvoering van een doktersvoorschrift een geneesmiddel door een ander te vervangen, en het mededingingsrecht, plaatst de Commissie zich op het standpunt, dat in de onderhavige zaak de enige gerechtvaardigde analogieredenering die is welke is ontleend aan de rechtspraak van het Hof over het begrip "gelijksoortige producten" in de zin van artikel 95, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging artikel 90, lid 1, EG).

19. Bij voorbaat zij opgemerkt, dat de Commissie geenszins kritiek levert op de wijze waarop de Franse autoriteiten de opneming van een geneesmiddel op de lijst van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen behandelen.

20. Zij betwist geenszins, dat die opneming geschiedt volgens objectieve criteria en conform de regels die zijn vastgesteld bij richtlijn 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opneming daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg.

21. Volgens de Commissie is de indeling van geneesmiddelen in twee categorieën echter in het geheel niet relevant voor de toepassing van het communautaire BTW-stelsel, want aan het feit dat er voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen zijn en andere die daarvoor niet in aanmerking komen, kan niet de conclusie worden verbonden, dat het, gelet op genoemd stelsel, om verschillende producten gaat waarop verschillende tarieven kunnen worden toegepast zonder dat er sprake is van schending van het beginsel van fiscale neutraliteit en van het verbod op het scheppen van concurrentievervalsingen.

22. Tot staving van haar stelling, dat voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen verschillen van geneesmiddelen die niet voor vergoeding in aanmerking komen, zodat de principes van het communautaire BTW-stelsel geen verplichting inhouden om ze aan hetzelfde tarief te onderwerpen, voert de Franse regering verschillende argumenten aan ten betoge dat de categorie der geneesmiddelen, beschouwd tegen de achtergrond van het gemeenschapsrecht, verre van homogeen is.

23. Enkele van deze argumenten zijn, naar mijn mening, kennelijk niet houdbaar en kunnen derhalve snel worden afgewezen.

24. Dat geldt in de eerste plaats voor het argument dat is gebaseerd op richtlijn 65/65. Volgens de Franse regering wordt het bestaan van verschillende categorieën geneesmiddelen door die richtlijn bevestigd, nu daarin is vastgesteld, dat een product aan de hand van verschillende criteria als een geneesmiddel kan worden omschreven; één van de criteria om een product in de categorie geneesmiddelen op te nemen, is volgens de richtlijn, naast de functie ervan, de presentatie van het product. Dit doet echter niet af aan het door de Commissie onderlijnde feit, dat de richtlijn, waar zij verschillende hypothesen geeft waarin een product, voor zijn toepassing, als geneesmiddel moet worden aangemerkt, alleen beoogt een onderscheid te maken tussen geneesmiddelen en andere producten.

25. Een product kan op verschillende gronden als geneesmiddel worden aangemerkt, maar zodra het als geneesmiddel is erkend, is daarop één enkel stelsel van toepassing, en in elk geval biedt niets in de richtlijn steun aan de zienswijze, dat niet alle geneesmiddelen uit BTW-oogpunt gelijksoortige producten zouden zijn.

26. Evenmin van belang is het door de Franse regering onderlijnde feit dat, nog steeds ingevolge richtlijn 65/65, voor twee geneesmiddelen die dezelfde werkzame stoffen bevatten, telkens een afzonderlijke vergunning voor het in de handel brengen kan worden afgegeven.

27. Dat voor twee farmaceutische specialiteiten die onder een verschillend merk en in een andere presentatie worden verkocht, verschillende vergunningen voor het in de handel brengen moeten worden afgegeven, betekent niet dat zij uit het oogpunt van de BTW geen soortgelijke producten kunnen zijn.

28. De reden voor het bestaan van twee vergunningen voor het in de handel brengen moet waarschijnlijk worden gezocht in de noodzaak om telkens wanneer een producent een geneesmiddel op de markt wil brengen, na te gaan om welk product het gaat en zich ervan te vergewissen dat het niet schadelijk is, gelet op de eisen van volksgezondheid.

29. Dit heeft niets te maken met de eisen van fiscale neutraliteit van het communautaire BTW-stelsel.

30. Dit geldt eveneens, en nog duidelijker, voor de definitie van geneesmiddel" volgens het gemeenschappelijke douanetarief, waarop de Franse regering zich beroept ten betoge dat in de categorie der geneesmiddelen elke homogeniteit ontbreekt.

31. Hoewel immers uit het oogpunt van de toepassing van het gemeenschappelijk douanetarief als geneesmiddelen worden beschouwd, zowel de producten waarvan de therapeutische eigenschappen zijn bewezen, als andere producten waarvan deze eigenschappen enkel worden gesteld of gesuggereerd middels hun wijze van presentatie en van commercialisering, vallen alle geneesmiddelen onder dezelfde tariefpost van het gemeenschappelijke douanetarief, en de postonderverdelingen houden geen enkel verband met de vergoeding door de sociale zekerheid.

32. Dat is ten slotte ook het geval voor het arrest van 18 mei 1989. In dat arrest erkende het Hof, dat een nationale bepaling van een lidstaat, volgens welke een apotheker ter uitvoering van een doktersvoorschrift waarin een geneesmiddel met zijn handelsmerk of gedeponeerde naam wordt aangeduid, uitsluitend een product met dat merk of die naam mag afleveren, gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van bescherming van de volksgezondheid in de zin van artikel 36 EEG-Verdrag, zelfs wanneer die bepaling de apotheker belet een product te verkopen dat gelijke therapeutische waarde heeft, dat door de bevoegde nationale autoriteiten is toegelaten op grond van bepalingen vastgesteld overeenkomstig het arrest van het Hof van 20 mei 1976 in zaak 104/75, en dat door dezelfde onderneming of groep van ondernemingen dan wel door de houder van een licentie van die onderneming is vervaardigd, maar dat een merk of naam draagt dat/die in een andere lidstaat voor dat product wordt gebruikt en afwijkt van het merk of de naam dat/die in het voorschrift wordt genoemd".

33. Het Hof is in zijn redenering namelijk uitgegaan van de eisen van bescherming van de volksgezondheid. Door de inperking van de bevoegdheid van de apotheker tot het verstrekken van vervangingsproducten van andere merken, beoogde het Hof in werkelijkheid de bevoegdheid van de arts inzake het voorschrijven van geneesmiddelen te beschermen en de risico's te vermijden die kunnen ontstaan wanneer een zieke een product krijgt dat niet precies overeenkomt met wat de arts hem heeft voorgeschreven, al was het maar qua uiterlijke vorm.

34. Mijns inziens kan dus niet worden gesteld, dat het Hof aldus de mogelijkheid zou hebben bevestigd om twee producten die dezelfde werkzame stoffen bevatten, als verschillende producten aan te merken uit het oogpunt van de toepassing van de BTW.

35. Daar de argumentatie van het Hof strikt binnen het kader van artikel 36 van het Verdrag bleef, behoeft mijns inziens niet te worden ingegaan op de vraag of volgens het Hof de door een laboratorium in de handel gebrachte specialiteit en het generieke equivalent daarvan, al dan niet soortgelijk zijn.

36. Wél relevant voor de beslechting van de onderhavige zaak zijn daarentegen de argumenten die de Franse regering baseert op artikel 95 van het Verdrag en op het mededingingsrecht, die ik dus aan een diepgaand onderzoek zal onderwerpen.

37. Aangaande artikel 95 van het Verdrag erkent de Commissie zelf, dat de analogieredenering, op basis van de overvloedige rechtspraak over dit artikel gerechtvaardigd is omdat bedoeld artikel, net als het communautaire BTW-stelsel, de fiscale neutraliteit beoogt te verzekeren en concurrentievervalsingen beoogt te vermijden.

38. De Commissie meent echter, dat de Franse regering in het geheel geen baat heeft bij die redenering, omdat in de genoemde rechtspraak altijd de voorkeur is gegeven aan een zeer ruim begrip van de gelijksoortigheid van producten", en ervan is uitgegaan, dat dit begrip niet moet worden beoordeeld aan de hand van een criterium van strikte identiteit, maar van analogie en van vergelijkbaarheid in gebruik.

39. A fortiori zouden twee producten die identieke objectieve eigenschappen vertonen moeten worden aangemerkt als gelijksoortige producten in de zin van artikel 95, lid 1, van het Verdrag.

40. En ook in feite zijn niet de intrinsieke verschillen die tussen geneesmiddelen bestaan, bepalend om uit te maken of zij al dan niet op de lijst van voor vergoeding in aanmerking komende producten worden opgenomen.

41. Enerzijds geschiedt opneming slechts op aanvraag van de producent, en het is mogelijk dat een producent voor een bepaald product geen belang heeft bij die opneming, voorzover het feit dat zijn product op de lijst wordt opgenomen hem een aantal verplichtingen oplegt. Hij zal de

vrijheid verliezen om de prijs ervan vast te stellen en zal voor het product geen reclame kunnen maken bij het grote publiek.

42. Maar het is ook heel goed denkbaar, dat een andere producent voor een in wezen identiek product een andere keuze maakt, wanneer hij meent dat de voordelen van opnemingsopwegen tegen de verplichtingen die daarmee gepaard gaan.

43. Anderzijds, zelfs als de twee producenten van de twee in wezen identieke geneesmiddelen opnemingsaanvragen, garanderen de in Frankrijk geldende regels niet dat beide producten worden opgenomen.

44. Volgens artikel R 163-3 van het wetboek van sociale zekerheid, zijn voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen die welke hetzij een verbetering van de medische dienstverlening in termen van therapeutische werking, of in voorkomend geval van bijwerking, hetzij een besparing in de kosten van de behandeling met medicijnen meebrengen.

45. Een nieuw geneesmiddel dat geen nieuwe therapeutische elementen aanbrengt of duur is, kan derhalve van vergoeding worden uitgesloten, zonder echter intrinsiek te verschillen van een wél voor vergoeding in aanmerking komend geneesmiddel met dezelfde toepassing.

46. De Franse regering betoogt echter, dat de gelijksoortigheid van producten, volgens de rechtspraak betreffende artikel 95, lid 1, van het Verdrag, niet enkel kan worden beoordeeld aan de hand van de intrinsieke eigenschappen ervan. Gelijksoortigheid veronderstelt tevens, dat de producten onderling vervangbaar zijn, in die zin dat zij aan dezelfde behoeften van de consumenten moeten beantwoorden.

47. In het arrest John Walker, reeds aangehaald, heeft het Hof verklaard:

[...] Bij de beoordeling van de gelijksoortigheid moet dus enerzijds rekening worden gehouden met een aantal objectieve kenmerken van beide soorten dranken, zoals hun oorsprong, wijze van vervaardiging en organoleptische kwaliteiten, met name smaak en alcoholgehalte, en anderzijds met het feit dat beide soorten drank al dan niet aan dezelfde behoeften van de consumenten kunnen beantwoorden" (punt 11).

48. Dit vermogen om aan de behoeften van de consumenten te beantwoorden brengt mijns inziens een element van subjectiviteit in de beoordeling van de gelijksoortigheid, en feitelijk kan niet worden uitgesloten dat zelfs twee in wezen identieke producten niet werkelijk aan dezelfde behoeften van de consument beantwoorden, wanneer men immers dat element invoert dat afhankelijk is van de keuzen van de consument, van zijn persoonlijke opvatting over het gebruik dat hij van elk der beide producten kan maken en van de voordelen die elk van beide hem kunnen brengen.

49. De Franse regering zou ongetwijfeld beduidend sterker staan in haar positie indien de voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen door de apotheker slechts op doktersvoorschrift konden worden afgegeven en geneesmiddelen die niet voor vergoeding in aanmerking komen, vrij konden worden verkocht, en dus voor automedicatie werden gebruikt. Dit is echter niet het geval.

50. Er bestaan in het Franse systeem geneesmiddelen die slechts op doktersvoorschrift worden afgegeven, maar die daarom nog niet voor vergoeding in aanmerking komen, bijvoorbeeld omdat zij te duur worden geacht of omdat zij worden aangemerkt als luxegeneesmiddelen waarvan men meent dat de sociale zekerheid de kosten niet hoeft te dragen.

51. Er bestaan eveneens voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen die zonder doktersvoorschrift bij de apotheek kunnen worden gekocht, maar die slechts worden vergoed

wanneer zij door een arts zijn voorgeschreven.

52. Ten slotte bestaan er geneesmiddelen waarvoor geen enkel doktersvoorschrift vereist is en die nooit voor vergoeding in aanmerking komen, omdat zij niet op de lijst van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen voorkomen.

53. De vraag is, of men ondanks deze nuances toch kan stellen, zoals de Franse regering doet, dat het geheel van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen aan een andere behoefte beantwoordt dan de geneesmiddelen die daarvoor niet in aanmerking komen.

54. De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend, stellende dat een persoon die voorbijgaand aan lichte hoofdpijn lijdt, waarschijnlijk rechtstreeks bij de apotheker een geneesmiddel zal vragen om de pijn te verlichten, en zich niet bekommert om de vraag of het geneesmiddel al dan niet voor vergoeding in aanmerking komt, nu hij toch geen doktersvoorschrift heeft.

55. Misschien zal hij de apotheker vragen hem een product af te geven dat voor vergoeding in aanmerking komt, niet vanwege de vergoeding, maar uitsluitend omdat hij het reeds op doktersvoorschrift heeft gebruikt, en er de heilzame werking van heeft geconstateerd. In dat geval valt het product in de vrije verkoop en heeft de apotheker geen enkele reden om te weigeren hem het product te verstrekken.

56. In de praktijk kan het overigens voorkomen, dat een voor vergoeding in aanmerking komend geneesmiddel, zelfs wanneer de vergoeding niet kan worden aangevraagd vanwege het ontbreken van een voorschrift, minder duur is dan een niet voor vergoeding in aanmerking komend geneesmiddel dat dezelfde therapeutische eigenschappen bezit; vaak is het BTW-tarief van 2,1 % aan dit verschil niet vreemd.

57. Het geneesmiddel dat niet voor vergoeding in aanmerking komt kan echter ook goedkoper blijken te zijn dan het geneesmiddel dat wél voor vergoeding in aanmerking komt, ondanks de hogere BTW die erop drukt. Bovendien lijkt het mij niet mogelijk mijn gehele argumentatie op deze bijzondere hypothesen te funderen, want over het algemeen worden voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen toch op basis van een doktersvoorschrift gekocht en worden zij geheel of gedeeltelijk terugbetaald.

58. Als men zich overigens niet meer op het niveau van de individuele consument zou plaatsen, maar op dat van de gemeenschap van consumenten voor wie het Franse stelsel van sociale zekerheid geldt, zou men eerder tot een conclusie komen die tegengesteld is aan die van de Commissie.

59. Men zou dan tot de opvatting geneigd zijn, dat die gemeenschap een bijzondere behoefte heeft, namelijk de behoefte om te beschikken over een volledige verzameling van geneesmiddelen volgens de normen van een kwaliteitsgeneeskunde die onder economisch optimale voorwaarden het hoofd kan bieden aan het geheel van aandoeningen; om aan deze behoefte te voldoen zou een duidelijk afgebakende farmacopee nodig zijn, waarvan de lijst van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen de uitdrukking zou zijn. Wanneer die geneesmiddelen afgestemd zijn op de aldus omschreven specifieke behoefte van het geheel der sociaal verzekerden, brengt dit mee dat die geneesmiddelen aan een specifieke behoefte van de consumenten beantwoorden en moeten worden onderscheiden van andere geneesmiddelen waarvan de vergoeding niet gerechtvaardigd zou zijn om aan die behoefte te voldoen.

60. Vanuit dat gezichtspunt, zou de vraag naar het bestaan van een onderscheidingscriterium dat in het kader van het gemeenschappelijke BTW-stelsel in aanmerking kan worden genomen, aldus kunnen worden beantwoord, dat de gegrondheid van de stelling van de Franse regering wordt erkend.

61. Deze benadering kan en ik kom hiermee bij het laatste argument van de Franse regering op een redenering naar analogie met het communautaire mededingingsrecht worden gebaseerd. Zoals de Franse regering zeer terecht heeft doen uitkomen, heeft de Commissie in haar beschikking Glaxo/Wellcome, betreffende een aangemelde concentratie, erkend dat de markt voor geneesmiddelen die voor vergoeding in aanmerking komen, kan worden onderscheiden van die van geneesmiddelen die daarvoor niet in aanmerking komen. In punt 8 van die beschikking kan men immers lezen dat [a] distinction may also be made between medicines which are wholly or partially reimbursed under the health insurance system and medicines which are not reimbursed".

62. Als men er eenmaal van uit kan gaan, dat de markten van die twee categorieën geneesmiddelen verscheiden zijn, kan nog moeilijk worden volgehouden, dat de verschillende BTW-tarieven concurrentievervalsing teweeg kunnen brengen.

63. Hoewel de Commissie een beroep doet op de voorlaatste overweging van de considerans van de Eerste BTW-richtlijn, naar luid waarvan het gemeenschappelijke BTW-stelsel moet leiden tot neutraliteit ten aanzien van de mededinging in die zin, dat binnen elk land op soortgelijke goederen dezelfde belastingdruk zal rusten", ben ik er niet van overtuigd dat het door de Franse Republiek toegepaste stelsel met twee tarieven daadwerkelijk de neutraliteit ten aanzien van de mededinging schendt.

64. Hoewel er voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen bestaan die vrij worden verkocht in de apotheken, kan een geneesmiddel namelijk slechts worden vergoed wanneer het door een arts is voorgeschreven. Anders gezegd, de producten die daadwerkelijk worden vergoed, zijn voor de consument slechts toegankelijk indien hij een arts raadpleegt en de arts het zinvol acht om hem die geneesmiddelen voor te schrijven.

65. Tussen de twee categorieën van goederen staat dus een barrière, in de vorm van het doktersvoorschrift.

66. Het essentiële voordeel van de ene categorie is, dat de geneesmiddelen worden terugbetaald. De consument zal van zijn arts een voorschrift verlangen voor geneesmiddelen die in die categorie vallen, niet omdat zij in een lager BTW-tarief vallen, maar omdat zij hem uiteindelijk niets of zeer weinig kosten. Het hogere BTW-tarief dat voor de niet voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen geldt, is dus op zich niet van dien aard, dat het een groei van de consumptie van voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen teweegbrengt ten nadele van de niet voor vergoeding in aanmerking komende geneesmiddelen.

67. Kort samengevat, kan worden gesteld, dat de twee categorieën van geneesmiddelen niet in een onderlinge concurrentieverhouding staan waarin de BTW een beslissende rol zou kunnen spelen, en dat zij niet naar vrije keuze van de consument onderling verwisselbaar zijn, zodat mijns inziens de conclusie dient te luiden, dat het niet om soortgelijke goederen gaat.

68. De door de Commissie betwiste maatregel voldoet dus, mijns inziens, aan de tweede voorwaarde van artikel 28, lid 2, sub a, van de Zesde richtlijn, in de versie van richtlijn 92/77.

69. Blijft nog de vraag, of aan de derde door deze bepaling gestelde voorwaarde is voldaan, te weten of het verlaagde tarief is ingesteld om duidelijk omschreven redenen van sociaal belang en ten behoeve van de eindverbruiker.

70. De Commissie is op dit punt, zoals ik reeds in herinnering heb gebracht, nauwelijks ingegaan, en mij dunkt dat zij hiermee gelijk heeft gehad. Het lijkt immers moeilijk te betwisten, dat er wel degelijk een sociaal belang is, omdat de kosten van een door een arts voorgeschreven medische behandeling voor de patiënt worden verlaagd. Overigens is het wel de eindverbruiker die profiteert van het lage BTW-tarief, omdat hij het bedrag dat hij heeft uitgegeven, meestal niet volledig vergoed krijgt.

71. Dat de volledige groep van de sociaal verzekerden, en daarmee ook van de bijdrageplichtigen, ook het voordeel van die maatregel geniet, kan niet worden ontkend, maar dat kan niet volstaan om de opvatting te huldigen dat niet ook aan de derde voorwaarde is voldaan.

Conclusie

72. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

het beroep te verwerpen;

de Commissie in de kosten te verwijzen.