

adoptar medidas de Derecho interno, no modifica su naturaleza jurídica. En efecto, tratándose de la conducta que las autoridades nacionales deban adoptar en relación con un acuerdo entre empresas sometido al

artículo 85 del Tratado, ni este artículo, ni el Reglamento nº 17, ni tampoco el artículo 5 del Tratado, otorgan a la Comisión competencia alguna para dirigir una decisión vinculante a un Estado miembro.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)  
13 de diciembre de 1990 \*

En el asunto T-113/89,

**Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie «Nefarma»**, con domicilio social en Utrecht,

y

**Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf**, con domicilio social en Amsterdam,

representadas por los Sres. B. H. Ter Kuile, Abogado de La Haya, y E. H. Pijnacker Hordijk, Abogado de Amsterdam, que designan como domicilio en Luxemburgo el despacho de Sr. J. Loesch, 8, rue Zithe,

partes demandantes,

contra

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada el Sr. B. J. Drijber, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el del Sr. Guido Berardis, miembro de su Servicio Jurídico, Centro Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

\* Lengua de procedimiento: neerlandés.

apoyada por

**Reino de los Países Bajos**, representado por el Sr. J. W. de Zwaan, Consejero Jurídico adjunto del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de su embajada, 5, rue C. M. Spoo,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto la anulación de una Decisión o de varias Decisiones contenidas, según las demandantes, en diferentes cartas de un Miembro de la Comisión y de un Director de la Dirección General de Competencia,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera),

integrado por los Sres. J. L. Cruz Vilaça, Presidente; H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas y K. Lenaerts, Jueces,

Secretaria: Sra. B. Pastor, administradora

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de junio de 1990,

dicta la siguiente

### **Sentencia**

#### **Hechos**

- 1 El presente litigio se inscribe en el marco de los esfuerzos que llevan a cabo las autoridades neerlandesas desde los años setenta para controlar el coste de los medicamentos distribuidos fuera de los hospitales y demás establecimientos sanitarios. Tiene estrecha relación con los asuntos T-114/89 (VNZ contra Comisión, Rec. 1990, p. II-827) y T-116/89 (Prodifarma contra Comisión I, Rec. 1990, p. II-843), así como con el asunto T-3/90 (Prodifarma contra Comisión II, auto de 23 de enero de 1991 por el que se declara la inadmisibilidad del recurso, Rec. 1991, p. II-1). Los recursos interpuestos en cada uno de estos asuntos se dirigen contra la reacción que manifestó la Comisión a propósito de un acuerdo que prevé

una reducción de los precios a los que se suministran los medicamentos a los farmacéuticos, en relación con una modificación de la normativa neerlandesa sobre el margen de beneficios de los farmacéuticos. Suscribieron este acuerdo la casi totalidad de las organizaciones neerlandesas que representan a las empresas del sector farmacéutico, a los organismos privados y Cajas públicas de seguros de enfermedad y a los profesionales relacionados con el suministro de medicamentos, y de aquí se deriva su denominación de «Omni-Partijen Akkoord» (en lo sucesivo, «acuerdo OPA»). Al apreciar los hechos que dieron origen al recurso, el Tribunal ha tenido en cuenta de oficio los elementos de hecho obrantes en los autos de los asuntos paralelos T-114/89 y T-116/89.

### 1. *Normativa nacional*

- 2 El principal instrumento de intervención de las autoridades neerlandesas sobre el coste de los medicamentos es la *Wet tarieven gezondheidszorg* (Ley de fijación de las tarifas de los tratamientos sanitarios; en lo sucesivo, «WTG»), que fue aprobada el 20 de noviembre de 1980 (Stbl. 1980, p. 646) y que contiene varias reglas sobre las tarifas de los establecimientos o personas que dispensan tratamientos, entre las que se incluyen los farmacéuticos y los médicos generalistas que posean una farmacia. El apartado 1 del artículo 2 de la WTG prohíbe con carácter general la aplicación de una tarifa que no haya sido aprobada o fijada con arreglo a la Ley.
- 3 La WTG encomienda la tarea de fijar y aprobar las tarifas de los tratamientos sanitarios a un organismo público, el *Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg* (Oficina central de tarifas sanitarias, en lo sucesivo, «COTG»). El COTG puede adoptar directivas sobre el nivel, la estructura y las modalidades de aplicación de una tarifa o de una parte de una tarifa. Estas directivas deben aprobarlas el Ministro de Bienestar Social, Sanidad y Cultura, el Ministro de Economía y el Ministro competente por razón del tipo de establecimiento o personal sanitario que dispense el tratamiento de que se trate. Según el artículo 13 de la WTG, el COTG debe tener en cuenta estas directivas cuando tome decisiones de aprobación o fijación de tarifas. El artículo 14 faculta al Ministro de Bienestar Social, Sanidad y Cultura y al Ministro de Economía para dirigir de común acuerdo recomendaciones sobre el contenido de las directivas al COTG, que estará obligado a respetarlas.
- 4 Con arreglo a esta norma, el Secretario de Estado de Bienestar Social, Sanidad y Cultura y el Secretario de Estado de Economía formularon el 21 de abril de 1987

una recomendación relativa a la adopción de directivas de modificación del régimen de reembolsos pagados a los farmacéuticos por la distribución de medicamentos, con el fin de reducir el gasto en este campo.

- 5 La recomendación tenía por objeto, por una parte, deducir del reembolso que podía solicitar el farmacéutico los descuentos que el proveedor del medicamento le hubiera concedido, en la medida en que excedieran del 2 % del precio del medicamento en la lista homologada por el COTG.
  
- 6 Por otra parte, la recomendación pretendía estimular la compra y suministro por parte de los farmacéuticos de medicamentos genéricos o de importación paralela, más baratos que las especialidades farmacéuticas comercializadas por el productor o importador oficial. Aunque es verdad que la elección del medicamento que compra el consumidor corresponde en principio al médico que lo receta, el farmacéutico tiene sin embargo la posibilidad de suministrar otro medicamento equivalente si el consumidor se lo pide. De este modo el farmacéutico puede colaborar en la sustitución de especialidades farmacéuticas por medicamentos de importación paralela o genéricos. La recomendación proyectaba permitir al farmacéutico conservar, en concepto de incentivo, un tercio de la diferencia entre el precio, más elevado, de la especialidad farmacéutica prescrita y el del medicamento más barato que hubiera despachado.
  
- 7 El COTG aplicó un régimen ajustado a la recomendación descrita anteriormente con efectos desde el 1 de enero de 1988. Aunque la discusión sobre lo beneficioso o lo nefasto de los efectos de este régimen continúa abierta, casi todos reconocen que no permitió ahorrar todo lo que se pensaba. Por esta razón el Gobierno neerlandés decidió adoptar medidas de control de precios aún más estrictas. Con esta finalidad presentó un plan, denominado «ijkprijzensysteem», según el cual se establecería un límite superior único para el reembolso por parte de las Cajas del seguro de enfermedad de todos los medicamentos que pueden recetarse para el tratamiento de una enfermedad determinada, de modo que, si el médico recetase un medicamento cuyo coste excediera el importe fijado, el paciente tendría que pagar la diferencia. Estas ideas no han llegado sin embargo a aplicarse, en parte porque las organizaciones profesionales del sector sanitario propusieron a las autoridades el acuerdo OPA como solución alternativa para conseguir el ahorro que el Gobierno neerlandés consideraba necesario, cifrado por éste en 420 millones de HFL anuales.

## 2. *El acuerdo OPA*

### a) Las partes del acuerdo OPA

- 8 El acuerdo OPA se concluyó el 18 de agosto de 1988, como resultado de las iniciativas desplegadas anteriormente por la Asociación neerlandesa de la industria farmacéutica «Nefarma», una de las demandantes en el presente asunto, y de la Asociación de las Cajas del seguro de enfermedad neerlandesas, «VNZ», una de las demandantes en el asunto T-114/89.
- 9 El acuerdo reúne —con una excepción— a las organizaciones que representan a todas las partes implicadas en la prescripción y suministro de medicamentos: los productores y los distribuidores, los médicos que los recetan y los farmacéuticos que los despachan, así como las aseguradoras y las Cajas de seguro de enfermedad que soportan el coste. Las partes demandantes en el presente asunto y en el asunto T-114/89 participan en este acuerdo.
- 10 La excepción a que se ha aludido antes se refiere a Prodifarma, parte demandante en los asuntos T-116/89 y T-3/90, asociación que reúne a empresas de dimensiones más reducidas y que no forman parte de la industria de los medicamentos de marca, es decir, empresas que producen medicamentos genéricos o especialidades farmacéuticas o que se dedican a la importación paralela de medicamentos genéricos. Aunque intervino en la fase de concertación que precedió a la conclusión del acuerdo, Prodifarma y las empresas afiliadas a ella no participan en el mismo. El Gobierno neerlandés tampoco forma parte de este acuerdo.

### b) El contenido del acuerdo OPA

- 11 El acuerdo OPA se divide en dos partes principales, cada una de naturaleza diferente. En primer lugar, consta de un acuerdo entre las partes, en el ámbito del Derecho privado, por el cual productores y distribuidores se comprometen a conceder a los farmacéuticos unos descuentos sobre los precios de venta de los productos farmacéuticos. En segundo lugar, contiene propuestas de las partes para la modificación de la normativa nacional antes descrita, que desean ver adoptadas por las autoridades y a las que subordinan la ejecución de su acuerdo de Derecho privado. Completan estos dos puntos principales un cierto número de disposiciones sobre el ámbito de aplicación del acuerdo y los compromisos de las partes acerca de la puesta en práctica del régimen que preconizan.

- 12 Las disposiciones principales del acuerdo OPA pueden resumirse como sigue. Los miembros de las dos organizaciones demandantes en el presente asunto, Nefarma y Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf (Unión de mayoristas del sector farmacéutico) se declaran, en el punto 7.1 del acuerdo, dispuestos a reducir en un 7 % de promedio los precios de venta de las especialidades farmacéuticas que aplican a los farmacéuticos. El punto 8 del acuerdo prevé una «congelación de precios» hasta el 1 de enero de 1991. Las partes declaran además su renuncia a proceder a «subidas compensatorias» después de esa fecha. En el punto 9 del acuerdo, Nefarma y el Bond van Groothandelaren se comprometen a fijar los precios de los nuevos medicamentos en un nivel correspondiente a la media de los precios aplicados en otros Estados miembros.
- 13 Las modificaciones de la normativa nacional propuestas por las partes del acuerdo a las autoridades consisten, en primer lugar, en una elevación, del 2 % al 4 %, de los descuentos de que puede beneficiarse un farmacéutico sin que las Cajas del seguro de enfermedad los tengan en cuenta a la hora del reembolso (punto 10). En segundo lugar, se solicita a las autoridades una reducción del 33,3 al 15 % del tipo del incentivo antes descrito, que se concede a los farmacéuticos por despachar medicamentos más baratos (punto 11).
- 14 El anexo 2 del acuerdo OPA recoge las estimaciones de las partes sobre la evolución del mercado tras la introducción del incentivo del 15 %. De 1988 a 1990 el volumen de ventas de especialidades farmacéuticas bajaría de 1 750 a 1 700 millones de HFL, el de medicamentos genéricos aumentaría de 250 a 360 millones de HFL y el de productos procedentes de importaciones paralelas pasaría de 135 a 200 millones de HFL.

### 3. *Desarrollo de los procedimientos administrativos*

- 15 El presidente de Nefarma sometió el acuerdo OPA al Secretario de Estado de Bienestar Social, Sanidad y Cultura y al Secretario de Estado de Economía mediante escrito de 6 de septiembre de 1988. A finales de noviembre de 1988 las autoridades neerlandesas se declararon dispuestas a concederle una oportunidad. La entrada en vigor de las reducciones de precios previstas en el acuerdo se fijó para el 1 de enero de 1989.

- 16 Dos procedimientos paralelos referidos al acuerdo OPA se iniciaron entonces ante la Comisión. Por una parte, Prodifarma, demandante en el asunto T-116/89, presentó, el 2 de diciembre de 1988, una denuncia en la que se pedía a la Comisión que declarase que el acuerdo OPA era incompatible con las disposiciones del artículo 85 del Tratado CEE, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo, «el Reglamento nº 17»). Por otra parte, Nefarma, parte demandante en el presente asunto, notificó el acuerdo a la Comisión el 9 de diciembre de 1988, en nombre de todas las partes signatarias. Solicitaba la expedición de una declaración negativa con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17 o al menos —con carácter subsidiario— el otorgamiento de una exención basada en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.
- 17 En carta de 14 de diciembre de 1988 firmada por el Sr. Rocca, Director de la Dirección General de Competencia, la Comisión informó a las partes de que, según dictamen provisional de sus servicios, el acuerdo OPA era incompatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado debido a la práctica colusoria sobre los precios que implicaba y a que las partes no habían expuesto argumentos que permitieran justificar una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. La Comisión añadía que sus servicios estudiaban la posibilidad de iniciar un procedimiento basado en el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Se envió a Prodifarma una copia de esta carta.
- 18 Como consecuencia de esta primera reacción negativa de la Comisión, varias de las partes del acuerdo OPA así como el Gobierno neerlandés, representado por los dos Secretarios de Estado implicados, intervinieron en varias ocasiones ante los servicios de la Comisión y ante el Miembro de la misma responsable de la Competencia con el fin de proporcionarles más amplia información sobre el acuerdo OPA y abogar en su favor.
- 19 Entre tanto el procedimiento para adaptar la normativa nacional, en concreto las directivas del COTG, al contenido del acuerdo OPA seguía su curso. Sin embargo, el 23 de diciembre de 1988 el Gobierno neerlandés informó a las partes del acuerdo OPA, así como a Prodifarma y sus asociados, de que las autoridades neerlandesas no pensaban aprobar las modificaciones de las directivas necesarias para la aplicación del acuerdo antes de apreciar, a la luz del «dictamen definitivo de la Comisión», si tal aprobación constituiría o no una violación del Tratado. De hecho, cuando la COTG decidió modificar sus directivas el 29 de diciembre de

1988, los Secretarios de Estado competentes no aprobaron dicha modificación. Por lo tanto, y en contra de lo que las partes del acuerdo OPA y el Gobierno neerlandés habían proyectado inicialmente, el acuerdo no pudo entrar en vigor el 1 de enero de 1989.

20 A principios del año 1989, las partes del acuerdo OPA y el Gobierno neerlandés prosiguieron sus esfuerzos para convencer a la Comisión de los méritos de este acuerdo. Concretamente, el 7 de febrero de 1989 el Secretario de Estado de Economía y su homólogo del Ministerio de Bienestar Social, Sanidad y Cultura mantuvieron una entrevista, a petición propia, con el nuevo Miembro de la Comisión responsable de la Competencia, Sir Leon Brittan. A esta entrevista siguió una carta de fecha 9 de febrero, que el Secretario de Estado de Economía, Sr. Evenhuis, dirigió a Sir Leon Brittan, y en la que se daban explicaciones adicionales para justificar la reducción del incentivo del 33,3 al 15 %.

21 Sir Leon Brittan dirigió el 6 de marzo de 1989 a los dos Secretarios de Estado una carta que es impugnada por las demandantes en el presente asunto así como en los asuntos T-114/89 y T-116/89. En dicha carta, de la que unos días antes se había transmitido ya un borrador por telefax a las autoridades neerlandesas, el Miembro de la Comisión declaraba que, «como antiguo Ministro de Hacienda», suscribía el objetivo del Gobierno neerlandés de controlar el coste del suministro de medicamentos en los Países Bajos. Hacía constar, sin embargo, que debía atenuarse el efecto contrario a la competencia de las disposiciones del acuerdo OPA sobre reducción del incentivo y elevación del margen de descuento autorizado antes de poder adoptar una decisión favorable.

22 En su opinión, el acuerdo OPA debía cumplir dos requisitos para que la Comisión contemplara la posibilidad de adoptar una decisión favorable acerca de él, a saber:

— Primero, que el incentivo por despachar medicamentos más baratos se redujera al 20 % de la diferencia de precios entre dichos medicamentos y las especialidades farmacéuticas más caras, en vez del 15 %;

— segundo, que se evaluarán los efectos de la reducción de la prima durante un año, mediante un sistema de control *ad hoc*.

23 La carta utilizaba en concreto los siguientes términos:

«En consecuencia, les propongo limitar la reducción del incentivo del 33 % al 20 %, en lugar de al 15 % previsto en el acuerdo OPA, y verificar durante un año en la práctica el efecto del incentivo del 20 %.»

24 Refiriéndose al sistema de control, Sir Leon Brittan señalaba que las autoridades neerlandesas y comunitarias podrían cooperar para su aplicación, principalmente mediante un intercambio de datos estadísticos sobre el mercado de medicamentos. El Miembro de la Comisión añadía:

«Es evidente que mis conclusiones sobre el acuerdo OPA no vulneran los derechos en el procedimiento de las partes que lo notificaron, ni los de Prodifarma, que formuló una denuncia contra dicho acuerdo.»

25 El 16 de marzo de 1989 se transmitió una copia de esta carta a Nefarma. Iba acompañada de una carta del Director General Sr. Rocca en la que éste precisaba que la cuestión de si el acuerdo OPA tendría o no el efecto de provocar una distorsión de la competencia entre las especialidades farmacéuticas y los productos genéricos o de importación paralela, debería examinarse a la luz de las estimaciones sobre la evolución del mercado que habían elaborado las partes en el acuerdo OPA en relación con el incentivo del 15 % y que figuraban en el anexo 2 del acuerdo.

26 El 17 de marzo de 1989 los miembros de Nefarma se declararon por mayoría dispuestos a aceptar que el tipo del incentivo se fijase en un 20 %. Las demás partes en el acuerdo OPA aceptaron igualmente aplicarlo con los requisitos señalados en la carta de 6 de marzo de 1989. El COTG adaptó sus directivas en consecuencia y el Gobierno neerlandés dio su aprobación. Así pues, las propuestas contenidas en el acuerdo OPA se aplicaron a partir del 1 de abril de 1989.

27 Habiendo solicitado Nefarma y Prodifarma a la Comisión precisiones sobre el control que ésta se proponía ejercer, el Director Sr. Rocca especificó, en una carta

de 4 de abril de 1989, que la evaluación se realizaría basándose en los informes mensuales sobre las cuotas de mercado correspondientes respectivamente a las especialidades farmacéuticas, los productos genéricos y los productos importados en paralelo. La Comisión compararía estos datos con los pronósticos de las partes en el acuerdo OPA.

- 28 El 28 de abril de 1989, el Director Sr. Rocca dirigió a las demandantes una carta que incluía una relación detallada de los datos de que la Comisión deseaba disponer para efectuar el control previsto, y en la que se les solicitaba que proporcionarían tales datos.

### Procedimiento

- 29 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 10 de mayo de 1989, las partes demandantes interpusieron el presente recurso contra la Comisión, solicitando la anulación de las decisiones contenidas, en su opinión, en la carta de Sir Leon Brittan de 6 de marzo de 1989 y en las cartas del Director Sr. Rocca de 16 de marzo y de 4 y 28 de abril de 1989.
- 30 En apoyo de su petición las demandantes alegan dos motivos principales. Por una parte, sostienen que la Comisión ha incurrido en error al considerar aplicable al acuerdo OPA la prohibición recogida en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Por otra parte, considera que la Comisión carece de justificación para someter una decisión positiva sobre la compatibilidad del acuerdo OPA con las normas comunitarias sobre competencia a los dos requisitos que indica en las cartas objeto del recurso.
- 31 En el escrito de contestación, presentado el 30 de junio de 1989, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad al amparo del apartado 1 del artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.
- 32 El Reino de los Países Bajos, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 20 de octubre de 1989, solicitó intervenir en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la parte demandada.

- 33 Mediante auto de 15 de noviembre de 1989, el Tribunal de Justicia atribuyó el asunto al Tribunal de Primera Instancia conforme al artículo 14 de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
- 34 Mediante auto de 7 de diciembre de 1989, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) admitió la intervención del Reino de los Países Bajos en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión. En un escrito presentado el 19 de enero de 1990, la parte coadyuvante indicó que no deseaba definir su postura sobre el tema de la admisibilidad, reservándose el derecho de presentar ulteriormente sus observaciones sobre el fondo del asunto.
- 35 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) decidió acoger la petición de la Comisión de que se pronunciase sobre la excepción de inadmisibilidad sin entrar en el fondo del asunto. Los informes orales de las demandantes y de la Comisión y sus respuestas a las preguntas planteadas por el Tribunal fueron oídos en la vista de 20 de junio de 1990.
- 36 Las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:
- 1) Anule:
    - la decisión de la Comisión contenida en la carta de fecha 6 de marzo de 1989 dirigida por Sir Leon Brittan, Miembro de la Comisión, a los Secretarios de Estado A. J. Evenhuis y D. J. D. Dees,
    - las decisiones de la Comisión contenidas en las cartas dirigidas a Nefarma el 16 de marzo, el 4 de abril y el 28 de abril de 1989 por el Sr. G. Rocca, Director de la Dirección General de Competencia de la Comisión,
- en la medida en que, mediante esta o estas decisiones, la Comisión considera que el acuerdo OPA está comprendido en el ámbito de aplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE y en la medida en que, mediante esta o estas decisiones, la Comisión impone dos condiciones a su deci-

sión de emitir un dictamen favorable sobre la compatibilidad del acuerdo OPA con las normas comunitarias en materia de competencia.

2) Condene en costas a la Comisión.

37 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso.

— Condene en costas a las demandantes.

38 En relación con la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión, las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

— Condene a la Comisión —en la sentencia definitiva— al pago de las costas de este incidente.

39 La parte coadyuvante declara que se remite al buen criterio del Tribunal sobre el tema de la admisibilidad del recurso presentado por las demandantes.

40 El Presidente declaró terminada la fase oral sobre la excepción de inadmisibilidad al final de la vista.

### **Admisibilidad del recurso de anulación**

41 En apoyo de la excepción de inadmisibilidad que propuso, la Comisión alega con carácter principal que un acto de una institución comunitaria sólo puede ser objeto del recurso previsto en el artículo 173 del Tratado si produce efectos jurídicos vinculantes.

- 42 Según la Comisión, la carta de Sir Leon Brittan sólo ha producido consecuencias de hecho y carece de efectos jurídicos. La Comisión sostiene que esta carta no vincula ni al Gobierno neerlandés, que era su destinatario, ni a terceros como las demandantes, ni siquiera a la propia Comisión. Considera que la simple lectura de la carta controvertida pone de manifiesto que se trata de la expresión de una opinión sin efectos vinculantes y que, por tanto, no se trata de un «acto» en el sentido del artículo 173 del Tratado.
- 43 En apoyo de su tesis, la Comisión comienza por subrayar ciertas expresiones de la carta que, al referirse expresamente a una posible decisión posterior de la Comisión, cuyo contenido no prejuzgan en modo alguno, revelan su carácter provisional. Dicha carta sólo contiene propuestas y no supone ni el cierre del asunto ni el final de la investigación que realizan los servicios de la Comisión, que, por el contrario, sólo comenzará realmente con la aplicación del sistema de control. En la vista, la institución demandada añadió que, si más adelante adoptase una decisión sobre el fondo del asunto, tendría efecto retroactivo y sustituiría a la carta impugnada. En su opinión, sólo en el momento en que se hubiera adoptado tal decisión definitiva podrían las demandantes invocar la necesidad de una protección jurisdiccional.
- 44 La Comisión alega a continuación que la carta impugnada no menoscaba la posición jurídica de las partes en el acuerdo OPA y que, en concreto, no afecta a la protección contra las multas de la que se benefician por haber notificado el acuerdo. Señala también que la carta impugnada no tiene relación con la adopción de medidas provisionales en el sentido del auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, Camera Care contra Comisión (792/79 R, Rec. 1980, p. 119), y que no perjudica los derechos de las partes en el procedimiento, tal y como vienen definidos en el Reglamento nº 17 del Consejo y en el Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62).
- 45 La Comisión sostiene que no es la carta controvertida la que ha producido efectos jurídicos vinculantes para las demandantes, sino la decisión del Gobierno neerlandés de aplicar el acuerdo OPA tomando en cuenta las modificaciones propuestas en la carta impugnada, decisión que éste adoptó basándose en su propia autoridad y bajo su responsabilidad. La Comisión reconoce que el Gobierno neerlandés hizo depender su decisión de lograr las condiciones necesarias para la ejecución del

acuerdo OPA de la «luz verde» de la Comisión. Subraya sin embargo que las autoridades neerlandesas se atuvieron voluntariamente al punto de vista de la Comisión.

- 46 La Comisión alega igualmente que el presente recurso no se dirige contra una decisión colegiada de la Comisión adoptada al término del procedimiento interno que se sigue en estos casos, sino contra una carta en la que un solo miembro de la Comisión da su opinión personal sobre un expediente cuyo estudio se encuentra aún en una fase poco avanzada, tras haber sido instado encarecidamente a hacerlo por parte del Gobierno de un Estado miembro.
- 47 La Comisión añade que los terceros a quienes no iba dirigida la carta de Sir Leon Brittan no pueden sentirse en modo alguno afectados por ella. Considera que, para que unos terceros puedan resultar afectados directa e individualmente con arreglo al segundo párrafo del artículo 173 del Tratado, es necesario que el acto impugnado haya producido efectos jurídicos respecto a un primer destinatario, lo que no sucede con la carta controvertida respecto al Gobierno neerlandés.
- 48 En relación con las cartas del Sr. Rocca, la Comisión considera que constituyen actos de gestión corriente, que tienen un carácter puramente fáctico y que no pueden tener la más mínima influencia sobre la situación jurídica de las demandantes. Según la Comisión, el sistema de vigilancia que prevén las cartas impugnadas no ha modificado la situación jurídica de las demandantes, dado que la participación en este sistema es voluntaria. Añade que ella se ha abstenido de recabar información mediante una decisión obligatoria, como hubiera podido hacer conforme al artículo 11 del Reglamento nº 17, y alega que la demandante Nefarma no se ha considerado vinculada por este sistema, ya que en enero de 1990 cesó de facilitar los datos estadísticos previstos en él.
- 49 En apoyo de su excepción de inadmisibilidad, la Comisión alega con carácter subsidiario que las demandantes carecen de interés para ejercitar la acción. Esta falta de interés puede deducirse del hecho de que las demandantes hubieran aceptado que el tipo del incentivo se fijase en un 20 %, en lugar del 15 % previsto inicial-

mente en el acuerdo OPA, como se desprende de una carta de 21 de marzo de 1989, según la cual la mayoría de los miembros de Nefarma habían dado su conformidad a este nuevo porcentaje.

50 En la vista la Comisión ha expresado finalmente el temor de que una nueva flexibilización de los requisitos de admisibilidad provocase una oleada de recursos contra los diferentes tipos de escritos que sus servicios se ven obligados a dirigir a las empresas durante las investigaciones de que son objeto, de modo que se viera obligada, en lo sucesivo, a no acceder a las numerosas peticiones que se le dirigen para que sus servicios manifiesten su postura de manera informal.

51 Las demandantes, por su parte, sostienen que las cartas impugnadas contienen decisiones que producen efectos obligatorios e irreversibles respecto a ellos. Consideran que, en las cartas impugnadas, la Comisión se ha comprometido irrevocablemente a emitir un dictamen favorable sobre el acuerdo OPA si se cumplen determinados requisitos que expone detalladamente.

52 Las demandantes consideran que, en su carta de 6 de marzo de 1989, Sir Leon Brittan se pronunció de manera definitiva, a petición del Gobierno neerlandés, sobre la compatibilidad del acuerdo OPA con las disposiciones del artículo 85 del Tratado, y que ésta es una decisión que afecta a su posición jurídica como partes en dicho acuerdo, con independencia del hecho de que la decisión haya adoptado la forma de una carta dirigida al Gobierno neerlandés. Alegan que la aplicación del acuerdo OPA dependía totalmente de la previa modificación de las normas de Derecho público entonces vigentes, medida que las autoridades neerlandesas, por su parte, habían condicionado a la conformidad previa de la Comisión. La suerte del acuerdo OPA dependía pues totalmente, en su opinión, de la valoración que hiciera la Comisión, que con su carta de 6 de marzo de 1989 dio la señal necesaria para permitir la realización de las propuestas contenidas en el acuerdo.

53 Según las demandantes, el tenor literal de esta carta impidió al Gobierno neerlandés adoptar las medidas necesarias para aplicar el acuerdo OPA en su versión inicial, porque tal comportamiento hubiera implicado la interposición por parte de la Comisión de un recurso por incumplimiento basado en los artículos 5, 3, letra f), y 85 del Tratado. Añaden que el Derecho neerlandés se oponía también a que las autoridades diesen «luz verde» a la versión original del acuerdo OPA mientras

subsistiesen dudas sobre su validez desde el punto de vista del Derecho comunitario. Además, consideran que la carta daba a terceros, especialmente a la asociación Prodifarma, la posibilidad de impedir la aplicación del acuerdo OPA en su forma original, invocándola ante los órganos jurisdiccionales neerlandeses.

- 54 Las demandantes consideran que, en este contexto, la Comisión era perfectamente consciente de los efectos que su decisión iba a producir y que, al adoptarla, pretendió confirmar o, según los casos, modificar la situación jurídica de las diversas partes afectadas por el acuerdo OPA. Opinan que no es necesario desde este punto de vista investigar si la Comisión disponía o no de un fundamento jurídico que la facultara para dirigir una decisión vinculante al Reino de los Países Bajos.
- 55 Las demandantes mantienen la opinión de que la carta de Sir Leon Brittan constituye ciertamente una decisión respecto al Reino de los Países Bajos, pero consideran que, aunque no fuese así, constituiría de todos modos una decisión respecto a ellas. En efecto, según ellas, el dato decisivo para calificarla de este modo reside en el hecho de que dicha carta afecta directa e individualmente a su posición jurídica.
- 56 Por lo que se refiere a las cartas del Director Sr. Rocca, las demandantes consideran que produjeron también efectos jurídicos, aunque sólo fuera en lo relativo a la aplicación del sistema de control del que se trataba en la carta de Sir Leon Brittan. Sin embargo durante la vista declararon que no tenían la intención de interponer contra estas cartas un recurso independiente del dirigido contra la carta del Miembro de la Comisión y que si el presente recurso impugna también las cartas del Director Sr. Rocca, lo hace sólo con carácter subsidiario.
- 57 Las demandantes alegan que los argumentos que la Comisión presentó en apoyo de su excepción de inadmisibilidad sólo se refieren a la forma de los actos impugnados. Subrayan que lo decisivo no es la forma elegida por la Comisión, sino que lo que se debe tener en cuenta es el contenido y las consecuencias de las cartas controvertidas.

58 Aunque el tenor de la carta de 6 de marzo de 1989 parezca indicar que sólo tiene carácter provisional, las demandantes consideran que un examen en profundidad de la misma revela que se trata de una decisión definitiva, aunque su validez sea limitada en el tiempo. Confirman este punto de vista, según las demandantes, las cartas posteriores del Sr. Rocca, a cuya luz deben valorarse los efectos de la carta de Sir Leon Brittan. El carácter definitivo de las cartas impugnadas queda corroborado por los datos siguientes:

— En ellas se declara de manera definitiva que, al reducir a un 15 % el tipo del incentivo, el acuerdo OPA queda sujeto a la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, y deniega definitivamente la concesión de una exención de la prohibición para dicho acuerdo.

— En ellas se autoriza de manera definitiva e irreversible la aplicación del acuerdo OPA durante un período de un año, con la condición de que el tipo del incentivo se fije en un 20 %.

— En ellas se prevé la instauración definitiva e irreversible, durante un período de al menos un año, de un sistema de control destinado a verificar si el acuerdo OPA podrá seguir aplicándose al cabo de este período de prueba.

59 Las demandantes afirman que, aun cuando la Comisión estuviese obligada a adoptar posteriormente una decisión formal sobre el acuerdo OPA con arreglo al Reglamento nº 17, tal decisión no podría tener el efecto de hacer desaparecer con carácter retroactivo estas conclusiones definitivas.

60 En contra del argumento basado en la inexistencia de decisión colegiada de la Comisión, las demandantes alegan que se deduce de las cartas posteriores del Director Sr. Rocca que la carta de Sir Leon Brittan, de 6 de marzo de 1989, no reflejaba únicamente su punto de vista individual, sino el de la Comisión.

61 Las demandantes alegan a continuación que las decisiones que impugnan no han sido adoptadas con arreglo a los procedimientos del Reglamento nº 17, pero que sin embargo sus efectos prácticos y jurídicos equivalen a los que produciría una decisión formal de prohibición adoptada en virtud del artículo 3 del Reglamento

nº 17 o bien a los de una decisión formal de exención que implicara determinadas condiciones restrictivas, adoptada en virtud del artículo 8 del Reglamento nº 17, sin perjuicio, por lo que respecta a esta segunda comparación, de la facultad que compete en el caso de autos al Juez nacional de verificar la validez del acuerdo desde el punto de vista del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

- 62 Las demandantes se abstienen de adoptar postura sobre la cuestión de si la Comisión es competente para adoptar medidas de esta naturaleza al margen del Reglamento nº 17, limitándose a subrayar que este Reglamento presenta inconvenientes en el caso de asuntos que revistan cierta urgencia, como el que es objeto del presente litigio, puesto que no prevé la posibilidad de conceder exenciones (provisoriales) en un plazo muy breve. Afirman que, independientemente de su licitud, la inobservancia de las normas del Reglamento nº 17 por parte de la Comisión no puede privar a los justiciables de las vías de recurso de que disponen contra las decisiones formales adoptadas con arreglo a dicho Reglamento.
- 63 En la vista las demandantes desarrollaron este argumento, sosteniendo que existe una discordancia entre este Reglamento, que calificaron de obsoleto, y la necesidad que experimentan la Comisión y los Estados miembros de llevar a cabo una política eficaz y apropiada en materia de competencia. Se declararon dispuestas a aceptar que la Comisión recurra a procedimientos no previstos en el Reglamento nº 17, como el seguido en el caso de autos. Sin embargo, según las demandantes, estas prácticas suscitan la cuestión de hasta qué punto puede la Comisión llevar a cabo una política de concertación con las autoridades nacionales en materia de competencia sin verse expuesta a recursos interpuestos por las empresas afectadas. Las demandantes insisten en la necesidad de que, en tales casos, las empresas interesadas puedan recurrir a la protección jurisdiccional. Expresan su temor de que una sentencia que declare la inadmisibilidad del recurso permita a la Comisión intervenir en los mercados de la Comunidad, adoptando, al abrigo de cualquier control jurisdiccional, actos que produjeran efectos en el plano jurídico así como consecuencias de hecho.
- 64 En cuanto a la cuestión de si las cartas que impugnan les afectan directa e individualmente, las demandantes consideran que se impone una respuesta afirmativa, tanto respecto a las decisiones contenidas en las cartas que estaban dirigidas a ellas directamente como respecto a la decisión contenida en la carta dirigida a los dos Secretarios de Estado. Dado que esta última no expresa otra cosa sino la postura de la Comisión sobre el acuerdo en el que las demandantes son partes, éstas se

consideran directa e individualmente afectadas por esta decisión como si fuesen sus destinatarios. Las demandantes añaden que esta decisión les fue igualmente comunicada en la carta que el Director Sr. Rocca envió a Nefarma el 16 de marzo de 1989.

- 65 Finalmente, las demandantes subrayan que no puede ponerse en duda su interés en ejercitar la acción puesto que aceptaron las modificaciones de las propuestas que figuraban en el acuerdo OPA a consecuencia de la carta de Sir Leon Brittan y consintieron su aplicación. Las demandantes consideran que la Comisión las situó ante un hecho consumado, de modo que no tuvieron más remedio que colaborar —aunque protestando— en la aplicación del acuerdo OPA en una versión ajustada a las indicaciones de la Comisión, ya que, de no hacerlo así, la intervención de la Comisión hubiera impedido totalmente la entrada en vigor de las medidas propuestas por dicho acuerdo.

### **Sobre la naturaleza jurídica de las cartas impugnadas**

- 66 Ante estos factores de hecho y de Derecho, procede examinar si las cartas contra las que se dirige el presente recurso son actos que pueden ser objeto de un recurso de anulación con arreglo al artículo 173 del Tratado. Tal y como resulta de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, para ello hay que determinar si produjeron efectos jurídicos vinculantes (véase, en último término, el auto de 17 de mayo de 1989, Italia contra Comisión, 151/88, Rec. 1989, p. 1255, 1261).

#### *1. Sobre los efectos de la carta de Sir Leon Brittan respecto al Reino de los Países Bajos*

- 67 Este Tribunal de Primera Instancia considera que hay que determinar, en primer lugar, si la carta que Sir Leon Brittan envió el 6 de marzo de 1989 a los dos Secretarios de Estado neerlandeses produjo tales efectos respecto al Reino de los Países Bajos.
- 68 Con este fin procede examinar, en primer lugar, si el acto impugnado tiene una base jurídica que faculte a la Comisión para adoptar una decisión que vincule a un Estado miembro. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las opiniones expresadas por la Comisión ante las autoridades de un Estado miembro en ámbitos en los que aquélla carece de competencias para adoptar decisiones obliga-

- torias son sólo simples opiniones sin efectos jurídicos (por ejemplo, sentencias de 4 de febrero de 1959, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridad*, 17/57, Rec. V, p. 9, 25, y de 27 de marzo de 1980, *Sucrimex contra Comisión*, 133/79, Rec. 1980, pp. 1299, 1310; auto de 17 de mayo de 1989, *Italia contra Comisión*, 151/88, antes citado, p. 1261).
- 69 Procede señalar, con carácter preliminar, que esta competencia no puede presumirse cuando no exista una disposición específica que figure en el Tratado o en actos de naturaleza vinculante adoptados por las instituciones (auto de 30 de septiembre de 1987, *Brother Industries contra Comisión*, 229/86, Rec. 1987, pp. 3757, 3762 y ss.).
- 70 Ahora bien, como ha subrayado la Comisión en la vista, ni el artículo 85 del Tratado ni las disposiciones del Reglamento nº 17 han otorgado a la Comisión la facultad de adoptar decisiones vinculantes respecto a los Estados miembros. Aunque el apartado 1 del artículo 3 de este último Reglamento establece que la Comisión podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas a poner fin a las infracciones al Derecho de competencia que se les imputen, esta disposición no faculta a la Comisión para obligar a un Estado miembro a adoptar determinadas medidas en su Derecho nacional, como por ejemplo modificar la normativa nacional relativa al incentivo de que se trata en la carta impugnada.
- 71 En cuanto al apartado 1 del artículo 11 del Reglamento nº 17 que dispone que, «en el cumplimiento de las tareas que le sean asignadas [...] la Comisión podrá recabar todas las informaciones que considere necesarias de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros [...]», es preciso hacer constar que esta disposición no puede servir de base legal a una decisión que obligue al Reino de los Países Bajos a establecer el sistema de control del que se trata en la carta impugnada.
- 72 Tampoco es posible deducir que la Comisión es competente para adoptar decisiones de naturaleza tal que vinculen a los Estados miembros de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el Tratado obliga a los Estados miembros a abstenerse de adoptar o de mantener en vigor medidas legislativas o regla-

mentarias que puedan eliminar la eficacia de los artículos 85 y 86 del Tratado (véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de octubre de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureau*, 311/85, Rec. 1987, pp. 3801, 3826). Esta obligación se basa en el artículo 5 del Tratado, que ha de interpretarse a la luz de la letra f) del artículo 3 y del artículo 85. Sin embargo, el artículo 5 del Tratado no confiere a la Comisión la facultad de dirigir a los Estados miembros decisiones vinculantes (auto de 30 de septiembre de 1987, *Brother Industries*, 229/86, antes citado).

- 73 Es cierto que el artículo 89 faculta a la Comisión para adoptar decisiones respecto a los Estados miembros para hacer constar la existencia de infracciones al Derecho de la competencia. Sin embargo, esta disposición transitoria sólo se refiere a las situaciones en las que no existan normas de desarrollo de los artículos 85 y 86, como el Reglamento nº 17.
- 74 Por el contrario, el apartado 3 del artículo 90 del Tratado otorga competencias a la Comisión para dirigir a los Estados miembros decisiones apropiadas para velar por la observancia de las normas del Tratado y, en particular, las del artículo 90, en lo que se refiere a las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de esta norma. Sin embargo, de la carta impugnada se deduce claramente que no se basó en esta disposición.
- 75 Procede, pues, hacer constar que la carta controvertida no se sustenta sobre una base jurídica que faculte a la Comisión para adoptar una decisión que pudiera vincular al Reino de los Países Bajos. De ello se sigue que no ha producido efectos jurídicos vinculantes respecto a dicho Estado miembro.
- 76 Este resultado no resulta enervado por el hecho de que el Gobierno neerlandés haya solicitado esta definición de postura con la intención de ajustarse a ella y de que haya respetado escrupulosamente las observaciones formuladas en la carta controvertida cuando adoptó las medidas necesarias para la ejecución del acuerdo OPA. Ni la intención de las autoridades neerlandesas de atenerse a la postura que la Comisión adoptara en relación con el acuerdo OPA ni el hecho de que hayan seguido en su totalidad las propuestas contenidas en la carta de Sir Leon Brittan implican que ésta haya creado una obligación jurídica en este sentido.

- 77 Hay que añadir que no es posible reconocer efectos vinculantes a la carta controvertida basándose en una norma del Derecho neerlandés que impida al Gobierno autorizar la ejecución del acuerdo OPA mientras subsistan dudas sobre su validez. No corresponde a este Tribunal de Primera Instancia pronunciarse, en el caso de autos, sobre la existencia de una norma de este tipo, alegada por las demandantes. Suponiendo, no obstante, que su Derecho nacional prohibiese a las autoridades neerlandesas adoptar medidas de Derecho administrativo interno que pudieran entrar en conflicto con el Derecho comunitario, procede señalar que la aplicación de semejante norma sería competencia de las autoridades nacionales. A estos efectos, a ellas les correspondería valorar, bajo su propia responsabilidad, la compatibilidad de las medidas proyectadas con el Derecho comunitario.
- 78 En este contexto, la definición de postura de Sir Leon Brittan no se presenta como una decisión que hubiera producido el efecto de obligar al Gobierno neerlandés a rehusar la «luz verde» a la versión original del acuerdo OPA, sino como un acto de efectos comparables a los de un dictamen y que pudo ser utilizado por las autoridades nacionales para verificar la validez del acuerdo OPA. En efecto, no es una carta de la Comisión lo que puede dar origen a las dudas sobre este punto, ya que la nulidad de un acuerdo contrario al apartado 1 del artículo 85 del Tratado se deduce de pleno derecho del apartado 2 del artículo 85.
- 79 De la correspondencia entre el Gobierno neerlandés y la Comisión se deduce que el comportamiento de este Gobierno se explica por su interés en evitar el riesgo de violar el Derecho comunitario al poner en práctica el acuerdo OPA, adaptando voluntariamente su normativa nacional de manera que se ajustara a la postura expresada en la carta del Miembro de la Comisión. Por otra parte, el Tratado, en sus artículos 155 y 189, párrafo primero, contempla expresamente esta cooperación voluntaria entre las autoridades nacionales y las instituciones comunitarias, incluyendo las recomendaciones y los dictámenes entre los actos que pueden adoptar las instituciones y, en particular, la Comisión. Esta habilitación expresa para adoptar actos desprovistos de fuerza obligatoria demuestra que el respeto voluntario de los actos no vinculantes de las instituciones es un elemento esencial para la realización de los fines del Tratado. De aquí se sigue que no puede ponerse en duda el carácter no vinculante de una definición de postura por parte de una institución comunitaria por el hecho de que el Gobierno destinatario del acto se ajuste a él.

- 80 Se debe añadir que no se deduce ni de la redacción ni del contenido de la carta objeto del litigio que ésta pretendiese producir efecto jurídico alguno.
- 81 Tal y como ha destacado la Comisión, la inexistencia de decisión colegiada de la Comisión es un indicio en este sentido. A diferencia de otros casos en los que el Tribunal de Justicia reconoció la condición de acto impugnabile a cartas firmadas por funcionarios de la Comisión (véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de marzo de 1967, Cimenteries contra Comisión, 8/66 a 11/66, Rec. 1967, p. 93), la carta impugnada no se presenta ni como la comunicación de una decisión adoptada por la institución ni como escrita en nombre de la Comisión o en virtud de una delegación de facultades, sistema cuya validez reconoció el Tribunal de Justicia en su sentencia de 23 de septiembre de 1986, Akzo contra Comisión (5/85, Rec. 1986, pp. 2585, 2614). Antes bien, la carta parece haber sido escrita por Sir Leon Brittan en nombre propio y en el contexto de un intercambio de puntos de vista entre políticos.
- 82 Además, el lenguaje que emplea Sir Leon Brittan para indicar al Gobierno neerlandés las modificaciones del régimen previsto en el acuerdo OPA que le parecen deseables, antes de que se pueda pensar en una decisión positiva respecto a dicho acuerdo, no es el propio de un acto obligatorio. Así, a propósito de la fijación del tipo de incentivo en un 20 %, se limita a decir «yo les propongo» («stel ik u voor»). Igualmente, al tratar del establecimiento de un sistema de control, los términos utilizados indican que no se pretende imponer tal sistema, sino que su aplicación dependería de la cooperación voluntaria del Gobierno neerlandés.
- 83 Por todas estas razones, este Tribunal de Primera Instancia declara que la carta que Sir Leon Brittan dirigió el 6 de marzo de 1989 a los dos Secretarios de Estado neerlandeses no puede calificarse de decisión en relación con el Reino de los Países Bajos.

## *2. Sobre los efectos de las cartas impugnadas respecto a las demandantes*

- 84 Procede examinar a continuación si la carta de Sir Leon Brittan, considerada aisladamente o conjuntamente con las tres cartas del Director Sr. Rocca contra las que se dirige con carácter subsidiario el presente recurso, constituye una decisión respecto a las demandantes.

- 85 A este respecto, procede examinar en primer lugar la tesis que mantienen las demandantes, según la cual esta carta contiene una valoración definitiva de la versión inicial del acuerdo OPA desde el punto de vista del artículo 85 del Tratado, de modo que sus efectos en relación con las partes en el acuerdo son idénticos a los de una decisión de prohibición adoptada con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, o bien a los de una decisión de exención sujeta a condiciones restrictivas, adoptada con arreglo al apartado 1 del artículo 8 de dicho Reglamento.
- 86 La carta del Miembro de la Comisión indica que, con toda probabilidad, los efectos contrarios a la competencia relacionados con el acuerdo en la versión original de éste no hubieran permitido que se otorgase una exención basada en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Se deduce sin embargo de los términos de la carta que el examen del acuerdo desde el punto de vista del Derecho de competencia se estaba realizando todavía. Esto queda corroborado en particular por la reserva que se formula expresamente respecto a los derechos en el procedimiento de las partes en el acuerdo OPA. Esta reserva significa, para las demandantes, que tienen derecho a recibir una comunicación sobre los motivos de infracción y a responder a ellos antes de que la Comisión adopte, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, una decisión de prohibición que podría vincularles jurídicamente. Esta reserva demuestra además que el Miembro de la Comisión no pretendía en absoluto adoptar, en relación con las demandantes, una medida equivalente a una decisión de prohibición fuera del marco del Reglamento nº 17.
- 87 Las cartas impugnadas tampoco han producido efectos comparables a los de una decisión de exención que implique condiciones y cargas, contra las que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cabe interponer recurso de anulación (véase la sentencia de 23 de octubre de 1974, Transocean Marine Paint contra Comisión, 17/74, Rec. 1974, pp. 1063, 1080). Dichas cartas sólo constituyen, en efecto, el punto de partida del examen del acuerdo OPA, cuya finalidad es la de determinar si puede otorgarse tal exención. De aquí se sigue que los efectos de los requisitos a los que la carta de sir Leon Brittan subordina la posibilidad de una decisión favorable al término del examen no pueden asimilarse a los de las condiciones incluidas en una decisión de exención con arreglo al apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 17.
- 88 Procede aún examinar si las cartas impugnadas produjeron efectos jurídicos en relación con las demandantes al definir de manera obligatoria las modalidades de aplicación del acuerdo OPA en lo que se refiere al tipo del incentivo y al establecimiento de un sistema de control.

- 89 A este respecto, resulta oportuno tomar en cuenta la facultad de la Comisión para adoptar medidas provisionales, antes incluso de pronunciarse definitivamente sobre un acuerdo que se le haya notificado o sobre una denuncia que se le haya formulado, con el fin de hacer frente a una situación que pudiera causar un perjuicio grave e irreparable al denunciante o intolerable para el interés general (véase, por ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, 792/79 R, Camera Care, antes citado, Rec. 1980, pp. 119, 130).
- 90 El examen de las cartas impugnadas demuestra sin embargo que éstas no pueden asimilarse a decisiones que establezcan tales medidas provisionales de carácter obligatorio, sino que dejan a las partes en el acuerdo OPA total libertad para ajustarse o no a ellas. Esto es válido tanto para la modificación del tipo del incentivo como para la instauración del sistema de control.
- 91 Es cierto que Sir Leon Brittan, en su carta de 6 de marzo de 1989, contemplaba la posibilidad de que las partes adaptaran las disposiciones del acuerdo OPA a los requisitos que él proponía a las autoridades neerlandesas. Sin embargo, esta modificación del acuerdo en el ámbito del Derecho privado seguía estando enteramente sometida al consentimiento de las partes. Por otra parte, de la carta del Director Sr. Rocca de 4 de abril de 1989 se desprende que la demandante Nefarma aceptó proceder a dicha modificación.
- 92 Procede añadir que las dos cartas relativas al sistema de vigilancia que el Director Sr. Rocca envió a las demandantes el 4 y 28 de abril de 1989 no cambian en nada el carácter voluntario de este régimen. La primera de estas cartas se limita en efecto a preparar su establecimiento, precisando las modalidades del control a que se refiere la carta de Sir Leon Brittan. Aunque en la carta de 28 de abril de 1989 la Comisión solicitó informaciones concretas a Nefarma y a sus miembros, hay que destacar sin embargo que esta carta no se ajusta siquiera a los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 11 del Reglamento nº 17 para el caso de una solicitud de información no obligatoria. Menos aún podrá ser asimilada a una solicitud de información mediante decisión vinculante basada en el apartado 5 del artículo 11 de dicho Reglamento.

- 93 En contra de lo que alegan las demandantes, las cartas del Director Sr. Rocca no demuestran por otra parte que la carta de Sir Leon Brittan reflejara el punto de vista de la Comisión como institución. Es cierto que el Sr. Rocca se refirió, en sus cartas, a decisiones futuras de la Comisión. Sin embargo, esto no implica que la Comisión hubiera tomado ya, en el pasado, una decisión. Ni Sir Leon Brittan ni el Director Sr. Rocca se refirieron, en sus cartas, a una decisión que la institución hubiera adoptado con anterioridad.
- 94 En cambio, el obstáculo jurídico que impidió la aplicación del acuerdo OPA tal y como había sido concluido en su origen por las partes provino del hecho de que las autoridades neerlandesas modificaron el marco normativo en el cual debía inscribirse el acuerdo, en particular la regulación relativa al incentivo, de conformidad con las indicaciones contenidas en la carta de Sir Leon Brittan. Estas medidas reguladoras adoptadas por las autoridades nacionales vinculan efectivamente a las demandantes.
- 95 Se debe recordar no obstante que este Tribunal ha declarado anteriormente que estas medidas fueron adoptadas voluntariamente y sin que existiera una decisión de la Comisión que produjera efectos jurídicos respecto al Gobierno neerlandés. De aquí se sigue que los efectos vinculantes que se derivan para las demandantes de los actos de las autoridades nacionales no son imputables a la Comisión y no se pueden considerar por tanto como efectos producidos por las cartas impugnadas.
- 96 Dichas cartas carecen, pues, de efectos vinculantes en relación con las demandantes.

### 3. *Sobre la protección jurisdiccional que se debe a los particulares*

- 97 Las demandantes han alegado también que la protección jurisdiccional que se debe a los particulares no estaría suficientemente garantizada si este Tribunal de Primera Instancia admitiese que, en lo referente a la aplicación del Derecho de competencia, la Comisión está facultada para proceder a una concertación con las autoridades nacionales que dé lugar a la adopción de medidas obligatorias para los justiciables en el ámbito nacional, sin que las posiciones que adopte para ello queden sujetas a control por el Juez comunitario.

- 98 A este respecto, procede señalar que la protección jurisdiccional que reclaman las demandantes consistiría, esencialmente, en obtener del Tribunal una declaración sobre la compatibilidad de su acuerdo con el Derecho comunitario de competencia y sobre el fundamento de la posición adoptada por Sir Leon Brittan en su carta de 6 de marzo de 1989. Ahora bien, tal forma de protección jurisdiccional no está prevista en el artículo 173 del Tratado. Si bien es cierto que las disposiciones relativas a la legitimación activa de los justiciables no pueden ser interpretadas restrictivamente (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Plaumann contra Comisión, 25/62, Rec. 1963, pp. 197, 222), el hecho de acoger un recurso ajeno a dicha disposición supondría sin embargo sobrepasar los límites de la interpretación del Tratado.
- 99 Por todas estas razones, este Tribunal de Primera Instancia declara que la carta que envió el 6 de marzo de 1989 Sir Leon Brittan al Secretario de Estado de Economía neerlandés y a su homólogo del Ministerio de Bienestar Social, Sanidad y Cultura, considerada aisladamente o junto con las tres cartas del Director Sr. Rocca, de 16 de marzo y 4 y 28 de abril, impugnadas con carácter subsidiario en el presente recurso, no produjo efectos jurídicos vinculantes ni respecto al Reino de los Países Bajos ni respecto a las demandantes y que, por lo tanto, no existe en el caso de autos una decisión que pueda ser objeto de recurso.
- 100 Se debe pues declarar la inadmisibilidad del presente recurso sin que proceda examinar la cuestión de si la carta que Sir Leon Brittan envió al Gobierno neerlandés afecta directa e individualmente a las demandantes.

### Costas

- 101 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, aplicable *mutatis mutandis* al procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia en virtud del párrafo tercero del artículo 11 de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988, antes citada, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así se hubiere solicitado. Por haber sido desestimados los motivos formulados por las partes demandantes, procede acceder a lo solicitado por la Comisión y condenarlas solidariamente en costas. Al no haber solicitado nada sobre este punto, la parte coadyuvante cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)

decide:

- 1) **Declarar la inadmisibilidad del recurso.**
- 2) **Condenar solidariamente en costas a las partes demandantes, con excepción de aquéllas en que hubiere incurrido la parte coadyuvante, que correrán a cargo de ésta.**

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de diciembre de 1990.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J. L. Cruz Vilaça