

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste Kamer)
van 13 december 1990 *

In zaak T-116/89,

Vereniging Prodifarma, gevestigd te Amsterdam,

Katwijk Farma BV, gevestigd te Katwijk,

Lagap BV, gevestigd te Krimpen a/d IJssel,

Medicalex BV, gevestigd te Ridderkerk,

Polyfarma BV, gevestigd te Groningen,

Stephar BV, gevestigd te Krimpen a/d IJssel,

vertegenwoordigd door M. van Empel en A. J. H. W. M. Versteeg, advocaten te Amsterdam, van het kantoor Stibbe, Blaisse en De Jong, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, 8, rue Zithe,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Koninkrijk der Nederlanden, vertegenwoordigd door J. W. de Zwaan, assistent juridisch adviseur bij het Ministerie van Buitenlandse Zaken, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter ambassade van het Koninkrijk der Nederlanden, 5, rue C. M. Spoo,

interveniënt,

* Procestaal: Nederlands.

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking die volgens verzoeksters is vervat in een brief van een lid van de Commissie,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste Kamer),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas en K. Lenaerts, rechters,

griffier: B. Pastor, administrateur

gelet op de schriftelijke behandeling en na de terechtzitting van 20 juni 1990,

het navolgende

Arrest

De feiten die aan het beroep ten grondslag liggen

1. Onderhavig beroep is een uitvloeisel van de sedert de jaren zeventig door de Nederlandse overheid ondernomen pogingen om de kosten van geneesmiddelen te beperken die extramuraal worden geleverd. Het staat in nauw verband met de zaken T-113/89 (Nefarma/Commissie, Jurispr. 1990, blz. II-797) en T-114/89 (VNZ/Commissie, Jurispr. 1990, blz. II-827), alsmede met zaak T-3/90 (Prodifarma/Commissie II, beschikking niet-ontvankelijkheid van 23 januari 1991, Jurispr. 1991, blz. II-1). De in elk van deze zaken ingestelde beroepen zijn gericht tegen de reactie van de Commissie op een overeenkomst die een verlaging van het prijsniveau voorziet waartegen geneesmiddelen aan apothekhoudenden worden geleverd, in verband met een wijziging van de Nederlandse regeling inzake de wederverkoopmarge voor de apothekhoudenden. Nagenoeg alle Nederlandse representatieve organisaties van ondernemingen in de farmaceutische industrie, van ziekenfondsen en ziektekostenverzekeraars en van beroepsgroepen die met de geneesmiddelenvoorziening te maken hebben, zijn bij dit akkoord aangesloten, dat dan ook „Omni-Partijen Akkoord” (hierna: OPA) wordt genoemd. Bij de vaststelling van de feiten die aan het beroep ten grondslag liggen, heeft het Gerecht ambtshalve rekening gehouden met de feitelijke gegevens, vervat in de dossiers van de zaken T-113/89 en T-114/89.

1. *De nationale wettelijke regeling*

- 2 Het belangrijkste instrument van de Nederlandse overheid om in te grijpen in de kosten van de geneesmiddelenvoorziening is de Wet tarieven gezondheidszorg (hierna: WTG) van 20 november 1980 (Stbl. 646), die regelen stelt met betrekking tot de tarieven van instellingen of personen die geneeskundige verzorging verstrekken, waartoe ook de apothekers en apotheekhoudende huisartsen worden gerekend. Artikel 2, lid 1, WTG bevat een algemeen verbod om een tarief in rekening te brengen dat niet overeenkomstig de wet is goedgekeurd of vastgesteld.

- 3 Bij de WTG is de vaststelling en goedkeuring van de tarieven voor de gezondheidszorg toevertrouwd aan het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (hierna: COTG), een publiekrechtelijk lichaam. Het COTG kan richtlijnen vaststellen inzake de hoogte, de opbouw en de wijze van berekening van een tarief of van onderdelen van een tarief. Deze richtlijnen behoeven de goedkeuring van de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, de minister van Economische Zaken en de minister die het op grond van zijn verantwoordelijkheid voor het beleid ten aanzien van de betrokken categorie van instellingen of personen die geneeskundige verzorging verstrekken, mede aangaat. Krachtens artikel 13 WTG moet het COTG bij zijn beslissingen ter zake van goedkeuring of vaststelling van tarieven deze richtlijnen in acht nemen. Op grond van artikel 14 kunnen de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de minister van Economische Zaken tezamen het COTG aanwijzingen geven met betrekking tot de inhoud van de richtlijnen. Het COTG is gehouden, deze aanwijzingen bij de vaststelling van de richtlijnen te volgen.

- 4 Overeenkomstig deze bepaling is door de staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de staatssecretaris van Economische Zaken op 21 april 1987 een aanwijzing gegeven, dat richtlijnen dienden te worden vastgesteld tot wijziging van het regime van aan apotheekhoudenden betaalde vergoedingen voor het afleveren van geneesmiddelen, ten einde in deze sector besparingen te verwezenlijken.

- 5 De aanwijzing was enerzijds erop gericht dat van de vergoeding waarop de apotheekhoudende aanspraak kon maken, de kortingen in mindering werden gebracht die de leverancier van het geneesmiddel hem hadden verstrekt, voor zover deze kortingen meer bedroegen dan 2% van de voor het betreffende geneesmiddel geldende, door het COTG erkende lijstprijs.

6 Anderzijds was zij erop gericht, het inkopen en afleveren van generieke of parallel geïmporteerde geneesmiddelen te stimuleren, die goedkoper zijn dan de door de producent of de officiële importeur op de Nederlandse markt gebrachte farmaceutische specialités. Weliswaar wordt de keuze van het geneesmiddel dat de consument zal kopen, in beginsel door de voorschrijvende medicus gemaakt, doch de apotheker heeft de mogelijkheid om op verzoek van de consument een ander, gelijkwaardig geneesmiddel af te leveren. Op die manier kan de apotheker een rol spelen bij de substitutie van farmaceutische spécialités door parallel geïmporteerde of generieke geneesmiddelen. De aanbeveling voorzag dat de apotheker als stimuleringspremie een derde van het prijsverschil tussen het voorgeschreven duurere farmaceutische spécialité en het door hem afgeleverde goedkopere geneesmiddel voor zichzelf mocht behouden.

7 Per 1 januari 1988 voerde het COTG een regeling in, die in overeenstemming was met de hiervoor beschreven aanwijzing. Hoewel men het er nog niet over eens is, of deze regeling de gewenste dan wel nadelige gevolgen had, wordt wel in ruime mate erkend dat de verhoopde besparingen niet alle konden worden gerealiseerd. Daarom zocht de Nederlandse regering naar nog stringentere prijsmaatregelen. Daartoe kwam zij met een plan, het zogenoemde „ijkprijsstelsel”, waarbij een vast plafond werd vastgesteld voor de vergoeding, door de ziekenfondsen, van alle geneesmiddelen die bij de behandeling van een bepaalde aandoening konden worden voorgeschreven, zodat indien de arts een middel voorschreef dat meer kostte dan de vastgestelde ijkprijs, de patiënt het verschil zelf moest bijbetalen. Tot invoering van dit plan is het echter niet gekomen, gedeeltelijk omdat vanuit de beroepsorganisaties in de sector gezondheidszorg het OPA aan de overheid als een alternatief plan werd voorgesteld om de noodzakelijk geachte besparingen te verwezenlijken die, zoals de Nederlandse regering had besloten, een bedrag van 420 miljoen HFL per jaar dienden te bereiken.

2. *Het Omni-Partijen Akkoord*

a) De partijen bij het OPA

8 Voortbouwend op eerdere initiatieven van de Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma”, een van de verzoeksters in zaak T-113/89, en van de Vereniging van Nederlandse Ziekenfondsen, „VNZ”, een van de verzoeksters in zaak T-114/89, is op 18 augustus 1988 het OPA gesloten.

9 Het OPA verenigt — op één uitzondering na — de organisaties die alle partijen vertegenwoordigen die betrokken zijn bij het voorschrijven en afleveren van geneesmiddelen, dat wil zeggen de producenten en de leveranciers, de voorschrijvende medici en de apothekers, alsmede de verzekeraars en de ziekenfondsen die de kosten ervan dragen.

10 De hiervoor genoemde uitzondering is Prodifarma, verzoekster in deze zaak en in zaak T-3/90, een vereniging waarbinnen kleinere ondernemingen zijn georganiseerd, die generieke geneesmiddelen of farmaceutische spécialités produceren dan wel locopreparaten parallel importeren, doch geen deel uitmaken van de merk-geneesmiddelenindustrie. Hoewel Prodifarma aan het vooroverleg voor het akkoord heeft deelgenomen, zijn zij en de in haar verenigde ondernemingen geen partij bij dit akkoord. De Nederlandse regering is evenmin partij bij dit akkoord.

b) De inhoud van het OPA

11 Het OPA valt uiteen in twee hoofddeelten met een verschillend karakter. In de eerste plaats bevat het een privaatrechtelijke overeenkomst tussen de partijen, waarbij de producenten en distributeurs zich verplichten, de apotheekinkooprijzen van de farmaceutische produkten te verlagen. Vervolgens bevat het voorstellen van de partijen betreffende de door hen gewenste wijzigingen in de hierboven beschreven nationale regeling, die zij door de overheid wensen te zien aangebracht alvorens hun privaatrechtelijke overeenkomst ten uitvoer wordt gelegd. Deze beide hoofdbestanddelen worden aangevuld door een aantal bepalingen betreffende de werkingssfeer van het OPA en de verplichtingen van partijen betreffende de tenuitvoerlegging van het door hen voorgestelde regime.

12 De voornaamste bepalingen van het OPA kunnen worden samengevat als volgt. In punt 7.1 van het OPA hebben de leden van beide verzoeksters in zaak T-113/89, Nefarma en Bond van Groothandelaren in het Pharmaceutische Bedrijf, zich bereid verklaard om de apotheekinkooprijzen van farmaceutische spécialités met gemiddeld 7% te verlagen. Punt 8 van het OPA voorziet een „prijzenstop” tot 1 januari 1991. Verder verklaren partijen dat zij zullen afzien van „inhaalprijzerverhogingen” na deze datum. In punt 9 van het OPA verbinden Nefarma en de Bond van Groothandelaren zich ertoe, de prijzen van nieuw te introduceren geneesmiddelen vast te stellen op een niveau dat overeenkomt met het gemiddelde van de in een aantal andere Lid-Staten toegepaste prijzen.

- 13 De door de partijen bij het akkoord aan de overheid voorgestelde wijzigingen in de nationale regeling betreffen in de eerste plaats een verruiming van de kortingen die een apotheekhoudende kan krijgen, zonder dat zij in aanmerking worden genomen voor de vergoeding door de ziekenfondsen, van 2 tot 4% (punt 10). In de tweede plaats wordt de overheid verzocht, de hierboven beschreven stimuleringspremie die de apotheekhoudende ontvangt voor het verstrekken van goedkopere geneesmiddelen, terug te brengen van 33,3% tot 15% (punt 11).
- 14 In bijlage 2 bij het OPA zijn ramingen van de partijen bij het OPA opgenomen over de ontwikkeling van de markt na de invoering van een premie van 15%. De omzet van de verkopen van farmaceutische spécialités zou vanaf 1988 tot 1990 dalen van 1 750 tot 1 700 miljoen HFL, die van farmaceutische preparaten zou toenemen van 250 tot 360 miljoen HFL en die van parallel geïmporteerde geneesmiddelen van 135 tot 200 miljoen HFL.

3. *Het verloop van de administratieve procedure*

- 15 Bij brief van 6 september 1988 heeft de voorzitter van Nefarma het OPA voorgelegd aan de staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en aan de staatssecretaris van Economische Zaken. Aan het eind van de maand november 1988 verklaarde de Nederlandse overheid zich bereid het OPA een kans te geven. Er werd verwacht dat de bij het OPA overeengekomen prijsverlagingen op 1 januari 1989 in werking zouden treden.
- 16 Vervolgens zijn bij de Commissie twee parallelle procedures betreffende het OPA ingeleid. Op 2 december 1988 legde Prodifarma, verzoekster in onderhavige zaak, bij de Commissie een klacht neer, waarin zij haar, refererend aan artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204; hierna: verordening nr. 17) verzocht, vast te stellen dat het OPA in strijd is met artikel 85 EEG-Verdrag. Zij verzocht de Commissie de tenuitvoerlegging van het OPA hangende het onderzoek te verbieden en in geval van aanmelding van dit akkoord tot toepassing van het bepaalde in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 over te gaan. Verder werd het OPA op 9 december 1988 door Nefarma, verzoekster in zaak T-113/89, namens alle partijen bij het OPA bij de Commissie aangemeld. Deze aanmelding werd bij de Commissie ingeschreven onder nr. IV/33.017. Nefarma verzocht om een negatieve verklaring in de zin van

artikel 2 van verordening nr. 17 en subsidiair om een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag.

- 17 In een brief van 14 december 1988, ondertekend door de heer Rocca, directeur bij het Directoraat-generaal Concurrentie, deelde de Commissie de partijen bij het OPA mee, dat naar het voorlopig oordeel van haar diensten het OPA in strijd was met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag op grond van de prijsovereenkomst die het bevatte, en dat de partijen bij het OPA geen enkel argument hadden aangedragen dat een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, zou kunnen rechtvaardigen. De Commissie voegde daaraan toe, dat de mogelijkheid werd onderzocht om een procedure op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 in te leiden. Een afschrift van deze brief werd aan Prodifarma gestuurd.
- 18 Mede op basis van die brief spande Prodifarma voor de nationale rechter een kortgedingprocedure aan tegen Nefarma en VNZ. Zij vorderde opschorting van de invoering van het OPA totdat de Commissie de gelegenheid zou hebben gehad, zich over het OPA uit te spreken. Deze vordering werd evenwel afgewezen.
- 19 Na deze eerste negatieve reactie van de Commissie hebben verschillende partijen bij het OPA, alsmede de Nederlandse regering, in de persoon van de twee betrokken staatssecretarissen, diverse malen contact opgenomen met de diensten van de Commissie en met het lid van de Commissie, belast met de mededinging, ten einde hun nadere inlichtingen omtrent het OPA te verstrekken en om het OPA te bepleiten.
- 20 Inmiddels werd de procedure voortgezet, waarmee werd beoogd de nationale regeling, inzonderheid de richtlijnen van het COTG, aan te passen aan de inhoud van het OPA. Op 23 december 1988 deelde de Nederlandse regering de partijen bij het OPA en Prodifarma c. s. evenwel mee, dat de Nederlandse overheid de wijzigingen van de richtlijnen, die noodzakelijk waren voor de implementatie van het OPA, niet zou goedkeuren voordat zij met inachtneming van het „definitieve standpunt van de Commissie” kon beoordelen, of een dergelijke goedkeuring al dan niet in strijd zou zijn met het Verdrag. Inderdaad hebben de bevoegde staatssecretarissen, toen het COTG op 29 december 1988 had besloten zijn richtlijnen te wijzigen, hun goedkeuring aan deze wijziging onthouden. Anders dan de partijen bij het OPA en de Nederlandse regering aanvankelijk hadden voorzien, is het OPA dus niet op 1 januari 1989 in werking kunnen treden.

- 21 De pogingen van de partijen bij het OPA en van de Nederlandse regering om de Commissie te overtuigen van de verdiensten van dit akkoord, zijn begin 1989 voortgezet. Zo hadden de staatssecretaris van Economische Zaken en zijn ambtgenoot van het Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur op hun verzoek op 7 februari 1989 een onderhoud met Sir Leon Brittan, het nieuwe lid, belast met de mededinging. Hierop volgde op 9 februari een brief van de staatssecretaris van Economische Zaken, de heer Evenhuis, aan Sir Leon Brittan, waarin eerstgenoemde nadere toelichtingen gaf om de verlaging van de stimuleringspremie van 33,3% tot 15% te rechtvaardigen.
- 22 In antwoord hierop stuurde Sir Leon Brittan de beide staatssecretarissen de brief van 6 maart 1989, waartegen verzoeksters in de onderhavige zaak, alsmede de verzoeksters in de zaken T-113/89 en T-114/89 opkomen. In deze brief, waarvan het ontwerp reeds enige dagen tevoren per telefax aan de Nederlandse overheid was toegezonden, verklaarde het lid van de Commissie, dat hij „als voormalig minister van Financiën” het belang van de doelstelling van de Nederlandse regering, de beheersing van de kosten van de geneesmiddelenvoorziening in Nederland, onderschreef. Hij stelde evenwel vast, dat de anti-concurrentiële werking van de bepalingen van het OPA betreffende de verlaging van de stimuleringspremie en de uitbreiding van de toegestane kortingsmarge moest worden afgezwakt, voordat in positieve zin kon worden beslist.
- 23 Volgens hem moest het OPA aan twee voorwaarden voldoen alvorens de Commissie ter zake in positieve zin kon beslissen:
- in de eerste plaats moest de stimuleringspremie voor de aflevering van goedkopere geneesmiddelen worden verlaagd tot 20% in plaats van 15% van het prijsverschil ten opzichte van de duurere farmaceutische spécialités;
 - in de tweede plaats moest de werking van de verlaging van de stimuleringspremie gedurende een jaar worden beproefd met behulp van een daartoe ingevoerd controlestelsel.
- 24 De brief bezigde onder meer de volgende bewoordingen:

„In dit verband stel ik u voor om de verlaging van de stimulans van 33% te beperken tot 20% in plaats van de in het OPA voorziene 15% en om de werking van de premie van 20% in de praktijk gedurende een jaar te beproeven.”

25 Met betrekking tot het controlestelsel merkte Sir Leon Brittan op dat de Nederlandse en de communautaire overheid zouden kunnen samenwerken, in het bijzonder door een uitwisseling van statistische gegevens betreffende de geneesmiddelenmarkt, om een dergelijk stelsel nader uit te werken. Het lid van de Commissie vervolgde:

„Het spreekt vanzelf dat mijn conclusies ten aanzien van het OPA de procedurele rechten van de partijen, die het OPA hebben aangemeld, en van Prodifarma, die een klacht tegen dit akkoord heeft ingediend, niet aantasten.”

26 Op 16 maart 1989 werd per telefax een afschrift van de brief verzonden aan Prodifarma. Nefarma en VNZ, verzoeksters in de zaken T-113/89 en T-114/89, ontvingen eveneens een afschrift.

27 Op 17 maart 1989 verklaarde de meerderheid van de leden van Nefarma zich bereid te aanvaarden dat de stimuleringspremie werd vastgesteld op 20%. De andere partijen bij het OPA verklaarden zich eveneens bereid het toe te passen onder de in de bestreden brief vermelde voorwaarden. Het COTG paste zijn richtlijnen dienovereenkomstig aan en, nadat Prodifarma tevergeefs had geprobeerd zulks door middel van een kort-gedingprocedure tegen de Nederlandse staat te verhinderen, hebben de beide staatssecretarissen deze nieuwe richtlijnen goedgekeurd. De in het OPA gedane voorstellen werden dus per 1 april 1989 ingevoerd.

28 Op 28 april 1989 stuurde directeur Rocca Prodifarma een brief, waarin hij haar om haar medewerking verzocht, door bepaalde gegevens te verstrekken voor de controle die de Commissie op de werking van het OPA wilde uitoefenen. In deze brief werd verklaard:

„Het spreekt eveneens vanzelf, dat de Commissie overeenkomstig artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 van 1962 deze gegevens alleen voor het toezicht op het OPA zal gebruiken in het kader van wat in zaak IV/33.017 overeengekomen is en dat de Commissie de algemene geheimhoudingsregels eerbiedigt.”

De procedure

- 29 Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Hof van Justitie op 19 mei 1989, hebben verzoeksters tegen de Commissie onderhavig beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld, die huns inziens is vervat in de brief van Sir Leon Brittan van 6 maart 1989.
- 30 Verzoeksters zijn van mening dat ten aanzien van deze brief in strijd is gehandeld met het recht, als nader bepaald in de vier beroepsgronden van artikel 173 EEG-Verdrag. In de eerste plaats was de Commissie niet bevoegd in een zaak als deze op te treden op de wijze als zij heeft gedaan, aangezien zij ingevolge artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag en de artikelen 2 en 6 van verordening nr. 17 enkel bevoegd is om ontheffing te verlenen of een negatieve verklaring af te geven. Ook heeft de Commissie nagelaten haar positief besluit inzake het OPA een deugdelijke motivering te geven. Verder heeft de Commissie in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag gehandeld, aangezien de bepalingen van het OPA die een prijsafsprake bevatten en de bepalingen waarbij de toegestane kortingsmarge werd verbreed, hoewel zij door de Commissie als strijdig met de verdragsregels waren erkend, niet zijn gewijzigd, terwijl bovendien de uiteindelijke aanpassing van de stimuleringspremie geen enkele substantiële wijziging heeft gebracht in het concurrentiebeperkende effect van het OPA. Ten slotte heeft de Commissie zich volgens verzoeksters schuldig gemaakt aan misbruik van bevoegdheid.
- 31 Bij op 30 juni 1989 neergelegde memorie heeft de Commissie krachtens artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.
- 32 Bij op 20 oktober 1989 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft het Koninkrijk der Nederlanden verzocht om toelating tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.
- 33 Bij beschikking van 15 november 1989 heeft het Hof krachtens artikel 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg verwezen.

- 34 Bij beschikking van 7 december 1989 heeft het Gerecht (Eerste Kamer) het Koninkrijk der Nederlanden toegelaten tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. In een op 19 januari 1990 neergelegde memorie heeft interveniënt te kennen gegeven dat hij zich ter zake van de ontvankelijkheidsvraag wenst te onthouden van het innemen van een standpunt, evenwel onder het voorbehoud om in een latere fase van de procedure opmerkingen ten gronde te kunnen maken.
- 35 Op rapport van de rechter-rapporteur, heeft het Gerecht (Eerste Kamer) besloten het verzoek van de Commissie in te willigen om op de exceptie van niet-ontvankelijkheid uitspraak te doen zonder daarbij op de zaak ten principale in te gaan. Ter terechtzitting van 20 juni 1990 zijn verzoeksters en de Commissie in hun pleidooien gehoord en hebben zij vragen van het Gerecht beantwoord.
- 36 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:
- nietig te verklaren de beschikking van de Commissie, neergelegd in de brief d. d. 6 maart 1989, gericht aan de staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, D. J. D. Dees, en de staatssecretaris van Economische Zaken, A. J. Evenhuis;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.
- 37 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:
- het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;
 - verzoeksters te verwijzen in de kosten.
- 38 Met betrekking tot de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid concluderen verzoeksters dat het het Gerecht behage:
- de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

- 39 Intervenient verklaart zich ter zake van de ontvankelijkheid van het door verzoekers ingestelde beroep te refereren aan het oordeel van het Gerecht.
- 40 Aan het einde van de terechtzitting heeft de president de mondelinge behandeling inzake de exceptie van niet-ontvankelijkheid gesloten verklaard.

De ontvankelijkheid van de vordering tot nietigverklaring

- 41 Tot staving van de door haar opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid stelt de Commissie primair, dat een handeling van een gemeenschapsinstelling slechts krachtens artikel 173 EEG-Verdrag in rechte kan worden aangevochten, indien zij bindende rechtsgevolgen in het leven roept.
- 42 Volgens de Commissie heeft de brief van Sir Leon Brittan uitsluitend feitelijke en niet juridische gevolgen gehad. Deze brief bindt niet de Nederlandse regering, tot wie zij was gericht, noch derden, zoals verzoeksters, of zelfs de Commissie zelf. Bij lezing van de betrokken brief blijkt onmiddellijk, dat het hier gaat om een meningsuiting zonder bindende gevolgen en dus niet om een „handeling” in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag.
- 43 Tot staving van haar stelling wijst de Commissie om te beginnen met nadruk op bepaalde termen van de brief die, voor zover daarin uitdrukkelijk de mogelijkheid van een latere beslissing van de Commissie wordt opengelaten waarop op generlei wijze wordt vooruit gelopen, het voorlopige karakter ervan aantonen. Deze brief bevatte slechts voorstellen en betekende niet het einde van de zaak, noch had hij het door de diensten van de Commissie verrichte onderzoek beëindigd, dat integendeel pas goed op gang was gekomen met de invoering van het „monitoring-systeem”. De bestreden brief vormde dus niet een afwijzing van de door Prodi-farma ingediende klacht.

- 44 Ter terechtzitting voegde verweerster daaraan toe, dat indien zij in een later stadium een beslissing ten gronde in deze zaak zou nemen, deze beslissing terugwerkende kracht zou hebben en in de plaats zou komen van de bestreden brief. Pas wanneer er een dergelijke eindbeslissing was genomen, zouden verzoeksters een beroep op de noodzaak van rechtsbescherming kunnen doen.
- 45 De Commissie stelt eveneens dat de brief niet kan worden beschouwd als een beschikking waarbij een verzoek om voorlopige maatregelen wordt verworpen, in de zin van de beschikking van het Hof van 17 januari 1980 (zaak 792/79 R, Camera Care/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 119). Ook laat hij de procedurele rechten van verzoeksters onverlet: mocht het onderzoek uitwijzen dat de klacht ongegrond is, kunnen zij de Commissie om een brief verzoeken, als bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 17 van de Raad en in verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbende en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, nr. 127, blz. 2268; hierna: verordening nr. 99/63).
- 46 Volgens de Commissie zijn de bindende rechtsgevolgen voor verzoeksters niet in het leven geroepen door de brief, maar door het besluit van de Nederlandse regering — die hierbij op eigen gezag en verantwoordelijkheid handelde — om het OPA te implementeren met inachtneming van de in de bestreden brief voorgestelde wijzigingen. Ter terechtzitting heeft zij beklemtoond, dat het nationale recht Prodifarma rechtsbescherming biedt en dat deze verzoekster daarvan ook gebruik heeft gemaakt. Tot twee maal toe heeft zij namelijk vorderingen in kort geding ingesteld die waren gebaseerd op de beweerde onwettigheid van het OPA. Het feit dat deze beide vorderingen door de nationale rechter zijn verworpen, betekent volgens de Commissie niet, dat nu voor deze verzoekster bij dit Gerecht beroep open zou staan. De Commissie erkent dat de Nederlandse regering haar besluit om de voorwaarden te creëren welke noodzakelijk waren om het OPA te implementeren, afhankelijk heeft gemaakt van het „groene licht” van de Commissie. Zij beklemtoont evenwel, dat zij zelf ter zake geen enkele beslissing heeft genomen.
- 47 Ook betoogt de Commissie dat het beroep niet gericht is tegen een collegiaal genomen besluit van de Commissie, dat de daarvoor gebruikelijke interne procedure heeft doorlopen, maar tegen een brief waarin één lid van de Commissie, nadat de regering van de betrokken Lid-Staat daarop bij hem had aangedrongen, zijn persoonlijke visie geeft op een dossier dat zich nog in een vroeg stadium van onderzoek bevindt.

- 48 De Commissie voegt daaraan toe, dat derden, aan wie de brief van Sir Leon Brittan niet was gericht, door die brief dus op generlei wijze konden worden geraakt. Derden kunnen volgens haar eerst rechtstreeks en individueel worden geraakt, in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag, indien er een primair geadresseerde is ten aanzien van wie de bestreden handeling rechtsgevolgen produceert, hetgeen bij de betrokken brief niet het geval is ten aanzien van de Nederlandse regering.
- 49 Ter terechtzitting heeft de Commissie ten slotte de vrees uitgesproken dat een verdere versoepeling van de ontvankelijkheidsvereisten aanleiding zou geven tot een golf van beroepen tegen allerhande brieven die door haar diensten aan ondernemingen zouden worden gestuurd in de loop van hen betreffende onderzoeken, zodat zij in de toekomst niet meer zou kunnen ingaan op de talrijke tot haar gerichte verzoeken om een informele stellingname van haar diensten.
- 50 Verzoeksters stellen dat de door hen bestreden brief een beschikking is die, hoewel gericht tot de beide ter zake bevoegde staatssecretarissen, hun rechtspositie aanzienlijk heeft gewijzigd.
- 51 De eerste reactie van de diensten van de Commissie van 14 december 1988 op het OPA vormde huns inziens een effectieve barrière tegen de inwerkingtreding van deze overeenkomst. Door aan te kondigen dat een ontheffing ex artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag zou worden verleend, mits voldaan werd aan de gesuggereerde wijzigingen, had de brief van Sir Leon Brittan tot onmiddellijk gevolg, dat het OPA ten uitvoer werd gelegd. Mitsdien gaat het om een beschikking die de rechtspositie van de bij het OPA betrokkenen, waaronder Prodifarma c. s., objectief en rechtstreeks heeft gewijzigd.
- 52 Verzoeksters erkennen dat de in de brief gebezigde taal de indruk zou kunnen wekken dat daarin slechts een voornemen van de Commissie werd kenbaar gemaakt. Zij beroepen zich evenwel op de rechtspraak van het Hof, volgens welke niet op de vorm maar op de inhoud van een handeling moet worden gelet om vast te stellen of zij voor beroep vatbaar is (arresten van 31 maart 1971, zaak 22/70, „AETR”, Commissie/Raad, Jurispr. 1971, blz. 263, en van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM/Commissie, Jurispr. 1981, blz. 2639). Volgens hen wist de

Commissie dat de brief van 6 maart 1989 in de omstandigheden waarin hij is verstuurd, door alle betrokkenen zou worden opgevat als een beschikking waarin bindend de voorwaarden werden vastgesteld, waaronder het OPA kon worden geïmplementeerd. Mitsdien was het huns inziens de bedoeling van de Commissie, de voordien bestaande rechtssituatie te wijzigen en de blokkade van het OPA, die was opgeworpen met haar brief van 14 december 1988, weg te nemen. Door in haar brief van 28 april 1989 te verwijzen naar het „kader van wat in zaak IV/33.017 is overeengekomen”, gaat de Commissie er zelf van uit, dat met de brief van 6 maart 1989 een juridisch nieuwe situatie werd gecreëerd voor de in die brief aangegeven periode.

- 53 Het door de Commissie aan het voorlopige karakter van de bestreden brief ontleende argument gaat naar de mening van verzoeksters aan de kern van de zaak voorbij. Een administratie of autoriteit kan op elk moment besluiten nemen of handelingen verrichten met bindende rechtsgevolgen. Het standpunt dat uitsluitend beroep openstaat tegen handelingen die een procedure afronden, is in strijd met het stelsel van rechtsbescherming, waaraan in artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag is vorm gegeven. Tot staving van deze stelling beroepen zij zich op de arresten van het Hof van 11 november 1981 (zaak 60/81, IBM/Commissie, reeds genoemd) en van 15 maart 1967 (gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries/Commissie, Jurispr. 1967, blz. 93). In antwoord op het argument van de Commissie dat er in casu geen sprake is van een afwijzing van een verzoek om voorlopige maatregelen, stelden verzoeksters ter terechtzitting dat in de door verzoekster Prodifarma bij verweerster ingediende klacht wel degelijk om voorlopige maatregelen werd gevraagd.
- 54 Verzoeksters achten het argument dat zij de Commissie nog altijd om de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling kunnen vragen, indien het onderzoek uitwijst dat hun klacht ongegrond is, irrelevant voor de vraag of de brief rechtsgevolgen heeft teweeggebracht.
- 55 Het is volgens hen in strijd met de feiten om, zoals de Commissie heeft gedaan, te stellen dat enkel het besluit van de Nederlandse regering, die op eigen gezag en verantwoordelijkheid handelend het „groene licht” heeft gegeven voor het OPA, bindende rechtsgevolgen heeft teweeggebracht. De Nederlandse regering had de Commissie gevraagd, het OPA een kans te geven, en na de brief van 14 december 1988, kon op nationaal niveau eerst aan tenuitvoerlegging van het OPA worden gedacht, indien de Commissie op haar standpunt zou terugkomen.

- 56 Ter terechtzitting hebben verzoeksters zich beroepen op de arresten van 23 november 1971 (zaak 62/70, Bock/Commissie, Jurispr. 1971, blz. 897) en van 17 januari 1985 (zaak 11/82, Piraiki-Patraiki/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 207), waarin het Hof in omstandigheden die volgens verzoeksters vergelijkbaar waren met de onderhavige casusposities, beroepen van particulieren tegen tot de Lid-Staten gerichte beschikkingen ontvankelijk heeft verklaard.
- 57 Verder stellen zij dat de toezending van het nog niet ondertekende ontwerp van de brief aan de Nederlandse overheid bevestigt dat dit een antwoord was op de specifieke door de Nederlandse regering nauwkeurig aangegeven behoefte, en dat het gelet op deze omstandigheid onmogelijk is deze brief te zien als een nota die slechts beleidssuggesties bevat.
- 58 Tegen het argument van de Commissie dat de bestreden brief slechts de persoonlijke visie van een lid van de Commissie zou geven, brengen verzoeksters in dat de brief is geschreven door de vice-president van de Commissie, die persoonlijk is belast met de mededinging. Uit het feit dat de Commissie in vorengenoemde brief van 28 april 1989 refereert aan de bestreden brief en melding maakt van de acties die „de Commissie” in de toekomst wil ondernemen, blijkt bovendien dat de Commissie zelf deze brief niet uitsluitend als een uitdrukking van een persoonlijke visie kwalificeert.
- 59 Tot staving van hun stelling dat de beschikking, vervat in de brief van 6 maart 1989, hen rechtstreeks en individueel raakt, beroepen verzoeksters zich op de arresten van het Hof van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro/Commissie, Jurispr. 1977, blz. 1875) en van 11 oktober 1983 (zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt/Commissie, Jurispr. 1983, blz. 3045). Ter terechtzitting betoogden zij, dat particulieren moeten worden geacht rechtstreeks te worden geraakt door een tot een Lid-Staat gerichte beschikking die een nadere nationale uitvoeringsmaatregel behoeft, zodra met zekerheid of grote waarschijnlijkheid is te voorzien, dat en hoe de uitvoeringsmaatregel hen zal raken. In casu was te voorzien, welke gevolgen de brief voor hen had.
- 60 Ten slotte hebben verzoeksters ter terechtzitting aangevoerd dat wanneer hun beroep niet-ontvankelijk zou worden verklaard, zulks in strijd zou komen met geest en strekking van de rechtsbescherming onder artikel 173 EEG-Verdrag. Volgens

hen mag het niet zo zijn dat de Commissie in het kader van een informeel mededingingsbeleid over een vrijheid zou beschikken die tekort zou doen aan de rechterlijke controle die in het EEG-Verdrag is voorzien. Artikel 173 beoogt niet enkel individuele belangen te beschermen, doch ook — nog belangrijker — de legaliteit van het handelen van de gemeenschapsinstellingen te controleren; in dit stelsel zou een bres worden geslagen, indien de bestreden brief niet als een beschikking zou worden aangemerkt.

- 61 In antwoord op vragen van het Gerecht hebben verzoeksters verklaard, dat artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag, volgens hetwelk de krachtens artikel 85, lid 1, verboden overeenkomsten van rechtswege nietig zijn, niet eraan in de weg staat dat deze brief als beschikking wordt gekwalificeerd. De ontvankelijkheid van een beroep dat is ingesteld om de wettigheid van een handeling van een gemeenschapsinstelling te laten toetsen, kan niet ervan afhankelijk worden gemaakt of het nationale recht een eventuele „redresse”-mogelijkheid kent waarmee de nietigheid van de in deze handeling bedoelde overeenkomst kan worden vastgesteld.
- 62 Met een beroep op overwegingen van proceseconomie verdedigen verzoeksters het standpunt dat de betrokken brief een handeling is die het voorwerp kan uitmaken van een beroep van de zijde van het Koninkrijk der Nederlanden. Met betrekking tot de rechtsgrondslag van een dergelijke beschikking merkten zij op, dat de blokkade van de implementatie van het OPA een gevolg was van de uitlegging die het Hof aan de artikelen 85 en 5 EEG-Verdrag had gegeven in zijn arrest van 1 oktober 1987 (zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801). Zij leiden daaruit af dat de beslissing om deze belemmering uit de weg te ruimen, eveneens op deze bepalingen was gebaseerd.

Het rechtskarakter van de bestreden brieven

- 63 Gelet op deze gegevens, feitelijk en rechtens, dient te worden onderzocht of de brieven waartegen onderhavig beroep is gericht, handelingen zijn die vatbaar zijn voor een beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag. Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient daartoe te worden onderzocht, of zij bindende rechtsgevolgen in het leven hebben geroepen (zie laatstelijk de beschikking van 17 mei 1989, zaak 151/88, Italië/Commissie, Jurispr. 1989, blz. 1255, 1261).

1. *De gevolgen van de brief van Sir Leon Brittan ten aanzien van de voordien bestaande rechtssituatie*

- 64 Het Gerecht is van mening, dat in de eerste plaats dient te worden bepaald, of de brief die Sir Leon Brittan op 6 maart 1989 aan de beide Nederlandse staatssecretarissen heeft gestuurd, de voordien bestaande rechtssituatie heeft gewijzigd, inzonderheid door de blokkade van de implementatie van het OPA door de Nederlandse overheid uit de weg te ruimen, die volgens verzoekster was ontstaan door de brief van directeur Rocca van 14 december 1988.
- 65 Daartoe dient om te beginnen de ten tijde van het versturen van de betrokken brief bestaande rechtssituatie te worden onderzocht met inachtneming van de door verzoeksters verdedigde stelling, dat het OPA indruiste tegen de bepalingen van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. In die optiek was het OPA overeenkomstig artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag van rechtswege nietig en kon deze nietigheid door een ieder die zich door dit akkoord gelaedeerd achtte, voor de nationale rechter worden ingeroepen. Het feit dat het bij de Commissie was aangemeld, was ten deze irrelevant, aangezien de uit artikel 85, lid 2, voortvloeiende nietigheid enkel door een ontheffingsbeschikking ex artikel 85, lid 3, met werking erga omnes kan worden opgeheven. Zolang ter zake van een dergelijk akkoord door de Commissie nog geen verbodsbeschikking krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 is gegeven, staat het partijen daarentegen vrij dit te implementeren. Indien zij het akkoord bij de Commissie hebben aangemeld, beschermt artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17 hen zelfs tegen de in artikel 15, lid 2, van deze verordening voorziene geldboetes in geval van inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, tenzij de Commissie hun dit voordeel overeenkomstig artikel 15, lid 6, van deze verordening heeft ontnomen. Partijen lopen evenwel het risico dat hun in het kader van een voor de nationale rechter ingestelde actie de nietigheid van hun mededingingsregeling wordt tegengeworpen.
- 66 Deze rechtssituatie werd, wat het gemeenschapsrecht betreft, niet gewijzigd door de brief van directeur Rocca van 14 december 1988 aan partijen bij het OPA. Daarin werd slechts een eerste beoordeling van het OPA door de diensten van de Commissie weergegeven en werd aan de betrokken partijen te kennen gegeven, dat de mogelijkheid om het voordeel van artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17 te hunnen aanzien in te trekken, in onderzoek was. Naar aanleiding van deze brief is evenwel, wat het Nederlands recht betreft, een hinderpaal voor de implementatie van het OPA ontstaan, aangezien de regering van het Koninkrijk der Nederlanden niet bereid was de bestuursrechtelijke maatregelen vast te stellen waarvan de partijen bij het OPA de implementatie van het akkoord afhankelijk hadden gesteld, zolang de Commissie een negatief standpunt ten aanzien van dit akkoord bleef innemen.

- 67 Vervolgens dient te worden onderzocht of de rechtssituatie, zoals hiervoor beschreven, door de bestreden brief kon worden gewijzigd.
- 68 Wat in de eerste plaats de beweerde nietigheid van het OPA op grond van de bepalingen van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag aangaat, zij opgemerkt dat de brief van Sir Leon Brittan niet kan worden beschouwd als een beschikking waarbij een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, wordt verleend. Hij vormt slechts het aanvangspunt van het onderzoek van het OPA om te kunnen bepalen of een dergelijke ontheffing kan worden verleend. Bijgevolg kan daardoor niet de nietigheid van het akkoord worden opgeheven, die van rechtswege voortvloeit uit de door verzoeksters gestelde schending van artikel 85, lid 1.
- 69 Vervolgens dient te worden nagegaan, of de betrokken brief gevolgen heeft te weeggebracht, die gelijkwaardig zijn aan die van een beschikking die, zonder dezelfde rechtsgevolgen in het leven te roepen als een ontheffingsbeschikking in de zin van artikel 85, lid 3, de voordien bestaande rechtssituatie evenwel zou hebben gewijzigd door de procedurele rechten van partijen bij het OPA en derden die een klacht hebben ingediend, aan te tasten.
- 70 Een dergelijke beschikking kan worden gegeven in de vorm van een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17, door middel waarvan de Commissie haar standpunt met betrekking tot een mededingingsregeling vastlegt. Na een dergelijke beschikking zijn partijen beschermd tegen maatregelen die de Commissie tegen hun mededingingsregeling zou kunnen nemen, terwijl de klagers niet meer een heropening van het dossier kunnen verlangen, behalve wanneer de omstandigheden zich wijzigen of zij nieuwe gegevens aanvoeren. De gevolgen van een negatieve verklaring jegens derden die een klacht hebben ingediend, zijn dus vergelijkbaar met die van een beschikking waarbij hun klacht wordt afgewezen (zie het arrest van het Hof van 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds/Commissie, Jurispr. 1987, blz. 4487, 4571). Dergelijke gevolgen kunnen zich evenwel eerst voordoen na een definitieve beoordeling van het betrokken akkoord, die in casu niet heeft plaatsgevonden.
- 71 Bovendien heeft de betrokken brief verzoeksters' recht onverlet gelaten om een brief als bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 99/83 te vragen. Uit het in deze brief gemaakte, uitdrukkelijke voorbehoud met betrekking tot de procedurele rechten van partijen, blijkt dat Sir Leon Brittan deze integraal wilde beschermen. Bijgevolg is de voordien bestaande rechtssituatie op procedureel vlak door deze brief evenmin gewijzigd.

72 Bovendien heeft de Commissie de bevoegdheid om, alvorens zij zich definitief uitspreekt over een bij haar aangemelde overeenkomst of over een bij haar ingediende klacht, voorlopige maatregelen te nemen, ten einde het hoofd te bieden aan een situatie die ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen aan de klager of die voor het algemeen belang onduelbaar zijn (zie vorengenoemde beschikking van het Hof van 17 januari 1980, zaak 792/79 R, Camera Care/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 119, 130 e. v.). Uit de bestreden brief blijkt evenwel van geen enkel voornemen om de bestaande rechtssituatie tijdelijk te wijzigen door middel van dergelijke maatregelen. Uit geen enkel onderdeel van deze brief kan worden opgemaakt dat de auteur ervan zich op het standpunt stelde dat de juridische consequenties van de bepalingen van artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag en van verordening nr. 17 in casu tot een onduelbare situatie hadden geleid. De brief wil niet artikel 85, lid 2, tijdelijk buiten toepassing verklaren noch de implementatie van het akkoord voorshands verbieden of afhankelijk maken van beperkingen. Weliswaar heeft de auteur ervan de mogelijkheid van een beslissing in positieve zin met betrekking tot het OPA afhankelijk gesteld van een wijziging van de in het akkoord voorziene regeling betreffende de stimuleringspremie en van de invoering van een „monitoring-systeem”, doch ter zake dient, zoals het Gerecht in zijn arresten van heden in de zaken T-113/89 en T-114/89 heeft gedaan, te worden vastgesteld dat dit geen bindende maatregelen waren, aangezien de bestreden brief de partijen bij het OPA volledig vrijliet om deze te aanvaarden of te verwerpen.

73 Ter terechtzitting hebben verzoeksters gesteld dat de klacht die Prodifarma op 2 december 1988 bij de Commissie had ingediend, wel een verzoek om voorlopige maatregelen inhield. In de bestreden brief wordt evenwel niet naar deze klacht verwezen. Deze omstandigheid bevestigt het oordeel van het Gerecht, dat bij de brief geen voorlopige maatregelen zijn ingevoerd, in de zin van de beschikking van het Hof van 17 januari 1980 (Camera Care, 792/79 R, reeds aangehaald).

2. De gevolgen van de brief van Sir Leon Brittan ten aanzien van het Koninkrijk der Nederlanden

74 Naar aanleiding van de brief van Sir Leon Brittan heeft de Nederlandse regering haar nationale regeling evenwel gewijzigd ten einde de hinderpaal die de implementatie van het OPA in nationaal recht belemmerde, op te heffen. Bijgevolg dient te worden onderzocht of de Nederlandse regering toestemming heeft gegeven voor de implementatie van het OPA na een beschikking van de Commissie, waarbij zij hiertoe werd gemachtigd, dan wel na een advies.

- 75 Voor de beoordeling of het standpunt van het lid van de Commissie ten aanzien van de Nederlandse regering het karakter van een beschikking had, dient in de eerste plaats te worden onderzocht, of de bestreden handeling op een rechtsgrondslag berust die de Commissie machtigt een voor een Lid-Staat bindende beschikking te geven. Immers, volgens de rechtspraak van het Hof zijn de opvattingen die de Commissie aan de autoriteiten van een Lid-Staat kenbaar maakt op gebieden waar zij niet bevoegd is om bindende beschikkingen vast te stellen, loutere adviezen die geen rechtsgevolgen hebben (bij voorbeeld arresten van 4 februari 1959, zaak 17/57, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit, Jurispr. 1959, blz. 9, 26; en van 27 maart 1980, zaak 133/79, Sucrimex/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 1299, 1310; vorengenoemde beschikking van 17 mei 1989, zaak 151/88, Italië/Commissie, blz. 1261).
- 76 Vooraf zij opgemerkt dat bij gebreke van een specifieke bepaling in het Verdrag of in normatieve handelingen van de instellingen een dergelijke bevoegdheid niet kan worden voorondersteld (beschikking van 30 september 1987, zaak 229/86, Brother Industries/Commissie, Jurispr. 1987, blz. 3757, 3762 e. v.).
- 77 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, is de Commissie evenwel noch in artikel 85 EEG-Verdrag, noch in de bepalingen van verordening nr. 17 de bevoegdheid verleend om beschikkingen vast te stellen die rechtsgevolgen in het leven roepen ten aanzien van de Lid-Staten. Weliswaar voorziet artikel 3, lid 1, van deze laatste verordening, dat de Commissie ondernemingen en ondernemingsverenigingen bij beschikking kan verplichten, een einde te maken aan hun ten laste gelegde inbreuken op het mededingingsrecht, doch deze bepaling verleent de Commissie niet de bevoegdheid om een Lid-Staat te verplichten bepaalde maatregelen in zijn nationale recht te implementeren, zoals bij voorbeeld het wijzigen van de nationale regeling betreffende de stimuleringspremie, waarvan sprake is in de bestreden brief. Evenzo kan de bevoegdheid van de Commissie om een negatieve verklaring af te geven op grond van artikel 2 van verordening nr. 17 en om een ontheffing te verlenen op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag slechts ten aanzien van de betrokken ondernemingen worden uitgeoefend en kan zij niet als grondslag dienen voor tot de Lid-Staten gerichte beschikkingen.
- 78 Met betrekking tot artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17, waarin wordt bepaald dat de Commissie „ter vervulling van de taken welke haar zijn opgedragen... alle noodzakelijke inlichtingen (kan) inwinnen bij de regeringen en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten...”, zij opgemerkt dat deze bepaling niet als rechts-

grondslag kan dienen voor een beschikking die het Koninkrijk der Nederlanden verplicht, het in de bestreden brief bedoelde „monitoring-systeem” in te voeren.

- 79 Een bevoegdheid van de Commissie tot vaststelling van beschikkingen die rechtsgevolgen in het leven roepen ten aanzien van de Lid-Staten, kan evenmin worden afgeleid uit de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke het Verdrag de Lid-Staten de verplichting oplegt, geen wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen te nemen of in stand te laten, die de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag hun nuttig effect kunnen ontnemen (zie bij voorbeeld het arrest van 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801, 3826). Deze verplichting vloeit voort uit artikel 5 EEG-Verdrag, dat dient te worden uitgelegd met inachtneming van de artikelen 3, sub f, en 85. Artikel 5 EEG-Verdrag verleent de Commissie evenwel niet de bevoegdheid om bindende beschikkingen tot de Lid-Staten te richten ten einde hun een gedrag in overeenstemming met het gemeenschapsrecht voor te schrijven (voren genoemde beschikking van 30 september 1987, zaak 229/86, Brother Industries). Daaruit volgt dat het evenmin als rechtsgrondslag kan dienen voor een beschikking waarbij een Lid-Staat toestemming voor een bepaalde gedragslijn wordt gegeven. De Lid-Staten dienen ervoor te zorgen dat hun gedrag in overeenstemming is met de krachtens de artikelen 3, sub f, 5 en 85 EEG-Verdrag op hen rustende verplichtingen, onverminderd de toetsing achteraf door het Hof in het kader van de procedures van de artikelen 169 en 177 EEG-Verdrag (zie voor de toepassing van deze laatste bepaling voren genoemd arrest van 1 oktober 1987). Daarentegen is een voorafgaande toetsing van nationale maatregelen aan het gemeenschapsrecht in de vorm van een door de Commissie verleende machtiging niet in overeenstemming met de verdeling van de bevoegdheden op dit gebied tussen de communautaire en de nationale autoriteiten, zoals voorzien in het Verdrag.
- 80 Weliswaar is de Commissie ingevolge artikel 89 bevoegd, ten aanzien van de Lid-Staten beschikkingen te geven om inbreuken op het mededingingsrecht vast te stellen en om hen te machtigen maatregelen te nemen om een einde te maken aan deze inbreuken, doch deze overgangsbepaling betreft slechts situaties waarin geen uitvoeringsbepalingen van de artikelen 85 en 86, zoals verordening nr. 17, zijn vastgesteld.
- 81 Daarentegen is de Commissie in artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag wel de bevoegdheid verleend om passende beschikkingen tot de Lid-Staten te richten ten einde ervoor te waken dat zij de regels van het Verdrag en vooral die van artikel 90, betreffende de onder de werkingssfeer van deze bepaling vallende bedrijven en ondernemingen, eerbiedigen. Uit de bestreden brief blijkt evenwel duidelijk dat hij niet op deze bepaling is gebaseerd.

- 82 Derhalve dient te worden vastgesteld, dat de betrokken brief niet berust op een rechtsgrondslag die de Commissie de bevoegdheid verleent om een beschikking te geven die de in het Koninkrijk der Nederlanden bestaande rechtssituatie zou kunnen wijzigen, ongeacht of dit geschiedt door het tot een bepaald gedrag te verplichten dan wel door een machtiging daartoe. Bijgevolg heeft hij ten aanzien van deze Lid-Staat geen bindende rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen.
- 83 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat de Nederlandse regering om dit standpunt had verzocht, waaraan zij zich wilde conformeren, en dat zij, zolang een positieve reactie ontbrak, ervan heeft afgezien de bestuursrechtelijke maatregelen vast te stellen, die noodzakelijk waren voor de implementatie van het OPA, en zij de opmerkingen heeft verwerkt in de uiteindelijk vastgestelde maatregelen. Noch het voornemen van de Nederlandse overheid om zich te conformeren aan het standpunt dat de Commissie met betrekking tot het OPA zou innemen, noch het feit dat zij de in de brief van Sir Leon Brittan vervatte voorstellen volledig heeft gevolgd, betekent dat deze brief de rechtssituatie van het Koninkrijk der Nederlanden ten opzichte van de Gemeenschap heeft gewijzigd.
- 84 Bijgevolg is het standpunt van Sir Leon Brittan niet te beschouwen als een beschikking op grond waarvan de Nederlandse regering moest weigeren, het „groene licht” te geven voor de oorspronkelijke versie van het OPA, maar als een handeling met vergelijkbare gevolgen als een advies dat de nationale autoriteiten hadden gevraagd om de verenigbaarheid van door hen overwogen maatregelen met het gemeenschapsrecht te toetsen ten einde te voldoen aan de krachtens de artikelen 3, sub f, 5 en 85 EEG-Verdrag op hen rustende verplichting.
- 85 Blijkens de briefwisseling tussen de Nederlandse regering en de Commissie is het optreden van deze regering hierdoor te verklaren, dat zij het risico wilde vermijden dat zij bij de implementatie van het OPA in strijd met het gemeenschapsrecht zou handelen. Daartoe heeft zij vrijwillig van implementatie van het OPA afgezien zolang de Commissie zich ten aanzien van dit akkoord negatief bleef opstellen, om vervolgens de nationale regeling aan te passen aan het in de brief van het lid van de Commissie beschreven standpunt. In het Verdrag, met name in de artikelen 155 en 189, eerste alinea, wordt overigens uitdrukkelijk een dergelijke vrijwillige samenwerking tussen de nationale autoriteiten en de gemeenschapsinstellingen voorzien, doordat daarin eveneens de aanbevelingen en adviezen als handelingen worden genoemd die de gemeenschapsinstellingen en inzonderheid de Commissie

kunnen vaststellen. Uit deze uitdrukkelijke bevoegdheid om handelingen vast te stellen, die geen bindende rechtsgevolgen hebben, blijkt, dat de vrijwillige naleving van de verdragsregels van niet-bindende handelingen van de instellingen een essentieel bestanddeel is bij de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag. Bijgevolg kan het feit dat de regering van een Lid-Staat tot de ontvangst van een positieve stellingname van de Commissie ervan heeft afgezien om een maatregel te nemen waarvan de verenigbaarheid met het Verdrag twijfelachtig was, aan deze stellingname niet het karakter van een machtiging verlenen.

86 Bovendien blijkt noch uit de bewoordingen noch uit de inhoud van de betrokken brief dat hij enig rechtsgevolg beoogde teweeg te brengen.

87 Zoals de Commissie heeft te kennen gegeven, is daarvoor een aanwijzing te vinden in het ontbreken van een collegiaal besluit van de Commissie. Anders dan in de gevallen waarin het Hof door ambtenaren van de Commissie ondertekende brieven als voor beroep vatbare handelingen heeft erkend (zie bij voorbeeld het arrest van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries/Commissie, Jurispr. 1967, blz. 93), komt de bestreden brief niet over als een mededeling van een beslissing van de instelling, noch als een brief die is geschreven in naam van de Commissie of op grond van een delegatie van bevoegdheden, waarvan het Hof de geldigheid heeft erkend in zijn arrest van 23 september 1986 (zaak 5/85, AKZO/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2585, 2614). Hij lijkt eerder door Sir Leon Brittan in eigen naam en in het kader van een gedachtenwisseling tussen politici te zijn geschreven.

88 Evenmin kunnen verzoeksters met een beroep op de door directeur Rocca op 28 april 1989 aan Prodifarma verstuurd brief stellen dat de Commissie zelf de betrokken brief als een beschikking beschouwde en niet als een politieke stellingname van een van haar leden. Door zijn verwijzing naar „wat in zaak IV/33.017 overeengekomen is” gebruikte hij namelijk terecht woorden die niet zijn te rijmen met de veronderstelling dat het om een bindende beschikking zou gaan.

89 Ten slotte is de taal waarmee Sir Leon Brittan de Nederlandse regering heeft kenbaar gemaakt, welke wijzigingen in het door het OPA voorziene stelsel hem wenselijk leken alvorens ten aanzien van dit akkoord een positieve beslissing kon worden overwogen, niet te rijmen met de stelling dat het om een machtiging zou gaan waaraan voorwaarden zijn verbonden. Zo gebruikt hij met betrekking tot de vaststelling van de stimuleringspremie op 20% slechts de woorden: „stel ik u voor”.

Eveneens duiden de met betrekking tot de invoering van een „monitoring-systeem” gebezigde woorden erop, dat het niet de bedoeling was een dergelijk stelsel voor te schrijven, maar dat de invoering ervan zou afhangen van de vrijwillige medewerking van de Nederlandse regering.

- 90 Om al deze redenen stelt het Gerecht vast, dat de bestreden brief ten aanzien van het Koninkrijk der Nederlanden geen bindende rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen.

3. *De rechtsbescherming van particulieren*

- 91 Verzoeksters betogen verder nog, dat vanwege de bijzondere omstandigheden van deze zaak noch de rechtsbescherming van particulieren noch de wettigheidscontrole van de handelingen van de gemeenschapsinstellingen voldoende is gewaarborgd indien de bestreden brief niet als een beschikking wordt beschouwd.

- 92 Ter zake zij opgemerkt dat verzoeksters met hun beroep op rechtsbescherming in wezen vragen dat het Gerecht vaststelt of het akkoord ten aanzien waarvan zij bij de Commissie een klacht hebben ingediend, in overeenstemming is met het communautaire mededingingsrecht, alsmede of het door Sir Leon Brittan in zijn brief van 6 maart 1989 ingenomen standpunt juist is. Een dergelijke vorm van rechtsbescherming is in artikel 173 EEG-Verdrag evenwel niet voorzien. Weliswaar mogen de verdragsbepalingen nopens het beroepsrecht van justitiabelen niet restrictief worden uitgelegd (zie het arrest van het Hof van 15 juli 1963, zaak 25/62, Plaumann/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 205, 230), doch het zou de grenzen van een uitlegging van het Verdrag te buiten gaan, indien een beroep zou worden aanvaard dat in deze bepaling niet bekend is.

- 93 Mitsdien stelt het Gerecht vast, dat de brief van Sir Leon Brittan, die op 6 maart 1989 aan de beide Nederlandse staatssecretarissen is gestuurd, niet als een voor beroep vatbare beschikking kan worden aangemerkt. Bijgevolg behoeft niet te worden onderzocht of de brief van Sir Leon Brittan aan de Nederlandse regering verzoeksters rechtstreeks en individueel raakt.

- 94 In dit verband dient nog te worden opgemerkt dat verzoeksters zich voor de ontvankelijkheid van dit beroep ten onrechte beroepen op de arresten van het Hof van 23 november 1971 (zaak 62/70, Bock, reeds aangehaald) en van 17 januari 1985 (Zaak 11/82, Piraiki-Patraiki, reeds aangehaald). In deze zaken heeft het Hof een uitspraak gedaan over de vraag of een particulier rechtstreeks kon worden geraakt door een tot een Lid-Staat gerichte beschikking van de Commissie, waarvoor door die Lid-Staat nog uitvoeringsmaatregelen moesten worden vastgesteld voordat zij praktische gevolgen had voor de justitiabele. Weliswaar vertonen de feiten die ten grondslag liggen aan onderhavig beroep een zekere gelijkenis met de casusposities ten aanzien waarvan het Hof in de beide vorengenoemde arresten uitspraak heeft gedaan, voor zover de Nederlandse regering haar beslissing om de noodzakelijke voorwaarden voor de implementatie van het OPA te creëren uitdrukkelijk afhankelijk had gesteld van een positieve reactie van de Commissie en het derhalve buiten kijf stond dat zij in overeenstemming met de door haar gevraagde stellingname wilde handelen. De beroepen die het Hof in deze zaken had ontvangen, waren echter ingesteld tegen beschikkingen die ten aanzien van de betrokken Lid-Staten rechtsgevolgen in het leven hadden geroepen, omdat zij werden gemachtigd om maatregelen te nemen die particulieren raakten en die zonder de bestreden beschikkingen in strijd met het gemeenschapsrecht zouden zijn geweest. In casu ontbreekt evenwel een dergelijke beschikking. Bijgevolg kan vorengenoemde rechtsspraak geen argument ten gunste van de ontvankelijkheid van dit beroep opleveren.
- 95 Op grond van al deze overwegingen dient onderhavig beroep niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De kosten

- 96 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat krachtens artikel 11, derde alinea, van vorengenoemd besluit van de Raad van 24 oktober 1988 van overeenkomstige toepassing is in de procedure voor het Gerecht, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Aangezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie hoofdelijk in de kosten te worden verwezen. Aangezien hij ter zake niet heeft geconcludeerd, zal interveniënt zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste Kamer),

rechtdoende:

- 1) **Verklaart het beroep niet-ontvankelijk.**
- 2) **Verwijst verzoeksters hoofdelijk in de kosten, met uitzondering van de kosten van interveniënt, die zijn eigen kosten zal dragen.**

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 december 1990.

De griffier

De president

H. Jung

J. L. Cruz Vilaça