

adoptar medidas de direito interno não altera a sua natureza jurídica. De facto, tratando-se da conduta a adoptar pelas autoridades nacionais em relação a um acordo entre empresas sujeito ao artigo 85.º do Tratado, a Comissão não detém quaisquer poderes, nem com base neste artigo, nem no Regulamento n.º 17, e ainda menos no artigo 5.º do Tratado, para dirigir decisões de carácter obrigatório aos Estados-membros.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Primeira Secção)
13 de Dezembro de 1990 *

No processo T-113/89,

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie «Nefarma»,
com sede social em Utrecht,

e

Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf, com sede em Amesterdão,

patrocinadas por B. H. Ter Kuile, advogado em Haia, e E. H. Pijnacker Hordijk, advogado em Amesterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo, no escritório de J. Loesch, advogado, 8, rue Zithe,

recorrentes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por B. J. Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Guido Berardis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

* Língua do processo: neerlandês.

apoiada pelo

Reino dos Países Baixos, representado por J. W. de Zwaan, consultor jurídico no Ministério dos Negócios Estrangeiros, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo na sede da Embaixada dos Países Baixos, 5, rue C. M. Spoo,

interveniente,

em que é pedida a anulação de uma decisão ou de várias decisões contidas, segundo as recorrentes, em diversas cartas de um membro da Comissão e de um director da Direcção-Geral da Concorrência,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção),

constituído pelos Srs. J. L. Cruz Vilaça, presidente, H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas e K. Lenaerts, juízes,

secretário: B. Pastor, administradora

visto o processo escrito e após a realização da audiência de 20 de Junho de 1990,

profere o presente

Acórdão

Factos subjacentes ao recurso

- 1 O actual litígio insere-se no quadro dos esforços empreendidos pelas autoridades neerlandesas a partir dos anos 70 para controlar os custos dos medicamentos fornecidos fora dos hospitais e de outros estabelecimentos de cuidados médicos. Encontra-se estritamente ligado aos processos T-114/89 (VNZ/Comissão, Colect. 1990, p. II-827) e T-116/89 (Prodifarma/Comissão I, Colect. 1990, p. II-843), bem como ao processo T-3/90 (Prodifarma/Comissão II, decisão de inadmissibilidade de 23 de Janeiro de 1991, ainda não publicada). Os recursos interpostos em cada um destes processos são dirigidos contra a reacção da Comissão a um acordo que prevê uma redução do nível dos preços de venda dos medicamentos aos far-

macêuticos, em ligação com uma alteração da regulamentação neerlandesa da margem de lucro destes. Este acordo foi subscrito pela quase totalidade das organizações neerlandesas de empresas do sector farmacêutico, das caixas públicas e dos organismos privados do seguro de doença, bem como das profissões envolvidas no fornecimento de medicamentos, sendo por isso conhecido por «Omni-Partijen Akkoord» (a seguir «acordo OPA»). Ao verificar os factos na origem do recurso, o Tribunal tomou oficiosamente em consideração elementos de facto contidos nos processos paralelos T-114/89 e T-116/89.

1. *A regulamentação nacional*

- 2 O principal instrumento de intervenção das autoridades neerlandesas no domínio dos preços dos medicamentos é a *Wet tarieven gezondheidszorg* (lei das tabelas de preços dos cuidados de saúde, a seguir «WTG»), aprovada em 20 de Novembro de 1980 (Stbl. 1980, p. 646), que estabelece um determinado número de regras sobre as tabelas de preços dos estabelecimentos ou pessoas que dispensam cuidados de saúde, entres os quais os farmacêuticos e os médicos generalistas que exploram uma farmácia. O artigo 2.º, n.º 1, da WTG proíbe genericamente a aplicação de uma tabela de preços que não tenha sido aprovada ou fixada nos termos da lei.

- 3 A WTG confiou a fixação e a aprovação das tabelas de preços dos cuidados de saúde ao *Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg* (serviço central das tabelas de preços dos cuidados de saúde, a seguir «COTG»), organismo de direito público. O COTG pode adoptar directivas sobre o nível, a estrutura e as modalidades de aplicação de uma tabela de preços, no todo ou em parte. Estas directivas devem ser aprovadas pelo ministro do Bem-Estar, da Saúde Pública e da Cultura, pelo ministro dos Assuntos Económicos e pelo ministro que, em função da sua responsabilidade na política a seguir em relação à categoria do estabelecimento ou das pessoas que ministram cuidados de saúde, esteja em causa. Nos termos do artigo 13.º da WTG, o COTG deve ter em conta as directivas ao pronunciar-se sobre a aprovação ou fixação das tabelas de preços. O artigo 14.º concede ao ministro do Bem-Estar, da Saúde Pública e da Cultura e ao ministro dos Assuntos Económicos o poder de dirigir, de comum acordo, ao COTG recomendações sobre o conteúdo das directivas, que este deve respeitar aquando da adopção destas.

- 4 É nos termos desta disposição que o secretário de Estado do Bem-Estar, da Saúde Pública e da Cultura e o secretário de Estado dos Assuntos Económicos emitiram,

em 21 de Abril de 1987, uma recomendação relativa à adopção de directivas que alteram o regime dos reembolsos pagos aos farmacêuticos com base no fornecimento de medicamentos, a fim de efectuar economias neste sector.

- 5 A recomendação visava, por um lado, deduzir do reembolso a que tinham direito os farmacêuticos os descontos que o fornecedor do medicamento lhes tinham concedido, desde que excedessem 2 % do preço do medicamento, tal como constava de uma lista homologada pelo COTG.
- 6 Por outro lado, destinava-se a encorajar a aquisição e o fornecimento, pelos farmacêuticos, de medicamentos genéricos ou de importação paralela, mais baratos que as especialidades farmacêuticas lançadas no mercado neerlandês pelo produtor ou pelo importador oficial. Se é certo que a escolha do medicamento a comprar pelo consumidor cabe, em princípio, ao médico que o prescreve, o farmacêutico conserva, no entanto, a possibilidade de fornecer outro medicamento equivalente, se o consumidor o pedir. Deste modo, o farmacêutico pode desempenhar um papel na substituição de especialidades farmacêuticas por medicamentos de importação paralela ou genéricos. A recomendação destina-se a permitir ao farmacêutico conservar, a título de prémio de promoção de vendas, um terço da diferença entre o preço mais elevado da especialidade farmacêutica prescrita e o do medicamento mais barato por ele fornecido.
- 7 A partir de 1 de Janeiro de 1988, foi aplicado pelo COTG um regime conforme à recomendação acima descrita. Se a controvérsia se mantém em aberto quanto ao carácter benéfico ou prejudicial dos efeitos desse regime, é, em contrapartida, largamente reconhecido que este não permitiu alcançar todas as economias previstas. É por isso que o Governo neerlandês pensou adoptar medidas de controlo dos preços ainda mais estritas. Com essa finalidade, apresentou um plano, chamado «ijkprijsstelsel», nos termos do qual seria estabelecido um limite máximo único para o reembolso pelas caixas de seguro de doença, de todos os medicamentos que podem ser prescritos para o tratamento de uma determinada doença, de modo que, se o médico prescrevesse o medicamento cujo custo excedesse o montante fixado, o paciente seria ele próprio obrigado a pagar a diferença. Estas sugestões não foram, no entanto, acolhidas, em parte porque as organizações profissionais do sector dos cuidados de saúde propuseram às autoridades o acordo OPA, como solução alternativa, a fim de realizar as economias consideradas necessárias, as quais, de acordo com a decisão do Governo neerlandês, deviam alcançar os 420 milhões de HFL por ano.

2. O acordo OPA

a) As partes no acordo OPA

- 8 Constituindo o resultado de iniciativas anteriores da associação neerlandesa da indústria farmacêutica «Nefarma», uma das recorrentes no actual processo, e a associação das caixas de previdência neerlandesas, «VNZ», umas das recorrentes no processo T-114/89, o acordo OPA foi concluído em 18 de Agosto de 1988.
- 9 Este acordo reagrupa, apenas com uma excepção, as organizações representativas de todas as partes envolvidas na prescrição e fornecimento de medicamentos: os produtores e os fornecedores, os médicos que os prescrevem e os farmacêuticos que os vendem, bem como os seguradores e as caixas de seguro de doença que financiam o respectivo custo. As recorrentes no presente processo e no processo T-114/89 contam-se entre as partes no acordo.
- 10 A excepção referida diz respeito à Prodifarma, recorrente nos processos T-116/89 e T-3/90, associação que agrupa empresas de menores dimensões e que não integram a indústria dos medicamentos de marca, ou seja, empresas que produzem medicamentos genéricos ou especialidades farmacêuticas, ou ainda que se dedicam à importação paralela de medicamentos genéricos. Embora tenha estado associada à fase de negociações que precedeu a conclusão do acordo, a Prodifarma e as empresas a ela agrupadas não foram parte neste último. O Governo neerlandês não figura igualmente entre as partes no acordo.

b) Conteúdo do acordo OPA

- 11 O acordo OPA divide-se em duas partes principais, de natureza diversa. Em primeiro lugar, contém um acordo entre as partes, no plano do direito privado, nos termos do qual os produtores e distribuidores se comprometem a praticar relativamente aos farmacêuticos reduções dos preços de venda dos produtos farmacêuticos. Em segundo lugar, envolve propostas das partes sobre as alterações à regulamentação nacional já referida, que pretendem ver aprovadas pelos poderes públicos, e das quais fazem depender a aplicação do seu acordo no domínio do direito privado. Estes dois aspectos principais são completados por um certo número de disposições relativas ao âmbito de aplicação do acordo e aos compromissos das partes no que respeita à aplicação do regime por elas preconizado.

- 12 As principais disposições do acordo OPA podem resumir-se da seguinte forma: os membros das duas organizações recorrentes no presente processo, Nefarme e Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf (União dos Grossistas Farmacêuticos), declaram-se dispostos, no ponto 7.1 do acordo, a baixar 7 %, em média, os preços de venda das especialidades farmacêuticas por eles praticados em relação aos farmacêuticos. O ponto 8 do acordo prevê um «congelamento dos preços» até 1 de Janeiro de 1991. As partes declaram ainda que renunciam a efectuar «aumentos de recuperação» após essa data. No ponto 9 do acordo, a Nefarma e o Bond van Groothandelaren comprometem-se a fixar o preço dos medicamentos comercializados pela primeira vez a um nível correspondente à média dos preços praticados nos outros Estados-membros.
- 13 As alterações da regulamentação nacional propostas pelas partes no acordo aos poderes públicos dizem respeito, em primeiro lugar, a uma majoração, de 2 % a 4 %, dos descontos de que um farmacêutico pode beneficiar sem que estes sejam contabilizados nos reembolsos efectuados pelas caixas de seguro de doença (n.º 10). Em segundo lugar, os poderes públicos são convidados a reduzir de 33,3 % para 15 % a taxa do prémio de promoção de vendas acima referido, que é atribuído aos farmacêuticos pelo fornecimento de medicamentos mais baratos (n.º 11).
- 14 O anexo 2 do acordo OPA reproduz as previsões das partes no acordo relativamente à evolução que devia conhecer o mercado após a introdução de um prémio de 15 %. O volume de vendas de especialidades farmacêuticas devia, de 1988 a 1990, baixar de 1 750 para 1 700 milhões de HFL, o dos medicamentos genéricos aumentar de 250 para 360 milhões de HFL e o dos produtos provenientes de importações paralelas passar de 135 a 200 milhões de HFL.

3. *A tramitação dos procedimentos administrativos*

- 15 Por carta de 6 de Setembro de 1988, o acordo OPA foi sujeito, pelo presidente da Nefarma, ao secretário de Estado do Bem-Estar, da Saúde Pública e da Cultura e ao secretário de Estado dos Assuntos Económicos. No final de Novembro de 1988, as autoridades neerlandesas declararam-se dispostas a dar-lhe uma oportunidade. Decidiu-se que as reduções de preços previstas no acordo entrassem em vigor em 1 de Janeiro de 1989.

- 16 Foram então encetados perante a Comissão os processos paralelos relativos ao acordo OPA. Por um lado, a Prodifarma, recorrente no processo T-116/89, apresentou em 2 de Dezembro de 1988 uma queixa visando obter uma declaração da Comissão, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.º 17»), de que o acordo OPA é incompatível com o disposto no artigo 85.º do Tratado CEE. Por outro lado, a Nefarma, recorrente no actual processo, notificou o acordo OPA à Comissão, em 9 de Dezembro de 1988, em nome de todos os signatários. Solicitou a concessão de um certificado negativo, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, ou, pelo menos, a título subsidiário, a concessão de uma isenção, ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 17 Em carta de 14 de Dezembro de 1988, assinada pelo senhor Rocca, director da Direcção-Geral da Concorrência, a Comissão informou as partes de que, de acordo com o parecer provisório dos seus serviços, o acordo OPA era incompatível com o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, em virtude do acordo sobre os preços nele contido, e que as partes não tinham invocado argumentos susceptíveis de justificarem uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3. A Comissão acrescentava que os seus serviços analisavam a possibilidade de abrir um processo com base no artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17. Foi enviada cópia desta carta à Prodi-forma.
- 18 Na sequência desta primeira reacção negativa da Comissão, diversas partes no acordo OPA, tal como o Governo neerlandês, representado pelos dois secretários de Estado em questão, intervieram, várias vezes, junto dos serviços da Comissão e do comissário encarregado da concorrência, a fim de lhe fornecer informações mais amplas em relação ao acordo OPA e de fazer a defesa deste.
- 19 Entretanto, o processo de adaptação da regulamentação nacional, e designadamente das directivas do COTG ao disposto no acordo OPA, prosseguiu. No entanto, a 23 de Dezembro de 1988, o Governo neerlandês informou os participantes no acordo OPA, bem como a Prodi-forma e associados, de que as autoridades neerlandesas não tinham a intenção de aprovar as alterações das directivas necessárias à aplicação do acordo antes de verificar, à luz do «parecer definitivo da Comissão», se tal aprovação constituía uma violação do Tratado. Na verdade,

quando o COTG decidiu alterar as suas directivas em 29 de Dezembro de 1988, tal alteração não foi aprovada pelos secretários de Estado competentes. Ao invés do pretendido inicialmente pelos participantes no acordo OPA e pelo Governo neerlandês, o acordo não pôde assim entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1989.

- 20 As partes no acordo OPA e o Governo neerlandês prosseguiram os seus esforços no início de 1989 para convencer a Comissão das vantagens deste acordo. Em 7 de Fevereiro de 1989, designadamente, o secretário de Estado dos Assuntos Económicos e o seu homólogo do Ministério do Bem-Estar, da Saúde Pública e da Cultura tiveram, a seu pedido, uma reunião com o novo comissário encarregado da concorrência, Sir Leon Brittan. Esta reunião foi seguida por uma carta de 9 de Fevereiro, dirigida a Sir Leon Brittan pelo secretário de Estado dos Assuntos Económicos, senhor Evenhuis, contendo explicações suplementares a fim de justificar a diminuição do prémio de promoção de vendas de 33,3 % para 15 %.
- 21 Em resposta, Sir Leon Brittan enviou aos dois secretários de Estado a carta de 6 de Março de 1989, impugnada pelas recorrentes no actual processo, bem como nos processos T-114/89 e T-116/89. Nesta carta, cujo projecto tinha já sido transmitido, alguns dias antes, às autoridades neerlandesas por telefax, um membro da Comissão declarava, «enquanto antigo ministro das Finanças», que apoiava o objectivo do Governo neerlandês de controlar o custo do abastecimento de medicamentos nos Países Baixos. No entanto, verificava que o efeito anticoncorrencial das disposições do acordo OPA relativas à diminuição do prémio de promoção de vendas e ao alargamento da margem de redução autorizada deve ser atenuado antes de poder ser adoptada uma decisão favorável.
- 22 Em seu entender, o acordo OPA teria de satisfazer duas condições para que a Comissão pudesse adoptar uma decisão favorável a seu respeito:
- em primeiro lugar, que o prémio de produção de vendas pelo fornecimento de medicamentos mais baratos seja reduzido a 20 %, e não a 15 %, da diferença de preço entre os referidos medicamentos e as especialidades farmacêuticas mais caras;
 - em segundo lugar, que os efeitos de redução do prémio sejam avaliados, durante o período de um ano, através de um sistema de controlo estabelecido para o efeito.

23 A carta utilizava concretamente as seguintes expressões:

«Nestas condições, proponho-vos a limitação a 20 % da redução do prémio de 33 %, em vez dos 15 % previstos no acordo OPA, e proponho-vos uma avaliação, durante o período de um ano, do efeito, na prática, do prémio de 20 %.»

24 Relativamente ao sistema de controlo, Sir Leon Brittan observava que as autoridades neerlandesas e comunitárias podiam cooperar na sua aplicação, procedendo designadamente a uma troca de dados estatísticos relativos ao mercado dos medicamentos. O membro da Comissão acrescentava:

«É evidente que as minhas conclusões relativas ao acordo OPA não afectam os direitos processuais das partes que o notificaram, nem os da Prodifarma, que contra ele apresentou uma queixa.»

25 Em 16 de Março de 1989, foi enviada à Nefarma uma cópia desta carta. Ia acompanhada por uma carta do senhor Rocca, director, em que esclarecia que a questão de saber se a aplicação do acordo OPA tem por efeito provocar uma destruição da concorrência entre as especialidades farmacêuticas e os produtos genéricos ou de importação paralela devia ser analisada à luz das previsões da evolução do mercado feitas, na perspectiva de um prémio de promoção de vendas de 15 %, pelas partes no acordo OPA e que constam do anexo 2 deste acordo.

26 Em 17 de Março de 1989, os membros da Nefarma declararam-se, por maioria, dispostos a aceitar que a taxa do prémio de promoção de vendas fosse fixado em 20 %. Os outros participantes no acordo OPA aceitaram igualmente aplicá-la nas condições enunciadas na carta de 6 de Março de 1989. Em consequência, o COTG adaptou, em conformidade, as suas directivas e o Governo neerlandês deu a sua aprovação. As propostas feitas no acordo OPA foram assim postas em execução a partir de 1 de Abril de 1989.

27 Dado que a Nefarma e a Prodifarma tinham solicitado à Comissão esclarecimentos sobre o controlo que se propunha exercer, o director G. Rocca precisou, em

carta de 4 de Abril de 1989, que a avaliação se efectuará com base em relatórios mensais relativos às partes do mercado respectivamente ocupadas pelas especialidades farmacêuticas, os medicamentos genéricos e os produtos importados paralelamente. Estes dados seriam comparados pela Comissão aos prognósticos das partes no acordo OPA.

- 28 Em 28 de Abril de 1989, o director G. Rocca dirigiu às recorrentes uma carta contendo uma enumeração pormenorizada dos dados de que a Comissão pretendia dispor para efeitos do controlo em questão, solicitando-lhes o envio de tais dados.

O processo

- 29 Mediante requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 10 de Maio de 1989, as recorrentes interpuseram o seguinte recurso contra a Comissão, pedindo a anulação das decisões contidas, em seu entender, na carta de Sir Leon Brittan de 6 de Março de 1989 e nas cartas do director G. Rocca datadas de 16 de Março e de 4 e 28 de Abril de 1989.

- 30 Em apoio do seu pedido, as recorrentes invocam dois fundamentos principais. Por um lado, alegam ter a Comissão incorrectamente considerado que o acordo OPA é abrangido pela proibição contida no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Por outro lado, consideram que a Comissão não tem razão ao fazer depender a decisão positiva sobre a compatibilidade do acordo OPA com as regras comunitárias da concorrência do cumprimento das duas condições por ela impostas naquelas cartas.

- 31 Na contestação apresentada em 30 de Junho de 1989, a Comissão levanta uma excepção de inadmissibilidade, nos termos do artigo 91.º, n.º 1, do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça.

- 32 O Reino dos Países Baixos solicitou, por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 20 de Outubro de 1989, a sua intervenção no presente processo em apoio das conclusões da recorrida.

- 33 Por despacho de 15 de Novembro de 1989, o Tribunal de Justiça remeteu o processo ao Tribunal de Primeira Instância, em conformidade com o artigo 14.º da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1989, que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias.
- 34 Por despacho de 7 de Dezembro de 1989, o Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) admitiu a intervenção no presente processo do Reino dos Países Baixos em apoio das conclusões da Comissão. Num memorando apresentado em 19 de Janeiro de 1990, a interveniente esclareceu que desejava abster-se de tomar posição sobre a questão da admissibilidade, reservando-se o direito de apresentar posteriormente observações sobre o fundo da questão.
- 35 Com base no relatório do juiz relator, o Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) decidiu dar seguimento ao pedido da Comissão no sentido de julgar a excepção de inadmissibilidade sem iniciar a discussão sobre o mérito da causa. Os representantes das recorrentes e da Comissão apresentaram as respectivas alegações e respostas às questões colocadas pelo Tribunal na audiência de 20 de Junho de 1990.

36 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:

1) anular:

- a decisão da Comissão contida na carta enviada em 6 de Março de 1989 por Leon Brittan, membro da Comissão, aos secretários de Estado E. J. Evenhuis e D. J. D. Dees;
- as decisões da Comissão contidas nas cartas enviadas à Nefarma, respectivamente em 16 de Março, 4 de Abril e 28 de Abril de 1989, por G. Rocca, director da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão;

na medida em que, através desta ou destas decisões, a Comissão declarou que o acordo OPA é abrangido pela proibição contida no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, e fez depender de duas condições o seu parecer favorável sobre a

compatibilidade do acordo OPA com as regras comunitárias em matéria de concorrência;

2) condenar a Comissão nas despesas.

37 A Comissão concluiu pedindo que o Tribunal se digne:

— declarar o recurso inadmissível;

— condenar as recorrentes nas despesas.

38 No que respeita a excepção de inadmissibilidade evocada pela Comissão, as recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— rejeitar a excepção de inadmissibilidade invocada pela Comissão;

— condenar a Comissão, no acórdão a proferir sobre a questão de fundo, nas despesas do incidente.

39 A interveniente declara confiar no prudente arbítrio do Tribunal relativamente à questão da admissibilidade do recurso interposto pelas recorrentes.

40 O presidente declarou, no final da audiência, encerrada a fase oral relativamente à excepção de inadmissibilidade.

Admissibilidade do pedido de anulação

41 Em apoio da excepção de inadmissibilidade por ela invocada a Comissão alega, a título principal, que um acto de uma instituição comunitária apenas é impugnável, nos termos do artigo 173.º do Tratado, no caso de gerar efeitos jurídicos vinculantes.

- 42 Segundo a Comissão, a carta de Sir Leon Brittan apenas determinou consequências de ordem fáctica, sendo desprovida de efeitos jurídicos. A Comissão defende que esta carta não vincula nem o Governo neerlandês, seu destinatário, nem terceiros, como as recorrentes, nem mesmo a própria Comissão. Considera que a simples leitura da carta em questão revela tratar-se de uma opinião desprovida de efeitos vinculantes, não se tratando, assim, de um «acto», na acepção do artigo 173.º do Tratado.
- 43 Para apoiar a sua tese, a Comissão começa por salientar determinadas expressões da carta que, na medida em que reservam expressamente uma decisão posterior da Comissão, que de modo algum antecipam, revelam o seu carácter provisório. A referida carta contém apenas propostas, não fixando nem o encerramento do processo, nem o fim do inquérito levado a cabo pelos serviços da Comissão, o qual, pelo contrário, apenas começou verdadeiramente com a aplicação do sistema de controlo. Durante a audiência, a recorrida acrescentou que, caso tomasse futuramente uma decisão sobre o mérito da acção, esta teria efeito retroactivo, substituindo-se à carta impugnada. É apenas no momento em que tal decisão definitiva venha a ser tomada que as recorrentes poderão invocar a necessidade de protecção jurisdicional.
- 44 A Comissão alega em seguida que a carta impugnada não retira qualquer vantagem jurídica às partes no acordo OPA, não afectando designadamente a protecção contra as multas de que aquelas beneficiam em resultado da notificação do acordo. A Comissão observa que a carta impugnada não está relacionada com a adopção de medidas provisórias, na acepção do despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, Camera Care/Comissão (792/79 R, Recueil, p. 119), não afectando os direitos processuais das partes, tal como estes se encontram definidos pelo Regulamento n.º 17 do Conselho e pelo Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).
- 45 A Comissão defende que não é a carta em questão que produz efeitos jurídicos vinculantes para as recorrentes, mas a decisão adoptada pelo Governo neerlandês, actuando por sua iniciativa e sob a sua responsabilidade, de aplicar o acordo OPA, tendo em atenção as alterações propostas na carta impugnada. A Comissão reconhece que o Governo neerlandês fez depender a sua decisão de estabelecer as

condições necessárias à aplicação do acordo OPA da «luz verde» da Comissão. Salienta, no entanto, que as autoridades neerlandesas aderiram voluntariamente ao ponto de vista da Comissão.

- 46 A Comissão alega igualmente que o actual recurso não é dirigido contra uma decisão colegial da Comissão tomada no final do procedimento interno normalmente seguido neste domínio, mas contra uma carta em que um único membro da Comissão emite, depois de a tal ter sido insistentemente convidada pelo Governo do Estado-membro em causa, a sua opinião pessoal sobre um processo cuja análise apenas se encontra ainda numa fase pouco avançada.
- 47 A Comissão acrescenta que terceiros aos quais a carta de Sir Leon Brittan não era dirigida não podem, assim, seja de que forma for, ser abrangidos por esta. Considera que, para que o acto impugnado diga directa e individualmente respeito, na acepção do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado, a terceiros, é necessário que tenha produzido efeitos jurídicos relativamente a um primeiro destinatário, o que não acontece com a carta impugnada relativamente ao Governo neerlandês.
- 48 Relativamente às cartas do director G. Rocca, a Comissão entende que constituem actos da gestão corrente, de natureza puramente fáctica, que não podem ter a mínima influência sobre a situação jurídica das recorrentes. Para a Comissão, o sistema de controlo previsto nas cartas impugnadas não alterou a posição jurídica das recorrentes, dado que a participação neste sistema é voluntária. Acrescenta ter-se absterido de solicitar informações através de uma decisão obrigatória, como teria podido fazer, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, e alega que a própria recorrente Nefarma não se considerou vinculada por este sistema, dado que cessou, em Janeiro de 1990, o fornecimento dos dados estatísticos nele previstos.
- 49 Em apoio da sua excepção de inadmissibilidade, a Comissão alega subsidiariamente que as recorrentes não demonstram ter interesse em agir. Esta falta de interesse resulta do facto de terem aceite que a taxa do prémio de promoção de vendas fosse fixada em 20 %, em vez dos 15 % inicialmente previstos no acordo

OPA, tal como resulta de uma carta de 21 de Março de 1989, nos termos da qual a maioria dos membros da Nefarma deram o seu acordo à nova percentagem.

- 50 Na audiência, a Comissão manifestou, por último, o receio de que uma nova flexibilização das condições de admissibilidade dê origem a uma vaga de recursos dos diferentes tipos de cartas que os seus serviços têm de enviar às empresas no âmbito dos inquéritos que lhes digam respeito, de forma a que esta viesse a ter que se abster, futuramente, de dar seguimento aos numerosos pedidos que lhe são dirigidos no sentido de obter dos seus serviços uma tomada de posição informal.
- 51 As recorrentes, por seu lado, alegam que as cartas impugnadas contêm decisões que geram em relação a elas efeitos obrigatórios e irreversíveis. Consideram que, nas cartas impugnadas, a Comissão assumiu o compromisso irrevogável de emitir, sobre determinadas condições nela pormenorizadas, um parecer favorável ao acordo OPA.
- 52 As recorrentes consideram que, na carta de 6 de Março de 1989, Sir Leon Brittan se pronunciou, a pedido do Governo neerlandês, de forma definitiva sobre a compatibilidade do acordo OPA com o disposto no artigo 85.º do Tratado, e que se trata de uma decisão que afecta a sua posição jurídica, enquanto partes no referido acordo, independentemente do facto desta decisão ter revestido a forma de uma carta dirigida ao Governo neerlandês. Alegam que a aplicação do acordo OPA depende inteiramente da prévia alteração das regras de direito público então em vigor, medida que as autoridades neerlandesas tinham, por seu lado, subordinado ao acordo prévio da Comissão. A sorte do acordo OPA dependia assim, por inteiro, da apreciação feita pela Comissão, que, em carta de 6 de Março de 1989, tinha dado o sinal exigido para permitir a realização das propostas constantes do acordo.
- 53 Segundo as recorrentes, o conteúdo desta carta impediu o Governo neerlandês de adoptar as medidas necessárias para aplicação do acordo OPA na sua versão inicial, dado que tal comportamento teria dado origem, por parte da Comissão, a uma acção por incumprimento baseada nos artigos 5.º, 3.º, alínea f), e 85.º do Tratado. Acrescentam que o direito neerlandês se opõe igualmente a que os poderes públicos dêem «luz verde» à versão original do acordo OPA enquanto subsisti-

rem dúvidas sobre a sua validade à luz do direito comunitário. Além disso, consideram que a carta tinha dado a terceiros, designadamente à associação Prodi-farma, a possibilidade de, se invocada perante os tribunais neerlandeses, impedir a aplicação do acordo OPA na sua forma inicial.

- 54 As recorrentes consideram que, em tal contexto, a Comissão teve perfeitamente consciência dos efeitos que a sua decisão ia produzir e que, ao adoptá-la, pretendeu confirmar ou, noutros casos, alterar a situação jurídica das diversas partes no acordo OPA. Consideram que não é necessário para este efeito averiguar se a Comissão dispunha de uma base jurídica que a habilitasse a tomar uma decisão obrigatória destinada ao Reino dos Países Baixos.
- 55 As recorrentes entendem que a carta de Sir Leon Britten constitui claramente uma decisão que tem como destinatário o Reino dos Países Baixos, mas consideram que, mesmo que assim não fosse, constituiria uma decisão que lhes respeitava. Em seu entender, de facto, o elemento decisivo para atribuir tal qualificação reside no facto de a referida carta afectar directa e individualmente a sua posição jurídica.
- 56 No que respeita às cartas do director G. Rocca, as recorrentes consideram que produziram igualmente efeitos jurídicos, quanto mais não seja no que respeita ao seguimento a dar ao sistema de controlo, de que tratava a carta de Sir Leon Brittan. Declararam no entanto, na audiência, que não pretendiam interpor destas cartas um recurso independente do interposto da carta do membro da Comissão, sendo apenas a título subsidiário que o actual recurso visa igualmente as cartas do director G. Rocca.
- 57 As recorrentes alegam que a argumentação expendida pela Comissão em apoio da sua excepção de inadmissibilidade diz apenas respeito à forma dos actos impugnados. Saliendam que a forma escolhida pela Comissão não é decisiva, convindo, no entanto, atender ao conteúdo e às consequências das cartas em questão.

58 Ainda que a sua letra pareça indicar revestir apenas carácter provisório, as recorrentes consideram que uma análise aprofundada da carta de 6 de Março de 1989 revela tratar-se de uma resolução definitiva, ainda que a duração da sua validade se encontre temporariamente limitada. Este ponto de vista é corroborado, segundo as recorrentes, pelas cartas posteriores do director G. Rocca, à luz das quais devem ser apreciados os efeitos da carta de Sir Leon Brittan. O carácter definitivo das cartas impugnadas é confirmado pela presença dos seguintes elementos:

- declarar definitivamente verificado que, ao diminuir para 15 % a taxa de prémio de promoção de vendas, o acordo OPA é abrangido pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, ao recusar, a título definitivo, fazer beneficiar o referido acordo de uma derrogação de tal proibição;
- autorizam, de forma definitiva e irreversível, a aplicação do acordo OPA durante o período de um ano, desde que a taxa de prémio de promoção de vendas seja fixada em 20 %;
- prevêem a instalação definitiva e irreversível, durante um período mínimo de um ano, de um sistema de controlo para verificar se o acordo OPA poderá continuar a aplicar-se após este período experimental.

59 As recorrentes afirmam que, mesmo que a Comissão devesse adoptar posteriormente, relativamente ao acordo OPA, uma decisão formal nos termos do Regulamento n.º 17, tal decisão não podia ter como efeito anular retroactivamente aquelas conclusões definitivas.

60 Contra o argumento baseado na ausência de uma decisão colegial da Comissão, as recorrentes alegam depreender-se das cartas posteriores do director G. Rocca que a carta de Sir Leon Brittan de 6 de Março de 1989 não reflectia apenas o seu ponto de vista individual, mas o da Comissão.

61 As recorrentes alegam, em seguida, que as decisões por elas impugnadas escapam ao quadro processual do Regulamento n.º 17, mas que os seus efectivos efeitos práticos e jurídicos são, no entanto, equiparáveis aos de uma decisão formal de proibição adoptada nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, ou de uma

decisão formal de isenção, acompanhada de determinadas condições restritivas, tomada nos termos do artigo 8.º do Regulamento n.º 17, sem prejuízo, no âmbito desta segunda comparação, do poder que conserva, no caso em apreço, o Tribunal nacional de verificar a validade do acordo à luz do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 62 As recorrentes abstêm-se de tomar posição sobre a questão de saber se a Comissão é competente para adoptar tais medidas fora do âmbito do Regulamento n.º 17, salientando, ao mesmo tempo, que este regulamento apresenta inconvenientes no caso de negócios que se revistam de uma certa urgência, como o que constitui o objecto do presente litígio, dado que este não prevê a possibilidade de conceder isenções (provisórias) num prazo muito limitado. Afirmam que, independentemente da sua licitude, tal derrogação por parte da Comissão às regras do Regulamento n.º 17 não pode privar os cidadãos das vias de recurso de que dispõem contra as decisões formais adoptadas nos termos do referido regulamento.
- 63 Na audiência, as recorrentes desenvolveram este argumento defendendo existir um desfasamento entre este regulamento, que qualificaram de antiquado, e a necessidade, para a Comissão e os Estados-membros, de conduzir uma política eficaz e apropriada em matéria de concorrência. Declararam-se dispostas a aceitar que a Comissão recorra a procedimentos não previstos pelo Regulamento n.º 17, como o adoptado no caso em apreço. Esta prática leva, no entanto, segundo as recorrentes, a colocar a questão de saber em que medida a Comissão pode conduzir, em matéria de concorrência, uma política de concertação com as autoridades nacionais sem ficar sujeita a recursos interpostos pelas empresas em causa. As recorrentes insistem sobre a necessidade de as empresas em questão beneficiarem, em tais circunstâncias, de protecção jurisdicional. Receiam que um decreto que declare os seus recursos inadmissíveis permita à Comissão intervir nos mercados comunitários, adoptando, subtraída a qualquer controlo jurisdicional, actos geradores de efeitos quer no plano jurídico quer, igualmente, no domínio dos factos.
- 64 Quanto à questão de saber se as cartas por elas impugnadas lhes dizem directa e individualmente respeito, as recorrentes consideram que uma resposta afirmativa se impõe tanto em relação às decisões contidas nas cartas que lhes eram directamente dirigidas, como no que respeita à decisão contida na carta dirigida aos dois secretários de Estado. Dado que esta última se limita a exprimir a posição da Comissão sobre o acordo em que participam as recorrentes, estas consideram-se directa e

individualmente abrangidas por aquela decisão como se dela fossem destinatárias. As recorrentes acrescentam que esta decisão lhes foi igualmente comunicada pela carta enviada à Nefarma em 16 de Março de 1988 pelo director G. Rocca.

- 65 Finalmente, as recorrentes salientam que o seu interesse em agir não pode ser posto em causa por terem aceite as alterações introduzidas às propostas contidas no acordo OPA, na sequência da carta de Sir Leon Brittan, e consentido na sua aplicação. As recorrentes consideram que a Comissão as colocou perante um facto consumado, de forma a não terem outra possibilidade senão colaborar, embora protestando, na aplicação do acordo OPA numa versão conforme às indicações fornecidas pela Comissão, sem o que a intervenção da Comissão teria por efeito directo impedir completamente a entrada em vigor das medidas propostas pelo referido acordo.

Natureza jurídica das cartas impugnadas

- 66 Face a estes elementos de facto e de direito, cumpre analisar se as cartas contra as quais é dirigido o presente recurso constituem actos susceptíveis de recurso de anulação, na acepção do artigo 173.º do Tratado. Tal como ressalta de uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, deve para tanto verificar-se se aquelas geraram efeitos jurídicos obrigatórios (ver, por último, o despacho de 17 de Maio de 1989, Itália/Comissão, 151/88, Recueil, p. 1255, 1261).

1. Efeitos da carta de Sir Leon Brittan relativamente ao Reino dos Países Baixos

- 67 O Tribunal de Primeira Instância entende que convém determinar, em primeiro lugar, se a carta dirigida por Sir Leon Brittan, em 6 de Março de 1989, aos dois secretários de Estado neerlandeses produziu tais efeitos relativamente ao Reino dos Países Baixos.
- 68 Deve, para tanto, começar por analisar-se se o acto impugnado dispõe de base jurídica que habilite a Comissão a tomar uma decisão vinculante para um Estado-membro. De facto, ressalta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as opiniões manifestadas pela Comissão face às autoridades de um Estado-membro em domínios em que não dispõe de competência para adoptar decisões obrigatórias

constituem apenas meros pareceres desprovidos de eficácia jurídica (por exemplo, acórdãos de 4 de Fevereiro de 1959, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridade*, 17/57, *Recueil V*, p. 9 e 25, e de 27 de Março de 1980, *Sucrimex/Comissão*, 133/79, *Recueil*, p. 1299 e 1310; despacho de 17 de Maio de 1989, *Itália/Comissão*, 151/88, *supracitado*, p. 1261).

69 Deve desde já salientar-se que tal competência não pode ser presumida, na falta de uma disposição especial do Tratado ou dos actos de natureza obrigatória adoptados pelas instituições (despacho de 30 de Setembro de 1987, *Brother Industries/Comissão*, 229/86, *Recueil*, p. 3757, 3762 e seguintes).

70 Ora, como salientou a Comissão na audiência, nem o artigo 85.º do Tratado, nem as disposições do Regulamento n.º 17, atribuíram à Comissão o poder de proferir decisões obrigatórias para os Estados-membros. De facto, se o artigo 3.º, n.º 1, deste regulamento prevê que a Comissão pode, através da decisão, obrigar as empresas e associações de empresas a pôr termo às infracções do direito da concorrência de que são acusadas, esta disposição não atribui poderes à Comissão para obrigar um Estado-membro a tomar determinadas medidas no seu direito interno, designadamente alterar a regulamentação nacional relativa ao prémio de promoção de vendas em causa na carta impugnada.

71 Quanto ao artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, que estabelece que, «no cumprimento dos deveres que lhe são impostos ... a Comissão pode obter todas as informações necessárias junto dos governos e das autoridades competentes dos Estados-membros...», deve notar-se que esta disposição não pode constituir base legal para uma decisão que obrigue o Reino dos Países Baixos a estabelecer o sistema de controlo a que se refere a carta impugnada.

72 Competência da Comissão para proferir decisões vinculantes para os Estados-membros não pode igualmente resultar da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça nos termos da qual o Tratado obriga os Estados-membros a não adoptar ou manter em vigor medidas legislativas ou regulamentares susceptíveis de anular o efeito útil dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (ver, por exemplo, o acórdão de 1 de

Outubro de 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, 311/85, Recueil, p. 3801 e 3826). Esta obrigação baseia-se no artigo 5.º do Tratado, que deve interpretar-se à luz dos artigos 3.º, alínea f), e 85.º Ora, o artigo 5.º do Tratado não confere à Comissão o poder de dirigir aos Estados-membros decisões obrigatórias (despacho de 30 de Setembro de 1987, Brother Industries, 229/86, supracitado).

- 73 É certo que o artigo 89.º confere à Comissão o poder de adoptar decisões respeitantes aos Estados-membros a fim de declarar verificadas infracções ao direito da concorrência. Esta disposição transitória não visa, no entanto, as situações em que não existem normas de execução dos artigos 85.º e 86.º, como as do Regulamento n.º 17.
- 74 Em contrapartida, o artigo 90.º, n.º 3, do Tratado atribuía à Comissão competência para dirigir aos Estados-membros decisões adequadas, a fim de garantir o respeito por estes das normas do Tratado e, designadamente, do disposto no artigo 90.º, no que respeita às empresas abrangidas por esta disposição. Depreende-se, contudo, claramente da carta impugnada que esta não se baseou na dita disposição.
- 75 Pode assim concluir-se que a carta impugnada não dispõe de base jurídica que confira à Comissão competência para adoptar uma decisão vinculante para o Reino dos Países Baixos. Sendo assim, esta não produziu efeitos jurídicos obrigatórios relativamente a este Estado-membro.
- 76 Esta conclusão não é afectada pelo facto do Governo neerlandês ter solicitado esta tomada de posição com intenção de a acatar, e de ter escrupulosamente respeitado as observações formuladas na carta impugnada, quando adoptou as medidas regulamentares necessárias para dar cumprimento ao acordo OPA. Nem a intenção das autoridades neerlandesas de se conformarem com a posição que a Comissão viria a adoptar relativamente ao acordo OPA, nem o facto de terem por inteiro dado cumprimento às propostas contidas na carta de Sir Leon Brittan implicam que esta tenha estabelecido uma obrigação jurídica nesse sentido.

- 77 Deve acrescentar-se que não podem ser reconhecidos à carta impugnada efeitos obrigatórios com base numa regra de direito neerlandês que impede o Governo de autorizar a aplicação do acordo OPA enquanto subsistam dúvidas sobre a sua validade. Não compete ao Tribunal de Primeira Instância pronunciar-se, no caso em apreço, sobre a existência de tal regra, invocada pelas recorrentes. Partindo do princípio, no entanto, de que o direito nacional proíbe as autoridades neerlandesas de adoptarem, em direito administrativo interno, medidas susceptíveis de violarem o direito comunitário, há que sublinhar que a aplicação de tal regra seria da competência das autoridades nacionais. Para tanto, caber-lhe-ia apreciar, por iniciativa própria, a compatibilidade das medidas projectadas com o direito comunitário.
- 78 Neste contexto, a tomada de posição de Sir Leon Brittan não surge como uma decisão que tinha por efeito obrigar o Governo neerlandês a recusar «luz verde» à versão original do acordo OPA, mas como um acto cujos efeitos eram equiparáveis aos de um parecer e que podia ser utilizado pelas autoridades nacionais para declararem a validade do acordo OPA. Na verdade, não é uma carta da Comissão que pode levantar dúvidas sobre esta questão, a nulidade de um acordo contrário ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, que decorre, de pleno direito, do artigo 85.º, n.º 2.
- 79 Ressalta da troca de cartas entre a Comissão e o Governo neerlandês que o comportamento deste se explica pela preocupação de evitar, adoptando voluntariamente a regulamentação nacional de modo a torná-la conforme à posição manifestada na carta do membro da Comissão, o risco de violação do direito comunitário através da aplicação do acordo OPA. O Tratado, designadamente nos seus artigos 155.º e 189.º, primeiro parágrafo, prevê aliás expressamente essa cooperação voluntária entre as autoridades nacionais e as instituições comunitárias ao incluir, entre os actos que podem ser por estas adoptados, e designadamente pela Comissão, as recomendações e os pareceres. Esta atribuição expressa de poderes de adopção de actos sem carácter obrigatório demonstra que a observância voluntária de actos não obrigatórios das instituições constitui um elemento essencial na realização dos objectivos do Tratado. Em consequência, a natureza não obrigatória de uma tomada de posição de uma instituição comunitária não pode ser posta em questão pelo facto de o governo destinatário do acto ter agido em conformidade com ela.

- 80 Deve acrescentar-se que não resulta nem da letra nem do espírito da carta impugnada que esta tinha em vista produzir quaisquer efeitos jurídicos.
- 81 Tal como salientou a Comissão, um indício nesse sentido resulta da falta de uma decisão colegial da Comissão. Contrariamente às hipóteses em que o Tribunal de Justiça reconheceu a qualidade de acto impugnável a cartas assinadas por funcionários da Comissão (ver, por exemplo, o acórdão de 15 de Março de 1967, Cimenterie/Comissão, 8/66 a 11/66, Recueil, p. 93), a carta impugnada não se apresenta nem como uma comunicação feita pela instituição, nem como tendo sido escrita em nome da Comissão ou nos termos de uma delegação de poderes, sistema cuja validade o Tribunal de Justiça reconheceu no acórdão de 23 de Setembro de 1986, AKZO/Comissão (5/85, Recueil, p. 2585, 2614). Antes parece ter sido escrita por Sir Leon Brittan em seu nome próprio e no âmbito de uma troca de pontos de vista entre políticos.
- 82 Além disso, a linguagem utilizada por Sir Leon Brittan para indicar ao Governo neerlandês as modificações do regime previsto no acordo OPA que lhe pareciam desejáveis antes de se poder pensar numa decisão positiva sobre o referido acordo não é a de um acto obrigatório. Deste modo, relativamente à fixação da taxa do prémio de promoção de vendas em 20 %, limita-se a dizer «proponho-vos» («stel ik u voor»). Igualmente no que respeita à instituição de um sistema de controlo, os termos utilizados indicam que não se pretende impor tal sistema, mas que a sua aplicação ficava dependente da cooperação voluntária do Governo neerlandês.
- 83 Por todas estas razões, o Tribunal de Primeira Instância conclui que a carta dirigida, em 6 de Março de 1989, por Sir Leon Brittan aos dois secretários de Estado neerlandeses não pode ser considerada uma decisão dirigida ao Reino dos Países Baixos.

2. *Efeitos das cartas impugnadas em relação às recorrentes*

- 84 Deve agora analisar-se se a carta de Sir Leon Brittan, considerada separadamente ou em conjunto com as três cartas do director G. Rocca, referidas a título subsidiário no actual recurso, constitui uma decisão de que as recorrentes sejam destinatárias.

- 85 Convém, a este respeito, começar por analisar a tese defendida pelas recorrentes, segundo a qual esta carta contém uma apreciação definitiva da versão inicial do acordo OPA, à luz do artigo 85.º do Tratado, de modo que os seus efeitos em relação às partes no acordo são idênticos aos de uma decisão de proibição tomada nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, ou de uma decisão de isenção, acompanhada de condições restritivas, proferida de acordo com o artigo 8.º, n.º 1, do referido regulamento.
- 86 A carta do membro da Comissão indica que, muito provavelmente, os efeitos anti-concorrenciais do acordo na sua versão inicial não permitiram a concessão de uma isenção, nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Ressalta, no entanto, dos termos desta carta que a análise do acordo à luz do direito da concorrência estava ainda em curso. O que é confirmado, designadamente pela reserva aí expressamente feita dos direitos processuais das partes no acordo OPA. Para as recorrentes, esta reserva significa que têm o direito de receber uma comunicação das acusações e de lhe poder responder antes de a Comissão adoptar, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, uma decisão de proibição susceptível de as vincular juridicamente. Demonstra, além disso, que um membro da Comissão não podia de forma alguma adoptar, relativamente às recorrentes, uma medida equivalente a uma decisão de proibição fora do âmbito do Regulamento n.º 17.
- 87 As cartas impugnadas não produziram igualmente efeitos comparáveis aos de uma decisão de isenção acompanhada de condições e de ónus, os quais, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, são susceptíveis de recurso de anulação (ver o acórdão de 23 de Outubro de 1974, *Transocean Marine Paint/Comissão*, 17/74, *Recueil*, p. 1063 e 1080). Tais cartas apenas constituem, de facto, o ponto de partida para a análise do acordo OPA, a fim de determinar se tal isenção pode ser concedida. Em consequência, as condições de que a carta de Sir Leon Brittan fez depender a possibilidade, após a análise, de uma decisão favorável, não podem ser equiparadas, quanto aos seus efeitos, às condições inscritas nos termos do artigo 8.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, numa decisão de isenção.
- 88 Convém ainda verificar se as cartas impugnadas geraram efeitos jurídicos relativamente aos recorrentes, ao definirem, com carácter obrigatório, as condições da aplicação do acordo OPA, no que respeita à taxa do prémio de promoção de vendas e à criação de um sistema de controlo.

- 89 Deve, a este respeito, ter-se em conta o poder da Comissão de adoptar, antes mesmo de se pronunciar definitivamente sobre um acordo modificado ou sobre uma queixa apresentada, medidas provisórias destinadas a obviar uma situação susceptível de causar prejuízos graves e irreparáveis à queixosa, ou intoleráveis para o interesse comum (ver, por exemplo, despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, 792/79 R, Camera Care, supracitado, Recueil, p. 119 e 130).
- 90 A análise das cartas impugnadas demonstra, no entanto, que estas não podem ser equiparadas a decisões que estabeleçam tais medidas provisórias de carácter obrigatório, mas que, pelo contrário, deixam às partes no acordo OPA inteira liberdade para as aceitar ou não. Isto vale tanto para a alteração da taxa do prémio de promoção de vendas como para a criação do sistema de controlo.
- 91 É certo que Sir Leon Brittan, na carta de 6 de Março de 1989, encarava a possibilidade de uma adaptação, pelas partes, do disposto no acordo OPA às condições por ele propostas às autoridades neerlandesas. No entanto, esta alteração do acordo no plano do direito privado continuava a depender inteiramente do consentimento das partes. Depreende-se da carta do director G. Rocca, datada de 4 de Abril de 1989, que a recorrente Nefarma aceitou proceder a esta alteração.
- 92 Deve acrescentar-se que as duas cartas relativas ao sistema de controlo que o director G. Rocca dirigiu às recorrentes em 4 e 28 de Abril de 1989 em nada alteram o carácter voluntário deste regime. A primeira dessas cartas limita-se, de facto, a preparar o seu estabelecimento, precisando as condições do controlo previsto na carta de Sir Leon Brittan. Se, em carta de 28 de Abril de 1989, a Comissão solicitou informações precisas à Nefarma e aos seus membros, convém, no entanto, salientar que esta carta não corresponde mesmo às exigências estabelecidas pelo artigo 11.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 no caso de um pedido de informações não obrigatório. Por maioria de razão, não pode ser assimilada a um pedido de informações através de um decisão obrigatória, nos termos do artigo 11.º, n.º 5, do referido regulamento.

- 93 Contrariamente às alegações das recorrentes, as cartas do director G. Rocca não demonstram, por outro lado, que a carta de Sir Leon Brittan reflectia o ponto de vista da Comissão, enquanto instituição. É certo que o director G. Rocca se referia, nas suas cartas, a decisões futuras da Comissão. No entanto, isto não implica que a Comissão tivesse já tomado, anteriormente, uma decisão. Nem Sir Leon Brittan nem o director G. Rocca se referiram, nas respectivas cartas, a uma decisão tomada anteriormente pela instituição.
- 94 Em contrapartida, o obstáculo jurídico que impediu a aplicação do acordo OPA na redacção inicial que lhe deram as partes deve-se ao facto de as autoridades neerlandesas terem alterado o enquadramento legal em que o acordo se devia inserir, designadamente a regulamentação relativa ao prémio de promoção de vendas, em conformidade com as indicações contidas na carta de Sir Leon Brittan. Estas medidas regulamentares adoptadas pelas autoridades nacionais vinculam efectivamente as recorrentes.
- 95 Convém, no entanto, salientar que o Tribunal de Primeira Instância já declarou que estas medidas foram adoptadas voluntariamente e na falta de uma decisão da Comissão que gerasse efeitos jurídicos relativamente ao Governo neerlandês. Em consequência, os efeitos vinculantes decorrentes para as recorrentes dos actos adoptados pelas autoridades nacionais não são imputáveis à Comissão e não podem, deste modo, ser considerados como efeitos produzidos pelas cartas impugnadas.
- 96 As referidas cartas não vinculam, assim, as recorrentes.

3. *Tutela jurisdicional devida aos particulares*

- 97 As recorrentes alegam ainda que a tutela jurisdicional a que os particulares têm direito não se encontraria suficientemente garantida se o Tribunal de Primeira Instância admitisse que a Comissão pode proceder, para efeitos da aplicação do direito da concorrência, a uma concertação com as autoridades nacionais, que leve a medidas obrigatórias para os cidadãos no plano nacional sem que as suas tomadas de posição neste âmbito fiquem sujeitas a fiscalização pelo juiz comunitário.

- 98 A este respeito deve observar-se que a protecção jurisdicional reivindicada pelas recorrentes se destina fundamentalmente a obter do Tribunal uma declaração relativa à compatibilidade do seu acordo com o direito comunitário da concorrência e à correcção da posição adoptada por Sir Leon Brittan na carta de 6 de Março de 1989. Ora, tal forma de tutela jurisdicional não se encontra prevista no artigo 173.º do Tratado. Se é certo que as disposições relativas ao direito de agir dos particulares não podem ser interpretadas restritivamente (ver acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Recueil, p. 197, 222), constituiria, no entanto, uma ultrapassagem dos limites da interpretação do Tratado acolher um recurso alheio a esta disposição.
- 99 Por todas estas razões, o Tribunal de Primeira Instância verifica que a carta dirigida em 6 de Março de 1989 por Sir Leon Brittan ao secretário de Estado neerlandês dos Assuntos Económicos e ao seu homólogo do Ministério do Bem-Estar, da Saúde Pública e da Cultura, considerada separadamente ou em conjunto com as três cartas do director G. Rocca, datadas de 16 de Março e de 4 de e 28 de Abril de 1989, referidas a título subsidiário no presente recurso, não gerou efeitos jurídicos obrigatórios, nem relativamente ao Reino dos Países Baixos, nem relativamente às recorrentes e que, em consequência, não se está, no caso em apreço, perante uma decisão recorrível.
- 100 Deve, assim, julgar-se o actual recurso inadmissível, tornando-se desnecessário examinar a questão de saber se a carta que Sir Leon Brittan dirigiu ao Governo neerlandês diz directa e individualmente respeito às recorrentes.

Quanto às despesas

- 101 Por força no disposto no n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça, aplicável *mutatis mutandis* aos processos intentados perante o Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 11.º, terceiro parágrafo, da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, supracitada, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal for pedido. Tendo as recorrentes sido vencidas, há que julgar procedente o pedido da Comissão e condená-las solidariamente nas despesas. Não tendo apresentado qualquer pedido sobre este ponto, a interveniente suportará as respectivas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

- 1) **Julgar o recurso inadmissível.**
- 2) **Condenar as recorrentes solidariamente nas despesas, com excepção das efectuadas pela interveniente, as quais serão por ela suportadas.**

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de Dezembro de 1990.

O secretário

H. Jung

O presidente

J. L. Cruz Vilaça