

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

No processo T-116/89,

Vereniging Prodifarma, com sede em Amesterdão,

Katwijk Farma BV, com sede em Katwijk,

Lagap BV, com sede em Krimpen a/d IJssel,

Medicalex BV, com sede em Ridderkerk,

Polyfarma BV, com sede em Groningen,

Stephar BV, com sede em Krimpen a/d IJssel,

patrocinadas por M. van Empel e A. J. H. W. M. Versteeg, advogados 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 seu Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Guido Berardis, membro do mesmo serviço, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

apoiada pelo

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

interveniente,

* Língua do processo: neerlandês.

que tem por objecto a anulação de uma decisão contida, segundo as recorrentes, numa carta de um membro da Comissão,

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, juizes,

secretário: B. Pastor, administradora

vistos os autos e após a realização da audiência de 20 de Junho de 1990,

profere o presente

Acórdão

Factos subjacentes ao recurso

- 1 O actual litígio inscreve-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 outros estabelecimentos de cuidados médicos. Encontra-se estreitamente ligado aos processos T-113/89 (Nefarma/Comissão, Colect. 1990, p. II-797) e T-114/89 (VNZ/Comissão, Colect. 1990, p. II-827), bem como ao processo T-3/90 (Prodifarma/Comissão, decisão de inadmissibilidade de 23 de Janeiro de 1991, Colect. 1991, p. II-1). Os recursos interpostos em cada um destes processos são dirigidos contra a reacção da Comissão a um acordo que prevê uma redução do nível a que os medicamentos são fornecidos aos farmacêuticos, em ligação com uma alteração da regulamentação neerlandesa da sua margem de lucro. Este acordo foi subscrito pela quase totalidade das organizações neerlandesas representativas das empresas do sector farmacêutico, das caixas públicas e dos organismos privados do seguro de doença, bem como das profissões envolvidas no fornecimento de medicamentos, donde o nome de «Omni-Partijen Akkoord» (a seguir «acordo OPA»). Ao verificar os factos subjacentes ao recurso, o Tribunal de Primeira Instância teve em conta, oficiosamente, os elementos de facto contidos nos autos dos processos paralelos T-113/89 e T-114/89.

1. *Legislação nacional*

- 2 O principal instrumento de intervenção das autoridades neerlandesas no domínio dos preços dos medicamentos é a *Wet Tarieven Gezondheidszorg* (lei dos preços dos cuidados médicos, a seguir «WTG»), aprovada em 20 de Novembro de 1980 (Stbl. 1980, p. 646), e que contém um determinado número de regras relativas às tabelas de preços dos estabelecimentos ou pessoas que ministram cuidados de saúde, entre os quais os farmacêuticos e os médicos generalistas que exploram uma farmácia. O artigo 2.º, n.º 1, da WTG proíbe, de uma forma geral, a aplicação de uma tabela de preços que não tenha sido aprovada ou fixada de acordo com a 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 médicos, a seguir «COTG»), organismo de direito público. O COTG pode adoptar directivas relativas ao nível, à estrutura e às regras de execução 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 face à categoria de estabelecimentos ou de pessoas que ministram cuidados de saúde, estiver em causa. Nos termos do artigo 13.º da WTG, o COTG deve ter em conta estas directivas ao decidir sobre a aprovação ou fixação das tabelas de preços. O artigo 14.º confere 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 o COTG é obrigado a respeitar aquando da sua adopção.

- 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 pelo fornecimento de medicamentos, a fim de realizar 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 tinha concedido, desde que excedessem 2 % do preço do medicamento constante de uma lista homologada pelo COTG.

- 6 Por outro lado, destinava-se a encorajar a compra 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 importador oficial. Se é certo que a escolha do medicamento a comprar pelo consumidor cabe, em princípio, ao médico que o prescreve, o farmacêutico dispõe, no entanto, da faculdade de fornecer outro medicamento equivalente, se o consumidor assim o pedir. Deste modo, o farmacêutico pode desempenhar um papel na substituição das especialidades farmacêuticas por medicamentos de importação paralela ou genéricos. A recomendação tinha em vista permitir ao farmacêutico reter, como prémio de promoção de venda, 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 continua em aberto relativamente ao carácter benéfico ou nefasto dos efeitos produzidos por este regime, é, em contrapartida, patente que não permitiu realizar todas as economias previstas. Por isso, o Governo neerlandês encarou a hipótese de adoptar medidas de controlo dos preços ainda mais estritas. Para tanto, apresentou um plano, chamado «ijkprijzen-systeem», nos termos do qual seria estabelecido um único limite máximo 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 prescrever um medicamento cujo custo exceda o montante estabelecido, o próprio paciente se verá obrigado a pagar a diferença. Estas sugestões não foram, no entanto, postas em prática, em parte porque as organizações profissionais do sector dos cuidados de saúde propuseram às autoridades o acordo OPA como solução alternativa para realizar as economias consideradas necessárias, as quais, conforme decidira o Governo neerlandês, deviam atingir os 420 milhões de HFL anuais.

2. Acordo OPA

a) As partes no acordo OPA

- 8 Resultado de iniciativas anteriores da Associação Neerlandesa da Indústria Farmacêutica «Nefarma», uma das recorrentes no processo T-113/89, e da Associação das Caixas de Seguro Neerlandesas, «VNZ», uma das recorrentes no processo T-114/89, o acordo OPA foi concluído em 18 de Agosto de 1988.

- 9 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, assim como as companhias de seguros e as caixas de seguro de doença que suportam o respectivo custo.
- 10 A excepção diz respeito à Prodifarma, recorrente no presente processo e no processo T-3/90, associação de pequenas empresas que não fazem parte da indústria de medicamentos de marca, isto é, empresas que produzem medicamentos genéricos ou especialidades farmacêuticas, ou ainda que se dedicam à importação paralela de medicamentos genéricos. Embora tenha sido associada à fase de concertação que precedeu a conclusão do acordo, a Prodifarma e as empresas nela associadas não são parte desse acordo. O Governo neerlandês não figura igualmente entre as partes do acordo.

b) Conteúdo do acordo OPA

- 11 O acordo OPA divide-se em duas partes principais, cada uma com a sua natureza específica. Em primeiro lugar, inclui um acordo entre as partes, no domínio do direito privado, nos termos do qual os produtores e os distribuidores se comprometem a praticar relativamente aos farmacêuticos reduções de preços de venda dos produtos farmacêuticos. Em segundo lugar, contém propostas das partes sobre as alterações da regulamentação nacional já referida que desejem ver aprovadas pelas autoridades e às quais condicionam a aplicação no seu acordo no plano do direito privado. Esses dois aspectos principais são completados por um certo número de disposições relativas ao âmbito de aplicação do acordo e aos compromissos das partes relativos à aplicação do regime por elas preconizado.
- 12 As principais disposições do acordo OPA podem ser resumidas da seguinte forma: os membros das duas organizações recorrentes no processo T-113/89, Nefarma 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, o preço de venda das especialidades farmacêuticas por eles praticado relativamente aos farmacêuticos. O ponto 8 do acordo prevê um «congelamento dos preços» até 1 de Janeiro de 1991. As partes declaram, por outro lado, que renunciam a proceder a «aumentos de recuperação» após essa data. No ponto 9 do acordo, Nefarma e Bond van Groothandelaren comprometem-se a fixar o preço dos medicamentos pela primeira vez lançados no mercado a um nível correspondente à média dos preços praticados nos outros Estados-membros.

- 13 As operações de regulamentação nacional propostas pelas partes no acordo aos poderes públicos dizem respeito, em primeiro lugar, a um aumento, de 2 % a 4 %, dos descontos de que os farmacêuticos podem beneficiar sem serem tomados em conta aquando dos reembolsos efectuados pela caixas de seguro de doença (n.º 10). Em segundo lugar, as autoridades são convidadas a reduzir de 33,3 % para 15 % a taxa do prémio de promoção de vendas acima referido, que é concedido 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 das vendas de especialidades farmacêuticas devia, de 1988 a 1990, baixar de 1 750 milhões para 1 700 milhões de HFL, o dos medicamentos genéricos aumentar de 250 milhões para 360 milhões de HFL e o dos produtos provenientes de importações paralelas passar de 135 milhões para 200 milhões de HFL.

3. A tramitação dos procedimentos administrativos

- 15 Por carta de 6 de Setembro de 1988, o acordo OPA foi submetido, pelo presidente da Nefarma, ao secretário do Estado do Bem-estar, da Saúde Pública e da Cultura e ao secretário do Estado dos Assuntos Económicos. Em fins de Novembro de 1988, as autoridades neerlandesas declararam-se dispostas a dar-lhe uma oportunidade. Estabeleceu-se que as reduções de preço previstas no acordo entrassem em vigor em Janeiro de 1989.
- 16 Foram então abertos perante a Comissão dois processos paralelos relativos ao acordo OPA. Por um lado, a Prodifarma, recorrente no presente processo, apresentou, em 2 de Dezembro de 1988, uma queixa visando obter da Comissão a declaração de que, 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, adiante «Regulamento n.º 17»), o acordo OPA é incompatível com o artigo 85.º do Tratado CEE. Requeceu que a Comissão proibisse a aplicação do acordo OPA durante a fase de instrução e que, na hipótese de uma notificação do referido acordo, a Comissão aplicasse o artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17. Por outro lado, a Nefarma, recorrente no processo T-113/89, notificou o acordo OPA à Comissão, em 9 de Dezembro de 1988, em nome de todos os signatários. Esta notificação foi registada nos serviços da Comissão sob o número IV/33.017. A Nefarma solicitou a passagem 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, nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

- 17 Em carta de 14 de Dezembro de 1988, assinada por G. 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 que permitissem justificar uma isenção, nos termos do artigo 85.º, n.º 3. A Comissão acrescentava que os serviços examinavam a possibilidade de abrir um processo com base no artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17. Foi enviada à Prodifarma uma cópia desta carta.
- 18 Baseando-se designadamente nesta carta, a Prodifarma tentou, em tribunal nacional, um processo cautelar contra a Nefarma e a VNZ, solicitando a suspensão da execução do acordo OPA até que a Comissão tenha tido a possibilidade de se pronunciar sobre este. Este pedido foi, no entanto, indeferido.
- 19 Após a primeira reacção negativa da Comissão, diversas partes no acordo OPA, bem como o Governo neerlandês, representado pelos dois secretários do Estado em questão, intervieram, por diversas vezes, junto dos serviços da Comissão e do membro responsável pelas questões da concorrência, a fim de lhes fornecer mais informações a respeito do acordo OPA e de fazer a defesa deste.
- 20 Entretanto, o processo de adaptação da regulamentação nacional e designadamente as directivas do COTG ao conteúdo do acordo OPA prosseguiu. No entanto, em 23 de Dezembro de 1988, o Governo neerlandês informou as partes no acordo OPA, bem como a Prodifarma e associados, de que as autoridades neerlandesas não tinham a intenção de aprovar as alterações das directivas necessárias à execução do acordo antes de poderem apreciar, à luz do «parecer definitivo da Comissão», se tal aprovação constituía ou não uma violação do Tratado. De facto, quando o COTG decidiu alterar as suas directivas em 29 de Dezembro de 1988, esta modificação não foi aprovada pelos secretários de Estado competentes. Ao contrário do que as partes no acordo OPA e o Governo neerlandês tinham inicialmente previsto, o acordo não pôde assim entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1989.

- 21 As partes no acordo OPA e o Governo neerlandês prosseguiram os seus esforços no início de 1989 no sentido de convencer a Comissão das vantagens deste acordo. Designadamente em 7 de Fevereiro de 1989, o secretário do Estado dos Assuntos Económicos e o seu homólogo do Ministério do Bem-estar, da Saúde Pública e da Cultura foram recebidos, a seu pedido, pelo novo membro responsável pelas questões da concorrência, Sir Leon Brittan. Esta reunião foi seguida por uma carta, datada de 9 de Fevereiro, dirigida a Sir Leon Brittan pelo secretário do Estado dos Assuntos Económicos, Sr. Evenhuis, que fornecia explicações suplementares a fim de justificar a diminuição do prémio de promoção de vendas de 33,3 % para 15 %.
- 22 Em resposta, Sir Leon Brittan enviou aos dois secretários de Estado a carta de 6 de Março de 1989, impugnada pelas recorrentes no presente processo, bem como nos processos T-113/89 e T-114/89. Nesta carta, cujo projecto tinha já sido enviado às autoridades neerlandesas, por telefax, alguns dias antes, o membro da Comissão declarava, «enquanto antigo ministro das Finanças», que subscrevia o objectivo do Governo neerlandês, que era o de controlar o custo do abastecimento de medicamentos nos Países Baixos. Verificava, no entanto, que o efeito anticoncorrencial das disposições do acordo OPA relativas à diminuição do prémio de promoção de vendas e ao aumento da margem dos descontos autorizados devia ser atenuado antes de poder ser adoptada uma decisão favorável.
- 23 Em seu entender, o acordo OPA devia satisfazer duas condições para que a Comissão possa adoptar a seu respeito uma decisão favorável, ou seja:
- em primeiro lugar, que o prémio de promoção 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 da redução do prémio sejam avaliados, durante o período de um ano, através de um sistema de controlo criado para o efeito.
- 24 A carta utiliza designadamente os seguintes termos:

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

- 25 Relativamente ao sistema de controlo, Sir Leon Brittan observava que as autoridades neerlandesas e comunitárias podiam cooperar com vista à sua aplicação, procedendo designadamente a uma troca de dados estatísticos relativos ao mercado dos medicamentos. O comissário acrescentava:

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

- 26 Em 16 de Março de 1989, foi enviada por telefax à Prodifarma uma cópia desta carta. A Nefarma e a VNZ, recorrentes nos processos T-113/89 e T-114/89, receberam igualmente cópias.

- 27 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 fixada em 20 %. As outras partes no acordo OPA aceitaram igualmente aplicá-lo nas condições enunciadas na carta impugnada. O COTG adaptou assim as suas directivas e os dois secretários de Estado, após a Prodifarma ter tentado em vão impedi-los, através de um processo cautelar contra o Estado neerlandês, deram a sua aprovação às novas directivas. As propostas feitas no acordo OPA foram assim postas em prática a partir de 1 de Abril de 1989.

- 28 Em 28 de Abril de 1989, o director G. Rocca enviou à Prodifarma uma carta solicitando a sua cooperação, através do fornecimento de dados específicos, no controlo que a Comissão pretendia exercer sobre os efeitos do acordo OPA. Essa carta precisava:

«É igualmente óbvio que, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 de 1962, a Comissão apenas utilizará esses dados para efeitos do controlo que pretende exercer sobre o acordo OPA, no âmbito do que foi acordado no processo IV/33.017, e que serão respeitadas as regras gerais da confidencialidade.»

Processo

- 29 Mediante petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 19 de Maio de 1989, as recorrentes interpuseram o presente recurso contra a Comissão, requerendo a anulação da decisão contida, em seu entender, na carta de Sir Leon Brittan de 6 de Março de 1989.
- 30 As recorrentes entendem que na referida carta se encontram reunidos os quatro fundamentos de anulação enunciados no artigo 173.º do Tratado. Começam por alegar que a Comissão não era competente para intervir, do modo como o fez, dado que o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado e os artigos 2.º e 6.º do Regulamento n.º 17 apenas lhe conferem poderes para conceder isenções ou certificados negativos. Em segundo lugar, as recorrentes acusam a Comissão de não ter fundamentado devidamente a decisão positiva por ela tomada sobre o acordo OPA. Consideram ainda que violou o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, visto que as disposições do acordo OPA que prevêm uma coligação sobre os preços e as que aumentam a margem dos descontos autorizados, embora reconhecidas pela Comissão como incompatíveis com as regras do Tratado, não foram alteradas e que, por outro lado, a adaptação a que se procedeu da taxa do prémio de promoção de vendas não implica qualquer modificação substancial dos efeitos restritivos da concorrência derivados do acordo. Por último, as recorrentes acusam a Comissão de ter cometido um desvio de poder.
- 31 Na contestação apresentada em 30 de Junho de 1989, a Comissão invocou 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, nos termos do artigo 14.º da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988 que instituiu 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 do reino dos Países Baixos no actual processo em apoio das conclusões da Comissão. Num memorando apresentado em 19 de Janeiro de 1990, a interveniente referiu que pretendia abster-se de tomar posição sobre a questão da admissibilidade, preservando-se ao mesmo tempo 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 se pronunciar sobre 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 de Primeira Instância na audiência de 20 de Junho de 1990.
- 36 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:
- anular a decisão da Comissão contida na carta de 6 de Março de 1989 dirigida ao secretário do Estado do Bem-estar, da Saúde Pública e da Cultura, D. J. D. Dees, e ao secretário de Estado dos Assuntos Económicos, A. J. Evenhuis;
 - condenar a Comissão nas despesas.
- 37 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:
- julgar o recurso inadmissível;
 - condenar as recorrentes nas despesas.
- 38 Relativamente à excepção de inadmissibilidade invocada pela Comissão, as recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:
- julgar improcedente a excepção de inadmissibilidade invocada pela Comissão;

— condenar a Comissão nas despesas.

- 39 A interveniente declara confiar no prudente arbítrio do Tribunal de Primeira Instância relativamente à questão da admissibilidade do recurso interposto pelas recorrentes.
- 40 O presidente declarou encerrada a fase oral do processo relativamente à excepção de inadmissibilidade, no final da audiência.

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 pode ser impugnado nos termos do artigo 173.º do Tratado no caso de gerar efeitos jurídicos obrigatórios.
- 42 Para a Comissão, a carta de Sir Leon Brittan apenas gerou consequências do facto, 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 mera leitura da carta impugnada revela tratar-se de uma manifestação de opinião desprovida de efeitos obrigatórios, não se tratando, assim, de um «acto», na acepção do artigo 173.º do tratado.
- 43 Em apoio da sua tese, a Comissão começa por salientar determinadas passagens da carta que, na medida em que reserva expressamente a possibilidade de uma decisão posterior da Comissão, que de modo algum antecipam, revelam o seu carácter provisório. A referida carta apenas contém propostas, não marcando nem o encerramento do processo nem o final do inquérito levado a cabo pelos serviços da Comissão, a qual, pelo contrário, apenas teve verdadeiramente início com a criação do «sistema de controlo». A carta impugnada não constitui assim uma rejeição da queixa apresentada pela Prodifarma.

- 44 Na audiência, a instituição recorrida acrescentou que, caso viesse a tomar futuramente uma decisão sobre o fundo da questão, esta teria efeito retroactivo, substituindo-se à carta impugnada. Apenas quando tal decisão definitiva fosse tomada é que as recorrentes podiam invocar a necessidade de protecção jurisdicional.
- 45 A Comissão salienta que a carta impugnada não pode ser considerada uma decisão de indeferimento de um pedido de medidas provisórias, na acepção do despacho de 17 de Janeiro de 1980, *Camera Care/Comissão* (792/79 R, Recueil, p. 19), dado que tal pedido não foi apresentado pelas recorrentes. Salienta que não afecta os direitos processuais das recorrentes, que, na hipótese de o inquérito revelar que a queixa carece de fundamento, poder-lhe-ão requerer o envio de uma carta, nos termos do artigo 6.º do 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, a seguir «Regulamento n.º 99/63»).
- 46 A Comissão defende que não foi a carta impugnada que gerou efeitos jurídicos obrigatórios relativamente às recorrentes, mas a decisão adoptada pelo Governo neerlandês, actuando por sua iniciativa e sob a sua responsabilidade, de aplicar o acordo OPA. Na audiência, salientou que o direito nacional garante à Prodifarma a tutela jurisdicional dos seus direitos e que esta recorrente dela fez uso ao deduzir, por duas vezes, pedidos cautelares baseados na alegada ilegalidade do acordo OPA. O facto de estes dois pedidos terem sido indeferidos pelos tribunais nacionais não implica, no entender da Comissão, que a recorrente tenha o direito de recorrer para o Tribunal de Primeira Instância. 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, mas salienta, no entanto, não ter tomado, ela própria, qualquer decisão a esse respeito.
- 47 A Comissão alega igualmente que o actual recurso não é dirigido contra uma decisão colegial da Comissão tomada no final do processo interno normalmente seguido na matéria, mas contra uma carta em que o único membro da Comissão, após ter sido insistentemente convidado pelo Governo do Estado-membro em causa a fazê-lo, dá a sua opinião pessoal sobre um processo cuja análise se encontra ainda numa fase pouco avançada.

- 48 A Comissão acrescenta que a carta de Sir Leon Brittan não pode, assim, seja de que forma for, dizer respeito a terceiros aos quais não era dirigida. Considera que para que o acto impugnado possa dizer directa e individualmente respeito a terceiros, na acepção do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado, é necessário que este tenha produzido efeitos jurídicos relativamente a um primeiro destinatário, o que não é o caso da carta impugnada relativamente ao Governo neerlandês.
- 49 Durante a audiência, a Comissão manifestou, por último, o receio de que uma flexibilização das condições de admissibilidade dê origem ulteriormente a uma vaga de recursos dos diferentes tipos de cartas que os seus serviços têm de enviar às empresas no âmbito dos inquéritos que sobre elas incidem, de forma a obrigá-la a abster-se, no futuro, de responder aos numerosos pedidos que lhe são dirigidos com vista a obter dos seus serviços uma opinião informal.
- 50 Os recorrentes, por sua vez, defendem que a carta por elas impugnada constitui uma decisão que, embora dirigida aos dois secretários do Estado competentes na matéria, alterou apesar disso, substancialmente, a sua situação jurídica.
- 51 As recorrentes salientam que a primeira reacção manifestada em 14 de Dezembro de 1988 pelos serviços da Comissão relativamente ao acordo OPA constituiu um obstáculo efectivo à entrada em vigor desse acordo. Ao anunciar que seria concedida uma isenção, nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, desde que efectuadas as alterações sugeridas, a carta de Sir Leon Brittan teve, em seu entender, por consequência imediata a aplicação do acordo OPA. Daqui deduzem que se trata de uma decisão que, objectiva e directamente, alterou a situação jurídica das partes abrangidas pelo acordo OPA, entre as quais se contam, designadamente, a Prodifarma e associados.
- 52 As recorrentes admitem que a linguagem utilizada na carta pode sugerir que esta apenas exprime uma intenção da Comissão. Invocam, no entanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos termos da qual não é a forma do acto, mas o seu conteúdo, que releva para determinar se este é impugnável (acórdãos de 31 de Março de 1971, conhecido por «AETR», Comissão/Conselho 22/70, Recueil, p. 263, e de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639). Em seu entender, a Comissão sabia que a carta de 6 de Março de 1989, nas cir-

cunståncias em que foi enviada, seria considerada por todos os interessados como uma decisão que definia, de forma obrigatória, as condioes em que o acordo OPA podia ser aplicado. Daí deduzem que teve a inteno de alterar a situao jurídica preexistente e de eliminar o impasse que tinha resultado da sua carta de 14 de Dezembro de 1988. Consideram que a própria Comissão, ao referir-se na sua carta de 28 de Abril de 1989 ao «quadro do que foi acordado no processo IV/33.017», parte do princípio de que a carta de 6 de Março de 1989 criou uma nova situao jurídica para o período nela indicado.

- 53 O argumento extraído pela Comissão da natureza provisória da carta impugnada desconhece, segundo as recorrentes, o aspecto essencial do litígio. Alegam que as administraoes ou as autoridades podem, em qualquer altura, adoptar decisoes ou actos com efeitos jurídicos obrigatórios. Em seu entender, o ponto de vista de que apenas os actos que ponham termo a um processo são impugnáveis  contrário ao sistema de proteco jurídica instituído pelo artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado. Em apoio desta tese, invocam os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, IBM (60/81, já citado), e de 15 de Março de 1967, Cimenteries/Comissão (8/66 a 11/66, Recueil, p. 93). Ao argumento da Comissão de que não se verificou, no caso em apreço, indeferimento de um pedido de medidas provisórias, as recorrentes responderam na audiência que a queixa apresentada pela Prodifarma junto da recorrida incluía efectivamente um pedido de medidas provisórias contra o acordo OPA.
- 54 Os recorrentes consideram que o argumento de que continuam a poder solicitar  Comissão que lhes dirija a comunicao prevista no artigo 6.º do Regulamento n.º 99/63, no caso de o inquérito revelar que a respectiva queixa carece de fundamento,  irrelevante para a questo de saber se a carta impugnada produziu efeitos jurídicos.
- 55 Segundo as recorrentes,  contrário  realidade dos factos defender, como faz a Comissão, que apenas a deciso do Governo neerlandês, actuando por sua iniciativa e sob a sua responsabilidade, de dar «luz verde» ao acordo OPA gerou efeitos jurídicos obrigatórios. Alegam, a este respeito, que o Governo neerlandês tinha anteriormente solicitado  Comissão que desse uma oportunidade ao acordo e que após a carta de 14 de Dezembro de 1988 a aplicao deste apenas podia ser considerada a nível nacional no caso de a Comissão alterar o seu ponto de vista inicial.

- 56 Na audiência, as recorrentes invocaram os acórdãos de 23 de Novembro de 1971, Bock/Comissão (62/70, Recueil, p. 897), e de 17 de Janeiro de 1985, Piraiki-Patraiki/Comissão (11/82, Recueil, p. 207), nos quais o Tribunal de Justiça julgou admissíveis recursos interpostos por particulares de decisões dirigidas a Estados-membros em circunstâncias, no entender das recorrentes, semelhantes às do caso em apreço.
- 57 Alegam ainda que a comunicação do projecto de carta, antes de assinada, às autoridades neerlandesas confirma tratar-se de uma resposta a necessidades específicas sobre cuja natureza o Governo neerlandês tinha exactamente informado a Comissão, e que esta circunstância se opõe a que a carta em questão seja interpretada como uma nota com apenas sugestões de ordem política.
- 58 Ao argumento da Comissão de que a carta impugnada reflecte apenas a opinião pessoal de um dos seus membros, as recorrentes respondem que o autor da carta é o próprio vice-presidente da Comissão encarregado das questões da concorrência. Além disso, deduzem do facto de a carta de 28 de Abril de 1989, já citada, se referir a esta carta e à atitude que «a Comissão» entende adoptar no futuro, que a própria instituição recorrida não viu na carta em questão a mera expressão de uma opinião pessoal.
- 59 Em apoio da sua tese de que a decisão contida na carta de 6 de Março de 1989 lhes diz directa e integralmente respeito, as recorrentes invocam os acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão (26/76, Recueil, p. 1875), e de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt/Comissão (210/81, Recueil, p. 3045). Na audiência, alegaram que deve considerar-se que uma decisão dirigida a um Estado-membro que necessita de medidas de execução no plano nacional diz directamente respeito a particulares, desde que seja possível prever, com certeza ou com uma forte probabilidade, que a medida de execução os afectará e de que modo. Observaram que, no caso em apreço, as consequências da carta impugnada relativamente a elas próprias eram previsíveis.
- 60 Por último, referiram na audiência que seria contrário ao espírito e à extensão da protecção jurídica facultada pelo artigo 173.º do Tratado considerar o seu recurso inadmissível. Alegaram não ser de admitir que a Comissão, no âmbito de uma

política levada a cabo informalmente em matéria de concorrência, disponha de uma liberdade que restringe o controlo jurisdicional previsto no Tratado. Salientaram que o artigo 173.º não visa apenas proteger interesses individuais, mas, o que é muito mais importante, controlar a legalidade dos actos das instituições comunitárias, e que não considerar a carta impugnada uma decisão equivaleria a abrir uma brecha nesse sistema.

- 61 Em resposta às questões colocadas pelo Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes declararam que o artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, nos termos do qual os acordos proibidos pelo artigo 85.º, n.º 1, são nulos, não se opõe a que a carta impugnada seja qualificada de decisão. Alegaram que a admissibilidade de um recurso que tem em vista o controlo da legalidade de um acto adoptado por uma instituição comunitária não pode depender da eventual existência no direito nacional de vias processuais que permitam obter a declaração de nulidade do acordo visado por esse acto.
- 62 As recorrentes invocaram considerações de economia processual para justificar o seu ponto de vista de que a carta impugnada constitui um acto recorrível por parte do Reino dos Países Baixos. No que respeita à base jurídica de tal decisão, observaram que o bloqueamento da aplicação do acordo OPA resultava da interpretação que o Tribunal de Justiça tinha feito dos artigos 85.º e 5.º do Tratado no acórdão de 1 de Outubro de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus* (311/85, *Colect.*, p. 3801). Daqui deduziram que a decisão de eliminar este obstáculo se baseava igualmente nessas disposições.

Natureza jurídica da carta impugnada

- 63 Face a estes elementos de facto e de direito, há que verificar se a carta objecto do presente recurso constitui um acto susceptível de recurso de anulação, na acepção do artigo 173.º do Tratado. Como resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, deve, para o efeito, indagar-se se produziu efeitos jurídicos obrigatórios (ver, por último, o despacho de 17 de Maio de 1989, *Itália/Comissão*, 151/88, *Colect.*, p. 1255, 1261).

1. *Efeitos da carta de Sir Leon Brittan sobre a situação jurídica preexistente*

- 64 O Tribunal de Primeira Instância considera que deve determinar-se, em primeiro lugar, se a carta dirigida por Sir Leon Brittan, em 6 de Março de 1989, aos dois secretários de Estado neerlandeses alterou a situação jurídica preexistente, eliminando designadamente o obstáculo à aplicação, pelas autoridades neerlandesas, do acordo OPA, criado, segundo as recorrentes, pela carta do director G. Rocca, de 14 de Dezembro de 1988.
- 65 Para tanto, cabe analisar, antes de mais, a situação jurídica, tal como se apresentava no momento do envio da carta em questão, à luz da tese defendida pelas recorrentes de que o acordo OPA era incompatível com o disposto no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Nos termos do artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, o acordo OPA era, nesta hipótese, nulo, podendo a sua nulidade ser invocada perante os tribunais nacionais por qualquer pessoa que se considerasse por ele lesada. O facto de ter sido notificado à Comissão era irrelevante para o efeito, dado que apenas uma decisão de isenção tomada nos termos do artigo 85.º, n.º 3, tem por efeito afastar, com efeitos *erga omnes*, a nulidade decorrente do artigo 85.º, n.º 2. Em contrapartida, enquanto tal acordo não tiver sido objecto de uma decisão de proibição da Comissão nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, as partes têm o direito de o aplicar. Se o notificaram à Comissão, o artigo 15.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17 protege-as mesmo contra as multas previstas no artigo 15.º, n.º 2, do mesmo regulamento, em caso de violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, a não ser que a Comissão lhes tenha retirado este benefício, nos termos do artigo 15.º, n.º 6, do referido regulamento. As partes correm, no entanto, o risco de ser invocada a nulidade do seu acordo em acção intentada nos tribunais nacionais.
- 66 A carta do director G. Rocca enviada às partes no acordo OPA em 14 de Dezembro de 1988 não era de molde a alterar esta situação jurídica face ao direito comunitário. Constituía apenas uma primeira avaliação do acordo OPA pelos serviços da Comissão e limitava-se a indicar às partes envolvidas que a possibilidade de lhes ser retirado o benefício do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17 estava a ser examinada. No entanto, na sequência desta carta, apareceu um obstáculo à aplicação do acordo OPA, no quadro do direito neerlandês, dado que o Governo do Reino dos Países Baixos não estava disposto a adoptar as medidas regulamentares a que as partes do acordo tinham subordinado a sua entrada em vigor, enquanto a Comissão mantivesse uma atitude negativa a seu respeito.

- 67 Deve agora examinar-se se a carta impugnada era de molde a alterar a situação jurídica que acaba de ser descrita.
- 68 No que respeita, antes de mais, à alegada nulidade do acordo OPA face ao disposto no artigo 85.º, n.º 2, do Tratado, deve notar-se que a carta de Sir Leon Brittan não pode ser vista como uma decisão de isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3. Constitui apenas o ponto de partida do exame do acordo OPA com vista a determinar se tal isenção poderá ser concedida. Em consequência, não é susceptível de afastar a nulidade do acordo que resulta automaticamente da violação do artigo 85.º, n.º 1, invocada pelas recorrentes.
- 69 Há que verificar em seguida se a carta impugnada gerou efeitos equivalentes aos de uma decisão que, sem produzir os mesmos efeitos jurídicos que uma decisão de isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, tenha, no entanto, alterado a situação jurídica preexistente, afectando os direitos processuais das partes no acordo OPA e de terceiros queixosos.
- 70 Tal decisão pode revestir a forma de um certificado negativo, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, em que a Comissão define a sua posição relativamente a um acordo. Com tal decisão, as partes encontram-se ao abrigo de medidas que a Comissão pudesse tomar contra um acordo entre elas, enquanto os queixosos deixam de poder exigir a reabertura do processo, excepto quando se verifique uma alteração de circunstâncias ou forneçam novos elementos. Os efeitos de um certificado negativo relativamente a terceiros queixosos são assim comparáveis aos de uma decisão que indefira a sua queixa (ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, 4571). Tais efeitos pressupõem, no entanto, uma apreciação definitiva do acordo em questão, o que no caso em apreço não se verificou.
- 71 Deve acrescentar-se que a carta impugnada não afectou o direito das recorrentes de solicitarem que lhes seja enviada uma carta nos termos do artigo 6.º do Regulamento n.º 99/63. A reserva expressa dos direitos processuais das partes que é feita nesta carta demonstra que Sir Leon Brittan pretendeu preservá-los integralmente. Em consequência, a referida carta não alterou igualmente a situação jurídica preexistente no plano processual.

72 Além disso, a Comissão tem o poder de adoptar, antes de se pronunciar definitivamente sobre um acordo notificado ou sobre uma queixa apresentada, medidas provisórias a fim de obviar a uma situação susceptível de causar prejuízos graves e irreparáveis ao queixoso ou intoleráveis para o interesse geral (ver o já citado despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, 792/79 R, Camera/Care/Comissão, Recueil, p. 119, 130 e seguintes). A carta impugnada não manifesta, contudo, qualquer intenção de alterar temporariamente a situação jurídica existente através de semelhantes medidas. Nenhum elemento desta carta permite concluir que o seu autor tenha considerado que as consequências jurídicas das disposições do artigo 85.º, n.º 2, do Tratado e do Regulamento n.º 17 tenham criado, no caso em apreço, uma situação intolerável. A carta não visa nem excluir temporariamente a aplicação do artigo 85.º, n.º 2, nem proibir provisoriamente a sua aplicação ou sujeitá-la a restrições. De facto, se o autor da carta condicionou a possibilidade de uma decisão favorável sobre o acordo OPA a uma alteração do regime relativo ao prémio de promoção de vendas previsto no acordo e à criação de um sistema de controlo, deve notar-se, como faz o Tribunal de Primeira Instancia nos acórdãos hoje proferidos nos processos T-113/89 e T-114/89, que não se estava perante medidas de carácter obrigatório, dado que a carta impugnada deixava em aberto às partes no acordo OPA a possibilidade de as aceitar ou não.

73 As recorrentes defenderam, na audiência, que a queixa apresentada à Comissão pela Prodifarma em 2 de Dezembro de 1988 incluía, de facto, um pedido de adopção de medidas provisórias. No entanto, a carta impugnada não se refere aos dois pedidos apresentados na referida queixa. Esta circunstância corrobora o entendimento do Tribunal de Primeira Instância de que a carta não impôs medidas provisórias, na acepção do despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, Camera Care/Comissão (792/79 R, já citado).

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

74 No entanto, a carta de Sir Leon Brittan levou o Governo neerlandês a alterar a regulamentação nacional de forma a eliminar o obstáculo à aplicação do acordo OPA no direito interno. Há assim que verificar se o Governo neerlandês deu o seu acordo à aplicação do acordo OPA na sequência de uma decisão da Comissão que o autorizava a fazê-lo, ou de um simples parecer.

- 75 A fim de verificar se a posição do membro da Comissão revestiu, relativamente ao Governo neerlandês, a natureza de uma decisão, deve analisar-se, em primeiro lugar, se o acto impugnado assenta numa base jurídica que confira à Comissão o poder de adoptar uma decisão vinculante para um Estado-membro. De facto, resalta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as opiniões manifestadas pela Comissão relativamente às autoridades dos Estados-membros nos domínios em que não dispõe de competência para adoptar decisões obrigatórias constituem apenas meros pareceres desprovidos de efeitos jurídicos (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).
- 76 Deve, para já, salientar-se que tal competência não pode presumir-se, na falta de uma disposição especial do Tratado ou de actos de natureza obrigatória adoptados pelas instituições (despacho de 30 de Setembro de 1987, *Brother Industries/Comissão*, 229/86, *Colect.*, p. 3757, 3762 e seguintes).
- 77 Ora, como salientou a Comissão na audiência, nem o artigo 85.º do Tratado, nem as disposições do Regulamento n.º 17 conferiram à Comissão o poder de adoptar decisões geradoras de efeitos jurídicos relativamente aos Estados-membros. De facto, se o artigo 3.º, n.º 1, deste último regulamento prevê que a Comissão pode, através de decisão, obrigar as empresas ou associações de empresas a pôr termo às infracções do direito da concorrência de que são acusadas, não lhe confere todavia poderes para obrigar os Estados-membros a aprovar determinadas medidas no âmbito da legislação interna, por exemplo, alterar a regulamentação nacional do prémio de promoção de vendas, de que se trata na carta impugnada. Do mesmo modo, o poder da Comissão de emitir certificados negativos nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, e de conceder isenções ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado apenas pode ser exercido em relação às empresa envolvidas, não podendo servir de fundamento a decisões dirigidas aos Estados-membros.
- 78 Quanto ao artigo 11.º, n.º 1, do referido regulamento, 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 servir de base legal

a uma decisão que imponha ao Reino dos Países Baixos a criação do sistema de controlo de que se trata na carta impugnada.

- 79 Competência da Comissão para proferir decisões que produzam efeitos jurídicos relativamente aos 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 adoptarem ou manterem em vigor medidas legislativas ou regulamentares susceptíveis de eliminarem 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 Reishureaus, 311/85, Colect., p. 3801, 3826). Esta obrigação resulta do 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 destinadas a impor-lhes uma conduta conforme ao direito comunitário (despacho de 30 de Setembro de 1987, Brother Industries, 229/86, supracitado). Em consequência, muito menos poderá servir de base legal a uma decisão que autorize um Estado-membro a adoptar uma determinada conduta. Cabe aos Estados-membros velar por que o seu comportamento satisfaça as obrigações que lhes incumbem por força dos artigos 3.º, alínea f), 5.º e 85.º do Tratado, sem prejuízo do controlo exercido *a posteriori* pelo Tribunal de Justiça, no âmbito nos processos previstos nos artigos 169.º e 177.º do Tratado (ver, no que respeita à aplicação desta última norma, o supracitado acórdão de 1 de Outubro de 1987). Em contrapartida, a fiscalização prévia da conformidade das medidas nacionais com o direito comunitário, sob a forma de autorização concedida pela Comissão, não corresponde à repartição de competências entre as autoridades comunitárias e nacionais nesta matéria, tal como se encontra prevista no Tratado.
- 80 É certo que o artigo 89.º atribui à Comissão o poder de proferir decisões relativamente aos Estados-membros a fim de declarar verificadas infracções ao direito da concorrência e autorizá-los a adoptar medidas destinadas a pôr termo a essas violações. No entanto, esta disposição transitória apenas visa as situações em que não existam normas de execução dos artigos 85.º e 86.º, como as do regulamento n.º 17.
- 81 Em contrapartida, o artigo 90.º, n.º 3, do Tratado conferiu à Comissão poderes para dirigir aos Estados-membros decisões adequadas, a fim de velar pelo respeito, por estes, das regras do Tratado, e, designadamente, do artigo 90.º, no que respeita às empresas a que se aplica. No entanto, ressalta claramente da carta impugnada que esta não se baseou nesta norma.

- 82 Deve, pois, concluir-se que aquela carta não assenta numa base jurídica que habilite a Comissão a adoptar uma decisão susceptível de alterar a situação jurídica em que se encontrava o Reino dos Países Baixos, quer obrigando-o, quer autorizando-o a adoptar determinado comportamento. Sendo assim, aquela não produz efeitos jurídicos obrigatórios relativamente a este Estado-membro.
- 83 Esta conclusão não é afectada pelo facto de o Governo neerlandês ter solicitado aquela tomada de posição com a intenção de a acatar, de ter renunciado, na falta de reacção favorável, a adoptar as medidas regulamentares necessárias à execução do acordo OPA e de ter integrado as observações formuladas na carta litigiosa nas medidas posteriormente adoptadas. Nem a intenção das autoridades neerlandesas de dar cumprimento à posição que viesse ser adoptada pela Comissão relativamente ao acordo OPA, nem o facto de terem seguido inteiramente as propostas contidas na carta de Sir Leon Brittan implicam que esta tenha alterado a situação jurídica do Reino dos Países Baixos em relação à Comunidade.
- 84 Em consequência, a tomada de posição de Sir Leon Brittan não constitui nem uma decisão que obrigue o Governo neerlandês a abster-se de dar «luz verde» à versão original do acordo OPA, nem uma autorização de o aplicar numa outra versão, mas um acto cujos efeitos são equiparáveis aos de um parecer que as autoridades nacionais tivessem solicitado com vista a analisar a compatibilidade de medidas por elas projectadas com o direito comunitário, a fim de satisfazer a obrigação que lhes incumbe por força dos artigos 3.º, alínea f), 5.º e 85.º do Tratado.
- 85 Depreenda-se da correspondência entre o Governo neerlandês e a Comissão que o comportamento daquele governo se explica pela preocupação em evitar violações do direito comunitário aquando da execução do acordo OPA. Com esse objectivo, renunciou voluntariamente a aplicá-lo, atenta a posição negativa da Comissão, para depois adaptar a regulamentação nacional à posição definida na carta do membro da Comissão. Aliás, o Tratado, designadamente nos artigos 155.º e 189.º, primeiro parágrafo, prevê expressamente essa cooperação voluntária entre as autoridades nacionais e as instituições comunitárias ao incluir, entre os actos que podem ser adoptados pelas instituições, e designadamente pela Comissão, as recomendações e os pareceres. Esta atribuição expressa de poderes para adoptar actos desprovidos de efeitos jurídicos obrigatórios demonstra que o respeito voluntário

das normas do Tratado e dos actos não obrigatórios das instituições constitui um elemento essencial na realização dos objectivos daquele. Em consequência, o facto de o governo de um Estado-membro se ter absterido, até posição favorável da Comissão, de adoptar uma medida cuja compatibilidade com o Tratado era duvidosa, não é susceptível de conferir à referida tomada de posição o carácter de uma autorização.

- 86 Deve acrescentar-se que não resulta nem da letra nem do espírito da carta impugnada que tivesse em vista produzir quaisquer efeitos jurídicos.
- 87 Como a Comissão salientou, constitui indício nesse sentido a falta de uma decisão colegial da Comissão. Contrariamente às hipóteses em que o Tribunal de Justiça reconheceu a natureza de acto impugnável a cartas assinadas por funcionários da Comissão (ver, por exemplo, o supracitado acórdão de 15 de Março de 1967, *Cimenteries*, 8/66 a 11/66), a carta impugnada não se apresenta nem como a comunicação de uma decisão tomada pela instituição, nem como tendo sido escrita em nome da Comissão ou em virtude de uma delegação de poderes (sistema a que o Tribunal de Justiça reconheceu validade no acórdão de 23 de Setembro de 1986, *AKZO/Comissão*, 5/85, *Colect.*, p. 2585 e 2614). Apresenta-se antes como tendo sido escrita por Sir Leon Brittan em nome próprio e no contexto de uma troca de pontos de vista entre políticos.
- 88 As recorrentes não podem igualmente invocar a carta que o director G. Rocca dirigiu à Prodifarma em 28 de Abril de 1989 para defender que a própria Comissão considerava a carta impugnada antes como uma decisão que como uma tomada de posição política de um dos seus membros. De facto, ao referir-se ao «que foi acordado no processo IV/33. 017», o director utilizou, correctamente, termos incompatíveis com a hipótese de uma decisão obrigatória.
- 89 Por último, as expressões utilizadas por Sir Leon Brittan para indicar ao Governo neerlandês as alterações ao regime previsto pelo acordo OPA que lhe pareciam desejáveis, antes de poder encarar-se uma decisão positiva a seu respeito, não são compatíveis com a tese de que se estaria perante uma autorização sujeita a condições. É assim que, relativamente à fixação da taxa do prémio de promoção de

vendas em 20 %, se limita a dizer «proponho-vos» («stel ik u voor»). Igualmente, no que respeita à criação de um sistema de controlo, os termos utilizados indicam que não está em causa a imposição de tal sistema, mas que a sua criação depende da cooperação voluntária do Governo neerlandês.

- 90 Por todas estas razões, o Tribunal de Primeira Instância conclui que a carta impugnada não gerou efeitos jurídicos obrigatórios relativamente ao Reino dos Países Baixos.

3. Tutela jurisdicional devida aos particulares

- 91 As recorrentes alegam ainda que, dadas as circunstâncias particulares do actual processo, nem a tutela jurisdicional devida aos particulares, nem o controlo da legalidade dos actos das instituições comunitárias ficariam suficientemente garantidos se a carta impugnada não fosse tida como uma decisão.
- 92 Deve, a este respeito, observar-se que a protecção jurisdicional reivindicada pelas recorrentes se destina, fundamentalmente, a obter do Tribunal de Primeira Instância uma declaração relativa tanto à compatibilidade com o direito comunitário da concorrência do acordo sobre o qual incidiu a queixa por elas apresentada junto da Comissão, como à correcção da posição adoptada por Sir Leon Brittan na carta de 6 de Março de 1989. Ora, no artigo 173.º do Tratado não se encontra prevista tal forma de tutela jurisdicional. Se é certo que as disposições relativas à legitimidade processual dos particulares não podem ser interpretadas restritivamente (ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Recueil, p. 197 e 222), acolher um recurso alheio a esta disposição excederia, no entanto, os limites da interpretação do Tratado.
- 93 Por todas estas razões, o Tribunal de Primeira Instância conclui que a carta enviada em 6 de Março de 1989 por Sir Leon Brittan aos dois secretários do Estado neerlandeses não pode ser considerada como decisão susceptível de recurso. Em consequência, não se torna necessário analisar a questão de saber se a carta que Sir Leon Brittan enviou ao Governo neerlandês diz directa e individualmente respeito às recorrentes.

94 Neste contexto, deve acrescentar-se que foi sem razão que as recorrentes invocaram, em apoio da admissibilidade do actual recurso, os já citados acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1971, Bock (62/70), e de 17 de Janeiro de 1985, Piraiki-Patraiki (11/82). Nestes processos, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a questão de saber se uma decisão da Comissão dirigida a um Estado-membro que requeira medidas de execução, por parte deste último, para produzir efeitos práticos relativamente ao particular, diz directamente respeito a este. É certo que uma certa semelhança entre os factos subjacentes ao presente recurso e as situações sobre o que o Tribunal de Justiça se pronunciou nos dois referidos acórdãos resulta do facto de o Governo neerlandês ter expressamente condicionado a sua decisão de criar as condições necessárias à aplicação do acordo OPA a uma reacção favorável da Comissão e que, por isso, a sua intenção de agir de acordo com a tomada de decisão que solicitara não suscitava quaisquer dúvidas. Os recursos admitidos pelo Tribunal de Justiça neste processos dirigiam-se, contudo, contra decisões que tinham produzido efeitos jurídicos relativamente aos Estados-membros em causa, autorizando-os a adoptar medidas que afectavam os particulares e que, na falta das decisões impugnadas, teriam violado o direito comunitário. No caso em apreço, pelo contrário, tal decisão não existe. Em consequência, a referida jurisprudência não pode constituir um argumento em favor da admissibilidade do presente recurso.

95 Do conjunto das considerações precedentes resulta que deve julgar-se inadmissível o presente recurso.

Despesas

96 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento Processual, aplicável *mutatis mutandis* ao processo aplicável no Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 11.º, terceiro parágrafo, da referida decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, 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, condenando-as solidariamente nas despesas. Dado que não apresentou qualquer pedido sobre esta questão, a interveniente suportará as suas próprias 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 efectua-
das pela interveniente, que 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