

brief nationale maatregelen heeft vastgesteld, wijzigt niet het rechtskarakter ervan. Voor het optreden van een nationale overheid ten aanzien van een onder artikel 85 EEG-Verdrag vallende overeenkomst tussen

ondernemingen verleent namelijk noch dit artikel, noch verordening nr. 17 of artikel 5 EEG-Verdrag de Commissie de bevoegdheid, een bindende beschikking tot een Lid-Staat te richten.

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste Kamer)

13 december 1990 *

In zaak T-113/89,

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma”, gevestigd te Utrecht,

en

Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf, gevestigd te Amsterdam,

vertegenwoordigd door B. H. Ter Kuile, advocaat te 's-Gravenhage, en E. H. Pijnacker Hordijk, advocaat te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, 8, rue Zithe,

verzoeksters,

tegen

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

verweerster,

* Procestaal: Nederlands.

ondersteund door

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

intervenient,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking, dan wel de meerdere beschikkingen, die volgens verzoeksters zijn vervat in verschillende brieven van een lid van de Commissie en van een directeur van het Directoraat-generaal Concurrentie,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste Kamer),

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

griffier: B. Pastor, administrateur

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

Arrest

De feiten die aan het beroep ten grondslag liggen

1. Onderhavig beroep is een uitvloeisel van de sedert de jaren zeventig door de Nederlandse overheid ondernomen pogingen om de kosten van geneesmiddelen te beperken die extramuraal worden geleverd. Het staat in nauw verband met de zaken T-114/89 (VNZ/Commissie, Jurispr. 1990, blz. II-827) en T-116/89 (Prodifarma/Commissie I, Jurispr. 1990, blz. II-843), alsmede met zaak T-3/90 (Prodifarma/Commissie II, beschikking niet-ontvankelijkheid van 23 januari 1991, Jurispr. 1991, blz. II-1). De in elk van deze zaken ingestelde beroepen zijn gericht tegen de reactie van de Commissie op een overeenkomst die een verlaging van het prijsniveau voorziet waartegen geneesmiddelen aan apotheekhoudenden worden geleverd, in verband met een wijziging van de Nederlandse regeling in-

zake de wederverkoopmarge voor de apothekhoudenden. Nagenoeg alle Nederlandse representatieve organisaties van ondernemingen in de farmaceutische industrie, van ziekenfondsen en ziektekostenverzekeraars en van beroepsgroepen die met de geneesmiddelenvoorziening te maken hebben, zijn bij dit akkoord aangesloten, dat dan ook „Omni-Partijen Akkoord” (hierna: OPA) wordt genoemd. Bij de vaststelling van de feiten die aan het beroep ten grondslag liggen, heeft het Gerecht ambtshalve rekening gehouden met de feitelijke gegevens, vervat in de dossiers van de zaken T-114/89 en T-116/89.

1. *De nationale wettelijke regeling*

- 2 Het belangrijkste instrument van de Nederlandse overheid om in te grijpen in de kosten van de geneesmiddelenvoorziening is de Wet tarieven gezondheidszorg (hierna: WTG) van 20 november 1980 (Stbl. 646), die regelen stelt met betrekking tot de tarieven van instellingen of personen die geneeskundige verzorging verstrekken, waartoe ook de apothekers en apothekhoudende huisartsen worden gerekend. Artikel 2, lid 1, WTG bevat een algemeen verbod om een tarief in rekening te brengen dat niet overeenkomstig de wet is goedgekeurd of vastgesteld.
- 3 Bij de WTG is de vaststelling en goedkeuring van de tarieven voor de gezondheidszorg toevertrouwd aan het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (hierna: COTG), een publiekrechtelijk lichaam. Het COTG kan richtlijnen vaststellen inzake de hoogte, de opbouw en de wijze van berekening van een tarief of van onderdelen van een tarief. Deze richtlijnen behoeven de goedkeuring van de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, de minister van Economische Zaken en de minister die het op grond van zijn verantwoordelijkheid voor het beleid ten aanzien van de betrokken categorie van instellingen of personen die geneeskundige verzorging verstrekken, mede aangaat. Krachtens artikel 13 WTG moet het COTG bij zijn beslissingen ter zake van goedkeuring of vaststelling van tarieven deze richtlijnen in acht nemen. Op grond van artikel 14 kunnen de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de minister van Economische Zaken tezamen het COTG aanwijzingen geven met betrekking tot de inhoud van de richtlijnen. Het COTG is gehouden, deze aanwijzingen bij de vaststelling van de richtlijnen te volgen.
- 4 Overeenkomstig deze bepaling is door de staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de staatssecretaris van Economische Zaken op 21 april

1987 een aanwijzing gegeven, dat richtlijnen dienden te worden vastgesteld tot wijziging van het regime van aan apothekhoudenden betaalde vergoedingen voor het afleveren van geneesmiddelen, ten einde in deze sector besparingen te verwezenlijken.

- 5 De aanwijzing was enerzijds erop gericht dat van de vergoeding waarop de apothekhoudende aanspraak kon maken, de kortingen in mindering werden gebracht die de leverancier van het geneesmiddel hem hadden verstrekt, voor zover deze kortingen meer bedroegen dan 2% van de voor het betreffende geneesmiddel geldende, door het COTG erkende lijstprijs.
- 6 Anderzijds was zij erop gericht, het inkopen en afleveren van generieke of parallel geïmporteerde geneesmiddelen te stimuleren, die goedkoper zijn dan de door de producent of de officiële importeur op de Nederlandse markt gebrachte farmaceutische spécialités. Weliswaar wordt de keuze van het geneesmiddel dat de consument zal kopen, in beginsel door de voorschrijvende medicus gemaakt, doch de apotheker heeft de mogelijkheid om op verzoek van de consument een ander, gelijkwaardig geneesmiddel af te leveren. Op die manier kan de apotheker een rol spelen bij de substitutie van farmaceutische spécialités door parallel geïmporteerde of generieke geneesmiddelen. De aanbeveling voorzag dat de apotheker als stimuleringspremie een derde van het prijsverschil tussen het voorgeschreven duurdere farmaceutische spécialité en het door hem afgeleverde goedkopere geneesmiddel voor zichzelf mocht behouden.
- 7 Per 1 januari 1988 voerde het COTG een regeling in, die in overeenstemming was met de hiervoor beschreven aanwijzing. Hoewel men het er nog niet over eens is, of deze regeling de gewenste dan wel nadelige gevolgen had, wordt wel in ruime mate erkend dat de verhoopte besparingen niet alle konden worden gerealiseerd. Daarom zocht de Nederlandse regering naar nog stringenter prijsmaatregelen. Daartoe kwam zij met een plan, het zogenoemde „ijkprijsstelsel”, waarbij een vast plafond werd vastgesteld voor de vergoeding, door de ziekenfondsen, van alle geneesmiddelen die bij de behandeling van een bepaalde aandoening konden worden voorgeschreven, zodat indien de arts een middel voorschreef dat meer kostte dan de vastgestelde ijkprijs, de patiënt het verschil zelf moest bijbetalen. Tot invoering van dit plan is het echter niet gekomen, gedeeltelijk omdat vanuit de beroepsorganisaties in de sector gezondheidszorg het OPA aan de overheid als een alternatief plan werd voorgesteld om de noodzakelijk geachte besparingen te verwezenlijken die, zoals de Nederlandse regering had besloten, een bedrag van 420 miljoen HFL per jaar dienden te bereiken.

2. *Het Omni-Partijen Akkoord*

a) De partijen bij het OPA

- 8 Voortbouwend op eerdere initiatieven van de Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma”, een van de verzoeksters in de onderhavige zaak, en van de Vereniging van Nederlandse Ziekenfondsen „VNZ”, een van de verzoeksters in zaak T-114/89, is op 18 augustus 1988 het OPA gesloten.
- 9 Het OPA verenigt — op één uitzondering na — de organisaties die alle partijen vertegenwoordigen die betrokken zijn bij het voorschrijven en afleveren van geneesmiddelen, dat wil zeggen de producenten en de leveranciers, de voorschrijvende medici en de apothekers, alsmede de verzekeraars en de ziekenfondsen die de kosten ervan dragen. De verzoeksters in onderhavige zaak en in zaak T-114/89 zijn partij bij het akkoord.
- 10 De hiervoor genoemde uitzondering is Prodifarma, verzoekster in de zaken T-116/89 en T-3/90, een vereniging waarbinnen kleinere ondernemingen zijn georganiseerd, die generieke geneesmiddelen of farmaceutische spécialités produceren dan wel locopreparaten parallel importeren, doch geen deel uitmaken van de merkgeneesmiddelenindustrie. Hoewel Prodifarma aan het vooroverleg voor het akkoord heeft deelgenomen, zijn zij en de in haar verenigde ondernemingen geen partij bij dit akkoord. De Nederlandse regering is evenmin partij bij dit akkoord.

b) De inhoud van het OPA

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

- 12 De voornaamste bepalingen van het OPA kunnen worden samengevat als volgt. In punt 7.1 van het OPA hebben de leden van beide verzoeksters in de onderhavige zaak, Nefarma en Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf, zich bereid verklaard om de apotheekinkooprijzen van farmaceutische spécialités met gemiddeld 7% te verlagen. Punt 8 van het OPA voorziet een „prijzenstop” tot 1 januari 1991. Verder verklaren partijen dat zij zullen afzien van „inhaalprijshogingen” na deze datum. In punt 9 van het OPA verbinden Nefarma en de Bond van Groothandelaren zich ertoe, de prijzen van nieuw te introduceren geneesmiddelen vast te stellen op een niveau dat overeenkomt met het gemiddelde van de in een aantal andere Lid-Statens toegepaste prijzen.
- 13 De door de partijen bij het akkoord aan de overheid voorgestelde wijzigingen in de nationale regeling betreffen in de eerste plaats een verruiming van de kortingen die een apotheekhoudende kan krijgen, zonder dat zij in aanmerking worden genomen voor de vergoeding door de ziekenfondsen, van 2 tot 4% (punt 10). In de tweede plaats wordt de overheid verzocht, de hierboven beschreven stimuleringspremie die de apotheekhoudende ontvangt voor het verstrekken van goedkopere geneesmiddelen, terug te brengen van 33,3% tot 15% (punt 11).
- 14 In bijlage 2 bij het OPA zijn ramingen van de partijen bij het OPA opgenomen over de ontwikkeling van de markt na de invoering van een premie van 15%. De omzet van de verkopen van farmaceutische spécialités zou vanaf 1988 tot 1990 dalen van 1 750 tot 1 700 miljoen HFL, die van farmaceutische preparaten zou toenemen van 250 tot 360 miljoen HFL en die van parallel geïmporteerde geneesmiddelen van 135 tot 200 miljoen HFL.

3. *Het verloop van de administratieve procedure*

- 15 Bij brief van 6 september 1988 heeft de voorzitter van Nefarma het OPA voorgelegd aan de staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en aan de staatssecretaris van Economische Zaken. Aan het eind van de maand november 1988 verklaarde de Nederlandse overheid zich bereid het OPA een kans te geven. Er werd verwacht dat de bij het OPA overeengekomen prijsverlagingen op 1 januari 1989 in werking zouden treden.

- 16 Vervolgens zijn bij de Commissie twee parallele procedures betreffende het OPA ingeleid. Op 2 december 1988 legde Prodifarma, verzoekster in zaak T-116/89, bij de Commissie een klacht neer, waarin zij haar, refererend aan artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204; hierna: verordening nr. 17) verzocht, vast te stellen dat het OPA in strijd is met artikel 85 EEG-Verdrag. Verder werd het OPA op 9 december 1988 door Nefarma, verzoekster in de onderhavige zaak, namens alle partijen bij het OPA bij de Commissie aangemeld. Zij verzocht om een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17 en subsidiair om een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag.
- 17 In een brief van 14 december 1988, ondertekend door de heer Rocca, directeur bij het Directoraat-generaal Concurrentie, deelde de Commissie de partijen bij het OPA mee, dat naar het voorlopig oordeel van haar diensten het OPA in strijd was met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag op grond van de prijsvereenkomst die het bevatte, en dat de partijen bij het OPA geen enkel argument hadden aangedragen dat een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, zou kunnen rechtvaardigen. De Commissie voegde daaraan toe, dat de mogelijkheid werd onderzocht om een procedure op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 in te leiden. Een afschrift van deze brief werd aan Prodifarma gestuurd.
- 18 Na deze eerste negatieve reactie van de Commissie hebben verschillende partijen bij het OPA, alsmede de Nederlandse regering, in de persoon van de twee betrokken staatssecretarissen, diverse malen contact opgenomen met de diensten van de Commissie en met het lid van de Commissie, belast met de mededinging, ten einde hun nadere inlichtingen omtrent het OPA te verstrekken en om het OPA te bepleiten.
- 19 Inmiddels werd de procedure voortgezet, waarmee werd beoogd de nationale regeling, inzonderheid de richtlijnen van het COTG, aan te passen aan de inhoud van het OPA. Op 23 december 1988 deelde de Nederlandse regering de partijen bij het OPA en Prodifarma c. s. evenwel mee, dat de Nederlandse overheid de wijzigingen van de richtlijnen, die noodzakelijk waren voor de implementatie van het OPA, niet zou goedkeuren voordat zij met inachtneming van het „definitieve standpunt van de Commissie” kon beoordelen, of een dergelijke goedkeuring al dan niet in strijd zou zijn met het Verdrag. Inderdaad hebben de bevoegde staats-

secretarissen, toen het COTG op 29 december 1988 had besloten zijn richtlijnen te wijzigen, hun goedkeuring aan deze wijziging onthouden. Anders dan de partijen bij het OPA en de Nederlandse regering aanvankelijk hadden voorzien, is het OPA dus niet op 1 januari 1989 in werking kunnen treden.

- 20 De pogingen van de partijen bij het OPA en van de Nederlandse regering om de Commissie te overtuigen van de verdiensten van dit akkoord, zijn begin 1989 voortgezet. Zo hadden de staatssecretaris van Economische Zaken en zijn ambtgenoot van het Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur op hun verzoek op 7 februari 1989 een onderhoud met Sir Leon Brittan, het nieuwe lid, belast met de mededinging. Hierop volgde op 9 februari een brief van de staatssecretaris van Economische Zaken, de heer Evenhuis, aan Sir Leon Brittan, waarin eerstgenoemde nadere toelichtingen gaf om de verlaging van de stimuleringspremie van 33,3% tot 15% te rechtvaardigen.
- 21 In antwoord hierop stuurde Sir Leon Brittan de beide staatssecretarissen de brief van 6 maart 1989, waartegen verzoeksters in de onderhavige zaak, alsmede de verzoeksters in de zaken T-114/89 en T-116/89 opkomen. In deze brief, waarvan het ontwerp reeds enige dagen tevoren per telefax aan de Nederlandse overheid was toegezonden, verklaarde het lid van de Commissie, dat hij „als voormalig minister van Financiën” het belang van de doelstelling van de Nederlandse regering, de beheersing van de kosten van de geneesmiddelenvoorziening in Nederland, onderschreef. Hij stelde evenwel vast, dat de anti-concurrentiële werking van de bepalingen van het OPA betreffende de verlaging van de stimuleringspremie en de uitbreiding van de toegestane kortingsmarge moest worden afgezwakt, voordat in positieve zin kon worden beslist.
- 22 Volgens hem moest het OPA aan twee voorwaarden voldoen alvorens de Commissie ter zake in positieve zin kon beslissen:
- in de eerste plaats moest de stimuleringspremie voor de aflevering van goedkopere geneesmiddelen worden verlaagd tot 20% in plaats van 15% van het prijsverschil ten opzichte van de duurere farmaceutische spécialités;
 - in de tweede plaats moest de werking van de verlaging van de stimuleringspremie gedurende een jaar worden beproefd met behulp van een daartoe ingevoerd controlestelsel.

23 De brief bezigde onder meer de volgende bewoordingen:

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

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

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

25 Op 16 maart 1989 werd een afschrift van de brief verzonden aan Nefarma. In een begeleidend schrijven van directeur Rocca verklaarde deze laatste, dat de vraag of het OPA de mededinging vervalste tussen farmaceutische spécialités en generieke of parallel geïmporteerde geneesmiddelen, zou worden onderzocht met inachtneming van de door de partijen bij het OPA in bijlage 2 bij het OPA opgestelde prognoses omtrent de marktontwikkeling (uitgaande van een stimuleringspremie van 15%).

26 Op 17 maart 1989 verklaarde de meerderheid van de leden van Nefarma zich bereid te aanvaarden dat de stimuleringspremie werd vastgesteld op 20%. De andere partijen bij het OPA verklaarden zich eveneens bereid het toe te passen onder de in de brief van 6 maart 1989 vermelde voorwaarden. Het COTG pastte zijn richtlijnen dienovereenkomstig aan en de Nederlandse regering heeft deze goedgekeurd. De in het OPA gedane voorstellen werden dus per 1 april 1989 ingevoerd.

27 In antwoord op het verzoek van Nefarma en Prodifarma aan de Commissie om nadere preciseringen omtrent de controle die zij voornemens was uit te oefenen,

verklaarde directeur Rocca in een brief van 4 april 1989 dat de beoordeling zou plaatsvinden aan de hand van een maandelijkse rapportage omtrent de marktaandeelen van spécialités, generieke geneesmiddelen en van parallel geïmporteerde producten. Deze gegevens zouden door de Commissie worden vergeleken met de prognoses van de partijen bij het OPA.

- 28 Op 28 april 1989 stuurde directeur Rocca verzoeksters een brief, die een gedetailleerd overzicht bevatte van de gegevens waarover de Commissie ten behoeve van de controle wenste te beschikken, en waarin verzoeksters werd verzocht om bedoelde gegevens te verstrekken.

De procedure

- 29 Bij verzoekschrift, ingeschreven ter griffie van het Hof van Justitie op 10 mei 1989, hebben verzoeksters tegen de Commissie onderhavig beroep tot nietigverklaring van de beschikkingen ingesteld, die huns inziens zijn vervat in de brief van Sir Leon Brittan van 6 maart 1989 en in de brieven van directeur Rocca van 16 maart en van 4 en 28 april 1989.

- 30 Tot staving van hun vordering voeren verzoeksters twee hoofdgrievens aan. Om te beginnen betogen zij dat de Commissie zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat het OPA onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag valt. In de tweede plaats zijn zij van mening dat de Commissie ten onrechte een positieve uitspraak omtrent de verenigbaarheid van het OPA met de Europese mededingingsregels afhankelijk heeft gesteld van de twee in de bestreden brieven gestelde voorwaarden.

- 31 Bij op 30 juni 1989 neergelegde memorie heeft de Commissie krachtens artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

- 32 Bij op 20 oktober 1989 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft het Koninkrijk der Nederlanden verzocht om toelating tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

- 33 Bij beschikking van 15 november 1989 heeft het Hof krachtens artikel 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg verwezen.
- 34 Bij beschikking van 7 december 1989 heeft het Gerecht (Eerste Kamer) het Koninkrijk der Nederlanden toegelaten tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. In een op 19 januari 1990 neergelegde memorie heeft interveniënt te kennen gegeven dat hij zich ter zake van de ontvanke­lijkheidsvraag wenst te onthouden van het innemen van een standpunt, evenwel onder het voorbehoud om in een latere fase van de procedure opmerkingen ten gronde te kunnen maken.
- 35 Op rapport van de rechter-rapporteur, heeft het Gerecht (Eerste Kamer) besloten het verzoek van de Commissie in te willigen om op de exceptie van niet-ontvanke­lijkheid uitspraak te doen zonder daarbij op de zaak ten principale in te gaan. Ter terechtzitting van 20 juni 1990 zijn verzoeksters en de Commissie in hun plei­doeien gehoord en hebben zij vragen van het Gerecht beantwoord.
- 36 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

1) nietig te verklaren:

- de beschikking van de Commissie, vervat in de brief van het lid van de Commissie Sir Leon Brittan aan de staatssecretarissen A. J. Evenhuis en D. J. D. Dees, gedagtekend 6 maart 1989;
- de beschikkingen van de Commissie, vervat in de brieven van de directeur bij het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie G. Rocca aan Nefarma, gedagtekend respectievelijk 16 maart, 4 april en 28 april 1989,

voor zover de Commissie bij deze beschikking, respectievelijk beschikkingen, heeft geoordeeld dat het OPA valt binnen de werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, alsmede voor zover de Commissie bij deze be­schikking, respectievelijk beschikkingen, een tweetal voorwaarden heeft verbon­

den aan haar besluit een positief oordeel uit te spreken over de verenigbaarheid van het OPA met de Europese mededingingsregels;

2) de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

37 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

38 Met betrekking tot de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid concluderen verzoeksters dat het het Gerecht behage:

— de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen;

— de Commissie — bij eindarrest — te verwijzen in de kosten van het incident.

39 Intervenient verklaart zich ter zake van de ontvankelijkheid van het door verzoeksters ingestelde beroep te refereren aan het oordeel van het Gerecht.

40 Aan het einde van de terechtzitting heeft de president de mondelinge behandeling inzake de exceptie van niet-ontvankelijkheid gesloten verklaard.

De ontvankelijkheid van de vordering tot nietigverklaring

41 Tot staving van de door haar opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid stelt de Commissie primair, dat een handeling van een gemeenschapsinstelling slechts krachtens artikel 173 EEG-Verdrag in rechte kan worden aangevochten, indien zij bindende rechtsgevolgen in het leven roept.

- 42 Volgens de Commissie heeft de brief van Sir Leon Brittan uitsluitend feitelijke en niet juridische gevolgen gehad. Deze brief bindt niet de Nederlandse regering, tot wie zij was gericht, noch derden, zoals verzoeksters, of zelfs de Commissie zelf. Bij lezing van de betrokken brief blijkt onmiddellijk, dat het hier gaat om een meningsuiting zonder bindende gevolgen en dus niet om een „handeling” in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag.
- 43 Tot staving van haar stelling wijst de Commissie om te beginnen met nadruk op bepaalde termen van de brief die, voor zover daarin uitdrukkelijk de mogelijkheid van een latere beslissing van de Commissie wordt opengelaten waarop op generlei wijze wordt vooruit gelopen, het voorlopige karakter ervan aantonen. Deze brief bevatte slechts voorstellen en betekende niet het einde van de zaak, noch had hij het door de diensten van de Commissie verrichte onderzoek beëindigd, dat integendeel pas goed op gang was gekomen met de invoering van het „monitoringsysteem”. Ter terechtzitting voegde verweerster daaraan toe, dat indien zij in een later stadium een beslissing ten gronde in deze zaak zou nemen, deze beslissing terugwerkende kracht zou hebben en in de plaats zou komen van de bestreden brief. Pas wanneer er een dergelijke eindbeslissing was genomen, zouden verzoeksters een beroep op de noodzaak van rechtsbescherming kunnen doen.
- 44 Vervolgens betoogt de Commissie dat de bestreden brief aan de partijen bij het OPA niet een of ander juridisch voordeel ontnemt en de aan de aanmelding verbonden bescherming tegen boetes die zij genieten, intact blijft. De brief heeft niets uit te staan met het vaststellen van voorlopige maatregelen in de zin van de beschikking van het Hof van 17 januari 1980 (zaak 792/79 R, Camera Care/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 119) en hij laat de procedurele rechten van de partijen onverlet, zoals die zijn neergelegd in verordening nr. 17 van de Raad en verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbende en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, nr. 127, blz. 2268).
- 45 Volgens de Commissie zijn de bindende rechtsgevolgen voor verzoeksters niet in het leven geroepen door de brief, maar door het besluit van de Nederlandse regering — die hierbij op eigen gezag en verantwoordelijkheid handelde — om het OPA te implementeren met inachtneming van de in de bestreden brief voorgestelde wijzigingen. De Commissie erkent dat de Nederlandse regering haar besluit om de voorwaarden te creëren welke noodzakelijk waren om het OPA te implementeren,

afhankelijk heeft gemaakt van het „groene licht” van de Commissie. Zij beklemtoont evenwel, dat de Nederlandse overheid zich vrijwillig aan het standpunt van de Commissie heeft geconformeerd.

- 46 Ook betoogt de Commissie dat het beroep niet gericht is tegen een collegiaal genomen besluit van de Commissie, dat de daarvoor gebruikelijke interne procedure heeft doorlopen, maar tegen een brief waarin één lid van de Commissie, nadat de regering van de betrokken Lid-Staat daarop bij hem had aangedrongen, zijn persoonlijke visie geeft op een dossier dat zich nog in een vroeg stadium van onderzoek bevindt.
- 47 De Commissie voegt daaraan toe, dat derden, aan wie de brief van Sir Leon Brittan niet was gericht, door die brief dus op generlei wijze konden worden geraakt. Derden kunnen volgens haar eerst rechtstreeks en individueel worden geraakt, in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag, indien er een primair geadresseerde is ten aanzien van wie de bestreden handeling rechtsgevolgen produceert, hetgeen bij de betrokken brief niet het geval is ten aanzien van de Nederlandse regering.
- 48 Ten aanzien van de brieven van directeur Rocca is de Commissie van mening dat het daarbij gaat om handelingen van lopend beheer, die een zuiver feitelijk karakter hebben en verzoeksters' rechtspositie in geen enkel opzicht kunnen beïnvloeden. Volgens de Commissie heeft het in de bestreden brieven voorziene „monitoring-systeem” verzoeksters' rechtspositie niet gewijzigd, aangezien deelneming daaraan op vrijwillige basis geschiedt. Zij voegt daaraan toe, dat zij ervan heeft afgezien om bij wege van bindende beschikking om inlichtingen te verzoeken, zoals zij overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 had kunnen doen, en zij betoogt dat verzoekster Nefarma zelf zich niet aan het „monitoring-systeem” gebonden acht, omdat zij in januari 1990 de toezending van de in het kader van dit systeem voorziene statistische gegevens heeft gestaakt.
- 49 Tot staving van haar exceptie van niet-ontvankelijkheid betoogt de Commissie subsidiair, dat verzoeksters geen procesbelang hebben aangetoond. Het ontbreken van het procesbelang blijkt uit het feit dat verzoeksters erin hebben berust dat de stimuleringspremie werd vastgesteld op 20% in plaats van de oorspronkelijke in het

OPA voorziene 15%, zoals blijkt uit een brief van 21 maart 1989, volgens welke de Nefarma-leden in meerderheid met dit nieuwe percentage akkoord zijn gegaan.

- 50 Ter terechtzitting heeft de Commissie ten slotte de vrees uitgesproken dat een verdere versoepeling van de ontvankelijkheidsvereisten aanleiding zou geven tot een golf van beroepen tegen allerhande brieven die door haar diensten aan ondernemingen zouden worden gestuurd in de loop van hen betreffende onderzoeken, zodat zij in de toekomst niet meer zou kunnen ingaan op de talrijke tot haar gerichte verzoeken om een informele stellingname van haar diensten.
- 51 Verzoeksters stellen dat de door hen bestreden brieven beschikkingen bevatten die voor hen bindende en onomkeerbare rechtsgevolgen in het leven roepen. In de bestreden brieven heeft de Commissie zich onherroepelijk verbonden om zich onder bepaalde, in detail uiteengezette voorwaarden in positieve zin over het OPA uit te spreken.
- 52 Volgens verzoeksters heeft Sir Leon Brittan in zijn brief van 6 maart 1989 op verzoek van de Nederlandse regering een definitief oordeel gegeven over de verenigbaarheid van het OPA met de bepalingen van artikel 85 EEG-Verdrag en gaat het om een beschikking die hun rechtspositie als partij bij dit akkoord beïnvloedt, onafhankelijk van het feit dat deze beschikking is vervat in een brief aan de Nederlandse regering. Zij betogen dat de implementatie van het OPA in zijn geheel afhankelijk was van de daaraan voorafgaande wijziging van de destijds geldende publiekrechtelijke regelgeving door de Nederlandse overheid, die op haar beurt haar handelen afhankelijk had gesteld van de voorafgaande instemming van de Commissie. Het lot van het OPA was aldus volledig in handen gelegd van de Commissie, die bij brief van 6 maart 1989 de vereiste stap heeft gezet ten einde de implementatie van de in het OPA voorgestelde maatregelen mogelijk te maken.
- 53 Volgens verzoeksters heeft de inhoud van deze brief de Nederlandse regering belet, de nodige maatregelen te nemen om het OPA in zijn oorspronkelijke versie te implementeren, omdat de Commissie anders een beroep wegens niet-nakoming krachtens de artikelen 5, 3, sub f, en 85 EEG-Verdrag zou hebben ingesteld. Verder stond het Nederlandse recht eveneens eraan in de weg, dat de overheid het „groene licht” gaf voor de oorspronkelijke versie van het OPA zolang er twijfel

bestond of het, wat het gemeenschapsrecht betreft, geldig was. Verder had de brief derden, met name de vereniging Prodifarma, de mogelijkheid geboden in het kader van beroepen voor de Nederlandse rechter met een beroep op de brief, de tenuitvoerlegging van het OPA in zijn oorspronkelijke vorm te verhinderen.

- 54 Gelet op deze context, was de Commissie zich volgens verzoeksters welbewust van de gevolgen die haar beschikking teweeg zou brengen en heeft zij door de vaststelling van deze beschikking de rechtspositie van de diverse bij het OPA betrokkenen willen vaststellen c. q. wijzigen. Zij achten het ter zake dan ook niet nodig, te onderzoeken of de Commissie een rechtsgrondslag had op grond waarvan zij een bindende beschikking tot het Koninkrijk der Nederlanden kon richten.
- 55 Verzoeksters zijn van mening dat de brief van Sir Leon Brittan een beschikking vormt ten aanzien van het Koninkrijk der Nederlanden, doch zelfs wanneer dit niet het geval mocht zijn, zou hij niettemin een beschikking te hunner aanzien vormen. Beslissend voor de kwalificatie „beschikking” is het feit dat door die brief hun rechtspositie rechtstreeks en individueel wordt geraakt.
- 56 Ook de brieven van directeur Rocca hebben volgens verzoeksters rechtsgevolgen in het leven geroepen, al was het maar met betrekking tot de wijze van implementatie van het „monitoring-systeem” waarvan sprake is in de brief van Sir Leon Brittan. Ter terechtzitting hebben zij evenwel verklaard dat zij tegen deze brieven niet onafhankelijk van het tegen de brief van het lid van de Commissie ingestelde beroep wilden opkomen en dat onderhavig beroep slechts subsidiair eveneens tegen de brieven van directeur Rocca is gericht.
- 57 Zij betogen dat de door de Commissie tot staving van haar exceptie van niet-ontvankelijkheid aangevoerde argumenten slechts de vorm van de bestreden handelingen betreffen. De door de Commissie gekozen vorm is huns inziens niet beslissend, doch er dient rekening te worden gehouden met de inhoud en de gevolgen van de betrokken brieven.

58 Hoewel de tekst van de brief van 6 maart 1989 erop lijkt te wijzen dat hij slechts een voorlopig karakter draagt, blijkt het bij nadere beschouwing om een definitieve beslissing te gaan, zij het met een voorshands gelimiteerde geldingsduur. Dit standpunt wordt volgens verzoeksters bevestigd door de latere brieven van directeur Rocca, die bij de beoordeling van de gevolgen van de brief van Sir Leon Brittan mede in de beschouwing moeten worden betrokken. Het definitieve karakter van de bestreden brieven blijkt volgens hen uit de navolgende elementen:

- een definitief oordeel dat het OPA bij een verlaging van de premie tot stimulering van de afgifte van goedkopere geneesmiddelen tot 15% onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag valt, gepaard aan een definitieve weigering, voor het OPA op die voet ontheffing van het verbod te verlenen;
- een definitieve en onomkeerbare machtiging tot implementatie van het OPA gedurende een tijdvak van één jaar bij toepassing van een stimuleringspremie van 20%;
- de definitieve en onomkeerbare invoering van een „monitoring-systeem” met het oog op de toetsing van de aanvaardbaarheid van de continuering van het OPA na ommekomst van deze proefperiode van één jaar.

59 Zelfs indien de Commissie in de toekomst ooit nog een formele beschikking uit hoofde van verordening nr. 17 ten aanzien van het OPA zou nemen, zouden bovengenoemde definitieve conclusies volgens verzoeksters daarbij nimmer kunnen worden teruggedraaid.

60 Tegen het argument dat er geen collegiaal genomen besluit van de Commissie is, voeren verzoeksters aan, dat uit de latere brieven van directeur Rocca blijkt dat de brief van Sir Leon Brittan van 6 maart 1989 niet enkel zijn individuele standpunt, maar dat van de Commissie weergeeft.

61 Verder stellen verzoeksters nog, dat de door hen bestreden beslissingen zich weliswaar aan het procedurele kader van verordening nr. 17 onttrekken, doch dat de feitelijke en juridische gevolgen ervan geen andere zijn dan die van een formele verbodsbeschikking ex artikel 3 van verordening nr. 17, respectievelijk van een

formele ontheffingsbeschikking onder beperkende voorwaarden ingevolge artikel 8 van verordening nr. 17, onverminderd, wat het tweede punt van vergelijking betreft, de bevoegdheid die de nationale rechter in casu behoudt, om de betrokken overeenkomst te toetsen aan artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

- 62 Verzoeksters laten in het midden of de Commissie bevoegd is dergelijke maatregelen buiten het kader van verordening nr. 17 te nemen. Zij beklemtonen evenwel dat aan deze verordening nadelen kleven in zaken van dermate spoedeisende aard als de onderhavige, omdat zij niet in de mogelijkheid van (tijdelijke) ontheffingen op heel korte termijn voorziet. Los van de vraag of deze afwijking van de voorschriften van verordening nr. 17 door de Commissie geoorloofd is, mogen de justitiabelen daardoor niet verstoken blijven van de rechtsmiddelen die hen tegen formele beschikkingen ingevolge deze verordening ter beschikking staan.
- 63 Ter terechtzitting hebben verzoeksters dit argument nader uitgewerkt. Zij stellen dat er een spanning bestaat tussen deze verordening, die zij als verouderd hebben gekwalificeerd, en de noodzaak voor de Commissie en de Lid-Staten om een slagvaardig en doelmatig concurrentiebeleid te voeren. Zij zijn bereid te accepteren dat de Commissie procedures volgt die niet zijn voorzien in verordening nr. 17, zoals zij in casu heeft gedaan. Deze praktijk roept volgens verzoeksters wel de vraag op, in hoeverre de Commissie in het kader van het concurrentiebeleid overleg met de nationale autoriteiten moet kunnen voeren, zonder het risico te lopen dat door de betrokken ondernemingen beroep wordt ingesteld. Verzoeksters betogen evenwel met klem dat in dergelijke omstandigheden de betrokken ondernemingen rechtsbescherming moet worden geboden. Zij vrezen dat een arrest waarbij hun beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, de Commissie in staat zou stellen op de markten van de Gemeenschap te interveniëren door handelingen vast te stellen die rechtsgevolgen dan wel feitelijke effecten hebben, die evenwel aan een rechterlijke toetsing zouden ontsnappen.
- 64 De vraag of verzoeksters door de bestreden brieven rechtstreeks en individueel worden geraakt, moet volgens hen bevestigend worden beantwoord met betrekking tot zowel de beschikkingen, vervat in de brieven welke rechtstreeks aan hen zijn gericht, als de beschikking, vervat in de brief aan de beide staatssecretarissen. Aangezien deze laatste beschikking niets anders behelst dan het standpunt van de Commissie ten aanzien van de overeenkomst waarbij verzoeksters partij zijn, ach-

ten zij zich door deze beschikking rechtstreeks en individueel geraakt, als waren zij de adressaten van die beschikking. Bovendien is diezelfde beschikking door middel van de brief van directeur Rocca aan Nefarma van 16 maart 1988 mede alsnog tot verzoeksters gericht.

- 65 Ten slotte wordt volgens verzoeksters aan hun procesbelang niet afgedaan doordat zij de wijzigingen hebben aanvaard die naar aanleiding van de brief van Sir Leon Brittan in de voorstellen in het OPA zijn aangebracht, en met de implementatie ervan hebben ingestemd. De Commissie had hen voor een fait accompli gesteld, zodat hun geen andere mogelijkheid restte dan — onder protest — mee te werken aan de implementatie van het OPA dat was gewijzigd overeenkomstig de door de Commissie gegeven aanwijzingen. Hadden zij die medewerking geweigerd, dan had het OPA als rechtstreeks gevolg van het optreden van de Commissie in het geheel niet kunnen worden geïmplementeerd.

Het rechtskarakter van de bestreden brieven

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

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

- 67 Het Gerecht is van mening, dat in de eerste plaats dient te worden bepaald, of de brief die Sir Leon Brittan op 6 maart 1989 aan de beide Nederlandse staatssecretarissen heeft gestuurd, ten aanzien van het Koninkrijk der Nederlanden dergelijke gevolgen in het leven heeft geroepen.
- 68 Daartoe dient in de eerste plaats te worden onderzocht, of de bestreden handeling op een rechtsgrondslag berust die de Commissie machtigt een voor een Lid-Staat bindende beschikking te geven. Immers, volgens de rechtspraak van het Hof zijn de opvattingen die de Commissie aan de autoriteiten van een Lid-Staat kenbaar maakt op gebieden waar zij niet bevoegd is om bindende beschikkingen vast te

stellen, loutere adviezen die geen rechtsgevolgen hebben (bij voorbeeld arresten van 4 februari 1959, zaak 17/57, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit, Jurispr. 1959, blz. 9, 26; en van 27 maart 1980, zaak 133/79, Sucrimex/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 1299, 1310; vorengenoemde beschikking van 17 mei 1989, zaak 151/88, Italië/Commissie, blz. 1261).

69 Vooraf zij opgemerkt dat bij gebreke van een specifieke bepaling in het Verdrag of in normatieve handelingen van de instellingen een dergelijke bevoegdheid niet kan worden voorondersteld (beschikking van 30 september 1987, zaak 229/86, Brother Industries/Commissie, Jurispr. 1987, blz. 3757).

70 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, is de Commissie evenwel noch in artikel 85 EEG-Verdrag, noch in de bepalingen van verordening nr. 17 de bevoegdheid verleend om ten aanzien van de Lid-Staten bindende beschikkingen vast te stellen. Weliswaar voorziet artikel 3, lid 1, van deze laatste verordening, dat de Commissie ondernemingen en ondernemingsverenigingen bij beschikking kan verplichten, een einde te maken aan hun ten laste gelegde inbreuken op het mededingingsrecht, doch deze bepaling verleent de Commissie niet de bevoegdheid om een Lid-Staat te verplichten bepaalde maatregelen in zijn nationale recht te implementeren, zoals bij voorbeeld het wijzigen van de nationale regeling betreffende de stimuleringspremie, waarvan sprake is in de bestreden brief.

71 Met betrekking tot artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17, waarin wordt bepaald dat de Commissie „ter vervulling van de taken welke haar zijn opgedragen... alle noodzakelijke inlichtingen (kan) inwinnen bij de regeringen en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten...”, zij opgemerkt dat deze bepaling niet als rechtsgrondslag kan dienen voor een beschikking die het Koninkrijk der Nederlanden verplicht, het in de bestreden brief bedoelde „monitoring-systeem” in te voeren.

72 Een bevoegdheid van de Commissie tot vaststelling van beschikkingen die de Lid-Staten kunnen binden, kan evenmin worden afgeleid uit de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke het Verdrag de Lid-Staten de verplichting oplegt, geen wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen te nemen of in stand te laten, die de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag hun nuttig effect kunnen ontnemen (zie bij

voorbeeld het arrest van 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801, 3826). Deze verplichting vloeit voort uit artikel 5 EEG-Verdrag, dat dient te worden uitgelegd met inachtneming van de artikelen 3, sub f, en 85. Artikel 5 EEG-Verdrag verleent de Commissie evenwel niet de bevoegdheid om bindende beschikkingen tot de Lid-Staten te richten (vorenge-noemde beschikking van 30 september 1987, zaak 229/86, Brother Industries).

- 73 Weliswaar is de Commissie ingevolge artikel 89 bevoegd, ten aanzien van de Lid-Staten beschikkingen te geven om inbreuken op het mededingingsrecht vast te stellen, doch deze overgangsbepaling betreft slechts situaties waarin geen uitvoeringsbepalingen van de artikelen 85 en 86, zoals verordening nr. 17, zijn vastgesteld.
- 74 Daarentegen is de Commissie in artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag wel de bevoegdheid verleend om passende beschikkingen tot de Lid-Staten te richten ten einde ervoor te waken dat zij de regels van het Verdrag en vooral die van artikel 90, betreffende de onder de werkingssfeer van deze bepaling vallende bedrijven en ondernemingen, eerbiedigen. Uit de bestreden brief blijkt evenwel duidelijk dat hij niet op deze bepaling is gebaseerd.
- 75 Derhalve dient te worden vastgesteld, dat de betrokken brief niet berust op een rechtsgrondslag die de Commissie de bevoegdheid verleent om een beschikking te geven die bindend zou kunnen zijn voor het Koninkrijk der Nederlanden. Bijgevolg heeft hij ten aanzien van deze Lid-Staat geen bindende rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen.
- 76 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat de Nederlandse regering om dit standpunt had verzocht, waaraan zij zich wilde conformeren, en dat zij de opmerkingen in de betrokken brief nauwgezet in acht heeft genomen toen zij de bestuursrechtelijke maatregelen vaststelde, die noodzakelijk waren voor de implementatie van het OPA. Noch het voornemen van de Nederlandse overheid om zich te conformeren aan het standpunt dat de Commissie met betrekking tot het OPA zou innemen, noch het feit dat zij de in de brief van Sir Leon Brittan vervatte voorstellen volledig heeft gevolgd, betekent dat deze brief een juridische verplichting daartoe in het leven heeft geroepen.

- 77 Evenmin kan de betrokken brief bindende gevolgen hebben krachtens een Nederlandse rechtsregel op grond waarvan de regering de implementatie van het OPA niet zou mogen toestaan zolang er twijfel omtrent zijn geldigheid bestaat. Het staat niet aan het Gerecht om in casu uitspraak te doen over het bestaan van een dergelijke regel, waarop verzoeksters een beroep hebben gedaan. Gesteld evenwel dat het Nederlandse recht de Nederlandse overheid verbiedt op nationaal vlak bestuursrechtelijke maatregelen vast te stellen die in strijd kunnen zijn met het gemeenschapsrecht, dan dient te worden opgemerkt dat de toepassing van een dergelijke regeling tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten behoort. Daartoe zouden zij op eigen verantwoordelijkheid dienen te beoordelen, of de beoogde maatregelen verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.
- 78 In dit verband is het standpunt van Sir Leon Brittan niet te beschouwen als een beschikking op grond waarvan de Nederlandse regering moest weigeren, het „groene licht” te geven voor de oorspronkelijke versie van het OPA, maar als een handeling met vergelijkbare gevolgen als een advies dat de nationale autoriteiten konden gebruiken om de geldigheid van het OPA te toetsen. Het is namelijk niet een brief van de Commissie die ter zake twijfels heeft kunnen oproepen, daar de nietigheid van een met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag strijdige overeenkomst van rechtswege voortvloeit uit artikel 85, lid 2.
- 79 Blijkens de briefwisseling tussen de Nederlandse regering en de Commissie is het optreden van deze regering hierdoor te verklaren, dat zij, door vrijwillig de nationale regeling aan te passen met inachtneming van het in de brief van het lid van de Commissie tot uitdrukking gebrachte standpunt, het risico wilde vermijden dat zij bij de implementatie van het OPA in strijd met het gemeenschapsrecht zou handelen. In het Verdrag, met name in de artikelen 155 en 189, eerste alinea, wordt overigens uitdrukkelijk een dergelijke vrijwillige samenwerking tussen de nationale autoriteiten en de gemeenschapsinstellingen voorzien, doordat daarin eveneens de aanbevelingen en adviezen als handelingen worden genoemd die de gemeenschapsinstellingen en inzonderheid de Commissie kunnen vaststellen. Uit deze uitdrukkelijke bevoegdheid om niet-bindende handelingen vast te stellen blijkt, dat de vrijwillige naleving van niet-bindende handelingen van de instellingen een essentieel bestanddeel is bij de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag. Bijgevolg wordt aan het niet-bindende karakter van een standpunt van een gemeenschapsinstelling niet afgedaan door het feit dat de regering tot wie de handeling was gericht, zich daaraan heeft geconformeerd.

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

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

82 Verder is de taal waarmee Sir Leon Brittan de Nederlandse regering heeft kenbaar gemaakt, welke wijzigingen in het door het OPA voorziene stelsel hem wenselijk leken alvorens ten aanzien van dit akkoord een positieve beslissing kon worden overwogen, niet die van een bindende handeling. Zo gebruikt hij met betrekking tot de vaststelling van de stimuleringspremie op 20% slechts de woorden: „stel ik u voor”. Eveneens duiden de met betrekking tot de invoering van een „monitoring-systeem” gebezigde woorden erop, dat het niet de bedoeling was een dergelijk stelsel voor te schrijven, maar dat de invoering ervan zou afhangen van de vrijwillige medewerking van de Nederlandse regering.

83 Om al deze redenen stelt het Gerecht vast, dat de op 6 maart 1989 door Sir Leon Brittan tot de beide Nederlandse staatssecretarissen gerichte brief ten aanzien van het Koninkrijk der Nederlanden niet als een beschikking kan worden aangemerkt.

2. *De gevolgen van de bestreden brieven jegens verzoeksters*

84 Vervolgens dient te worden onderzocht, of de brief van Sir Leon Brittan, afzonderlijk dan wel te zamen met de brieven van directeur Rocca, waartegen onderhavige beroep subsidiair is gericht, ten aanzien van verzoeksters een beschikking oplevert.

- 85 Ter zake dient om te beginnen verzoeksters' stelling te worden onderzocht, dat deze brief een definitief oordeel over de oorspronkelijke versie van het OPA in het licht van artikel 85 EEG-Verdrag bevat, zodat deze brief jegens de partijen bij het akkoord dezelfde gevolgen heeft als een verbodsbeschikking ex artikel 3 van verordening nr. 17, respectievelijk een ontheffingsbeschikking onder beperkende voorwaarden ingevolge artikel 8, lid 1, van deze verordening.
- 86 In de brief van het lid van de Commissie wordt te kennen gegeven, dat vanwege de mededingingsbeperkende gevolgen van het akkoord in zijn oorspronkelijke versie naar alle waarschijnlijkheid geen ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag zal kunnen worden verleend. Uit de bewoordingen van deze brief blijkt evenwel, dat de toetsing van het akkoord aan het mededingingsrecht nog niet was afgerond. Dit blijkt vooral uit het uitdrukkelijk daarin gemaakte voorbehoud met betrekking tot de procedurele rechten van de partijen bij het OPA. Voor verzoeksters betekent dit voorbehoud, dat zij het recht hebben, een mededeling van de punten van bezwaar te ontvangen en dat zij daarop kunnen antwoorden voordat de Commissie een verbodsbeschikking ex artikel 3 van verordening nr. 17 vaststelt, die voor hen juridisch bindend zou kunnen zijn. Voorts blijkt daaruit, dat het lid van de Commissie in geen enkel opzicht buiten het kader van verordening nr. 17 om ten aanzien van verzoeksters een maatregel van gelijke waarde als een verbodsbeschikking wilde vaststellen.
- 87 De bestreden brieven hebben evenmin gevolgen teweeggebracht die vergelijkbaar zijn met die van een ontheffingsbeschikking waaraan voorwaarden en verplichtingen zijn verbonden, die volgens de rechtspraak van het Hof vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring (zie het arrest van 23 oktober 1974, zaak 17/74, *Transocean Marine Paint/Commissie*, Jurispr. 1974, blz. 1063, 1080). Deze brieven vormen namelijk slechts het beginpunt van het onderzoek van het OPA ten einde te bepalen of een dergelijke ontheffing kan worden verleend. Bijgevolg kunnen de voorwaarden waarvan de mogelijkheid van een positieve beslissing aan het einde van het onderzoek in de brief van Sir Leon Brittan afhankelijk is gesteld, wat hun gevolgen betreft, niet worden gelijkgesteld met de krachtens artikel 8, lid 1, van verordening nr. 17 in een ontheffingsbeschikking opgenomen voorwaarden.
- 88 Verder dient nog te worden onderzocht, of de bestreden brieven ten aanzien van verzoeksters rechtsgevolgen in het leven hebben geroepen, omdat zij, wat de hoogte van de stimuleringspremie en de invoering van het „monitoring-systeem” aangaat, op verbindende wijze de voorwaarden voor de implementatie van het OPA vastleggen.

- 89 Ter zake dient rekening te worden gehouden met de bevoegdheid die de Commissie heeft om, alvorens zij zich definitief uitspreekt over een bij haar aangemelde overeenkomst of over een bij haar ingediende klacht, voorlopige maatregelen te nemen, ten einde het hoofd te bieden aan een situatie die ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen aan de klager of die voor het algemeen belang onduelbaar zijn (zie bij voorbeeld vorengenoemde beschikking van het Hof van 17 januari 1980, zaak 792/79 R, Camera Care/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 119, 130 e. v.).
- 90 Bij onderzoek van de bestreden brieven blijkt evenwel dat zij niet kunnen worden aangemerkt als beschikkingen waarbij dergelijke bindende voorlopige maatregelen worden ingevoerd, maar dat zij de partijen bij het OPA volledig vrij laten om zich al dan niet daarnaar te voegen. Dit geldt zowel voor de wijziging van het percentage van de stimuleringspremie als voor de invoering van het „monitoring-systeem”.
- 91 Weliswaar heeft Sir Leon Brittan in zijn brief van 6 maart 1989 de mogelijkheid voorzien, dat partijen de bepalingen van het OPA zouden aanpassen aan de door hem aan de Nederlandse overheid voorgestelde voorwaarden, doch deze wijziging van het akkoord op privaatrechtelijk vlak bleef volledig afhankelijk van de instemming van partijen. Uit de brief van directeur Rocca van 4 april 1989 blijkt trouwens dat verzoekster Nefarma bereid was deze wijziging door te voeren.
- 92 Overigens doen de twee brieven betreffende het „monitoring-systeem”, die directeur Rocca op 4 en 28 april 1989 aan verzoeksters heeft gestuurd, niets af aan het vrijwillige karakter van dit systeem. In eerstgenoemde brief wordt namelijk enkel de invoering ervan voorbereid door een nadere uitwerking van de modaliteiten van de in de brief van Sir Leon Brittan voorgestane controle. Ofschoon de Commissie in de brief van 28 april 1989 Nefarma en haar leden om nauwkeurige inlichtingen heeft verzocht, voldoet deze brief niet aan de eisen die in artikel 11, lid 3, van verordening nr. 17 worden gesteld in geval van een niet-bindend verzoek om inlichtingen. A fortiori kan hij niet worden gelijkgesteld met een verzoek om inlichtingen bij wege van een bindende beschikking in de zin van artikel 11, lid 5, van deze verordening.

- 93 In tegenstelling tot hetgeen verzoeksters beweren, blijkt uit de brieven van directeur Rocca overigens niet, dat in de brief van Sir Leon Brittan het standpunt van de Commissie als instelling werd weergegeven. Weliswaar verwijst directeur Rocca in zijn brieven naar toekomstige beslissingen van de Commissie, doch dit betekent niet dat de Commissie in het verleden reeds een beslissing had genomen. Sir Leon Brittan noch directeur Rocca heeft in zijn brief, respectievelijk brieven naar een voordien door de instelling genomen beslissing verwezen.
- 94 Daarentegen was de juridische hinderpaal voor de implementatie van het OPA, zoals het oorspronkelijk door partijen was gesloten, een gevolg van het feit dat de Nederlandse overheid het bestuursrechtelijk kader waarbinnen het akkoord een rol diende te spelen, inzonderheid de regeling betreffende de stimuleringspremie, overeenkomstig de aanwijzingen in de brief van Sir Leon Brittan heeft gewijzigd. Deze bestuursrechtelijke maatregelen van de Nederlandse overheid zijn inderdaad verbindend voor verzoeksters.
- 95 Er dient evenwel aan te worden herinnerd, dat het Gerecht hiervoor heeft vastgesteld, dat deze maatregelen vrijwillig en zonder een beschikking van de Commissie die rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen ten aanzien van de Nederlandse regering, zijn genomen. Bijgevolg kunnen de bindende gevolgen die voor verzoeksters uit handelingen van de nationale overheid voortvloeien, niet aan de Commissie worden toegerekend, zodat zij niet als gevolgen kunnen worden beschouwd, die door de bestreden brieven zijn teweeggebracht.
- 96 Deze brieven hebben dus geen bindende gevolgen ten aanzien van verzoeksters.

3. *De rechtsbescherming van particulieren*

- 97 Verzoeksters betogen verder nog, dat de rechtsbescherming van particulieren niet voldoende is gewaarborgd indien het Gerecht zal toestaan dat de Commissie voor de toepassing van het mededingingsrecht in overleg kan treden met de nationale overheid, dat uitmondt in maatregelen die op nationaal vlak verbindend zijn voor de justitiabelen, zonder dat haar beleidsbeslissingen in dit kader aan een toetsing van de gemeenschapsrechter zijn onderworpen.

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

99 Om al deze redenen stelt het Gerecht vast, dat de brief van Sir Leon Brittan, die op 6 maart 1989 aan de Nederlandse staatssecretaris van Economische Zaken en aan zijn ambtsgenoot van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur is gestuurd, afzonderlijk of te zamen met de drie brieven van directeur Rocca van 16 maart en van 4 en 28 april 1989, waartegen onderhavig beroep subsidiair is gericht, ten aanzien van het Koninkrijk der Nederlanden noch ten aanzien van verzoeksters bindende rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen, zodat hier geen sprake is van een voor beroep vatbare beschikking.

100 Onderhavig beroep dient derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard, zonder dat er termen aanwezig zijn om te onderzoeken of de brief van Sir Leon Brittan aan de Nederlandse regering verzoeksters rechtstreeks en individueel raakt.

De kosten

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

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste Kamer),

rechtdoende:

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

Cruz Vilaça

Krischner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 december 1990.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça