

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟΥ (πρώτο τμήμα)
της 13ης Δεκεμβρίου 1990 *

Στην υπόθεση T-116/89,

Vereniging Prodifarma, με έδρα το Άμστερνταμ,

Katwijk Farma BV, με έδρα το Katwijk,

Lagap BV, με έδρα το Krimpen a/d IJssel,

Medicalex BV, με έδρα το Ridderkerk,

Polyfarma BV, με έδρα το Groningen,

Stephar BV, με έδρα το Krimpen a/d IJssel,

εκπροσωπούμενες από τους M. van Empel και A. J. H. W. M. Versteeg, δικηγόρους
Άμστερνταμ, με αντίκλητο στο Λουξεμβούργο τον δικηγόρο J. Loesch, 8, rue Zithe,

προσφεύγουσες,

κατά

Επιτροπής των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενης από τον B. J. Drijber,
μέλος της νομικής της υπηρεσίας, με αντίκλητο στο Λουξεμβούργο τον Guido
Berardis, μέλος της νομικής υπηρεσίας της Επιτροπής, Centre Wagner, Kirchberg,

καθής,

υποστηριζόμενης από το

Βασίλειο των Κάτω Χωρών, εκπροσωπούμενο από τον J. W. Zwaan, βοηθό νομικό
σύμβουλο στο Υπουργείο Εξωτερικών, με τόπο επιδόσεων στο Λουξεμβούργο την
ενταύθα πρεσβεία των Κάτω Χωρών, 5, rue C. M. Sproo,

παρεμβαίνον,

* Γλώσσα διαδικασίας: η ολλανδική.

που έχει ως αντικείμενο προσφυγή με την οποία ζητείται η ακύρωση αποφάσεως η οποία, κατά τις προσφεύγουσες, περιλαμβάνεται σε έγγραφο ενός μέλους της Επιτροπής,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (πρώτο τμήμα),

συγκείμενο από τους J. L. Cruz Vilaça, Πρόεδρο, H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas και K. Lenaerts, δικαστές,

γραμματέας: B. Pastor, υπάλληλος διοικήσεως

λαμβάνοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της προφορικής διαδικασίας της 20ής Ιουνίου 1990,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

Τα περιστατικά της προσφυγής

- 1 Η παρούσα διαφορά εντάσσεται στο πλαίσιο των προσπαθειών που καταβάλλουν από τη δεκαετία του 70 οι ολλανδικές δημόσιες αρχές για να ελέγξουν το κόστος των φαρμάκων που χρησιμοποιούνται εκτός των νοσοκομείων και άλλων νοσηλευτικών ιδρυμάτων. Συνδέεται στενά με τις υποθέσεις T-113/89 (Nefarma κατά Επιτροπής, Συλλογή 1990, σ. II-797) και T-114/89 (VNZ κατά Επιτροπής, Συλλογή 1990, σ. II-827), καθώς και με την υπόθεση T-3/90 (Prodifarma κατά Επιτροπής II, Διάταξη περί απαραδέκτου της 23ης Ιανουαρίου 1991, Συλλογή 1991, σ. II-1). Οι προσφυγές που ασκήθηκαν σε κάθε μια από τις υποθέσεις αυτές στρέφονται κατά της αντιδράσεως που εκδήλωσε η Επιτροπή έναντι της συμφωνίας η οποία προβλέπει μείωση του ύψους των τιμών των φαρμάκων που παραδίδονται στους φαρμακοποιούς, σε συνδυασμό με την τροποποίηση της ολλανδικής κανονιστικής ρυθμίσεως περί του περιθωρίου κέρδους των φαρμακοποιών. Η συμφωνία αυτή υπεγράφη από το σύνολο σχεδόν των αντιπροσωπευτικών ολλανδικών οργανώσεων των επιχειρήσεων του φαρμακευτικού τομέα, των δημοσίων ταμείων και των ιδιωτικών οργανισμών ασφαλίσεως έναντι ασθeneίας, καθώς και από τους επαγγελματίες οι οποίοι έχουν σχέση με την προμήθεια φαρμάκων, γι' αυτό δε αποκαλείται *Omni-Partijen Akkoord* (στο εξής: συμφωνία OPA). Διαπιστώνοντας τα περιστατικά της προσφυγής, το Πρωτοδικείο έλαβε αυτεπαγγέλτως υπόψη τα πραγματικά στοιχεία που περιλαμβάνονται στις δικογραφίες των παραλλήλων υποθέσεων T-113/89 και T-114/89.

1. *Η εθνική κανονιστική ρύθμιση*

- 2 Το κύριο μέσο παρεμβάσεως των ολλανδικών δημοσίων αρχών όσον αφορά το κόστος των φαρμάκων είναι ο νόμος περί τιμολογήσεως των πράξεων ιατροφαρμακευτικής περιθάλψεως (*Wet tarieven gezondheidszorg*, στο εξής: *WTG*), ο οποίος θεσπίστηκε στις 20 Νοεμβρίου 1980 [*Stbl. (Επίσημη Εφημερίδα)* 1980, σ. 646] και ο οποίος περιλαμβάνει ορισμένους κανόνες σχετικά με τα τιμολόγια των ιδρυμάτων ή προσώπων που παρέχουν περίθαλψη, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται οι φαρμακοποιοί και οι ιατροί γενικής ιατρικής που διατηρούν φαρμακείο. Το άρθρο 2, παράγραφος 1, του νόμου *WTG* απαγορεύει γενικά την εφαρμογή τιμολογίου που δεν έχει εγκριθεί ή καθοριστεί σύμφωνα με τον νόμο.

- 3 Ο νόμος *WTG* ανέθεσε τον καθορισμό και την έγκριση των τιμολογίων για ιατροφαρμακευτικές πράξεις στο *Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg* (κεντρικό γραφείο τιμολογίων για τις ιατροφαρμακευτικές πράξεις, στο εξής: *COTG*), που είναι οργανισμός δημοσίου δικαίου. Το *COTG* μπορεί να εκδίδει οδηγίες σχετικά με το ύψος, τη δομή και τις λεπτομέρειες πλήρους ή μερικής εφαρμογής ενός τιμολογίου. Οι οδηγίες αυτές πρέπει να εγκρίνονται από τον Υπουργό Πρόνοιας, Υγιεινής και Πολιτισμού, από τον Υπουργό Οικονομικών και από τον αρμόδιο Υπουργό λόγω της ευθύνης του στην πολιτική που πρέπει να ασκείται έναντι της κατηγορίας των ιδρυμάτων ή των προσώπων που παρέχουν την περίθαλψη για την οποία γίνεται λόγος. Κατά το άρθρο 13 του νόμου *WTG*, ο *COTG* πρέπει να λαμβάνει υπόψη τις οδηγίες αυτές όταν εκδίδει αποφάσεις εγκρίσεως ή καθορισμού των τιμολογίων. Το άρθρο 14 παρέχει στον Υπουργό Πρόνοιας, Υγιεινής και Πολιτισμού και στον Υπουργό Οικονομικών την εξουσία να απευθύνουν κατόπιν κοινής συμφωνίας στον *COTG* συστάσεις ως προς το περιεχόμενο των οδηγιών, που ο *COTG* υποχρεούται να τηρεί κατά την έκδοση των οδηγιών.

- 4 Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, ο Υφυπουργός Πρόνοιας, Υγιεινής και Πολιτισμού και ο Υφυπουργός Οικονομικών απηύθυναν στις 21 Απριλίου 1987 σύσταση σχετικά με τη θέσπιση οδηγιών για την τροποποίηση του καθεστώτος αποδόσεων των ποσών που καταβάλλονται στους φαρμακοποιούς για την προμήθεια φαρμάκων, προκειμένου να πραγματοποιηθούν οικονομίες σ' αυτόν τον τομέα.

- 5 Η σύσταση απέβλεπε, αφενός, στο να αφαιρούνται από το αποδιδόμενο ποσό, το οποίο μπορούσε να αξιώσει ο φαρμακοποιός, οι εκπτώσεις που παρείχε σ' αυτόν ο προμηθευτής του φαρμάκου εφόσον οι εκπτώσεις αυτές υπερβαίνουν 2 % της τιμής του εν λόγω φαρμάκου, όπως περιλαμβανόταν σε πίνακα εγκριθέντα από το *COTG*.

6 Αφετέρου, η σύσταση απέβλεπε στο να ενθαρρύνει την αγορά και την προμήθεια από τους φαρμακοποιούς φαρμάκων με κοινόχρηστη ονομασία ή παράλληλης εισαγωγής, φθηνότερα από τα φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα που διαθέτουν στην ολλανδική αγορά ο παραγωγός ή ο επίσημος εισαγωγέας. Μολονότι είναι αληθές ότι η επιλογή του φαρμάκου που θα αγοραστεί από τον καταναλωτή ανήκει, καταρχήν, στον ιατρό που εκδίδει τη συνταγή, εντούτοις ο φαρμακοποιός διατηρεί τη δυνατότητα να προμηθεύσει άλλο ισόδυναμο φάρμακο αν ο καταναλωτής το ζητήσει. Κατ' αυτόν τον τρόπο, ο φαρμακοποιός μπορεί να διαδραματίσει ρόλο στην υποκατάσταση φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων από φάρμακα παράλληλης εισαγωγής ή κοινόχρηστης ονομασίας. Η σύσταση απέβλεπε στο να επιτρέψει στον φαρμακοποιό να παρακρατεί ως κίνητρο το ένα τρίτο της διαφοράς μεταξύ της υψηλότερης τιμής του χορηγούμενου από τον ιατρό φαρμακευτικού ιδιοσκευάσματος και της τιμής του φθηνότερου φαρμάκου που προμήθευσε ο φαρμακοποιός.

7 Ο COTG εφάρμοσε από 1ης Ιανουαρίου 1988 καθεστώς σύμφωνο με την περιγραφόμενη πιο πάνω σύσταση. Μολονότι η διαμάχη συνεχίζεται όσον αφορά τον επωφελή ή καταστροφικό χαρακτήρα των αποτελεσμάτων του καθεστώτος αυτού, αντίθετα αναγνωρίζεται ευρέως ότι με το καθεστώς αυτό δεν κατέστη δυνατό να πραγματοποιηθούν όλες οι προβλεφθείσες οικονομίες. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο η Ολλανδική Κυβέρνηση αποφάσισε να λάβει ακόμη αυστηρότερα μέτρα ελέγχου των τιμών. Προς τούτο, υπέβαλε σχέδιο, αποκαλούμενο *ijkrijzensysteem*, κατά το οποίο θα καθοριζόταν ένα ενιαίο ανώτατο όριο για την απόδοση δαπανών από τα ταμεία ιατροφαρμακευτικής ασφαλίσεως για όλα τα φάρμακα τα οποία μπορούν να χορηγηθούν για τη θεραπεία συγκεκριμένης ασθένειας ώστε, αν ο ιατρός χορηγήσει φάρμακο του οποίου το κόστος υπερβαίνει το καθοριζόμενο ποσό, ο ασθενής υποχρεούται να καταβάλει ο ίδιος τη διαφορά. Πάντως, οι συστάσεις αυτές δεν τέθηκαν σε εφαρμογή, εν μέρει διότι οι επαγγελματικές οργανώσεις του τομέα της υγείας πρότειναν στις αρχές τη συμφωνία OPA ως εναλλακτική λύση για την πραγματοποίηση των οικονομιών που θεωρούνται ως αναγκαίες και οι οποίες, όπως είχε αποφασίσει η Ολλανδική Κυβέρνηση, έπρεπε να ανέρχονται σε 420 εκατομμύρια φιορίνια (HFL) ετησίως.

2. Η συμφωνία OPA

α) Τα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία OPA

8 Αποτέλεσμα προγενέστερων πρωτοβουλιών της ολλανδικής ενώσεως φαρμακευτικών βιομηχανιών « Nefarma », μιας από τις προσφεύγουσες στην παρούσα υπόθεση, και της ενώσεως των ολλανδικών ασφαλιστικών ταμείων, VNZ, μιας από τις προσφεύγουσες στην υπόθεση T-114/89, η συμφωνία OPA συνήφθη στις 18 Αυγούστου 1988.

- 9 Στη συμφωνία μετέχουν — πλην μιας εξαιρέσεως — οι αντιπροσωπευτικές οργανώσεις όλων των μερών που έχουν σχέση με τη χορήγηση και την προμήθεια φαρμάκων: οι παραγωγοί και οι προμηθευτές, οι ιατροί οι οποίοι χορηγούν τα φάρμακα και οι φαρμακοποιοί που τα προμηθεύουν, καθώς και οι ασφαλιστές και τα ταμεία ιατροφαρμακευτικής περιθάλψεως που υφίστανται το κόστος.
- 10 Η εξαίρεση αφορά την Prodifarma, προσφεύγουσα στην παρούσα υπόθεση και στην υπόθεση T-3/90, ένωση στην οποία μετέχουν οι μικρότερες επιχειρήσεις και οι οποίες δεν περιλαμβάνονται στις βιομηχανίες φαρμάκων που χαρακτηρίζονται από το εμπορικό τους σήμα, δηλαδή τις επιχειρήσεις που παράγουν φάρμακα κοινόχρηστης ονομασίας ή φαρμακευτικά ιδιοσκευάσματα ή ακόμη επιδίδονται στην παράλληλη εισαγωγή φαρμάκων κοινόχρηστης ονομασίας. Μολονότι μετείχε στη φάση των διαβουλεύσεων που προηγήθηκε της συνάψεως της συμφωνίας, η Prodifarma και οι επιχειρήσεις που είναι μέλη της δεν είναι συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία. Επίσης, η Ολλανδική Κυβέρνηση δεν περιλαμβάνεται μεταξύ των συμβαλλομένων μερών στη συμφωνία.

β) Το περιεχόμενο της συμφωνίας OPA

- 11 Η συμφωνία OPA διαιρείται σε δύο κύρια μέρη, καθένα διαφορετικού χαρακτήρα. Πρώτον, περιλαμβάνει μια συμφωνία μεταξύ των συμβαλλομένων μερών, ιδιωτικού δικαίου, με την οποία οι παραγωγοί και οι διανομείς αναλαμβάνουν να εφαρμόζουν έναντι των φαρμακοποιών μειώσεις επί των τιμών πώλησεως των φαρμακευτικών προϊόντων. Δεύτερον, περιλαμβάνει προτάσεις των συμβαλλομένων για τις τροποποιήσεις της εθνικής κανονιστικής ρυθμίσεως που περιγράφεται πιο πάνω που τα μέρη επιθυμούν να θεσπιστούν από τις δημόσιες αρχές και από τις οποίες εξαρτούν την εφαρμογή της συμφωνίας τους σε επίπεδο ιδιωτικού δικαίου. Τα δύο αυτά κύρια σημεία συμπληρώνονται από ορισμένες διατάξεις σχετικά με το πεδίο εφαρμογής της συμφωνίας και τις υποχρεώσεις των συμβαλλομένων μερών σχετικά με την εφαρμογή του καθεστώτος που προτείνουν.
- 12 Οι κύριες διατάξεις της συμφωνίας OPA μπορούν να συνοψιστούν ως εξής. Τα μέλη των δύο προσφευγουσών οργανώσεων στην υπόθεση T-113/89, η Nefarma και η Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf (ένωση χονδρεμπόρων του φαρμακευτικού τομέα), αναφέρουν, στο σημείο 7.1 της συμφωνίας, ότι είναι έτοιμα να μειώσουν κατά 7 % κατά μέσο όρο τις τιμές πώλησεως των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων που εφαρμόζουν έναντι των φαρμακοποιών. Το σημείο 8 της συμφωνίας προβλέπει « πάγωμα των τιμών » έως την 1η Ιανουαρίου 1991. Τα συμβαλλόμενα μέρη αναφέρουν επίσης ότι παραιτούνται από τις « αυξήσεις αναπροσαρμογής » μετά την ημερομηνία αυτή. Στο σημείο 9 της συμφωνίας, η Nefarma και η Bond van Groothandelaren αναλαμβάνουν να καθορίσουν τις τιμές των φαρμάκων που κυκλοφορούν για πρώτη φορά σε επίπεδο το οποίο αντιστοιχεί στον μέσο όρο των τιμών που εφαρμόζονται στα άλλα κράτη μέλη.

- 13 Οι τροποποιήσεις της εθνικής κανονιστικής ρυθμίσεως που τα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία προτείνουν στις δημόσιες αρχές αφορούν, πρώτον, αύξηση από 2 σε 4 % των εκπτώσεων που μπορεί να τύχει ο φαρμακοποιός χωρίς αυτές να λαμβάνονται υπόψη κατά την απόδοση των δαπανών στην οποία προβαίνουν τα ταμεία ιατροφαρμακευτικής ασφαλίσεως (σημείο 10). Δεύτερον, οι δημόσιες αρχές καλούνται να μειώσουν από 33,3 σε 15 % τον συντελεστή πριμοδοτήσεως που περιγράφεται πιο πάνω και παρέχεται ως κίνητρο στους φαρμακοποιούς για την προμήθεια φθηνότερων φαρμάκων (σημείο 11).
- 14 Στο παράρτημα 2 της συμφωνίας OPA περιλαμβάνονται οι εκτιμήσεις των μερών στη συμφωνία ως προς την ανάπτυξη που πρέπει να αναμένεται στην αγορά μετά την καθιέρωση πριμοδοτήσεως με συντελεστή 15 %. Ο όγκος των πωλήσεων των φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων θα πρέπει να μειωθεί, μεταξύ 1988 και 1990, από 1 750 σε 1 700 εκατομμύρια HFL, των φαρμάκων κοινόχρηστης ονομασίας να αυξηθεί από 250 σε 360 εκατομμύρια HFL και των προϊόντων που προέρχονται από παράλληλη εισαγωγή να ανέλθει από 135 σε 200 εκατομμύρια HFL.

3. Η εξέλιξη των διοικητικών διαδικασιών

- 15 Με έγγραφο της 6ης Σεπτεμβρίου 1988, ο πρόεδρος της Nefarma υπέβαλε τη συμφωνία OPA στον Υφυπουργό Πρόνοιας, Υγιεινής και Πολιτισμού και στον Υφυπουργό Οικονομικών. Στο τέλος Νοεμβρίου 1988, οι ολλανδικές δημόσιες αρχές δήλωσαν ότι ήταν πρόθυμες να δώσουν μια ευκαιρία εφαρμογής της συμφωνίας. Οι μειώσεις τιμών που προβλέφθηκαν με τη συμφωνία θα άρχιζαν να ισχύουν από 1ης Ιανουαρίου 1989.
- 16 Δύο παράλληλες διαδικασίες σχετικά με τη συμφωνία OPA κινήθηκαν τότε ενώπιον της Επιτροπής. Αφενός, η Prodifarma, προσφεύγουσα στην παρούσα υπόθεση, υπέβαλε στις 2 Δεκεμβρίου 1988 καταγγελία ζητώντας από την Επιτροπή να διαπιστώσει ότι, σύμφωνα με το άρθρο 3 του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτου κανονισμού εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25, στο εξής: κανονισμός 17), η συμφωνία OPA είναι ασυμβίβαστη προς τις διατάξεις του άρθρου 85 της Συνθήκης ΕΟΚ. Ζήτησε από την Επιτροπή να απαγορεύσει την εφαρμογή της συμφωνίας OPA κατά τη διάρκεια της διαδικασίας έρευνας και σε περίπτωση κοινοποιήσεως της εν λόγω συμφωνίας η Επιτροπή να εφαρμόσει το άρθρο 15, παράγραφος 6, του κανονισμού 17. Αφετέρου, στις 9 Δεκεμβρίου 1988 η Nefarma, προσφεύγουσα στην υπόθεση T-113/89, κοινοποίησε τη συμφωνία OPA στην Επιτροπή εξ ονόματος όλων των συμβαλλομένων μερών. Η κοινοποίηση αυτή πρωτοκολλήθηκε από την Επιτροπή υπό τον αριθμό IV/33.017. Η Nefarma ζήτησε την έκδοση αρνητικής πιστοποίησης σύμφωνα με το άρθρο 2 του

κανονισμού 17 ή τουλάχιστον — επικουρικώς — τη χορήγηση απαλλαγής βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης.

- 17 Με έγγραφο της 14ης Δεκεμβρίου 1988, υπογραφόμενο από τον διευθυντή της γενικής διευθύνσεως ανταγωνισμού Rocca, η Επιτροπή πληροφόρησε τα συμβαλλόμενα μέρη ότι, σύμφωνα με προσωρινή γνωμοδότηση των υπηρεσιών της, η συμφωνία OPA ήταν ασυμβίβαστη προς το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης λόγω της συμπράξεως ως προς τις τιμές που περιλαμβάνεται στη συμφωνία, τα δε συμβαλλόμενα μέρη δεν προέβλεπαν επιχειρήματα που να δικαιολογούν απαλλαγή βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3. Η Επιτροπή πρόσθεσε ότι οι υπηρεσίες της εξέταζαν τη δυνατότητα κινήσεως της διαδικασίας βάσει του άρθρου 15, παράγραφος 6, του κανονισμού 17. Το έγγραφο αυτό κοινοποιήθηκε και στην Prodifarma.
- 18 Στηριζόμενη κυρίως στο έγγραφο αυτό, η Prodifarma κίνησε ενώπιον του εθνικού δικαστή διαδικασία λήψεως ασφαλιστικών μέτρων κατά της Nefarma και της VNZ ζητώντας να ανασταλεί η εφαρμογή της συμφωνίας OPA μέχρις ότου η Επιτροπή δυνηθεί να αποφανθεί επί της συμφωνίας αυτής. Ωστόσο, το αίτημα αυτό απορρίφθηκε.
- 19 Μετά την πρώτη αυτή αρνητική αντίδραση της Επιτροπής, πολλά από τα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία OPA καθώς και η Ολλανδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τους δύο ενδιαφερόμενους υφυπουργούς, επανειλημμένως προέβησαν σε παραστάσεις ενώπιον των υπηρεσιών της Επιτροπής και του μέλους που είναι επιφορτισμένο με τον ανταγωνισμό προκειμένου να τους παράσχουν περισσότερες πληροφορίες σχετικά με τη συμφωνία OPA και να συνηγορήσουν υπέρ αυτής.
- 20 Στο μεταξύ, η διαδικασία που απέβλεπε στην προσαρμογή της εθνικής κανονιστικής ρυθμίσεως προς το περιεχόμενο της συμφωνίας OPA, ειδικότερα προς τις οδηγίες του COTG, συνεχίστηκε. Ωστόσο, στις 23 Δεκεμβρίου 1988 η Ολλανδική Κυβέρνηση πληροφόρησε τα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία OPA, καθώς και την Prodifarma και λοιπούς, ότι οι ολλανδικές δημόσιες αρχές δεν σχεδίαζαν να εγκρίνουν τις αναγκαίες τροποποιήσεις των οδηγιών για την εφαρμογή της συμφωνίας προτού είναι σε θέση να εκτιμήσουν, υπό το φως της « οριστικής γνωμοδότησεως της Επιτροπής », αν μια τέτοια έγκριση συνιστούσε ή όχι παραβίαση της Συνθήκης. Πράγματι, όταν στις 29 Δεκεμβρίου 1988 το COTG αποφάσισε να τροποποιήσει τις οδηγίες του, η τροποποίηση αυτή δεν εγκρίθηκε από τους αρμόδιους υφυπουργούς. Επομένως, αντίθετα από ό,τι είχαν σχεδιάσει αρχικά τα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία και η Ολλανδική Κυβέρνηση, η θέση σε ισχύ της συμφωνίας από 1ης Ιανουαρίου 1989 δεν κατέστη δυνατή.

- 21 Τα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία ΟΡΑ και η Ολλανδική Κυβέρνηση εξακολούθησαν τις προσπάθειές τους στις αρχές του 1989 για να πείσουν την Επιτροπή για τα πλεονεκτήματα της συμφωνίας αυτής. Ειδικότερα, στις 7 Φεβρουαρίου 1989 ο Υφυπουργός Οικονομικών και ο ομόλογός-του του Υπουργείου Πρόνοιας, Υγιεινής και Πολιτισμού, κατόπιν αιτήσεώς τους, είχαν συζήτηση με το νέο μέλος το επιφορτισμένο με τον ανταγωνισμό Sir Leon Brittan. Τη συνομιλία αυτή επακολούθησε έγγραφο της 9ης Φεβρουαρίου, το οποίο ο Υφυπουργός Οικονομικών Evenhuis απήθυνε στον Sir Leon Brittan, παρέχοντας πρόσθετες εξηγήσεις για να δικαιολογήσει τη μείωση του κινήτρου από 33,3 σε 15 %.
- 22 Εις απάντηση, ο Sir Leon Brittan απήθυνε στους δύο Υφυπουργούς το έγγραφο της 6ης Μαρτίου 1989, το οποίο προσβάλλουν οι προσφεύγουσες στην παρούσα υπόθεση, καθώς και στις υποθέσεις T-113/89 και T-114/89. Με το έγγραφο αυτό, του οποίου το σχέδιο είχε διαβιβαστεί με τηλεομοιοτυπία στις ολλανδικές αρχές μερικές ημέρες προηγουμένως, το μέλος της Επιτροπής δήλωνε, « ως πρώην Υπουργός Οικονομικών », ότι συμεριζόταν τον στόχο της Ολλανδικής Κυβερνήσεως που συνίστατο στον έλεγχο του κόστους προμήθειας των φαρμάκων στις Κάτω Χώρες. Πάντως, διαπίστωνε ότι το αντιανταγωνιστικό αποτέλεσμα των διατάξεων της συμφωνίας ΟΡΑ ως προς τη μείωση του κινήτρου και ως προς τη διεύρυνση του επιτρεπόμενου περιθωρίου μειώσεως έπρεπε να μετριάσει προτού καταστεί δυνατή η λήψη ευνοϊκής αποφάσεως.
- 23 Κατ' αυτόν, για να είναι σε θέση η Επιτροπή να λάβει ευνοϊκή απόφαση ως προς τη συμφωνία ΟΡΑ, αυτή θα έπρεπε να πληροί δύο προϋποθέσεις, ήτοι:
- πρώτον, το κίνητρο για την προμήθεια φθηνότερων φαρμάκων έπρεπε να μειωθεί σε 20 %, αντί του 15 %, της διαφοράς της τιμής μεταξύ των εν λόγω φαρμάκων και των ακριβότερων φαρμακευτικών ιδιοσκευασμάτων·
 - δεύτερον, τα αποτελέσματα της μειώσεως του κινήτρου έπρεπε να εκτιμηθούν, για περίοδο ενός έτους, μέσω συστήματος ελέγχου που θα θεσπιζόταν προς τούτο.
- 24 Στο έγγραφο χρησιμοποιήθηκε ειδικότερα η εξής φρασεολογία:

« Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, σας προτείνω να περιορίσετε σε 20 % τη μείωση του κινήτρου του 33 % αντί του 15 % που προβλέπεται με τη συμφωνία OPA και σας προτείνω να δοκιμάσετε στην πράξη για περίοδο ενός έτους το αποτέλεσμα της πριμοδοτήσεως 20 %. »

- 25 'Όσον αφορά το σύστημα ελέγχου, ο Sir Leon Brittan παρατηρούσε ότι οι ολλανδικές και κοινοτικές αρχές μπορούσαν να συνεργαστούν για την εφαρμογή του, προβαίνοντας ιδίως σε ανταλλαγή των στατιστικών στοιχείων σχετικά με την αγορά των φαρμάκων. Το μέλος της Επιτροπής προσέθετε:

« Είναι αυτονόητο ότι τα συμπεράσματά μου ως προς τη συμφωνία OPA δεν θίγουν τα διαδικαστικά δικαιώματα των συμβαλλομένων μερών που κοινοποίησαν τη συμφωνία ούτε τα δικαιώματα της Prodifarma, η οποία υπέβαλε σχετική καταγγελία. »

- 26 Στις 16 Μαρτίου 1989, αντίγραφο του εν λόγω εγγράφου διαβιβάστηκε στην Prodifarma με τηλεομοιοτυπία. Αντίγραφο διβιβάστηκε επίσης στις Nefarma και VNZ, προφεύγουσες στις υποθέσεις T-113/89 και T-114/89.

- 27 Στις 17 Μαρτίου 1989, τα μέλη της Nefarma δήλωσαν κατά πλειοψηφία ότι ήταν πρόθυμα να δεχθούν όπως ο συντελεστής του κινήτρου καθοριστεί σε 20 %. Τα άλλα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία OPA δέχθηκαν επίσης να εφαρμόσουν τους όρους που είχαν τεθεί με το προσβαλλόμενο έγγραφο. Το COTG προσαρμοσε αναλόγως τις οδηγίες του και, αφού η Prodifarma ματαίωσε προσπάθησε να τους εμποδίσει μέσω της διαδικασίας λήψεως ασφαλιστικών μέτρων κατά του Ολλανδικού Δημοσίου, οι δύο υφυπουργοί ενέκριναν τις νέες οδηγίες. Επομένως, οι προτάσεις που έγιναν με τη συμφωνία OPA άρχισαν να εφαρμόζονται από 1ης Απριλίου 1989.

- 28 Στις 28 Απριλίου 1989, ο διευθυντής Rocca απηύθυνε στην Prodifarma έγγραφο με το οποίο της ζητούσε να συνεργαστεί για τον έλεγχο που η Επιτροπή επιθυμούσε να ασκήσει ως προς τα αποτελέσματα της συμφωνίας OPA και της ζητούσε να παράσχει τα σχετικά στοιχεία. Με το έγγραφο διασαφηνιζόταν:

« Είναι επίσης αυτονόητο ότι, σύμφωνα με το άρθρο 20, παράγραφος 1, του κανονισμού 17, του 1962, η Επιτροπή θα χρησιμοποιήσει τα στοιχεία αυτά μόνο για τον έλεγχο που επιθυμεί να ασκήσει ως προς τα αποτελέσματα της συμφωνίας OPA στο πλαίσιο των συμφωνηθέντων στην υπόθεση IV/33.017 και θα σεβαστεί τους γενικούς κανόνες τηρήσεως του απορρήτου. »

Η διαδικασία

- 29 Με δικόγραφο που κατάθεσαν στη γραμματεία του Δικαστηρίου στις 19 Μαΐου 1989, οι προσφεύγουσες άσκησαν την παρούσα προσφυγή κατά της Επιτροπής, ζητώντας να ακυρωθεί η απόφαση η οποία, κατά τις προσφεύγουσες, περιλαμβάνεται στο έγγραφο του Sir Leon Brittan της 6ης Μαρτίου 1989.
- 30 Οι προσφεύγουσες είναι της γνώμης ότι, όσον αφορά το εν λόγω έγγραφο, συντρέχουν οι τέσσερις λόγοι ακυρώσεως που καθιερώνει το άρθρο 173 της Συνθήκης. Πρώτον, ισχυρίζονται ότι η Επιτροπή δεν είχε αρμοδιότητα να παρέμβη, κατά τον τρόπο που παρενέβη, δεδομένου ότι το άρθρο 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης και τα άρθρα 2 και 6 του κανονισμού 17 δεν της παρέχουν αρμοδιότητα παρά μόνο για να εκδίδει είτε απαλλαγές είτε αρνητικές πιστοποιήσεις. Δεύτερον, οι προσφεύγουσες προσάπτουν στην Επιτροπή ότι δεν αιτιολόγησε προσηκόντως τη θετική απόφαση που έλαβε έναντι της συμφωνίας ΟΡΑ. Εξάλλου, είναι της γνώμης ότι η Επιτροπή παρέβη το άρθρο 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης δεδομένου ότι οι διατάξεις της συμφωνίας ΟΡΑ με τις οποίες προβλέπεται σύμπραξη για τις τιμές και εκείνες με τις οποίες αυξάνεται το περιθώριο των επιτρεπομένων μειώσεων, μολονότι θεωρούμενες από την Επιτροπή ως ασυμβίβαστες προς τους κανόνες της Συνθήκης, δεν έχουν τροποποιηθεί, άλλωστε δε, η επελθούσα προσαρμογή του συντελεστή παροχής κινήτρου δεν συνεπάγεται ουσιαστική μεταβολή των περιοριστικών αποτελεσμάτων επί του ανταγωνισμού που συνδέονται με τη συμφωνία. Τέλος, οι προσφεύγουσες προσάπτουν στην Επιτροπή ότι διέπραξε κατάχρηση εξουσίας.
- 31 Με υπόμνημα που κατέθεσε στις 30 Ιουνίου 1989, η Επιτροπή υπέβαλε ένσταση απαραδέκτου της προσφυγής βάσει του άρθρου 91, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου.
- 32 Το Βασίλειο των Κάτω Χωρών, με δικόγραφο που κατέθεσε στη γραμματεία του Δικαστηρίου στις 20 Οκτωβρίου 1989, ζήτησε να παρέμβει στην παρούσα υπόθεση προς στήριξη των αιτημάτων της καθής.
- 33 Με Διάταξη της 15ης Νοεμβρίου 1989, το Δικαστήριο παρέπεμψε την υπόθεση ενώπιον του Πρωτοδικείου, κατ' εφαρμογή του άρθρου 14 της αποφάσεως του Συμβουλίου, της 24ης Οκτωβρίου 1988, περί ιδρύσεως Πρωτοδικείου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

- 34 Με Διάταξη της 7ης Δεκεμβρίου 1989, το Πρωτοδικείο (πρώτο τμήμα) επέτρεψε στο Βασίλειο των Κάτω Χωρών να παρέμβει στην παρούσα υπόθεση προς υποστήριξη των αιτημάτων της Επιτροπής. Με υπόμνημα που κατέθεσε στις 19 Ιανουαρίου 1990, το παρεμβαίνον ανέφερε ότι επιθυμούσε να μη λάβει θέση επί του ζητήματος του παραδεκτού, επιφυλασσόμενο να υποβάλει μεταγενέστερα παρατηρήσεις επί της ουσίας της υποθέσεως.
- 35 Κατόπιν εκθέσεως του εισηγητή δικαστή, το Δικαστήριο (πρώτο τμήμα) αποφάσισε να δεχθεί το αίτημα της Επιτροπής και να αποφανθεί επί της ενστάσεως απαραδέκτου της προσφυγής χωρίς να εισέλθει στην ουσία της υποθέσεως. Οι εκπρόσωποι των προσφευγουσών και της Επιτροπής αγόρευσαν και απάντησαν στις ερωτήσεις που υπέβαλε το Πρωτοδικείο κατά τη συνεδρίαση της 20ής Ιουνίου 1990.
- 36 Οι προσφεύγουσες ζητούν από το Πρωτοδικείο:
- να ακυρώσει την απόφαση της Επιτροπής που περιέχεται στο από 6 Μαρτίου 1989 έγγραφο του μέλους της Επιτροπής Sir Leon Brittan προς τους D. J. D. Dees, Υφυπουργό Πρόνοιας, Υγεινής και Πολιτισμού, και A. J. Evenhuis, Υφυπουργό Οικονομικών·
 - να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.
- 37 Η Επιτροπή ζητεί από το Πρωτοδικείο:
- να κρίνει την προσφυγή απαράδεκτη·
 - να καταδικάσει τις προσφεύγουσες στα δικαστικά έξοδα.
- 38 Όσον αφορά την ένσταση απαραδέκτου της προσφυγής που υπέβαλε η Επιτροπή, οι προσφεύγουσες ζητούν από το Πρωτοδικείο:
- να απορρίψει την ένσταση απαραδέκτου που υπέβαλε η Επιτροπή·

— να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

- 39 Το παρεμβαίνον δηλώνει ότι επαφίεται στην κρίση του Πρωτοδικείου όσον αφορά το ζήτημα του παραδεκτού της προσφυγής που άσκησαν οι προσφεύγουσες.
- 40 Ο Πρόεδρος κήρυξε το πέρας της προφορικής διαδικασίας επί της ενστάσεως απαραδέκτου της προσφυγής στο τέλος της συνεδριάσεως.

Επί του παραδεκτού της προσφυγής ακυρώσεως

- 41 Προς στήριξη της προβληθείσας ενστάσεως απαραδέκτου, η Επιτροπή προβάλλει, κυρίως, ότι πράξη ενός κοινοτικού οργάνου δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο της προσφυγής του άρθρου 173 της Συνθήκης παρά μόνον αν συνεπάγεται δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα.
- 42 Κατά την Επιτροπή, το έγγραφο του Sir Leon Brittan παρήγαγε μόνο συνέπειες πραγματικής φύσεως και στερείται εννόμων αποτελεσμάτων. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το έγγραφο αυτό δεν δεσμεύει ούτε την Ολλανδική Κυβέρνηση, η οποία ήταν ο αποδέκτης, ούτε τους τρίτους — όπως είναι οι προσφεύγουσες — ούτε ακόμη την ίδια την Επιτροπή. Θεωρεί ότι από την απλή ανάγνωση του επίδικου εγγράφου προκύπτει ότι πρόκειται για διατύπωση γνώμης στερούμενης δεσμευτικών αποτελεσμάτων και, επομένως, δεν πρόκειται για « πράξη » κατά την έννοια του άρθρου 173 της Συνθήκης.
- 43 Προς στήριξη της απόψεώς της, η Επιτροπή υπογραμμίζει πρωτίστως ορισμένους όρους του εγγράφου — καθόσον η Επιτροπή επιφυλάσσεται ρητά ως προς τη μεταγενέστερη απόφαση και την οποία ουδόλως προδικάζει — από τους οποίους προκύπτει ο προσωρινός χαρακτήρας του. Το εν λόγω έγγραφο περιλαμβάνει μόνον προτάσεις και δεν σηματοδοτεί ούτε το κλείσιμο της υποθέσεως ούτε το τέλος της έρευνας που διενήργησαν οι υπηρεσίες της Επιτροπής, η οποία έρευνα, αντιθέτως, θα άρχιζε πραγματικά μόνο με την εφαρμογή του « συστήματος ελέγχου ». Επομένως, το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν συνιστά απόρριψη της καταγγελίας που υπέβαλε η Prodifarma.

- 44 Κατά την προφορική διαδικασία, το καθού κοινοτικό όργανο πρόσθεσε ότι αν μελλοντικά λάβει απόφαση επί της ουσίας της υποθέσεως, η απόφαση αυτή θα έχει αναδρομικό αποτέλεσμα και θα υποκαταστήσει το προσβαλλόμενο έγγραφο. Μόνον κατά τη στιγμή που θα ληφθεί μια τέτοια οριστική απόφαση οι προσφεύγουσες μπορούν να επικαλεστούν την ανάγκη δικαστικής προστασίας.
- 45 Η Επιτροπή παρατηρεί ότι το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απόφαση με την οποία απορρίφθηκε αίτηση για τη θέσπιση προσωρινών μέτρων κατά την έννοια της Διατάξεως του Δικαστηρίου της 17ης Ιανουαρίου 1980, Camera Care κατά Επιτροπής (792/79 R, Rec. 1980, σ. 119), καθόσον οι προσφεύγουσες δεν υπέβαλαν τέτοια αίτηση. Η Επιτροπή υπογραμμίζει ότι το έγγραφο δεν προσβάλλει τα διαδικαστικά δικαιώματα των μερών, τα οποία, στην περίπτωση κατά την οποία θα προέκυπτε από την έρευνα ότι η καταγγελία είναι αβάσιμη, θα μπορούσαν να ζητήσουν από την Επιτροπή να τους απευθύνει έγγραφο βάσει του κανονισμού 99/63/ΕΟΚ της Επιτροπής, της 25ης Ιουλίου 1963, περί των ακροάσεων που προβλέπονται στο άρθρο 19, παράγραφοι 1 και 2, του κανονισμού 17 του Συμβουλίου (ΕΕ 08/001, σ. 37, στο εξής: κανονισμός 99/63).
- 46 Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι τα δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα έναντι των προσφευγουσών δεν δημιουργήθηκαν από το επίδικο έγγραφο, αλλά από την απόφαση που έλαβε η Ολλανδική Κυβέρνηση να εφαρμόσει τη συμφωνία ΟΡΑ, ενεργούσα βάσει των δικών της εξουσιών και με δική της ευθύνη. Κατά την προφορική διαδικασία, υπογράμμισε ότι το εθνικό δικαιο εξασφαλίζει στην Prodifarma τη δικαστική προστασία των δικαιωμάτων της και ότι η προσφεύγουσα αυτή υπέβαλε δύο φορές αιτήσεις λήψεως ασφαλιστικών μέτρων στηριζόμενες στη φερόμενη έλλειψη νομιμότητας της συμφωνίας ΟΡΑ. Κατά την Επιτροπή, το γεγονός ότι οι δύο αυτές αιτήσεις απορρίφθηκαν από τα εθνικά δικαστήρια δεν συνεπάγεται ότι η προσφεύγουσα έχει τη δυνατότητα να ασκήσει προσφυγή ενώπιον του Πρωτοδικείου. Η Επιτροπή αναγνωρίζει ότι η Ολλανδική Κυβέρνηση εξαρτούσε την απόφασή της να δημιουργήσει τις αναγκαίες προϋποθέσεις για την εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ από το «πράσινο φως» της Επιτροπής, αλλά υπογραμμίζει, ωστόσο, ότι η ίδια δεν έλαβε καμιά σχετική απόφαση.
- 47 Η Επιτροπή προβάλλει επίσης ότι η παρούσα προσφυγή δεν στρέφεται κατά συλλογικής αποφάσεως της Επιτροπής η οποία ελήφθη στο τέλος της συνήθους εσωτερικής διαδικασίας στον τομέα αυτόν, αλλά κατά εγγράφου στο οποίο ένα μόνο μέλος της Επιτροπής, κληθέν επιμόνως προς τούτο από την Κυβέρνηση του ενδιαφερομένου κράτους μέλους, διατυπώνει την προσωπική του γνώμη επί φακέλου του οποίου η εξέταση βρίσκεται ακόμη σε ελάχιστα προχωρημένο στάδιο.

- 48 Η Επιτροπή προσθέτει ότι το έγγραφο του Sir Leon Brittan δεν απευθύνθηκε σε τρίτους και, επομένως, κατά κανένα τρόπο δεν μπορεί να τους αφορά. Έχει τη γνώμη ότι, για να θεωρηθεί ότι η προσβαλλόμενη πράξη αφορά άμεσα και προσωπικά τους τρίτους κατά την έννοια του άρθρου 173, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης, είναι αναγκαίο η πράξη αυτή να έχει δημιουργήσει έννομα αποτελέσματα έναντι του πρώτου αποδέκτη, από το επίδικο όμως έγγραφο δεν δημιουργήθηκαν τέτοια αποτελέσματα έναντι της Ολλανδικής Κυβερνήσεως.
- 49 Κατά την προφορική διαδικασία, η Επιτροπή εξέφρασε τελικά τον φόβο μήπως νέα ελαστικότερη εφαρμογή των προϋποθέσεων παραδεκτού έχει ως αποτέλεσμα κύμα προσφυγών κατά των διαφόρων ειδών εγγράφων που οι υπηρεσίες της αναγκάζονται να απευθύνουν στις επιχειρήσεις κατά τη διάρκεια ερευνών που τις αφορούν, ώστε στο μέλλον θα έπρεπε να αποφεύγει να απαντά στις πολυάριθμες αιτήσεις που της απευθύνονται και με τις οποίες ζητείται από τις υπηρεσίες της να λάβουν ανεπίσημη θέση.
- 50 Οι προσφεύγουσες υποστηρίζουν ότι το προσβαλλόμενο απ' αυτές έγγραφο συνιστά απόφαση η οποία, μολονότι απευθύνθηκε στους δύο αρμόδιους υφυπουργούς, εντούτοις, μετέβαλε σημαντικά τη νομική κατάσταση των προσφευγουσών.
- 51 Οι προσφεύγουσες υπογραμμίζουν ότι η πρώτη αντίδραση που εκδήλωσαν στις 14 Δεκεμβρίου 1988 οι υπηρεσίες της Επιτροπής έναντι της συμφωνίας OPA αποτέλεσε πραγματικό εμπόδιο για την έναρξη ισχύος της συμφωνίας αυτής. Αναγγέλλοντας ότι μπορούσε να χορηγηθεί απαλλαγή βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης, υπό την προϋπόθεση ότι θα γίνονταν οι προταθείσες τροποποιήσεις, το έγγραφο του Sir Leon Brittan είχε ως άμεση συνέπεια, κατά τις προσφεύγουσες, την εφαρμογή της συμφωνίας OPA. Ως εκ τούτου, οι προσφεύγουσες συνάγουν ότι πρόκειται για απόφαση η οποία αντικειμενικά και ευθέως μετέβαλε τη νομική κατάσταση των ενδιαφερομένων από τη συμφωνία OPA μερών και, κυρίως, της Prodifarma και των εταίρων της.
- 52 Οι προσφεύγουσες δέχονται ότι η χρησιμοποιηθείσα στο έγγραφο φρασεολογία μπορούσε να θεωρηθεί ότι εκφράζει μόνον την πρόθεση της Επιτροπής. Ωστόσο, επικαλούνται τη νομολογία του Δικαστηρίου κατά την οποία, προκειμένου να καθοριστει αν μια πράξη είναι δεκτική προσβολής, δεν πρέπει να λαμβάνεται υπόψη η μορφή της πράξης αλλά το περιεχόμενό της (αποφάσεις της 31ης Μαρτίου 1971, γνωστή ως «AETR», Επιτροπή κατά Συμβουλίου, 22/70, Rec. 1971, σ. 263, και της 11ης Νοεμβρίου 1981, IBM κατά Επιτροπής, 60/81, Συλλογή 1981, σ. 2639). Κατά τις προ-

σφευγούσες, η Επιτροπή γνώριζε ότι, υπό τις περιστάσεις υπό τις οποίες απεστάλη το από 6 Μαρτίου 1989 έγγραφο, θα εθεωρείτο από όλους τους ενδιαφερομένους ως απόφαση περιλαμβάνουσα δεσμευτικό ορισμό των προϋποθέσεων υπό τις οποίες η συμφωνία ΟΡΑ μπορούσε να εφαρμοστεί. Απ' αυτό συνάγουν ότι η Επιτροπή είχε την πρόθεση να μεταβάλει την προϋφιστάμενη νομική κατάσταση και να εξαλείψει το εμπόδιο το οποίο είχε προκύψει από το δικό της έγγραφο της 14ης Δεκεμβρίου 1988. Οι προσφεύγουσες θεωρούν ότι η ίδια η Επιτροπή, αναφερόμενη στο από 28 Απριλίου 1989 έγγραφό της στο «πλαίσιο των συμφωνηθέντων στην υπόθεση IV/33.017», εκκινεί από την αρχή ότι το έγγραφο της 6ης Μαρτίου 1989 δημιούργησε νέα νομική κατάσταση για την περίοδο που αναφερόταν στο έγγραφο αυτό.

- 53 Κατά τις προσφεύγουσες, το επιχείρημα που αντλεί η Επιτροπή από τον προσωρινό χαρακτήρα του προσβαλλομένου εγγράφου δεν λαμβάνει υπόψη το ουσιώδες σημείο της διαφοράς. Προβάλλουν ότι η διοίκηση ή μια δημόσια αρχή μπορεί ανά πάσα στιγμή να λαμβάνει αποφάσεις ή να εκδίδει πράξεις που αναπτύσσουν δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα. Κατ' αυτές, η άποψη ότι μόνον οι πράξεις με τις οποίες περατώνεται μια διαδικασία είναι δεκτικές προσβολής είναι αντίθετη προς το σύστημα δικαστικής προστασίας που καθιερώθηκε με το άρθρο 173, δεύτερο εδάφιο, της Συνθήκης. Προς στήριξη της απόψεως αυτής, επικαλούνται τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 11ης Νοεμβρίου 1981, IBM (60/81, παρατέθηκε ήδη), και της 15ης Μαρτίου 1967, Cimenteries κατά Επιτροπής (8/66 έως 11/66, Rec. 1967, σ. 93). Στο επιχείρημα της Επιτροπής ότι δεν υπήρξε εν προκειμένω απόρριψη αιτήσεως για τη λήψη προσωρινών μέτρων, οι προσφεύγουσες απάντησαν κατά την προφορική διαδικασία ότι η καταγγελία που υπέβαλε η Prodifarma στο καθού κοινοτικό όργανο περιείχε αίτηση για τη λήψη προσωρινών μέτρων κατά της συμφωνίας ΟΡΑ.
- 54 Οι προσφεύγουσες θεωρούν ότι το επιχείρημα κατά το οποίο αυτές έχουν πάντοτε τη δυνατότητα να ζητήσουν από την Επιτροπή να τους απευθύνει την ανακοίνωση που προβλέπεται στο άρθρο 6 του κανονισμού 99/63, αν από την έρευνα προκύψει ότι η καταγγελία τους είναι αβάσιμη, δεν έχει καμιά επίπτωση επί του ζητήματος αν το προσβαλλόμενο έγγραφο ανέπτυξε έννομα αποτελέσματα.
- 55 Κατά τις προσφεύγουσες, είναι αντίθετο προς την πραγματικότητα το να υποστηρίζεται, όπως πράττει η Επιτροπή, ότι μόνον η απόφαση της Ολλανδικής Κυβερνήσεως — ενεργούσα στο πλαίσιο των δικών της εξουσιών και υπό δική της ευθύνη — να δώσει το «πράσινο φως» στη συμφωνία ΟΡΑ δημιούργησε τα δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα. Σχετικώς, προβάλλουν ότι η Ολλανδική Κυβέρνηση είχε ζητήσει προηγουμένως από την Επιτροπή να παράσχει τη δυνατότητα εφαρμογής της συμφωνίας και, μετά το έγγραφο της 14ης Δεκεμβρίου 1988, η εφαρμογή της συμφωνίας αυτής δεν μπορούσε να εξεταστεί στο εθνικό επίπεδο παρά μόνον αν η Επιτροπή μετέβαλλε την αρχική της άποψη.

- 56 Κατά την προφορική διαδικασία, οι προσφεύγουσες επικαλέστηκαν τις αποφάσεις της 23ης Νοεμβρίου 1971, Bock κατά Επιτροπής (62/70, Rec. 1971, σ. 897), και της 17ης Ιανουαρίου 1985, Πειραϊκή-Πατραϊκή κατά Επιτροπής (11/82, Συλλογή 1985, σ. 207), με τις οποίες το Δικαστήριο έκρινε παραδεκτές τις προσφυγές που άσκησαν ιδιώτες κατά αποφάσεων οι οποίες είχαν απευθυνθεί σε κράτη μέλη υπό περιστάσεις οι οποίες, κατά τις προσφεύγουσες, ήταν παρόμοιες με αυτές της προκειμένης υποθέσεως.
- 57 Επιπλέον, προβάλλουν ότι η ανακοίνωση του σχεδίου του εγγράφου στις ολλανδικές αρχές, πριν από την υπογραφή του, επιβεβαιώνει ότι επρόκειτο για απάντηση σε ειδικές ανάγκες για τη φύση των οποίων η Ολλανδική Κυβέρνηση είχε πληροφορηθεί ακριβώς την Επιτροπή, το περιστατικό δε αυτό εμποδίζει να ερμηνευθεί το επίδικο έγγραφο ως σημείωμα το οποίο περιλαμβάνει μόνον προτάσεις πολιτικής φύσεως.
- 58 Στο επιχείρημα της Επιτροπής ότι το προσβαλλόμενο έγγραφο αντικατοπτρίζει μόνον την προσωπική γνώμη ενός των μελών της, οι προσφεύγουσες αντιτάσσουν ότι ο συντάκτης του εγγράφου είναι ο αντιπρόεδρος της Επιτροπής επιφορτισμένος προσωπικά με τον ανταγωνισμό. Εξάλλου, από το γεγονός ότι το προαναφερθέν έγγραφο της 28ης Απριλίου 1989 παραπέμπει στο έγγραφο αυτό και αναφέρει τη στάση που προτίθεται να λάβει στο μέλλον « η Επιτροπή » οι προσφεύγουσες συνάγουν ότι το ίδιο το καθού κοινοτικό όργανο δεν θεωρούσε ότι το επίδικο έγγραφο αποτελούσε απλώς έκφραση προσωπικής γνώμης.
- 59 Προς στήριξη της απόψεώς τους ότι η απόφαση που περιλαμβάνεται στο έγγραφο της 6ης Μαρτίου 1989 τις αφορά άμεσα και ατομικά, οι προσφεύγουσες επικαλούνται τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 25ης Οκτωβρίου 1977, Metro κατά Επιτροπής (26/76, Rec. 1977, σ. 1875), και της 11ης Οκτωβρίου 1983, Demo-Studio Schmidt κατά Επιτροπής (210/81, Συλλογή 1983, σ. 3045). Κατά την προφορική διαδικασία, πρόεβαλαν ότι επιβάλλεται να θεωρηθεί ότι απόφαση απευθυνθείσα σε κράτος μέλος και συνεπαγόμενη μέτρα εκτελέσεως στο εθνικό επίπεδο αφορά τους ιδιώτες εφόσον είναι δυνατό να προβλεφθεί, με βεβαιότητα ή κατά πάσα πιθανότητα, ότι το μέτρο εκτελέσεως θα τους θίξει και κατά ποιο τρόπο θα τους θίξει. Παρατήρησαν ότι εν προκειμένω οι συνέπειες του επίδικου εγγράφου έναντί τους ήταν προβλεπτές.
- 60 Τέλος, κατά την προφορική διαδικασία οι προσφεύγουσες πρόεβαλαν ότι θα ήταν αντίθετο προς το πνεύμα και το περιεχόμενο της ένδικης προστασίας που παρέχεται με το άρθρο 173 της Συνθήκης να θεωρηθεί η προσφυγή τους ως απαράδεκτη.

Πρόεβαν ότι δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι η Επιτροπή, στο πλαίσιο μιας πολιτικής στον τομέα του ανταγωνισμού η οποία διαμορφώνεται κατά τρόπο ανεπίσημο, διαθέτει μια τέτοια ευχέρεια η οποία να περιορίζει τον προβλεπόμενο από τη Συνθήκη δικαστικό έλεγχο. Υπογράμμισαν ότι το άρθρο 173 δεν αποβλέπει μόνο στην προστασία των ατομικών συμφερόντων αλλά, πράγμα ακόμη σημαντικότερο, στον έλεγχο της νομιμότητας των πράξεων των κοινοτικών οργάνων και το να μη θεωρηθεί το προσβαλλόμενο έγγραφο ως απόφαση θα συνιστούσε ρήγμα στο σύστημα αυτό.

61 Εις απάντηση σε ερωτήσεις του Πρωτοδικείου, οι προσφεύγουσες δήλωσαν ότι το άρθρο 85, παράγραφος 2, της Συνθήκης, κατά το οποίο οι συμφωνίες που συνάπτονται κατά παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, είναι αυτοδικαίως άκυρες, δεν εμποδίζει όπως το επίδικο έγγραφο χαρακτηριστεί ως απόφαση. Πρόεβαν ότι το παραδεκτό προσφυγής που αποβλέπει στον έλεγχο της νομιμότητας μιας πράξεως την οποία εξέδωσε κοινοτικό όργανο δεν μπορεί να εξαρτάται από την ενδεχόμενη ύπαρξη στο εθνικό δίκαιο μέσων ένδικης προστασίας που επιτρέπουν να διαπιστωθεί η ακυρότητα της συμφωνίας στην οποία αναφέρεται η πράξη αυτή.

62 Οι προσφεύγουσες επικαλέστηκαν σκέψεις σχετικές με την οικονομία της διαδικασίας για να δικαιολογήσουν την άποψή τους ότι το επίδικο έγγραφο είναι πράξη η οποία μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής εκ μέρους του Βασιλείου των Κάτω Χωρών. Όσον αφορά τη νομική βάση μιας τέτοιας αποφάσεως, οι προσφεύγουσες παρατήρησαν ότι η παρεμπόδιση της εφαρμογής της συμφωνίας ΟΡΑ ήταν η συνέπεια της ερμηνείας των άρθρων 85 και 5 της Συνθήκης στην οποία προέβη το Δικαστήριο με την απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus* (311/85, Συλλογή 1987, σ. 3801). Ως εκ τούτου συνάγουν ότι η απόφαση εξαλείφει του εμποδίου αυτού βασιζόταν επίσης στις εν λόγω διατάξεις.

Επί της νομικής φύσεως του προσβαλλομένου εγγράφου

63 Ενώπιον των πραγματικών και νομικών αυτών στοιχείων, επιβάλλεται να εξεταστεί αν το έγγραφο κατά του οποίου στρέφεται η παρούσα προσφυγή συνιστά πράξη που μπορεί να είναι αντικείμενο προσφυγής ακυρώσεως κατά την έννοια του άρθρου 173 της Συνθήκης. Όπως προκύπτει από πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, επιβάλλεται προς τούτο να εξεταστεί αν το έγγραφο παρήγαγε δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα (βλέπε, τελευταία, τη Διάταξη της 17ης Μαΐου 1989, *Ιταλία κατά Επιτροπής*, 151/88, Συλλογή 1989, σ. 1255, 1261).

1. *Επί των αποτελεσμάτων του εγγράφου του Sir Leon Brittan έναντι της προϋφιστάμενης νομικής κατάστασης*

- 64 Το Πρωτοδικείο θεωρεί ότι επιβάλλεται να προσδιοριστεί, πρώτον, αν το έγγραφο το οποίο ο Sir Leon Brittan απήλυθε στις 6 Μαρτίου 1989 στους δύο ολλανδούς υφυπουργούς μετέβαλε την προϋφιστάμενη νομική κατάσταση, ιδίως με την εξάλειψη του εμποδίου εφαρμογής, από τις ολλανδικές αρχές, της συμφωνίας ΟΡΑ, εμπόδιο το οποίο — κατά τις προσφεύγουσες — δημιουργήθηκε από το έγγραφο του διευθυντή Rocca της 14ης Δεκεμβρίου 1988.
- 65 Προς τούτο, επιβάλλεται πρωτίστως να αναλυθεί η νομική κατάσταση, όπως αυτή εμφανιζόταν κατά τη στιγμή που απεστάλη το επίδικο έγγραφο, υπό το φως της απόψεως που υποστήριξαν οι προσφεύγουσες ότι η συμφωνία ΟΡΑ ήταν ασυμβίβαστη προς τις διατάξεις του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης. Κατά το άρθρο 85, παράγραφος 2, της Συνθήκης, η συμφωνία ΟΡΑ ήταν στην περίπτωση αυτή αυτοδικαίως άκυρη και ήταν δυνατό να γίνει επίκληση της ακυρότητας αυτής ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων από οποιοδήποτε πρόσωπο θεωρούσε ότι η συμφωνία αυτή το έθιγε. Το γεγονός ότι η συμφωνία αυτή είχε κοινοποιηθεί στην Επιτροπή δεν είχε επίπτωση σχετικώς, δεδομένου ότι μόνον η απόφαση περί απαλλαγής η οποία λαμβάνεται κατά το άρθρο 85, παράγραφος 3, έχει ως αποτέλεσμα να αίρει έναντι πάντων την ακυρότητα που προκύπτει από το άρθρο 85, παράγραφος 2. Αντιθέτως, εφόσον χρόνο μια τέτοια συμφωνία δεν υπήρξε αντικείμενο απαγορευτικής αποφάσεως της Επιτροπής βάσει του άρθρου 3, παράγραφος 1, του κανονισμού 17, τα μέρη είναι ελεύθερα να την εφαρμόσουν. Αν τα μέρη κοινοποίησαν τη συμφωνία στην Επιτροπή, το άρθρο 15, παράγραφος 5, του κανονισμού 17 τα προστατεύει επίσης έναντι των προστίμων που προβλέπονται στο άρθρο 15, παράγραφος 2, του κανονισμού αυτού σε περίπτωση παραβάσεως του άρθρου 85, παράγραφος 1, της Συνθήκης, εκτός αν η Επιτροπή αφαιρέσει από τα μέρη το ευεργέτημα αυτό, σύμφωνα με το άρθρο 15, παράγραφος 6, του εν λόγω κανονισμού. Πάντως, τα μέρη διατρέχουν τον κίνδυνο να τους αντιταχθεί η ακυρότητα της συμπράξεώς τους στο πλαίσιο προσφυγής που ασκείται ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων.
- 66 Το έγγραφο του διευθυντή Rocca, που απεστάλη στα συμβαλλόμενα μέρη της συμφωνίας ΟΡΑ στις 14 Δεκεμβρίου 1988, δεν ήταν ικανό να μεταβάλει τη νομική αυτή κατάσταση έναντι του κοινοτικού δικαίου. Το έγγραφο δεν αντικατόπτριζε παρά μόνο μια πρώτη εκτίμηση της συμφωνίας ΟΡΑ από τις υπηρεσίες της Επιτροπής και περιοριζόταν να αναφέρει στα ενδιαφερόμενα μέρη ότι η δυνατότητα να τους αφαιρεθεί το ευεργέτημα του άρθρου 15, παράγραφος 5, του κανονισμού 17 βρισκόταν υπό εξέταση. Ωστόσο, μετά το έγγραφο αυτό, προέκυψε από το ολλανδικό δίκαιο εμπόδιο για την εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ, δεδομένου ότι η Κυβέρνηση του Βασιλείου των Κάτω Χωρών δεν ήταν διατεθειμένη να λάβει τα κανονιστικά μέτρα από τα οποία τα μέρη στη συμφωνία είχαν εξαρτήσει την έναρξη ισχύος της καθόσον χρόνο η Επιτροπή θα διατηρούσε αρνητική στάση έναντι της συμφωνίας.

- 67 Επιβάλλεται εν συνεχεία να εξεταστεί αν το προσβαλλόμενο έγγραφο ήταν ικανό να μεταβάλει τη νομική κατάσταση όπως αυτή περιγράφεται πιο πάνω.
- 68 Πρώτον, όσον αφορά τη φερόμενη ακυρότητα της συμφωνίας OPA έναντι των διατάξεων του άρθρου 85, παράγραφος 2, της Συνθήκης, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι το έγγραφο του Sir Leon Brittan δεν μπορεί να θεωρηθεί ως απόφαση με την οποία χορηγείται απαλλαγή βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3. Δεν συνιστά παρά μόνον το σημείο εκκινήσεως για την εξέταση της συμφωνίας OPA, προκειμένου να προσδιοριστεί αν μια τέτοια απαλλαγή θα μπορούσε να χορηγηθεί. Κατά συνέπεια, δεν είναι ικανό να άρει την ακυρότητα της συμφωνίας που προκύπτει αυτοδικαίως από την παράβαση του άρθρου 85, παράγραφος 1, όπως ισχυρίζονται οι προσφεύγουσες.
- 69 Επιβάλλεται εν συνεχεία να τεθεί το ερώτημα αν το επίδικο έγγραφο δημιούργησε αποτελέσματα ισοδύναμα με τα αποτελέσματα μιας αποφάσεως η οποία, χωρίς να δημιουργεί τα ίδια έννομα αποτελέσματα με αυτά μιας αποφάσεως περί απαλλαγής βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, ωστόσο μετέβαλε την προϋφιστάμενη νομική κατάσταση διότι έθιξε τα διαδικαστικά δικαιώματα των μερών στη συμφωνία OPA και των τρίτων οι οποίοι υπέβαλαν καταγγελία.
- 70 Μια τέτοια απόφαση μπορεί να λάβει τη μορφή αρνητικής πιστοποίησης βάσει του άρθρου 2 του κανονισμού 17, με την οποία η Επιτροπή καθορίζει τη θέση της ενόψει της συμπράξεως. Μετά από μια τέτοια απόφαση, τα μέρη προστατεύονται έναντι μέτρων τα οποία η Επιτροπή μπορούσε να λάβει κατά της συμπράξεως, ενώ εκείνοι που υπέβαλαν καταγγελία δεν μπορούν πλέον να αξιώσουν επανεξέταση του φακέλου, εκτός αν επέλθει μεταβολή των συνθηκών ή αν προσκομίσουν νέα στοιχεία. Επομένως, τα αποτελέσματα της αρνητικής πιστοποίησης έναντι των τρίτων που υπέβαλαν καταγγελία είναι παρόμοια με τα αποτελέσματα αποφάσεως με την οποία απορρίφθηκε η καταγγελία τους (βλέπε την απόφαση του Δικαστηρίου της 17ης Νοεμβρίου 1987, BAT και Reynolds κατά Επιτροπής, 142/84 και 156/84, Συλλογή 1987, σ. 4487, 4571). Ωστόσο, τα αποτελέσματα αυτά προϋποθέτουν οριστική κρίση επί της οικείας συμφωνίας, κρίση η οποία, εν προκειμένω, δεν έγινε.
- 71 Επιβάλλεται να προστεθεί ότι το επίδικο έγγραφο δεν έθιξε το δικαίωμα των προσφευγουσών να ζητήσουν να τους απευθυνθεί έγγραφο βάσει του άρθρου 6 του κανονισμού 99/63. Η ρητή επιφύλαξη των διαδικαστικών δικαιωμάτων των μερών που γίνεται με το έγγραφο αυτό δείχνει ότι ο Sir Leon Brittan θέλησε να διαφυλάξει στο ακέραιο τα δικαιώματα αυτά. Ως εκ τούτου, το εν λόγω έγγραφο δεν μετέβαλε ούτε την προϋφιστάμενη νομική κατάσταση όσον αφορά τα διαδικαστικά δικαιώματα.

72 Εξάλλου, η Επιτροπή έχει την εξουσία, πριν αποφανθεί οριστικά επί συμφωνίας η οποία της κοινοποιήθηκε ή επί καταγγελίας η οποία της υποβλήθηκε, να θεσπίζει προσωρινά μέτρα προκειμένου να αντιμετωπιστεί κατάσταση ικανή να δημιουργήσει σοβαρή και ανεπανόρθωτη ζημία στον υποβάλλοντα την καταγγελία ή απαράδεκτη για το γενικό συμφέρον (βλέπε Διάταξη του Δικαστηρίου της 17ης Ιανουαρίου 1980, 792/79 R, Camera Care, που παρατέθηκε ήδη, Rec. 1980, σ. 119, 130 επ.). Πάντως, από το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν προκύπτει καμιά πρόθεση προσωρινής μεταβολής της προϋφιστάμενης νομικής καταστάσεως με τη λήψη παρόμοιων μέτρων. Κανένα στοιχείο του εγγράφου αυτού δεν επιτρέπει να συναχθεί ότι ο συντάκτης του θεώρησε ότι οι έννομες συνέπειες των διατάξεων του άρθρου 85, παράγραφος 2, της Συνθήκης και του κανονισμού 17 δημιούργησαν, εν προκειμένω, απαράδεκτη κατάσταση. Το έγγραφο δεν απέβλεπε στο να αποκλείσει προσωρινά την εφαρμογή του άρθρου 85, παράγραφος 2, ούτε να απαγορεύσει προσωρινά την εφαρμογή της συμφωνίας ή να εξαρτήσει την εφαρμογή της από περιορισμούς. Πράγματι, μολοντί ο συντάκτης του εγγράφου εξήρτησε τη δυνατότητα ευνοϊκής αποφάσεως σχετικά με τη συμφωνία ΟΡΑ από τη μεταβολή του συστήματος ως προς την παροχή κινήτρου που προέβλεπε η συμφωνία και τη θέσπιση συστήματος ελέγχου, εντούτοις, πρέπει να γίνει δεκτό, όπως έπραξε ήδη το Πρωτοδικείο με τις σημερινές αποφάσεις του στις υποθέσεις T-113/89 και T-114/89, ότι δεν επρόκειτο για μέτρα υποχρεωτικού χαρακτήρα, δεδομένου ότι με το προσβαλλόμενο έγγραφο παρήχето στα συμβαλλόμενα μέρη στη συμφωνία ΟΡΑ κάθε ευχέρεια να αποδεχθούν τα μέτρα ή να τα απορρίψουν.

73 Οι προσφεύγουσες υποστήριξαν κατά την προφορική διαδικασία ότι η καταγγελία την οποία η Prodifarma υπέβαλε στην Επιτροπή στις 2 Δεκεμβρίου 1988 περιείχε αίτημα αποβλέπον στη θέσπιση προσωρινών μέτρων. Ωστόσο, το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν αναφέρεται στα αιτήματα που υποβλήθηκαν με την εν λόγω καταγγελία. Το γεγονός αυτό ενισχύει την εκτίμηση του Πρωτοδικείου ότι με το έγγραφο θεσπίστηκαν προσωρινά μέτρα κατά την έννοια της Διατάξεως του Δικαστηρίου της 17ης Ιανουαρίου 1980, Camera Care (792/79 R, που παρατέθηκε ήδη).

2. Επί των αποτελεσμάτων του εγγράφου του Sir Leon Brittan έναντι του Βασιλείου των Κάτω Χωρών

74 Πάντως, το έγγραφο του Sir Leon Brittan οδήγησε την Ολλανδική Κυβέρνηση να μεταβάλει την εθνική της κανονιστική ρύθμιση ώστε να εξαλείψει το εμπόδιο που παρεμπόδιζε την εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ στο εθνικό δίκαιο. Επομένως, επιβάλλεται να εξεταστεί αν η Ολλανδική Κυβέρνηση συναινεσε στην εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ κατόπιν σχετικής αποφάσεως με την οποία η Επιτροπή παρείχε την έγκρισή της ή αντιθέτως κατόπιν απλής γνώμης.

- 75 Προκειμένου να εκτιμηθεί αν η θέση που έλαβε το μέλος της Επιτροπής είχε χαρακτηρισμό αποφάσεως, έναντι της Ολλανδικής Κυβερνήσεως, επιβάλλεται πρωτίστως να εξεταστεί αν η προσβαλλόμενη πράξη στηρίζεται σε νομική βάση που παρέχει στην Επιτροπή την εξουσία να λάβει απόφαση δεσμεύουσα κράτος μέλος. Πράγματι, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι οι γνώμες που διατυπώνει η Επιτροπή έναντι των αρχών κράτους μέλους σε τομείς στους οποίους δεν έχει αρμοδιότητα να λαμβάνει δεσμευτικές αποφάσεις συνιστούν απλές γνώμες στερούμενες εννόμων αποτελεσμάτων (για παράδειγμα, αποφάσεις της 4ης Φεβρουαρίου 1959, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg κατά Ανωτάτης Αρχής*, 17/57, Rec. V, σ. 9, 25, και της 27ης Μαρτίου 1980, *Sucrimes κατά Επιτροπής*, 133/79, Rec. 1980, σ. 1299, 131· *Διάταξη της 17ης Μαΐου 1989, Ιταλία κατά Επιτροπής*, 151/88, που παρατέθηκε ήδη, σ. 1261).
- 76 Επιβάλλεται προκαταρκτικά να παρατηρηθεί ότι, ελλείψει ειδικής διατάξεως που περιλαμβάνεται στη Συνθήκη ή στις πράξεις υποχρεωτικού χαρακτήρα που εκδίδουν τα κοινοτικά όργανα, παρόμοια αρμοδιότητα δεν μπορεί να συνάγεται (*Διάταξη της 30ής Σεπτεμβρίου 1989, Brother Industries κατά Επιτροπής*, 229/86, Συλλογή 1987, σ. 3757, 3762 επ.).
- 77 Όπως υπογράμμισε η Επιτροπή κατά την προφορική διαδικασία, ούτε το άρθρο 85 της Συνθήκης ούτε οι διατάξεις του κανονισμού 17 παρέχουν στην Επιτροπή την εξουσία να λαμβάνει αποφάσεις δεσμευτικού χαρακτήρα έναντι των κρατών μελών. Πράγματι, μονολότι το άρθρο 3, παράγραφος 1, του τελευταίου αυτού κανονισμού ορίζει ότι η Επιτροπή μπορεί να υποχρεώσει με απόφαση τις επιχειρήσεις ή τις ενώσεις επιχειρήσεων να παύσουν τις παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού οι οποίες τους προσάπτονται, η διάταξη αυτή δεν παρέχει στην Επιτροπή την εξουσία να υποχρεώσει το κράτος μέλος να θεσπίσει ορισμένα μέτρα στο εσωτερικό του δίκαιο όπως, για παράδειγμα, να τροποποιήσει την εθνική κανονιστική ρύθμιση περί της παροχής κινήτρων, για την οποία γίνεται λόγος στο προσβαλλόμενο έγγραφο. Παρομοίως, η εξουσία της Επιτροπής να εκδίδει αρνητικές πιστοποιήσεις βάσει του άρθρου 2 του κανονισμού 17 και να χορηγεί απαλλαγές βάσει του άρθρου 85, παράγραφος 3, της Συνθήκης μπορεί να ασκηθεί μόνον έναντι των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων και δεν μπορεί να χρησιμποιηθεί ως βάση για αποφάσεις απευθυνόμενες στα κράτη μέλη.
- 78 Όσον αφορά το άρθρο 11, παράγραφος 1, του κανονισμού 17, το οποίο ορίζει ότι « η Επιτροπή ... δύναται να συγκεντρώνει όλες τις απαραίτητες πληροφορίες από τις Κυβερνήσεις και τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών ... », επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η διάταξη αυτή δεν μπορεί να ληφθεί ως νομική βάση αποφάσεως με την οποία να

υποχρεώνεται το Βασίλειο των Κάτω Χωρών να θεσπίσει το σύστημα ελέγχου για το οποίο γίνεται λόγος στο προσβαλλόμενο έγγραφο.

- 79 Η αρμοδιότητα της Επιτροπής να λαμβάνει αποφάσεις ικανές να δεσμεύουν τα κράτη μέλη δεν μπορεί να αντληθεί ούτε από την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου κατά την οποία η Συνθήκη επιβάλλει στα κράτη μέλη να μη θεσπίζουν και να μη διατηρούν σε ισχύ μέτρα ικανά να εξαλείψουν την πρακτική αποτελεσματικότητα των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης (βλέπε, για παράδειγμα, την απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Συλλογή 1987, σ. 3801, 3826). Η υποχρέωση αυτή απορρέει από το άρθρο 5 της Συνθήκης, το οποίο πρέπει να ερμηνεύεται υπό το φως των άρθρων 3, στοιχείο στ, και 85. Όμως, το άρθρο 5 της Συνθήκης δεν παρέχει στην Επιτροπή την εξουσία να απευθύνει στα κράτη μέλη αποφάσεις δεσμευτικού χαρακτήρα (Διάταξη της 30ής Σεπτεμβρίου 1987, *Brother Industries*, 229/86, που παρατέθηκε ήδη). Ως εκ τούτου, έπεται ότι δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί ούτε ως νομική βάση για απόφαση επιτρέπουσα σε κράτος μέλος να υιοθετήσει συγκεκριμένη συμπεριφορά. Εναπόκειται στα κράτη μέλη να μεριμνούν ώστε η συμπεριφορά τους να συνάδει προς τις υποχρεώσεις που υπέχουν από τα άρθρα 3, στοιχείο στ, 5 και 85 της Συνθήκης, υπό την επιφύλαξη του σχετικού ελέγχου που ασκείται, εκ των υστέρων, από το Δικαστήριο στο πλαίσιο των διαδικασιών των άρθρων 169 και 177 της Συνθήκης (για την εφαρμογή της τελευταίας αυτής διατάξεως βλέπε την προαναφερθείσα απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 1987). Αντιθέτως, ο εκ των προτέρων έλεγχος της συμφωνίας των εθνικών μέτρων προς το κοινοτικό δίκαιο, υπό μορφή εγκρίσεως χορηγούμενης από την Επιτροπή, δεν αντιστοιχεί στην κατανομή των αρμοδιοτήτων μεταξύ των κοινοτικών και των εθνικών αρχών σ' αυτόν τον τομέα, όπως η κατανομή αυτή προβλέπεται από τη Συνθήκη.
- 80 Είναι αληθές ότι το άρθρο 89 παρέχει στην Επιτροπή την εξουσία να λαμβάνει αποφάσεις έναντι των κρατών μελών για να διαπιστώνει τις παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού και να παρέχει στα κράτη μέλη την έγκριση να λαμβάνουν μέτρα προς αντιμετώπιση των παραβιάσεων αυτών. Πάντως, η μεταβατική αυτή διάταξη αφορά μόνον τις καταστάσεις στις οποίες οι εκτελεστικές διατάξεις των άρθρων 85 και 86, όπως ο κανονισμός 17, ελλείπουν.
- 81 Αντίθετα, το άρθρο 90, παράγραφος 3, της Συνθήκης παρέχει στην Επιτροπή αρμοδιότητα να απευθύνει τις κατάλληλες αποφάσεις στα κράτη μέλη προκειμένου να μεριμνά όπως αυτά τηρούν τους κανόνες της Συνθήκης και, ειδικότερα, τους κανόνες του άρθρου 90 όσον αφορά τις επιχειρήσεις που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της διατάξεως αυτής. Πάντως, από το προσβαλλόμενο έγγραφο προκύπτει σαφώς ότι αυτό δεν βασιζόταν στη διάταξη αυτή.

- 82 Επομένως, πρέπει να γίνει δεκτό ότι το επίδικο έγγραφο δεν στηρίζεται σε νομική βάση παρέχουσα στην Επιτροπή την εξουσία να λάβει απόφαση ικανή να μεταβάλει τη νομική κατάσταση που διαμορφώθηκε στο Βασίλειο των Κάτω Χωρών, είτε επιβάλλοντας σ' αυτό την υποχρέωση είτε χορηγώντας σ' αυτό την έγκριση να υιοθετήσει συγκεκριμένη συμπεριφορά. Ως εκ τούτου, το έγγραφο δεν παρήγαγε δεσμευτικά ένομα αποτελέσματα έναντι του εν λόγω κράτους μέλους.
- 83 Το αποτέλεσμα αυτό δεν αναιρείται από το γεγονός ότι η Ολλανδική Κυβέρνηση είχε ζητήσει από την Επιτροπή να λάβει θέση με την πρόθεση να συμμορφωθεί προς αυτήν και, ελλείψει ευνοϊκής αντιδράσεως, παραιτήθηκε από τη θέσπιση των αναγκαίων κανονιστικών μέτρων για την εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ και το ότι στα μέτρα τα οποία θέσπισε αργότερα περιέλαβε τις παρατηρήσεις που διατυπώθηκαν στο επίδικο έγγραφο. Ούτε η πρόθεση των ολλανδικών αρχών να συμμορφωθούν με τη θέση που θα ελάμβανε η Επιτροπή έναντι της συμφωνίας ΟΡΑ, ούτε το γεγονός ότι οι ίδιες αρχές ακολούθησαν πλήρως τις προτάσεις που περιλαμβάνονταν στο έγγραφο του Sir Leon Brittan συνεπάγεται ότι το έγγραφο αυτό μετέβαλε τη νομική κατάσταση του Βασιλείου των Κάτω Χωρών έναντι της Κοινότητας.
- 84 Κατά συνέπεια, η θέση που έλαβε ο Sir Leon Brittan δεν εμφανίζεται ούτε ως απόφαση επιβάλλουσα στην Ολλανδική Κυβέρνηση να μη δώσει το « πράσινο φως » στην αρχική διατύπωση της συμφωνίας ΟΡΑ, ούτε ως παρέχουσα την έγκριση για την εφαρμογή της συμφωνίας όπως τροποποιήθηκε, αλλά ως πράξη της οποίας τα αποτελέσματα είναι παρόμοια με τα αποτελέσματα γνώμης που οι εθνικές αρχές ζήτησαν προκειμένου να εξετάσουν αν τα μέτρα τα οποία σχεδίασαν συμβιβάζονταν προς το κοινοτικό δίκαιο, προκειμένου να εκπληρώσουν την υποχρέωση που υπέχουν από τα άρθρα 3, στοιχείο στ, 5 και 85 της Συνθήκης.
- 85 Από την αλληλογραφία μεταξύ της Ολλανδικής Κυβερνήσεως και της Επιτροπής προκύπτει ότι η συμπεριφορά της Κυβερνήσεως αυτής εξηγείται από τη μέριμνα να αποφύγει τον κίνδυνο ενεργειών κατά παράβαση του κοινοτικού δικαίου κατά την εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ. Προς τούτο παραιτήθηκε εκουσίως από το να θέσει σε εφαρμογή τη συμφωνία ΟΡΑ εφόσον η Επιτροπή εκδήλωσε αρνητική στάση προτού προσαρμόσει, εν συνεχεία, την εθνική κανονιστική ρύθμιση ώστε να συμμορφωθεί προς τη θέση που διατυπώθηκε στο έγγραφο του μέλους της Επιτροπής. Στη Συνθήκη εξάλλου, ειδικότερα στα άρθρα 155 και 189, πρώτο εδάφιο, προβλέπεται ρητά μια τέτοια εκούσια συνεργασία μεταξύ των εθνικών αρχών και των κοινοτικών οργάνων περιλαμβάνουσα, μεταξύ των πράξεων που μπορούν να θεσπίζουν τα κοινοτικά όργανα και ιδίως η Επιτροπή, τις συστάσεις και τις γνώμες. Αυτή η ρητή εξουσία

θεσπίσεως πράξεων που στερούνται δεσμευτικής ισχύος δείχνει ότι η εκούσια τήρηση των μη δεσμευτικών πράξεων των κοινοτικών οργάνων είναι ουσιώδες στοιχείο στην πραγματοποίηση των σκοπών της Συνθήκης. Ως εκ τούτου, το γεγονός ότι η Κυβέρνηση κράτους μέλους απέφυγε να λάβει μέτρο του οποίου το συμβιβαστό προς τη Συνθήκη ήταν αμφίβολο — μέχρις ότου η Επιτροπή λάβει ευνοϊκή θέση — δεν παρέχει στην εν λόγω λήψη θέσεως τον χαρακτήρα εγκρίσεως.

- 86 Πρέπει να προστεθεί ότι ούτε από τη διατύπωση ούτε από το περιεχόμενο του επίδικου εγγράφου προκύπτει ότι αυτό απέβλεπε στη δημιουργία οποιωνδήποτε εννόμων αποτελεσμάτων.
- 87 Όπως τόνισε η Επιτροπή, μια σχετική ένδειξη προκύπτει από την έλλειψη συλλογικής αποφάσεως της Επιτροπής. Αντίθετα από τις περιπτώσεις στις οποίες το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι έγγραφα υπογραφόμενα από τους υπαλλήλους της Επιτροπής συνιστούσαν πράξη δυνάμενη να προσβληθεί (βλέπε, για παράδειγμα, την απόφαση της 15ης Μαρτίου 1967, Cimenteries κατά Επιτροπής, 8/66 έως 11/66, Rec. 1967, σ. 93), το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν εμφανίζεται ούτε ως ανακοίνωση αποφάσεως που έλαβε το κοινοτικό όργανο, ούτε ως συνταχθέν εν ονόματι της Επιτροπής ή βάσει εξουσιοδότησεως, σύστημα το οποίο αναγνωρίστηκε από το Δικαστήριο ως έγκυρο με την απόφαση της 23ης Σεπτεμβρίου 1986 (AKZO κατά Επιτροπής, 5/85, Συλλογή 1986, σ. 2585, 2614). Φαίνεται μάλλον ως συνταχθέν από τον Sir Leon Brittan για λογαριασμό του και στο πλαίσιο ανταλλαγής απόψεων μεταξύ πολιτικών ανδρών.
- 88 Ομοίως, οι προσφεύγουσες δεν μπορούν να επικαλούνται το έγγραφο το οποίο ο διευθυντής Rocca απηύθυνε στην Prodifarma στις 28 Απριλίου 1989 για να ισχυριστούν ότι η ίδια η Επιτροπή θεωρούσε το επίδικο έγγραφο ως απόφαση μάλλον παρά ως λήψη θέσεως ενός των μελών της σε πολιτικό επίπεδο. Πράγματι, αναφερόμενος σε « ό,τι συμφωνήθηκε στην υπόθεση IV/33.017 », ορθώς ο διευθυντής χρησιμοποίησε όρους ασυμβιβαστους προς την περίπτωση δεσμευτικής αποφάσεως.
- 89 Τέλος, η φρασεολογία που χρησιμοποίησε ο Sir Leon Brittan για να αναφέρει στην Ολλανδική Κυβέρνηση τις τροποποιήσεις στο σύστημα που προέβλεπε η συμφωνία OPA, οι οποίες του φαίνονταν επιθυμητές πριν ξεταστεί η λήψη θετικής αποφάσεως έναντι της εν λόγω συμφωνίας, δεν συμβιβάζεται με την άποψη ότι επρόκειτο για έγκριση υπό όρους. Έτσι, σχετικά με τον καθορισμό του συντελεστή παραχής κινή-

τρων σε 20 %, περιορίζεται να αναφέρει « σας προτείνω » (« stel ik u voor »). Επίσης, όσον αφορά την καθιέρωση συστήματος ελέγχου, από τους χρησιμοποιηθέντες όρους προκύπτει ότι δεν προβλέπεται η επιβολή ενός τέτοιου συστήματος, αλλά ότι η εφαρμογή του εξαρτιόταν από την εκούσια συνεργασία της Ολλανδικής Κυβερνήσεως.

- 90 Για όλους αυτούς τους λόγους το Πρωτοδικείο δέχεται ότι το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν παρήγαγε δεσμευτικά έννομα αποτελέσματα έναντι του Βασιλείου των Κάτω Χωρών.

3. *Επί της δικαστικής προστασίας που οφείλεται στους πολίτες*

- 91 Οι προσφεύγουσες προέβαλαν ακόμη ότι λόγω των ειδικών περιστάσεων στην παρούσα υπόθεση ούτε η δικαστική προστασία που οφείλεται στους πολίτες δεν θα εξασφαλιζόταν επαρκώς αν το προσβαλλόμενο έγγραφο δεν θεωρηθεί ως απόφαση.

- 92 Σχετικώς, επιβάλλεται η παρατήρηση ότι η δικαστική προστασία που διεκδικούν οι προσφεύγουσες έχει ως σκοπό, ουσιαστικά, την έκδοση από το Πρωτοδικείο αποφάσεως με την οποία να αναγνωρίζεται ότι η συμφωνία, η οποία υπήρξε αντικείμενο καταγγελίας τους προς την Επιτροπή, συμβιβάζεται προς το κοινοτικό δίκαιο του ανταγωνισμού και η θέση που έλαβε ο Sir Leon Brittan με το έγγραφό του της 6ης Μαρτίου 1989 είναι βάσιμη. Όμως, μια τέτοια μορφή δικαστικής προστασίας δεν προβλέπεται από το άρθρο 173 της Συνθήκης. Μολονότι είναι αληθές ότι οι διατάξεις περί του δικαιώματος των πολιτών να ασκούν προσφυγή δεν μπορούν να ερμηνεύονται περιοριστικά (βλέπε απόφαση του Δικαστηρίου της 15ης Ιουλίου 1963, Plaumann κατά Επιτροπής, 25/62, Rec. 1963, σ. 197, 222), εντούτοις η τύπος αποδοχή προσφυγής η οποία είναι άσχετη προς τη διάταξη αυτή θα ισοδυναμούσε με υπέρβαση των ορίων της ερμηνείας της Συνθήκης.

- 93 Για όλους αυτούς τους λόγους, το Πρωτοδικείο δέχεται ότι το έγγραφο που ο Sir Leon Brittan απηύθυνε στις 6 Μαρτίου 1989 στους δύο ολλανδούς Υφυπουργούς δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως απόφαση δυνάμει να αποτελέσει αντικείμενο προσφυγής. Ως εκ τούτου, παρέλκει η εξέταση του ζητήματος αν το έγγραφο που ο Sir Leon Brittan απηύθυνε στην Ολλανδική Κυβέρνηση αφορά τις προσφεύγουσες άμεσα και ατομικά.

- 94 Στην αλληλουχία αυτή επιβάλλεται να προστεθεί ότι εσφαλμένως οι προσφεύγουσες επικαλούνται υπέρ του παραδεκτού της παρούσας προσφυγής τις αποφάσεις του Δικαστηρίου της 23ης Νοεμβρίου 1971, Bock (62/70, που παρατέθηκε ήδη), και της 17ης Ιανουαρίου 1985, Πειραϊκή-Πατραϊκή (11/82, που παρατέθηκε ήδη). Στις υποθέσεις αυτές, το Δικαστήριο αποφάνθηκε επί του ζητήματος αν απόφαση της Επιτροπής, απευθυνθείσα σε κράτος μέλος και συνεπαγόμενη μέτρα εκτελέσεως εκ μέρους του κράτους αυτού προτού αναπτύξει τα πρακτικά αποτελέσματα έναντι του πολίτη, μπορούσε να αφορά άμεσα και ατομικά έναν ιδιώτη. Είναι αληθές ότι μια κάποια ομοιότητα μεταξύ των περιστατικών της παρούσας προσφυγής και των καταστάσεων επί των οποίων το Δικαστήριο αποφάνθηκε με τις δύο προαναφερθείσες αποφάσεις ενυπάρχει στο ότι η Ολλανδική Κυβέρνηση είχε εξαρτήσει ρητά την απόφασή της να δημιουργήσει τις αναγκαίες προϋποθέσεις για την εφαρμογή της συμφωνίας ΟΡΑ από την ευνοϊκή αντίδραση της Επιτροπής και ότι, επομένως, η πρόθεσή της να ενεργήσει σύμφωνα με τη λήψη θέσεως την οποία είχε ζητήσει δεν επιδεχόταν καμιά αμφιβολία. Ωστόσο, οι προσφυγές, τις οποίες το Δικαστήριο έκρινε τύποις δεκτές στις υποθέσεις αυτές, στρέφονταν κατά αποφάσεων οι οποίες είχαν δημιουργήσει έννομα αποτελέσματα έναντι των ενδιαφερομένων κρατών μελών, επιτρέποντας σ' αυτά να λάβουν μέτρα τα οποία έθιγαν τους ιδιώτες και τα οποία, ελλείψει των αποφάσεων που είχαν προσβληθεί, παραβίαζαν το κοινοτικό δίκαιο. Αντιθέτως, μια τέτοια απόφαση ελλείπει εν προκειμένω. Κατά συνέπεια, η προαναφερθείσα νομολογία δεν μπορεί να αποτελέσει επιχείρημα υπέρ του παραδεκτού της παρούσας προσφυγής.
- 95 Από το σύνολο των προηγούμενων σκέψεων προκύπτει ότι η παρούσα προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 96 Κατά το άρθρο 69, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, το οποίο εφαρμόζεται *mutatis mutandis* στη διαδικασία ενώπιον του Πρωτοδικείου δυνάμει του άρθρου 11, τρίτο εδάφιο, της προαναφερθείσας απόφασης του Συμβουλίου, της 24ης Οκτωβρίου 1988, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα αν υπάρχει σχετικό αίτημα. Επειδή οι προσφεύγουσες ηττήθηκαν πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα της Επιτροπής και να καταδικαστούν εις ολόκληρον στα δικαστικά έξοδα. Επειδή δεν υπέβαλε σχετικό αίτημα, ο παρεμβαίνων διάδικος φέρει τα δικαστικά του έξοδα.

Για τους λόγους αυτούς,

ΤΟ ΠΡΩΤΟΔΙΚΕΙΟ (πρώτο τμήμα)

αποφασίζει:

- 1) Απορρίπτει την προσφυγή ως απαράδεκτη.
- 2) Καταδικάζει τις προσφεύγουσες εις ολόκληρον στα δικαστικά έξοδα, εξαιρουμένων των εξόδων του παρεμβαίνοντος διαδίκου, τα οποία φέρει ο ίδιος.

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο Λουξεμβούργο στις 13 Δεκεμβρίου 1990.

Ο Γραμματέας

H. Jung

Ο Πρόεδρος

J. L. Cruz Vilaça