

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)
13 de diciembre de 1990 *

En el asunto T-116/89,

Vereniging Prodifarma, con domicilio social en Amsterdam,

Katwijk Farma BV, con domicilio social en Katwijk,

Lagap BV, con domicilio social en Krimpen a/d IJssel,

Medicalex BV, con domicilio social en Ridderkerk,

Polyfarma BV, con domicilio social en Groningen,

Stephar BV, con domicilio social en Krimpen a/d IJssel,

representadas por los Sres. M. van Empel y A. J. H. W. M. Versteeg, Abogados de Amsterdam, que designan como domicilio en Luxemburgo el despacho de Sr. J. Loesch, 8, rue Zithe,

partes demandantes,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. B. J. Drijber, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo el del Sr. Guido Berardis, miembro de su Servicio Jurídico, Centro Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

apoyada por

Reino de los Países Bajos, representado por el Sr. J. W. de Zwaan, Consejero Jurídico adjunto del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de su embajada, 5, rue C. M. Spoo,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

que tiene por objeto la anulación de una decisión contenida, según los demandantes, en una carta de un Miembro de la Comisión,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera),

integrado por los Sres. J. L. Cruz Vilaça, Presidente; H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas y K. Lenaerts, Jueces,

Secretaria: Sra. B. Pastor, administradora

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de junio de 1990,

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos

El presente litigio se inscribe en el marco de los esfuerzos que llevan a cabo las autoridades neerlandesas desde los años setenta para controlar el coste de los medicamentos distribuidos fuera de los hospitales y demás establecimientos sanitarios. Tiene estrecha relación con los asuntos T-113/89 (Nefarma contra Comisión, Rec. 1990, p. II-797) y T-114/89 (VNZ contra Comisión, Rec. 1990, p. II-827), así como con el asunto T-3/90 (Prodifarma contra Comisión II, auto de 23 de enero de 1991 por el que se declara la inadmisibilidad del recurso, Rec. 1991, p. II-1). Los recursos interpuestos en cada uno de estos asuntos se dirigen contra la reacción que manifestó la Comisión a propósito de un acuerdo que prevé una reducción de los precios a los que se suministran los medicamentos a los farmacéuticos, en relación con una modificación de la normativa neerlandesa sobre el margen de beneficios de los farmacéuticos. Suscribieron este acuerdo la casi totalidad de las organizaciones que representan a las empresas del sector farmacéutico, a los organismos privados y Cajas públicas de seguros de enfermedad y a los profesionales relacionados con el suministro de medicamentos, y de aquí se deriva su denominación de «Omni-Partijen Akoord» (en lo sucesivo, «acuerdo OPA»). Al apreciar los hechos que dieron origen al recurso, el Tribunal ha tenido en cuenta de oficio los elementos de hecho obrantes en los autos de los asuntos paralelos T-113/89 y T-114/89.

1. *Normativa nacional*

- 2 El principal instrumento de intervención de las autoridades neerlandesas sobre el coste de los medicamentos es la *Wet Tarieven Gezondheidszorg* (Ley de fijación de las tarifas de los tratamientos sanitarios; en lo sucesivo, «WTG»), que fue aprobada el 20 de noviembre de 1980 (Stbl. 1980, p. 646) y que contiene varias reglas sobre las tarifas de los establecimientos o personas que dispensan tratamientos, entre las que se incluyen los farmacéuticos y los médicos generalistas que posean una farmacia. El apartado 1 del artículo 2 de la WTG prohíbe con carácter general la aplicación de una tarifa que no haya sido aprobada o fijada con arreglo a la Ley.

- 3 La WTG encomienda la tarea de fijar y aprobar las tarifas de los tratamientos sanitarios a un organismo público, el *Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg* (Oficina central de tarifas sanitarias; en lo sucesivo, «COTG»). El COTG puede adoptar directivas sobre el nivel, la estructura y las modalidades de aplicación de una tarifa o de una parte de una tarifa. Estas directivas deben aprobarlas el Ministro de Bienestar Social, Sanidad y Cultura, el Ministro de Economía y el Ministro competente por razón del tipo de establecimientos o personal sanitario que dispense el tratamiento de que se trate. Según el artículo 13 de la WTG, el COTG debe tener en cuenta estas directivas cuando tome decisiones de aprobación o fijación de tarifas. El artículo 14 faculta al Ministro de Bienestar Social, Sanidad y Cultura y al Ministro de Economía para dirigir de común acuerdo recomendaciones sobre el contenido de las directivas al COTG, que estará obligado a respetarlas.

- 4 Con arreglo a esta norma, el Secretario de Estado de Bienestar Social, Sanidad y Cultura y el Secretario de Estado de Economía formularon el 21 de abril de 1987 una recomendación relativa a la adopción de directivas de modificación del régimen de reembolsos pagados a los farmacéuticos por la distribución de medicamentos, con el fin de reducir el gasto en este campo.

- 5 La recomendación tenía por objeto, por una parte, deducir del reembolso que podía solicitar el farmacéutico los descuentos que el proveedor del medicamento le hubiera concedido, en la medida en que excedieran del 2 % del precio del medicamento en la lista homologada por el COTG.

- 6 Por otra parte, la recomendación pretendía estimular la compra y suministro por parte de los farmacéuticos de medicamentos genéricos o de importación paralela, más baratos que las especialidades farmacéuticas comercializadas por el productor o importador oficial. Aunque es verdad que la elección del medicamento que compre el consumidor corresponde en principio al médico que lo receta, el farmacéutico tiene sin embargo la posibilidad de suministrar otro medicamento equivalente si el consumidor se lo pide. De este modo el farmacéutico puede colaborar en la sustitución de especialidades farmacéuticas por medicamentos de importación paralela o genéricos. La recomendación proyectaba permitir al farmacéutico conservar, en concepto de incentivo, un tercio de la diferencia entre el precio, más elevado, de la especialidad farmacéutica prescrita y el del medicamento más barato que hubiera despachado.
- 7 El COTG aplicó un régimen ajustado a la recomendación descrita anteriormente con efectos desde el 1 de enero de 1988. Aunque la discusión sobre lo beneficioso o lo nefasto de los efectos de este régimen continúa abierta, casi todos reconocen que no permitió ahorrar todo lo que se pensaba. Por esta razón el Gobierno neerlandés decidió adoptar medidas de control de precios aún más estrictas. Con esta finalidad presentó un plan, denominado «ijkprijzensysteem», según el cual se establecería un límite superior único para el reembolso por parte de las Cajas del seguro de enfermedad de todos los medicamentos que pueden recetarse para el tratamiento de una enfermedad determinada, de modo que, si el médico recetase un medicamento cuyo coste excediera el importe fijado, el paciente tendría que pagar la diferencia. Estas ideas no han llegado sin embargo a aplicarse, en parte porque las organizaciones profesionales del sector sanitario propusieron a las autoridades el acuerdo OPA como solución alternativa para conseguir el ahorro que el Gobierno neerlandés consideraba necesario, cifrado por éste en 420 millones de HFL anuales.

2. *El acuerdo OPA*

a) Las partes del acuerdo OPA

- 8 El acuerdo OPA se concluyó el 18 de agosto de 1988, como resultado de las iniciativas desplegadas anteriormente por la Asociación neerlandesa de la industria farmacéutica «Nefarma», una de las demandantes en el asunto T-113/89, y de la Asociación de las Cajas del seguro de enfermedad neerlandesas, «VNZ», una de las demandantes en el asunto T-114/89.

- 9 El acuerdo reúne —con una excepción— a las organizaciones que representan a todas las partes implicadas en la prescripción y suministro de medicamentos: los productores y los distribuidores, los médicos que los recetan y los farmacéuticos que los despachan, así como las aseguradoras y las Cajas de seguro de enfermedad que soportan el coste.
- 10 La excepción a que se ha aludido antes se refiere a Prodifarma, parte demandante en el presente asunto, asociación que reúne a empresas de dimensiones más pequeñas y que no forman parte de la industria de los medicamentos de marca, es decir, empresas que producen medicamentos genéricos o especialidades farmacéuticas o que se dedican a la importación paralela de medicamentos genéricos. Aunque intervino en la fase de concertación que precedió a la conclusión del acuerdo, Prodifarma y las empresas afiliadas a ella no participan en el mismo. El Gobierno neerlandés tampoco forma parte de este acuerdo.

b) El contenido del acuerdo OPA

- 11 El acuerdo OPA se divide en dos partes principales, cada una de naturaleza diferente. En primer lugar, consta de un acuerdo entre las partes, en el ámbito del Derecho privado, por el cual productores y distribuidores se comprometen a conceder a los farmacéuticos unos descuentos sobre los precios de venta de los productos farmacéuticos. En segundo lugar, contiene propuestas de las partes para la modificación de la normativa nacional antes descrita, que desean ver adoptadas por las autoridades y a las que subordinan la ejecución de su acuerdo de Derecho privado. Completan estos dos puntos principales un cierto número de disposiciones sobre el ámbito de aplicación del acuerdo y los compromisos de las partes acerca de la puesta en práctica del régimen que preconizan.
- 12 Las disposiciones principales del acuerdo OPA pueden resumirse como sigue. Los miembros de las dos organizaciones demandantes en el asunto T-113/89, Nefarma y Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf (Unión de mayoristas del sector farmacéutico) se declaran, en el punto 7.1 del acuerdo, dispuestos a reducir en un 7 % de promedio los precios de venta de las especialidades farmacéuticas que aplican a los farmacéuticos. El punto 8 del acuerdo prevé una «congelación de precios» hasta el 1 de enero de 1991. Las partes declaran además su renuncia a proceder a «subidas compensatorias» después de esa fecha. En el punto 9 del acuerdo, Nefarma y el Bond van Groothandelaren se comprometen a fijar los precios de los nuevos medicamentos en un nivel correspondiente a la media de los precios aplicados en otros Estados miembros.

- 13 Las modificaciones de la normativa nacional propuestas por las partes del acuerdo a las autoridades consisten, en primer lugar, en una elevación del 2 % al 4 % de los descuentos de que puede beneficiarse un farmacéutico sin que las Cajas del seguro de enfermedad los tengan en cuenta a la hora del reembolso (punto 10). En segundo lugar, se solicita a las autoridades una reducción del 33,3 al 15 % del tipo del incentivo antes descrito que se concede a los farmacéuticos por despachar medicamentos más baratos (punto 11).
- 14 El anexo 2 del acuerdo OPA recoge las estimaciones de las partes sobre la evolución del mercado tras la introducción del incentivo del 15 %. De 1988 a 1990 el volumen de ventas de especialidades farmacéuticas bajaría de 1 750 a 1 700 millones de HFL, el de medicamentos genéricos aumentaría de 250 a 360 millones de HFL y el de productos procedentes de importaciones paralelas pasaría de 135 a 200 millones de HFL.

3. *Desarrollo de los procedimientos administrativos*

- 15 El presidente de Nefarma sometió el acuerdo OPA al Secretario de Estado de Bienestar Social, Sanidad y Cultura y al Secretario de Estado de Economía mediante escrito de 6 de septiembre de 1988. A finales de noviembre de 1988 las autoridades neerlandesas se declararon dispuestas a concederle una oportunidad. La entrada en vigor de las reducciones de precios previstas en el acuerdo se fijó para el 1 de enero de 1989.
- 16 Dos procedimientos paralelos referidos al acuerdo OPA se iniciaron entonces ante la Comisión. Por una parte, Prodifarma, demandante en el presente asunto, presentó el 2 de diciembre de 1988 una reclamación en la que se pedía a la Comisión que declarase que el acuerdo OPA era incompatible con las disposiciones del artículo 85 del Tratado CEE, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo «el Reglamento nº 17»). Solicitaba también que la Comisión prohibiese la aplicación del acuerdo OPA durante la fase de instrucción y que, en el caso de que se le notificara dicho acuerdo, la Comisión aplicase el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Por otra parte, Nefarma, parte demandante en el asunto T-113/89, notificó el acuerdo a la Comisión el 9 de diciembre de 1988, en nombre de todas las partes signatarias. Esta notificación quedó registrada en la Comisión con el número IV/33.017. Nefarma solicitaba la expedición de una declaración negativa con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17 o al menos

—con carácter subsidiario— el otorgamiento de una exención basada en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

- 17 En carta de 14 de diciembre de 1988 firmada por el Sr. Rocca, Director de la Dirección General de Competencia, la Comisión informó a las partes de que, según dictamen provisional de sus servicios, el acuerdo OPA era incompatible con el apartado 1 del artículo 85 del Tratado debido a la práctica colusoria sobre los precios que implicaba y a que las partes no habían expuesto argumentos que permitieran justificar una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. La Comisión añadía que sus servicios estudiaban la posibilidad de iniciar un procedimiento basado en el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Se envió a Prodifarma una copia de esta carta.
- 18 Basándose principalmente en esta carta, Prodifarma inició un procedimiento sobre medidas provisionales contra Nefarma y VNZ ante el Juez nacional solicitando que se suspendiera la ejecución del acuerdo OPA hasta que la Comisión hubiera tenido la posibilidad de pronunciarse sobre él. Sin embargo, esta demanda fue desestimada.
- 19 Como consecuencia de esta primera reacción negativa de la Comisión, varias de las partes del acuerdo OPA así como el Gobierno neerlandés, representado por los dos Secretarios de Estado implicados, intervinieron en varias ocasiones ante los servicios de la Comisión y ante el Miembro de la misma responsable de Competencia con el fin de proporcionarles más información sobre el acuerdo OPA y abogar en su favor.
- 20 Entre tanto, el procedimiento para adaptar la normativa nacional, en concreto las directivas del COTG, al contenido del acuerdo OPA seguía su curso. Sin embargo, el 23 de diciembre de 1988 el Gobierno neerlandés informó a las partes del acuerdo OPA, así como a Prodifarma y sus asociados, de que las autoridades neerlandesas no pensaban aprobar las modificaciones de las directivas necesarias para la aplicación del acuerdo antes de poder apreciar, a la luz del «dictamen definitivo de la Comisión», si tal aprobación constituiría o no una violación del Tratado. De hecho, cuando la COTG decidió modificar sus directivas el 29 de diciembre de 1988, los Secretarios de Estado competentes no aprobaron dicha modificación. Por lo tanto, y en contra de lo que las partes del acuerdo OPA y el Gobierno neerlandés habían proyectado inicialmente, el acuerdo no pudo entrar en vigor el 1 de enero de 1989.

- 21 A principios del año 1989, las partes del acuerdo OPA y el Gobierno neerlandés prosiguieron sus esfuerzos para convencer a la Comisión de los méritos de este acuerdo. Concretamente, el 7 de febrero de 1989 el Secretario de Estado de Economía y su homólogo del Ministerio de Bienestar Social, Sanidad y Cultura mantuvieron una entrevista, a petición propia, con el nuevo Miembro de la Comisión responsable de la Competencia, Sir Leon Brittan. A esta entrevista siguió una carta de fecha 9 de febrero, que el Secretario de Estado de Economía, Sr. Evenhuis, dirigió a Sir Leon Brittan, y en la que se daban explicaciones adicionales para justificar la reducción del incentivo del 33,3 al 15 %.
- 22 Sir Leon Brittan dirigió el 6 de marzo de 1989 a los dos Secretarios de Estado una carta que es impugnada por los demandantes en el presente asunto así como en los asuntos T-113/89 y T-114/89. En dicha carta, de la que unos días antes se había transmitido ya un borrador por telefax a las autoridades neerlandesas, el Miembro de la Comisión declaraba que, «como antiguo Ministro de Hacienda», suscribía el objetivo del Gobierno neerlandés de controlar el coste del suministro de medicamentos en los Países Bajos. Hacía constar, sin embargo, que debía atenuarse el efecto contrario a la competencia de las disposiciones del acuerdo OPA sobre la reducción del incentivo y la elevación del margen de descuento autorizado antes de poder adoptar una decisión favorable.
- 23 En su opinión, el acuerdo OPA debía cumplir dos requisitos para que la Comisión contemplara la posibilidad de adoptar una decisión favorable acerca de él, a saber:
- primero, que el incentivo por despachar medicamentos más baratos se redujera al 20 % de la diferencia de precios entre dichos medicamentos y las especialidades farmacéuticas más caras, en vez del 15 %;
 - segundo, que se evaluaran los efectos de la reducción de la prima durante un año, mediante un sistema de control *ad hoc*.
- 24 La carta utilizaba en concreto los siguientes términos:

«En consecuencia, les propongo limitar la reducción del incentivo del 33 % al 20 %, en lugar de al 15 % previsto en el acuerdo OPA, y verificar durante un año en la práctica el efecto del incentivo del 20 %».

- 25 Refiriéndose al sistema de control, Sir Leon Brittan señalaba que las autoridades neerlandesas y comunitarias podrían cooperar para su aplicación, principalmente mediante un intercambio de datos estadísticos sobre el mercado de medicamentos. El Miembro de la Comisión añadía:

«Es evidente que mis conclusiones sobre el acuerdo OPA no vulneran los derechos en el procedimiento de las partes que lo notificaron, ni los de Prodifarma, que formuló una reclamación contra dicho acuerdo.»

- 26 El 16 de marzo de 1989 se transmitió por telefax una copia de esta carta a Prodifarma. Nefarma y VNZ, partes demandantes en los asuntos T-113/89 y T-114/89, recibieron también copia.

- 27 El 17 de marzo de 1989, los miembros de Nefarma se declararon por mayoría dispuestos a aceptar que el tipo del incentivo se fijase en un 20 %. Las demás partes en el acuerdo OPA aceptaron igualmente aplicarlo con los requisitos señalados en la carta impugnada. El COTG adaptó sus directivas en consecuencia y, después de que Prodifarma intentase en vano impedirselo mediante un procedimiento sobre medidas provisionales dirigido contra el Estado neerlandés, los dos Secretarios de Estado dieron su aprobación a las nuevas directivas. Así pues, las propuestas contenidas en el acuerdo OPA se aplicaron a partir del 1 de abril de 1989.

- 28 El 28 de abril de 1989, el Director Sr. Rocca envió una carta a Prodifarma en la que le pedía su cooperación en el control que la Comisión pretendía realizar sobre los efectos del acuerdo OPA mediante la aportación de datos específicos. La carta precisaba:

«Es también evidente que, con arreglo al apartado 1 del artículo 20 del Reglamento nº 17 de 1962, la Comisión sólo utilizará estos datos a efectos del control que pretende realizar sobre el acuerdo OPA en el marco de lo convenido en el asunto IV/33.017 y que respetará las normas generales sobre información confidencial.»

Procedimiento

- 29 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 19 de mayo de 1989, las partes demandantes interpusieron el presente recurso contra la Comisión, solicitando la anulación de la decisión contenida, en su opinión, en la carta de Sir Leon Brittan de 6 de marzo de 1989.
- 30 Las demandantes estiman que en dicha carta se encuentran los cuatro motivos de anulación enunciados en el artículo 173 del Tratado. Alegan, en primer lugar, que la Comisión carecía de competencias para intervenir del modo en que lo hizo, dado que el apartado 3 del artículo 85 del Tratado y los artículos 2 y 6 del Reglamento nº 17 sólo le otorgan competencias para otorgar exenciones o bien para expedir declaraciones negativas. A continuación las demandantes reprochan a la Comisión no haber motivado debidamente la decisión positiva que adoptó sobre el acuerdo OPA. Consideran también que la Comisión ha infringido el apartado 1 del artículo 85 del Tratado dado que las disposiciones del acuerdo OPA que establecían una práctica colusoria sobre los precios y las que aumentan el margen de los descuentos autorizados no han sido modificadas, aunque la Comisión reconoció que eran incompatibles con las normas del Tratado, y que, por otra parte, la adaptación del tipo del incentivo efectuada no supone una modificación sustancial de los efectos restrictivos de la competencia que implica el acuerdo. Finalmente, las demandantes imputan a la Comisión haber incurrido en desviación de poder.
- 31 En el escrito de contestación presentado el 30 de junio de 1989, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad al amparo del apartado 1 del artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.
- 32 El Reino de los Países Bajos, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 20 de octubre de 1989, solicitó intervenir en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la parte demandada.
- 33 Mediante auto de 15 de noviembre de 1989, el Tribunal de Justicia atribuyó el asunto al Tribunal de Primera Instancia conforme al artículo 14 de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

- 34 Mediante auto de 7 de diciembre de 1989, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) admitió la intervención del Reino de los Países Bajos en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión. En un escrito presentado el 19 de enero de 1990, la parte coadyuvante indicó que no deseaba definir su postura sobre el tema de la admisibilidad, reservándose el derecho de presentar ulteriormente sus observaciones sobre el fondo del asunto.
- 35 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) decidió acoger la petición de la Comisión de que se pronunciase sobre la excepción de inadmisibilidad sin entrar en el fondo del asunto. Los informes orales de las demandantes y de la Comisión y sus respuestas a las preguntas planteadas por el Tribunal fueron oídos en la vista de 20 de junio de 1990.
- 36 Las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:
- Anule la decisión de la Comisión contenida en la carta de 6 de marzo de 1989 dirigida al Secretario de Estado de Bienestar Social, Sanidad y Cultura, Sr. D. J. D. Dees, y al Secretario de Estado de Economía, Sr. A. J. Evenhuis.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 37 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Declare la inadmisibilidad del recurso.
 - Condene en costas a las demandantes.
- 38 En relación con la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión, las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:
- Desestime la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.

— Condene en costas a la Comisión.

- 39 La parte coadyuvante declara que se remite al buen criterio del Tribunal sobre el tema de la admisibilidad del recurso presentado por las demandantes.
- 40 El Presidente declaró terminada la fase oral sobre la excepción de inadmisibilidad al final de la vista.

Admisibilidad del recurso de anulación

- 41 En apoyo de la excepción de inadmisibilidad que propuso, la Comisión alega con carácter principal que un acto de una institución comunitaria sólo puede ser objeto del recurso previsto en el artículo 173 del Tratado si produce efectos jurídicos vinculantes.
- 42 Según la Comisión, la carta de Sir Leon Brittan sólo ha producido consecuencias de hecho y carece de efectos jurídicos. La Comisión sostiene que esta carta no vincula ni al Gobierno neerlandés, que era su destinatario, ni a terceros como las demandantes, ni siquiera a la propia Comisión. Considera que la simple lectura de la carta controvertida pone de manifiesto que se trata de la expresión de una opinión sin efectos vinculantes y que, por tanto, no se trata de un «acto» en el sentido del artículo 173 del Tratado.
- 43 En apoyo de su tesis, la Comisión comienza por subrayar ciertas expresiones de la carta que, al referirse expresamente a una posible decisión posterior de la Comisión, cuyo contenido no prejuzgan en modo alguno, revelan su carácter provisional. Dicha carta sólo contiene propuestas y no supone ni el cierre del asunto ni el final de la investigación que realizan los servicios de la Comisión, que, por el contrario, sólo comenzará realmente con la aplicación del «sistema de control». La carta impugnada no constituye pues la inadmisión de la reclamación presentada por Prodifarma.

- 44 En la vista, la institución demandada añadió que, si más adelante adoptase una decisión sobre el fondo del asunto, tendría efecto retroactivo y sustituiría a la carta impugnada. En su opinión, sólo en el momento en que se hubiera adoptado tal decisión definitiva podrían las demandantes invocar la necesidad de una protección jurisdiccional.
- 45 La Comisión alega a continuación que la carta impugnada no puede considerarse una decisión denegatoria de una solicitud de medidas provisionales en el sentido del auto de 17 de enero de 1980 (Camera Care contra Comisión, 792/79 R, Rec. 1980, p. 119), ya que las demandantes no presentaron una solicitud de este tipo. La Comisión subraya que la carta no perjudica los derechos que asisten en el procedimiento a las demandantes quienes, en el caso de que la investigación revelara que la reclamación carece de fundamento, podrían solicitar de ella que se lo comunicase por escrito con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62; en lo sucesivo, «el Reglamento nº 99/63»).
- 46 La Comisión sostiene que no es la carta controvertida la que ha producido efectos jurídicos vinculantes para las demandantes, sino la decisión del Gobierno neerlandés de aplicar el acuerdo OPA, basándose en su propia autoridad y bajo su responsabilidad. En la vista, subrayó que su Derecho nacional garantiza a Prodifarma la tutela judicial de sus derechos y que esta demandante había recurrido a ella en dos ocasiones, presentando demandas de medidas provisionales basadas en la pretendida ilegalidad del acuerdo OPA. El hecho de que ambas demandas hayan sido desestimadas por los órganos jurisdiccionales nacionales no implica, según la Comisión, que la demandante disponga de recurso ante este Tribunal de Primera Instancia. La Comisión reconoce que el Gobierno neerlandés hizo depender su decisión de cumplir los requisitos necesarios para ejecución del acuerdo OPA de la «luz verde» de la Comisión, pero subraya sin embargo que ella misma no había adoptado ninguna decisión al respecto.
- 47 La Comisión alega igualmente que el presente recurso no se dirige contra una decisión colegiada de la Comisión adoptada al término del procedimiento interno que se sigue en estos casos, sino contra una carta en la que un solo Miembro de la Comisión da su opinión personal sobre un expediente cuyo estudio se encuentra aún en una fase poco avanzada, tras haber sido instado encarecidamente a hacerlo por parte del Gobierno de un Estado miembro.

- 48 La Comisión añade que los terceros a quienes no iba dirigida la carta de Sir Leon Brittan no pueden sentirse en modo alguno afectados por ella. Considera que, para que unos terceros puedan resultar afectados directa e individualmente con arreglo al segundo párrafo del artículo 173 del Tratado, es necesario que el acto impugnado haya producido efectos jurídicos respecto a un primer destinatario, lo que no sucede con la carta controvertida respecto al Gobierno neerlandés.
- 49 En la vista la Comisión ha expresado finalmente el temor de que una nueva flexibilización de los requisitos de admisibilidad provocase una oleada de recursos contra los diferentes tipos de escritos que sus servicios se ven obligados a dirigir a las empresas durante las investigaciones de que son objeto, de modo que se viera obligada, en lo sucesivo, a no acceder a las numerosas peticiones que se le dirigen para que sus servicios manifiesten su postura de manera informal.
- 50 Las demandantes, por su parte, sostienen que la carta que impugnan constituye una decisión que, aunque iba dirigida a los dos Secretarios de Estado competentes en la materia, ha modificado considerablemente su propia situación jurídica.
- 51 Las demandantes destacan que la primera reacción que manifestaron el 14 de diciembre de 1988 los servicios de la Comisión respecto al acuerdo OPA constituyó un obstáculo efectivo para la entrada en vigor del acuerdo. En su opinión, al anunciar que se otorgaría una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, siempre que se efectuaran las modificaciones sugeridas, la carta de Sir Leon Brittan dio inmediatamente lugar a la ejecución del acuerdo OPA. Las demandantes deducen de esto que se trata de una decisión que ha modificado objetiva y directamente la situación de las partes afectadas por el acuerdo OPA, y en particular la de Prodifarma y sus litisconsortes.
- 52 Las demandantes admiten que el lenguaje empleado en la carta podría sugerir que ésta sólo expresa las intenciones de la Comisión. Invocan en su apoyo, no obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual para determinar si un acto es recurrible lo que debe tomarse en cuenta no es la forma del acto, sino su contenido (sentencias de 31 de marzo de 1971, llamada «AETR», Comisión contra Consejo, 22/70, Rec. 1971 p. 263, y de 11 de noviembre de 1981, IBM contra Comisión, 60/81, Rec. 1981, p. 2639). Según ellas, la Comisión sabía que, en las

circunstancias en las que se envió la carta de 6 de marzo de 1989, los interesados la considerarían como una decisión que implicaba una definición vinculante de las condiciones en las que el acuerdo OPA podría aplicarse. Deducen de ello que la Comisión tuvo la intención de modificar la situación jurídica preexistente y de eliminar el bloqueo provocado por su carta de 14 de diciembre de 1988. Las demandantes consideran que la propia Comisión, al referirse en su carta de 28 de abril de 1989 al «marco de lo convenido en el asunto IV/33.017», da por sentado que la carta de 6 de marzo de 1989 creó una nueva situación jurídica para el período que se indica en esta carta.

- 53 El argumento que la Comisión deduce del carácter provisional de la carta impugnada ignora, según las demandantes, el punto esencial del litigio. Alegan que una Administración o una autoridad puede en todo momento adoptar decisiones o realizar actos dotados de efectos jurídicos obligatorios. A su juicio, el punto de vista según el cual sólo los actos que ponen término a un procedimiento son susceptibles de impugnación es contrario al sistema de protección jurídica que establece el segundo párrafo del artículo 173 del Tratado. En apoyo de su tesis, invocan las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM (60/81, antes citada) y de 15 de marzo de 1967, Cimenteries contra Comisión (8/66 a 11/66, Rec. 1967, p. 93). Al argumento de la Comisión según el cual en el caso de autos no hubo desestimación de una solicitud de medidas provisionales, las demandantes respondieron en la vista que la reclamación que Prodifarma había presentado ante la institución demandada contenía efectivamente una petición de medidas provisionales contra el acuerdo OPA.
- 54 Las demandantes consideran que el argumento según el cual siempre pueden solicitar a la Comisión que les envíe la comunicación prevista en el artículo 6 del Reglamento nº 99/63 si la investigación revela que su demanda carece de fundamento, no tiene ninguna incidencia sobre la cuestión de si la carta impugnada produjo efectos jurídicos.
- 55 Según las demandantes, es contrario a la realidad sostener, como hace la Comisión, que sólo produjo efectos jurídicos obligatorios la decisión de dar «luz verde» al acuerdo OPA adoptada por el Gobierno neerlandés, basándose en su propia autoridad y bajo su responsabilidad. Alegan a este respecto que el Gobierno neerlandés había pedido con anterioridad a la Comisión que diera una oportunidad al acuerdo y que, después de la carta de 14 de diciembre de 1988, sólo podía concebirse su aplicación nacional si la Comisión modificaba su punto de vista inicial.

- 56 En la vista, las demandantes invocaron las sentencias de 23 de noviembre de 1971, Bock contra Comisión (62/70, Rec. 1971, p. 897) y de 17 de enero de 1985, Piraiki-Patraiki contra Comisión, 11/82, Rec. 1981, p. 207), en las cuales el Tribunal de Justicia declaró admisibles recursos presentados por particulares contra decisiones dirigidas a los Estados miembros en circunstancias que, según las demandantes, eran semejantes a los hechos del caso de autos.
- 57 Alegan además que la comunicación del borrador de la carta, antes de su firma, a las autoridades neerlandesas confirma que se trataba de una respuesta a necesidades específicas sobre cuya naturaleza el Gobierno neerlandés había informado con exactitud a la Comisión, y que esta circunstancia se opone a la interpretación de la carta objeto del litigio como una nota que sólo contenía sugerencias de carácter político.
- 58 Al argumento de la Comisión según el cual la carta impugnada sólo refleja la opinión personal de uno de sus Miembros, las demandantes replican que el autor de la carta es el Vicepresidente de la Comisión responsable de Competencia en persona. Por otra parte, del hecho de que la carta de 28 de abril de 1989, antes citada, se refiera a esta carta y aluda a la actitud que pretende adoptar en el futuro «la Comisión», deducen que la propia institución demandada considera que la carta controvertida es algo más que la simple expresión de una opinión personal.
- 59 En apoyo de su tesis de que la decisión contenida en la carta de 6 de marzo de 1989 les afecta directa e individualmente, las demandantes citan las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro contra Comisión (26/76, Rec. 1977, p. 1875) y de 11 de octubre de 1983, Demo-Studio Schmidt contra Comisión (210/81, Rec. 1983, p. 3045). En la vista alegaron que se debe considerar que una decisión dirigida a un Estado miembro y que precisa de medidas de ejecución en el plano nacional afecta directamente a los particulares siempre que se pueda prever, con certeza o con grandes probabilidades, que la medida de ejecución les afectará y cómo les afectará. En el caso de autos, observan las demandantes, las consecuencias de la carta objeto del litigio respecto a ellas eran previsibles.
- 60 Finalmente, las demandantes afirmaron durante la vista que declarar la inadmisibilidad de su recurso sería contrario al espíritu y al alcance de la protección jurídica que ofrece el artículo 173 del Tratado. Alegaron que no se puede admitir que la

Comisión, en el marco de una política sobre la competencia ejecutada de manera informal, disponga de una libertad que limite el control jurisdiccional previsto por el Tratado. Subrayaron que el artículo 173 no sólo tiene por objeto proteger los intereses individuales sino además, lo que es aún más importante, controlar la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias y que considerar que la carta impugnada no es una decisión significaría abrir una brecha en este sistema.

- 61 Respondiendo a las preguntas del Tribunal, las demandantes declararon que el apartado 2 del artículo 85 del Tratado, según el cual los acuerdos que infrinjan el apartado 1 del artículo 85 serán nulos de pleno derecho, no se opone a que se califique como decisión a la carta objeto del litigio. Alegaron que la admisibilidad de un recurso dirigido a controlar la legalidad de un acto de una institución comunitaria no puede depender de la eventual existencia en el Derecho nacional de vías de impugnación que permitan que se declare la nulidad del acuerdo al que se refiere el acto.
- 62 Las demandantes invocaron consideraciones de economía procesal para justificar su punto de vista según el cual la carta objeto del litigio es un acto que puede ser recurrido por el Reino de los Países Bajos. En lo referente al fundamento jurídico de una decisión de este tipo, las demandantes señalaron que el bloqueo de la ejecución del acuerdo OPA era consecuencia de la interpretación de los artículos 85 y 5 del Tratado que el Tribunal de Justicia dio en su sentencia de 1 de octubre de 1987 (*Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Rec. 1987 p. 3801). De aquí dedujeron que la decisión de eliminar dicho obstáculo se basaba igualmente en estas disposiciones.

Sobre la naturaleza jurídica de la carta impugnada

- 63 Ante estos factores de hecho y de Derecho, procede examinar si la carta contra la que se dirige el presente recurso es un acto que puede ser objeto de un recurso de anulación con arreglo al artículo 173 del Tratado. Tal y como resulta de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, para ello hay que determinar si produjo efectos jurídicos vinculantes (véase, en último término, el auto de 17 de mayo de 1989, *Italia contra Comisión*, 151/88, Rec. 1989, pp. 1255, 1261).

1. *Sobre los efectos de la carta de Sir Leon Brittan respecto a la situación jurídica preexistente*

- 64 Este Tribunal de Primera Instancia considera que hay que determinar, en primer lugar, si la carta que Sir Leon Brittan envió el 6 de marzo de 1989 a los dos Secretarios de Estado neerlandeses modificó la situación jurídica preexistente, principalmente eliminando el obstáculo para la aplicación por parte de las autoridades neerlandesas del acuerdo OPA que había creado, según las demandantes, la carta del Director Sr. Rocca de fecha 14 de diciembre de 1988.
- 65 Con este fin, procede examinar de entrada la situación jurídica tal y como se presentaba en el momento en que se envió la carta objeto del litigio, a la luz de la tesis que defienden los demandantes según la cual el acuerdo OPA era incompatible con las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Con arreglo al apartado 2 del artículo 85 del Tratado, el acuerdo OPA era, en tal caso, nulo de pleno derecho, y cualquier persona que se considerase perjudicada por él podía acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales alegando la nulidad del acuerdo. El hecho de que éste ya hubiese sido notificado a la Comisión carecía de importancia a este respecto, dado que sólo una decisión de exención adoptada en virtud del apartado 3 del artículo 85 hubiera suprimido, con eficacia *erga omnes*, la nulidad derivada del apartado 2 del artículo 85. Por el contrario, mientras el acuerdo no haya sido objeto de una decisión de prohibición con arreglo al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 17, las partes son libres de ejecutarlo. Si han notificado el acuerdo a la Comisión, el apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17 les protege incluso contra las multas previstas en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento para el caso de infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, a menos que la Comisión lo hubiera declarado inaplicable con arreglo al apartado 6 del artículo 15 de dicho Reglamento. Las partes corren el riesgo, sin embargo, de que se invoque la nulidad de su acuerdo en el marco de una acción suscitada ante los órganos jurisdiccionales nacionales.
- 66 La carta del Director Sr. Rocca, enviada a las partes en el acuerdo OPA el 14 de diciembre de 1988, no podía modificar esta situación desde el punto de vista del Derecho comunitario. Sólo se reflejaba en ella una primera evaluación del acuerdo OPA por parte de los servicios de la Comisión y se limitaba a indicar a las partes afectadas que se estaba estudiando la posibilidad de declarar inaplicable el apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Sin embargo, después de esta carta surgió un obstáculo para la aplicación del acuerdo OPA en el ámbito del Derecho neerlandés, dado que el Gobierno de los Países Bajos no estaba dispuesto a adoptar las medidas reglamentarias a las que las partes en el acuerdo habían condicionado la entrada en vigor de éste mientras la Comisión mantuviera una actitud negativa respecto a él.

- 67 Procede examinar ahora si la carta impugnada podía modificar la situación jurídica que se acaba de describir.
- 68 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la pretendida nulidad del acuerdo OPA desde el punto de vista de las disposiciones del apartado 2 del artículo 85 del Tratado, procede señalar que la carta de Sir Leon Brittan no puede considerarse una decisión que conceda una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Sólo constituye el punto de partida del examen del acuerdo OPA, con el objeto de determinar si se puede conceder dicha exención. En consecuencia, la carta no puede excluir la nulidad del acuerdo derivada, de pleno derecho, de la infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado que alegan las demandantes.
- 69 Es preciso examinar a continuación si la carta objeto del litigio ha producido efectos equivalentes a los de una decisión que, sin causar los mismos efectos jurídicos que una decisión de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, hubiera sin embargo modificado la situación jurídico preexistente afectando los derechos en el procedimiento de las partes en el acuerdo OPA y de terceros que hayan reclamado.
- 70 Una decisión de este tipo puede adoptar la forma de una declaración negativa basada en el artículo 2 del Reglamento nº 17, a través de la cual la Comisión define su postura sobre un acuerdo, decisión o práctica concertada. Después de una decisión de esta naturaleza, las partes se encuentran al abrigo de las medidas que la Comisión pudiera tomar en contra de las prácticas colusorias, mientras que quienes hayan presentado una reclamación no pueden exigir ya la reapertura del expediente, a menos que se produzca un cambio de circunstancias o cuando proporcionen nuevas informaciones. Los efectos para terceros reclamantes de una declaración negativa son pues comparables a los de una decisión que declarase la inadmisión de su reclamación (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds contra Comisión, 142/84 y 156/84, Rec. 1987, pp. 4487, 4571). Estos efectos presuponen sin embargo una valoración definitiva del acuerdo de que se trate, que no se ha producido en el caso de autos.
- 71 Debemos añadir que la carta objeto del litigio no ha afectado al derecho de las demandantes a solicitar que se les envíe un escrito con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63. La salvaguarda expresa de los derechos de las partes en el procedimiento que se hace en esta carta demuestra que Sir Leon Brittan quiso preservarlos íntegramente. Se sigue de ello que dicha carta tampoco modificó la situación jurídica preexistente en el plano del procedimiento.

72 La Comisión, antes de pronunciarse con carácter definitivo sobre un acuerdo que le fue notificado o sobre una reclamación que le haya sido presentada, dispone además de la facultad de adoptar medidas provisionales para hacer frente a una situación que pueda causar perjuicio grave e irreparable al reclamante o resulte intolerable para el interés general (véase el auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, 792/79 R, Camera Care, antes citado, Rec. 1980, pp. 119, 130 y ss.). Sin embargo, la carta impugnada no manifiesta intención alguna de modificar temporalmente la situación jurídica existente con medidas de este tipo. Nada en esta carta permite deducir que su autor considerase que las consecuencias jurídicas de las disposiciones del apartado 2 del artículo 85 del Tratado y del Reglamento nº 17 hubieran creado, en el caso de autos, una situación intolerable. La carta no pretende ni excluir temporalmente la aplicación del apartado 2 del artículo 85 ni prohibir provisionalmente la ejecución del acuerdo o someterla a ciertos requisitos. En efecto, aunque su autor haya subordinado la posibilidad de una decisión favorable sobre el acuerdo OPA a una modificación del régimen de incentivos previsto en el acuerdo y al establecimiento de un sistema de control, es preciso señalar, como ha hecho ya este Tribunal en sus sentencias del día de hoy en los asuntos T-113/89 y T-114/89, que no se trataba de medidas de carácter vinculante, dado que la carta impugnada dejaba a las partes en el acuerdo OPA total libertad para aceptarlas o rechazarlas.

73 Las demandantes han sostenido durante la vista que la reclamación que Prodifarma presentó a la Comisión el 2 de diciembre de 1988 contenía efectivamente una petición de que se adoptasen medidas provisionales. Sin embargo, la carta impugnada no se refiere a las peticiones formuladas en dicha reclamación. Esta circunstancia reafirma a este Tribunal en su opinión de que la carta impugnada no estableció medidas provisionales en el sentido del auto del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1980, Camera Care (792/79 R, citado).

2. Sobre los efectos de la carta de Sir Leon Brittan respecto al Reino de los Países Bajos

74 Sin embargo, la carta de Sir Leon Brittan hizo que el Gobierno neerlandés modificara su normativa nacional suprimiendo el obstáculo que se oponía a la ejecución del acuerdo OPA en el Derecho nacional. Procede pues examinar si el Gobierno neerlandés dio su conformidad a la ejecución del acuerdo OPA como consecuencia de una decisión de la Comisión que le autorizara a ello o bien de una simple opinión.

- 75 Para decidir si la postura que adoptó el Miembro de la Comisión revistió el carácter de una decisión respecto al Gobierno neerlandés, se debe examinar, en primer lugar, si el acto impugnado tiene una base jurídica que faculte a la Comisión para adoptar una decisión que vincule a un Estado miembro. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las opiniones expresadas por la Comisión ante las autoridades de un Estado miembro en ámbitos en los que aquélla carece de competencias para adoptar decisiones obligatorias son sólo simples opiniones sin efectos jurídicos (por ejemplo, sentencias de 4 de febrero de 1959, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridad*, 17/57, Rec. V, pp. 9, 25, y de 27 de marzo de 1980, *Sucrimex contra Comisión*, 133/79, Rec. 1980, pp. 1299, 1310; auto de 17 de mayo de 1989, *Italia contra Comisión*, 151/88, antes citado, p. 1261).
- 76 Procede señalar, con carácter preliminar, que esta competencia no puede presumirse, cuando no exista una disposición específica que figure en el Tratado o en actos de naturaleza vinculante adoptados por las instituciones (auto de 30 de septiembre de 1987, *Brother Industries contra Comisión*, 229/86, Rec. 1987, pp. 3757, 3762 y ss.).
- 77 Ahora bien, como ha subrayado la Comisión en la vista, ni el artículo 85 del Tratado ni las disposiciones del Reglamento nº 17 han otorgado a la Comisión la facultad de adoptar decisiones que produzcan efectos jurídicos respecto a los Estados miembros. Aunque el apartado 1 del artículo 3 de este último Reglamento establece que la Comisión podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas a poner fin a las infracciones al Derecho de la competencia que se les imputen, esta disposición no faculta a la Comisión para obligar a un Estado miembro a adoptar determinadas medidas en su Derecho nacional, como por ejemplo modificar la normativa nacional relativa al incentivo de que se trata en la carta impugnada. Del mismo modo, la facultad de la Comisión de emitir declaraciones negativas con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17 y de conceder exenciones con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado sólo puede ejercerse ante las empresas interesadas y no puede servir de base a decisiones dirigidas a los Estados miembros.
- 78 En cuanto al apartado 1 del artículo 11 de dicho Reglamento que dispone que, «en el cumplimiento de las tareas que le sean asignadas [...] la Comisión podrá recabar todas las informaciones que considere necesarias de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros [...]», es preciso hacer constar que esta disposición no puede servir de base legal a una decisión que obligase al Reino de los Países Bajos a establecer el sistema de control del que se trata en la carta impugnada.

79 Tampoco es posible deducir que la Comisión es competente para adoptar decisiones de naturaleza tal que produzcan efectos jurídicos respecto a los Estados miembros de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el Tratado obliga a los Estados miembros a abstenerse de adoptar o de mantener en vigor medidas legislativas o reglamentarias que puedan eliminar la eficacia de los artículos 85 y 86 del Tratado (véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de octubre de 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, Rec. 1987, pp. 3801, 3826). Esta obligación se basa en el artículo 5 del Tratado, que ha de interpretarse a la luz de la letra f) del artículo 3 y del artículo 85. Sin embargo, el artículo 5 del Tratado no confiere a la Comisión la facultad de dirigir a los Estados miembros decisiones vinculantes para requerir de ellos una conducta ajustada al Derecho comunitario (auto de 30 de septiembre de 1987, *Brother Industries*, 229/86, antes citado). De esto se deduce que tampoco puede servir de base legal a una decisión que autorice a un Estado miembro a adoptar una determinada conducta. Corresponde a los Estados miembros velar por que su comportamiento sea conforme a las obligaciones que les incumben con arreglo a la letra f) del artículo 3 y a los artículos 5 y 85 del Tratado, sin perjuicio del control correspondiente que, a este respecto, pueda ejercer *a posteriori* el Tribunal de Justicia en el marco de los procedimientos regulados en los artículos 169 y 177 del Tratado (véase, para la aplicación de esta última disposición, la sentencia de 1 de octubre de 1987, citada). Por el contrario, un control previo de la conformidad de las medidas nacionales con el Derecho comunitario, bajo la forma de autorizaciones concedidas por la Comisión, no se corresponde con el reparto de competencias que el Tratado establece entre las autoridades comunitarias y las nacionales en este campo.

80 Es cierto que el artículo 89 faculta a la Comisión para adoptar decisiones respecto a los Estados miembros para hacer constar la existencia de infracciones al Derecho de competencia y para autorizar a éstos a adoptar medidas que pongan término a estas infracciones. Sin embargo, esta disposición transitoria sólo se refiere a las situaciones en las que no existan normas de desarrollo de los artículos 85 y 86, como el Reglamento nº 17.

81 Por el contrario, el apartado 3 del artículo 90 del Tratado otorga competencias a la Comisión para dirigir a los Estados miembros decisiones apropiadas para velar por la observancia de las normas del Tratado y, en particular, las del artículo 90, en lo que se refiere a las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación de esta norma. Sin embargo, de la carta impugnada se deduce claramente que no se basó en esta disposición.

- 82 Procede pues hacer constar que la carta controvertida no tiene una base jurídica que faculte a la Comisión para adoptar una decisión que pueda modificar la situación jurídica en la que se encontraba el Reino de los Países Bajos, ya sea obligándole o autorizándole a adoptar un comportamiento determinado. De ello se sigue que no ha producido efectos jurídicos vinculantes respecto a dicho Estado miembro.
- 83 Este resultado no resulta enervado por el hecho de que el Gobierno neerlandés haya solicitado esta definición de postura con la intención de ajustarse a ella, de que haya renunciado, caso de no producirse una reacción favorable, a adoptar las medidas necesarias para la ejecución del acuerdo OPA y de que haya integrado las observaciones formuladas en la carta controvertida en las medidas que adoptó más tarde. Ni la intención de las autoridades neerlandesas de atenerse a la postura que la Comisión adoptara en relación con el acuerdo OPA ni el hecho de que hayan seguido en su totalidad las propuestas contenidas en la carta de Sir Leon Brittan implican que ésta haya modificado la situación jurídica del Reino de los Países Bajos respecto a la Comunidad.
- 84 Por consiguiente, la definición de postura de Sir Leon Brittan no se presenta ni como una decisión que obligue al Gobierno neerlandés a dar «luz verde» a la versión original del acuerdo OPA, ni como una autorización para ejecutarlo en una versión modificada, sino como un acto de efectos comparables a los de un dictamen que las autoridades nacionales hubiesen solicitado para examinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas que proyectaban adoptar, a fin de cumplir la obligación que les imponen los artículos 3, letra f), 5 y 85 del Tratado.
- 85 De la correspondencia entre el Gobierno neerlandés y la Comisión se deduce que el comportamiento de este Gobierno se explica por su interés en evitar el riesgo de violar el Derecho comunitario al aplicar el acuerdo OPA. Para ello, renunció voluntariamente a ejecutarlo mientras la Comisión mantuviera una actitud negativa, y posteriormente adaptó la normativa nacional a la postura expresada en la carta del Miembro de la Comisión. Por otra parte, el Tratado, en sus artículos 155 y 189, párrafo primero, contempla expresamente esta cooperación voluntaria entre las autoridades nacionales y las instituciones comunitarias, incluyendo las recomendaciones y los dictámenes entre los actos que pueden adoptar las instituciones y, en particular, la Comisión. Esta habilitación expresa para adoptar actos desprovistos de efectos jurídicos obligatorios demuestra que el respeto voluntario de las normas del Tratado y de los actos no vinculantes de las instituciones es un elemento esencial para la realización de los fines del Tratado. De aquí se sigue que el hecho de

que un Estado miembro se abstuviera de adoptar una medida cuya compatibilidad con el Tratado era dudosa, hasta recibir una definición de postura favorable de la Comisión, no puede conferir a esta definición de postura el carácter de una autorización.

- 86 Se debe añadir que no se deduce ni de la redacción ni del contenido de la carta objeto del litigio que ésta pretendiese producir efecto jurídico alguno.
- 87 Tal y como ha destacado la Comisión, la inexistencia de decisión colegiada de la Comisión es un indicio en este sentido. A diferencia de otros casos en los que el Tribunal de Justicia reconoció la condición de acto impugnabile a cartas firmadas por funcionarios de la Comisión (véase por ejemplo, la sentencia de 15 de marzo de 1967, Cimenteries contra Comisión, 8/66 a 11/66, citada), la carta impugnada no se presenta ni como la comunicación de una decisión adoptada por la institución ni como escrita en nombre de la Comisión o en virtud de una delegación de facultades, sistema cuya validez reconoció el Tribunal de Justicia en su sentencia de 23 de septiembre de 1986, Akzo contra Comisión (5/85, Rec. 1986, pp. 2585, 2614). Antes bien, la carta parece haber sido escrita por Sir Leon Brittan en nombre propio y en el contexto de un intercambio de puntos de vista entre políticos.
- 88 Del mismo modo, las demandantes no pueden invocar la carta que el Director Sr. Rocca envió a Prodifarma el 28 de abril de 1989 para pretender que la propia Comisión consideraba la carta controvertida como una decisión y no como una definición de postura de uno de sus Miembros en el plano político. En efecto, al referirse a «lo convenido en el asunto IV/33.017», el Director utilizó, correctamente, términos incompatibles con el supuesto de una decisión obligatoria.
- 89 Por último, el lenguaje que emplea Sir Leon Brittan para indicar al Gobierno neerlandés las modificaciones del régimen previsto en el acuerdo OPA que le parecen deseables antes de que se pueda pensar en una decisión positiva respecto a dicho acuerdo no es el propio de un acto obligatorio. Así, a propósito de la fijación del

tipo del incentivo en un 20 %, se limita a decir «yo les propongo» («stel ik u voor»). Igualmente, al tratar del establecimiento de un sistema de control, los términos utilizados indican que no se pretende imponer tal sistema, sino que su aplicación dependería de la cooperación voluntaria del Gobierno neerlandés.

- 90 Por todas estas razones, este Tribunal de Primera Instancia declara que la carta impugnada no produjo efectos jurídicos vinculantes respecto al Reino de los Países Bajos.

3. *Sobre la protección jurisdiccional que se debe a los particulares*

- 91 Las demandantes han alegado también que, dadas las especiales circunstancias del presente asunto, ni la protección jurisdiccional que se debe a los particulares ni el control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias quedarían suficientemente garantizados si la carta impugnada no se considerase como una decisión.
- 92 A este respecto, procede señalar que la protección jurisdiccional que reclaman las demandantes pretende, esencialmente, obtener del Tribunal una declaración sobre la compatibilidad del acuerdo que es objeto de su reclamación con el Derecho de competencia comunitario y simultáneamente sobre el fundamento de la posición adoptada por Sir Leon Brittan en su carta de 6 de marzo de 1989. Ahora bien, tal forma de protección jurisdiccional no está prevista en el artículo 173 del Tratado. Si bien es cierto que las disposiciones relativas a la legitimación activa de los justiciables no pueden ser interpretadas restrictivamente (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Plaumann contra Comisión, 25/62, Rec. 1963, pp. 197, 222), el hecho de acoger un recurso ajeno a dicha disposición supondría sin embargo sobrepasar los límites de la interpretación del Tratado.
- 93 Por todas estas razones, este Tribunal de Primera Instancia declara que la carta enviada el 6 de marzo de 1989 por Sir Leon Brittan a los dos Secretarios de Estado neerlandeses no puede calificarse como decisión que pueda ser objeto de recurso. Se sigue de ello que no procede examinar la cuestión de si la carta que Sir Leon Brittan dirigió al Gobierno neerlandés afecta directa e individualmente a las demandantes.

- 94 En este contexto, se debe añadir que, al invocar, en apoyo de la admisibilidad del presente recurso, las sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1971, Bock (62/70, citada) y de 17 de enero de 1985, Piraiki-Patraiki (11/82, citada), las demandantes incurren en un error. En estos asuntos el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la cuestión de si un particular podía resultar directamente afectado por una decisión de la Comisión dirigida a un Estado miembro y que precisara medidas de ejecución por parte de éste antes de producir efecto prácticos frente al justiciable. Es cierto que hay una cierta similitud entre los hechos que dieron lugar al presente recurso y las situaciones sobre las que el Tribunal de Justicia se pronunció en las dos sentencias citadas, similitud basada en el hecho de que el Gobierno neerlandés había hecho depender expresamente su decisión de crear las condiciones necesarias para la ejecución de un acuerdo OPA de una reacción favorable de la Comisión y que, por lo tanto, su intención de actuar con arreglo a la definición de postura que había solicitado no dejaba lugar a dudas. Sin embargo, los recursos que el Tribunal de Justicia había admitido en esos asuntos iban dirigidos contra decisiones que habían producido efectos jurídicos respecto a los Estados miembros afectados, autorizándoles a adoptar medidas que afectaban a los particulares y que, de no existir las decisiones impugnadas, hubieran supuesto una violación del Derecho comunitario. En el caso de autos, por el contrario, no existe una decisión de este tipo. En consecuencia, la jurisprudencia antes citada no puede constituir un argumento que apoye la admisibilidad del presente recurso.
- 95 Del conjunto de consideraciones precedentes resulta que procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso.

Costas

- 96 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, aplicable *mutatis mutandis* al procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia en virtud del párrafo tercero del artículo 11 de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988, antes citada, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así se hubiere solicitado. Por haber sido desestimados los motivos formulados por las partes demandantes, procede acceder a lo solicitado por la Comisión y condenarlas solidariamente en costas. Al no haber solicitado nada sobre este punto, la parte coadyuvante cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)

decide:

- 1) **Declarar la inadmisibilidad del recurso.**
- 2) **Condenar solidariamente en costas a las partes demandantes, con excepción de aquellas en que hubiere incurrido la parte coadyuvante, que correrán a cargo de ésta.**

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 13 de diciembre de 1990.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

J. L. Cruz Vilaça