

nal ret, ændrer ikke skrivelsens retlige karakter. Når der er tale om, hvorledes de nationale myndigheder skal forholde sig i forbindelse med en af Traktatens artikel 85 omfattet aftale mellem virksomheder, har

Kommissionen hverken efter Traktatens artikel 85 eller forordning nr. 17, og heller ikke efter Traktatens artikel 5 nogen kompetence til at rette en bindende beslutning til en medlemsstat.

RETTENS DOM (Første Afdeling)
13. december 1990*

I sag T-113/89,

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie »Nefarma«, Utrecht,

og

Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf, Amsterdam,

ved advokaterne B. T. Ter Kuile, Haag og E. H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam,
og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat J. Loesch, 8, rue Zithe,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Guido Berardis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: nederlandsk.

støttet af

Kongeriget Nederlandene ved J. W. de Zwaan, juridisk konsulent i Udenrigsministeriet, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Nederlandske Ambassade, 5, rue C. M. Spoo,

intervenient,

angående en påstand om annullation af en eller flere beslutninger, som sagsøgerne hævder er indeholdt i skrivelser fra et medlem af Kommissionen og en direktør i Generaldirektoratet for Konkurrence,

har

RETTEEN (Første Afdeling),

sammensat af præsidenten, J. L. Cruz Vilaça, og dommerne H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas og K. Lenaerts,

justitssekretær: fuldmægtig B. Pastor,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 20. juni 1990,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

- 1 Nærværende sag står i forbindelse med de bestræbelser, de nederlandske myndigheder siden halvfyrdserne har udfoldet for at bringe omkostningerne til lægemidler, som udleveres uden for hospitaler og andre behandlingsinstitutioner, under kontrol. Sagen er nært forbundet med sagerne T-114/89 (VNZ mod Kommissionen, Sml. 1990 II, s. 827) og T-116/89 (Prodifarma mod Kommissionen I, Sml. 1990 II, s. 843), samt sag T-3/90 (Prodifarma mod Kommissionen II, kendelse om afvisning af sagen afsagt den 23. januar 1991, Sml. II, s. 1). Hver af disse sager er anlagt til prøvelse af Kommissionens reaktion på en aftale om at nedsætte priserne for lægemidler, der leveres til apoteker, i forbindelse med en ændring af

de nederlandske regler om apotekernes avancer. Aftalen er indgået mellem næsten alle nederlandske organisationer, der repræsenterer virksomheder inden for medicinindustrien, offentlige sygekasser og private sygeforsikringsselskaber samt erhvervsudøvere beskæftiget med levering af lægemidler, heraf aftalens betegnelse: »Omni-Partijen Akkoord« (herefter benævnt »OPA-aftalen«). I forbindelse med fastlæggelsen af sagens baggrund har Retten ex officio taget hensyn til oplysningerne om de faktiske omstændigheder i de parallelle sager, T-114/89 og T-116/89.

1. *De nationale regler*

- 2 De nederlandske myndigheders vigtigste middel til regulering af omkostningerne til lægemidler er »Wet tarieven gezondheidszorg« (den nederlandske lov om behandlingssatser mv. inden for sundhedsvæsenet, herefter benævnt »WTG«), som blev vedtaget den 20. november 1980 (Stbl. 1980, s. 646). Loven indeholder en række regler om satser for behandlingsinstitutioner eller for personer, som yder behandling mv., herunder apotekere og praktiserede læger, som driver apotek. Artikel 2, stk. 1, i WTG indeholder et generelt forbud mod at anvende en sats, som ikke er godkendt eller fastsat i henhold til loven.
- 3 I henhold til WTG er fastsættelse og godkendelse af behandlingssatser mv. overladt til Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (den centrale myndighed for behandlingssatser mv. inden for sundhedsvæsenet, herefter benævnt »COTG«), som er et offentligt organ. COTG kan udstede retningslinjer med hensyn til størrelsen, strukturen og beregningen af en sats, eller en del deraf. Disse retningslinjer skal godkendes af ministeren for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender, af økonomiministeren og af den minister, som har ansvaret for den omhandlede gruppe behandlingsinstitutioner eller personer, som yder behandling. I henhold til WTG's artikel 13, skal COTG overholde disse retningslinjer, når myndigheden træffer bestemmelse om at godkende eller at fastsætte satser. Artikel 14 bemyndiger ministeren for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender og økonomiministeren til ved fælles aftale at give COTG pålæg om indholdet af retningslinjerne. Disse pålæg skal COTG overholde i forbindelse med udstedelsen af retningslinjerne.
- 4 Under henvisning til denne bestemmelse gav statssekretæren for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender og statssekretæren for økonomiske anliggender

den 21. april 1987 pålæg om, at der skulle udstedes retningslinjer, der medførte en ændring af godtgørelsesreglerne i forbindelse med apotekers udlevering af lægemidler. Dette skete for at opnå besparelser på området.

- 5 På den ene side gik pålægget ud på, at den godtgørelse, som et apotek kunne gøre krav på, skulle nedsættes med den rabat, apoteket havde fået af lægemiddelleverandøren, for så vidt som rabatten oversteg 2% af lægemidlets pris ifølge den af COTG godkendte listepriis.
- 6 På den anden side skulle pålægget fremme apotekernes køb og udlevering af generiske lægemidler eller parallelimporterede lægemidler, som er billigere end de medicinske specialiteter, som markedsføres i Nederlandene af producenten eller den autoriserede importør. Selv om valget af det lægemiddel, forbrugeren køber, principielt tilkommer den læge, som ordinerer det, har apoteket dog mulighed for at udlevere et andet tilsvarende lægemiddel, såfremt forbrugeren beder om det. På denne måde kan apoteket spille en rolle i forbindelse med at erstatte de medicinske specialiteter med parallelimporterede lægemidler eller generiske lægemidler. Ifølge pålægget skulle apoteket som en bonus kunne beholde en tredjedel af forskellen mellem den højere pris på den ordinerede medicinske specialitet og prisen på det billigere lægemiddel, apoteket havde udleveret.
- 7 COTG satte med virkning fra 1. januar 1988 en ordning i kraft, som var i overensstemmelse med det nævnte pålæg. Selv om der stadig er uenighed med hensyn til, om ordningens virkninger har været gavnlige eller skadelige, anerkendes det dog i vidt omfang, at ordningen ikke har gjort det muligt at opnå alle de tilsigtede besparelser. Derfor planlagde den nederlandske regering at indføre en endnu strengere priskontrol. Med henblik herpå fremlagde den en plan for et standardiseret prissystem, det såkaldte »ijkprijzensysteem«. Ifølge planen skulle der fastsættes et maksimum for den godtgørelse, sygekasserne kan udbetale, i forbindelse med alle lægemidler, som måtte blive ordineret til behandling af en bestemt sygdom. Dette skulle have den virkning, at såfremt lægen ordinerede et lægemiddel, hvis pris oversteg det fastsatte beløb, skulle patienten selv betale forskellen. Disse forslag blev dog ikke gennemført, til dels fordi brancheorganisationerne inden for sundhedssektoren foreslog myndighederne OPA-aftalen som et alternativ til opnåelse af de besparelser, som ansås for nødvendige. Den nederlandske regering havde besluttet, at besparelserne skulle udgøre 420 mio. HFL om året.

2. OPA-aftalen

a) OPA-aftalens parter

- 8 OPA-aftalen blev indgået den 18. august 1988 som et resultat af initiativer, der tidligere var taget af sammenslutningen for den nederlandske medicinindustri »Nefarma«, som er en af sagsøgerne i nærværende sag, og sammenslutningen af nederlandske sygekasser, »VNZ«, som er en af sagsøgerne i sag T-114/89.
- 9 Aftalen omfatter — med én enkelt undtagelse — de organisationer, som repræsenterer alle parter, der har interesse i ordination og udlevering af medicin: producenterne og leverandørerne, lægerne, som ordinerer medicin, og apotekerne, som udleverer den, samt forsikringsselskaber og sygekasser, som bærer omkostningerne i forbindelse hermed. Sagsøgerne i nærværende sag og i sag T-114/89 er parter i aftalen.
- 10 Den nævnte undtagelse er Prodifarma, som er sagsøger i sagerne T-116/89 og T-3/90. Prodifarma er en sammenslutning af mindre virksomheder, som producerer generiske lægemidler eller medicinske specialiteter eller beskæftiger sig med parallelimport af generiske lægemidler, men som ikke hører til den del af medicinindustrien, der producerer varemærkebeskyttede medicinske specialiteter. Selv om sammenslutningen deltog i den koordineringsfase, som gik forud for aftalens indgåelse, er Prodifarma og de virksomheder, som er medlem heraf, ikke parter i aftalen. Den nederlandske regering er heller ikke aftalepart.

b) OPA-aftalens indhold

- 11 OPA-aftalen falder i to hovedafsnit, som har hver sin karakter. Aftalen omfatter for det første en privatretlig aftale mellem parterne, hvorved producenterne og leverandørerne påtager sig at nedsætte salgsprisen på lægemidler til apoteker. For det andet indeholder den parternes forslag til de ændringer af de ovenfor beskrevne nationale regler, som parterne ønsker, at myndighederne skal foretage, og som de på det privatretlige plan stiller som betingelse for, at aftalen kan træde i kraft. Foruden disse to hovedpunkter består aftalen af en række bestemmelser vedrørende aftalens anvendelsesområde og parternes forpligtelser i forbindelse med iværksættelsen af de foreslåede regler.

- 12 OPA-aftalens vigtigste bestemmelser kan sammenfattes således: Medlemmerne af de to organisationer, der er sagsøgere i denne sag, Nefarma og Bond van Groot-handelaren in het Farmaceutisch Bedrijf (foreningen af lægemiddelgrossister), erklærer sig i aftalens punkt 7.1 rede til at nedsætte salgsprisen på medicinske specialiteter til apoteker med gennemsnitligt 7%. Ifølge aftalens punkt 8 skal der indføres et »prisstop« i tiden indtil den 1. januar 1991. Parterne erklærer desuden, at de vil afstå fra at foretage »kompenserende prisforhøjelser« efter denne dato. I aftalens punkt 9 påtager Nefarma og Bond van Groothandelaren sig at fastsætte priserne på nyintroducerede lægemidler på et niveau svarende til prisen gennemsnittet i visse andre medlemsstater.
- 13 De ændringer af den nationale ordning, som aftalens parter har foreslået myndighederne, består i første række af, at den rabat, som et apotek kan opnå, før beløbet fratrækkes i godtgørelserne fra sygekasserne, sættes op fra 2% til 4% (punkt 10). For det andet opfordres myndighederne til at nedsætte den nævnte bonus, som apotekerne får ved udlevering af billigere lægemidler, fra 33,3% til 15% (punkt 11).
- 14 I OPA-aftalens bilag 2 findes aftaleparternes skøn over markedsudviklingen efter indførelse af en bonus på 15%. Ifølge disse skulle salget af medicinske specialiteter fra 1988 til 1990 falde fra 1 750 til 1 700 mio. HFL, salget af generiske lægemidler stige fra 250 til 360 mio. HFL og salget af parallelimporterede produkter stige fra 135 til 200 mio. HFL.

3. *De administrative procedurer*

- 15 Ved skrivelse af 6. september 1988 forelagde formanden for Nefarma OPA-aftalen for statssekretæren for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender og for statssekretæren for økonomiske anliggender. Ved udgangen af november 1988 erklærede de nederlandske myndigheder sig rede til at gøre et forsøg. Det forventedes, at aftalens prisnedsættelser skulle træde i kraft den 1. januar 1989.

- 16 Der blev derefter indledt to parallelle procedurer vedrørende OPA-aftalen for Kommissionen. Dels indgav Prodifarma, som er sagsøger i sag T-116/89, den 2. december 1988 en klage med det formål, at Kommissionen i henhold til artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 — første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«) — skulle fastslå, at OPA-aftalen var uforenelig med EØF-Traktatens artikel 85. Dels anmeldte Nefarma, som er sagsøger i nærværende sag, den 9. december 1988, på vegne af alle parterne i aftalen, OPA-aftalen til Kommissionen. Nefarma anmodede om, at Kommissionen udstedte en negativattest i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 eller — subsidiært — meddelte fritagelse i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3.
- 17 Ved skrivelse af 14. december 1988, underskrevet af direktør Rocca, Generaldirektoratet for Konkurrence, gav Kommissionen parterne meddelelse om, at den efter en foreløbig undersøgelse var af den opfattelse, at OPA-aftalen var uforenelig med Traktatens artikel 85, stk. 1, på grund af den deri indeholdte prisaftale, og om, at parterne ikke havde fremsat argumenter, som kunne begrunde en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Kommissionen tilføjede, at dens tjenestegrene undersøgte muligheden for at indlede en procedure i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. Prodifarma fik tilsendt en kopi af denne skrivelse.
- 18 Efter denne første negative reaktion fra Kommissionens side rettede flere af OPA-aftalens parter og den nederlandske regering ved de to statssekretærer ved flere lejligheder henvendelse til Kommissionens tjenestegrene og til det kommissionsmedlem, som har ansvaret for konkurrencepolitikken, for at give yderligere oplysninger om OPA-aftalen og for at argumentere for aftalen.
- 19 I mellemtiden fortsattes proceduren med henblik på at tilpasse de nationale regler, navnlig COTG's retningslinjer, til OPA-aftalens indhold. Den nederlandske regering underrettede dog den 23. december 1988 OPA-aftalens parter samt Prodifarma og dennes medlemmer om, at de nederlandske myndigheder ikke ville godkende de ændringer af retningslinjerne, som var nødvendige for, at OPA-aftalen kunne træde i kraft, før det på baggrund af »Kommissionens endelige standpunkt« kunne vurderes, om en sådan godkendelse ville udgøre en tilsidesættelse af Trakta-

ten. Da COTG besluttede at ændre sine retningslinjer den 29. december 1988, blev denne ændring da heller ikke godkendt af de pågældende statssekretærer. I modsætning til, hvad OPA-aftalens parter og den nederlandske regering oprindeligt havde taget sigte på, kunne aftalen derfor ikke træde i kraft den 1. januar 1989.

- 20 OPA-aftalens parter og den nederlandske regering fortsatte i begyndelsen af 1989 deres bestræbelser på at overbevise Kommissionen om aftalens fordele. Bl.a. havde statssekretæren for økonomiske anliggender og statssekretæren for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender den 7. februar 1989 efter deres anmodning herom et møde med Kommissionens nye medlem med ansvar for konkurrencepolitikken, Sir Leon Brittan. Mødet blev fulgt op af en skrivelse af 9. februar 1989 til Sir Leon Brittan fra statssekretæren for økonomiske anliggender, A. J. Evenhuis, hvori denne yderligere begrundede nedsættelsen af bonussatsen fra 33,3% til 15%.
- 21 Som svar herpå sendte Sir Leon Brittan de to statssekretærer den skrivelse af 6. marts 1989, som sagsøgerne i nærværende sag og i sagerne T-114/89 og T-116/89 har anfægtet. I denne skrivelse, som de nederlandske myndigheder allerede havde fået tilsendt i udkast ved telefax nogle dage før, anførte kommissionsmedlemmet, at han »som tidligere finansminister« værdsatte den nederlandske regerings målsætning om at bringe omkostningerne ved forsyningen med lægemidler i Nederlandene under kontrol. Han fastslog dog, at den konkurrencebegrænsende virkning af OPA-aftalens bestemmelser om nedsættelse af bonusydelsen og om forhøjelsen af den tilladte rabat, måtte begrænses, før der kunne gives samtykke til aftalen.
- 22 Ifølge kommissionsmedlemmet måtte OPA-aftalen opfylde to betingelser, for at Kommissionen kunne give sit samtykke:
- For det første skulle bonusydelsen i forbindelse med udlevering af billigere lægemidler nedsættes til 20% og ikke til 15% af forskellen mellem disse lægemidlers pris og prisen på de dyrere medicinske specialiteter.
 - For det andet skulle virkningerne af nedsættelsen af bonusydelsen vurderes over en periode på et år ved hjælp af en hertil oprettet kontrolordning.

23 Det hed bl.a. i skrivelsen:

»Jeg foreslår derfor, at nedsættelsen af bonusydelsen på 33% begrænses til 20%, i stedet for som det fremgår af aftalen 15%, og at det over en periode på et år undersøges, hvilke virkninger en bonus på 20% har i praksis.«

24 Med hensyn til kontrolordningen bemærkede Sir Leon Brittan, at de nederlandske myndigheder og Fællesskabets myndigheder kunne indlede et samarbejde om gennemførelsen af ordningen, bl.a. ved at udveksle statistiske oplysninger om lægemiddelmarkedet. Kommissionsmedlemmet tilføjede:

»Naturligvis gøres der med mine konklusioner med hensyn til OPA-aftalen hverken indgreb i retsstillingen for de parter, som har anmeldt den, eller for Prodifarma, som har klaget over den.«

25 En kopi af denne skrivelse blev den 16. marts 1989 sendt til Nefarma. Kopien var ledsaget af en skrivelse fra direktør Rocca, hvori det præciseredes, at spørgsmålet, om der som følge af OPA-aftalen ville opstå en konkurrenceforvridning mellem medicinske specialiteter og generiske eller parallelimporterede produkter, skulle undersøges i lyset af de prognoser over markedsudviklingen, som OPA-aftalens parter havde opstillet i aftalens bilag 2 ud fra en forudsætning om en bonus på 15%.

26 Flertallet af Nefarma's medlemmer erklærede sig den 17. marts 1989 rede til at acceptere, at bonusydelsen fastsattes til 20%. OPA-aftalens øvrige parter accepterede også at anvende aftalen på de betingelser, som fremgik af skrivelsen af 6. marts 1989. COTG tilpassede sine retningslinjer i overensstemmelse hermed, og den nederlandske regering gav sin godkendelse. Forslagene i OPA-aftalen blev således gennemført med virkning fra 1. april 1989.

27 Efter at Nefarma og Prodifarma havde anmodet Kommissionen om at fremkomme med yderligere oplysninger om den kontrol, som den havde til hensigt at foretage,

meddelte direktør Rocca i en skrivelse af 4. april 1989, at vurderingen ville finde sted på grundlag af månedlige rapporter om markedsandelene for henholdsvis medicinske specialiteter, generiske lægemidler og parallelimporterede produkter. Disse oplysninger ville Kommissionen sammenholde med de prognoser, OPA-aftalens parter havde opstillet.

- 28 Den 28. april 1989 sendte direktør Rocca sagsøgerne en skrivelse, som indeholdt en detaljeret fortegnelse over de oplysninger, som Kommissionen ønskede at råde over med henblik på den planlagte kontrol. I skrivelsen anmodede Kommissionen om, at de omhandlede oplysninger blev fremsendt.

Retsforhandlinger

- 29 Ved stævning, indgivet til Domstolens Justitskontor den 10. maj 1989, har sagsøgerne anlagt nærværende sag mod Kommissionen med påstand om annullation af de beslutninger, som sagsøgerne hævder er indeholdt i Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989 og i direktør Rocca's skrivelser af 16. marts samt 4. og 28. april 1989.
- 30 Til støtte for deres påstand har sagsøgerne fremført to hovedanbringender. De har dels gjort gældende, at Kommissionen med urette har anset OPA-aftalen for at være omfattet af forbuddet i Traktatens artikel 85, stk. 1. De har desuden gjort gældende, at Kommissionen ikke har ret til at stille de to betingelser, som omtales i de anfægtede skrivelser, for at træffe en positiv afgørelse med hensyn til OPA-aftalens forenelighed med EF's konkurrenceregler.
- 31 Ved særskilt dokument indgivet den 30. juni 1989 har Kommissionen påstået sagen afvist i henhold til artikel 91, stk. 1, i Domstolens procesreglement.
- 32 Ved begæring indgivet til Domstolens Justitskontor den 20. oktober 1989 har Kongeriget Nederlandene anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for sagsøgtes påstande.

- 33 Ved kendelse af 15. november 1989 har Domstolen hjemvist sagen til Retten i medfør af artikel 14 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans.
- 34 Ved kendelse af 7. december 1989 har Retten (Første Afdeling) tilladt Kongeriget Nederlandene at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. I et processkrift indgivet den 19. januar 1990 har Kongeriget Nederlandene anført, at det ikke ønskede at tage stilling til formalitetsspørgsmålet, men dog forbeholdt sig ret til senere at fremsætte bemærkninger om sagens realitet.
- 35 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at imødekomme Kommissionens begæring om, at der træffes afgørelse vedrørende afvisningspåstanden, uden at Retten indleder behandlingen af sagens realitet. Sagsøgernes og Kommissionens rettergangsfuldægtige har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 20. juni 1990.
- 36 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- 1) — Den kommissionsbeslutning, som er indeholdt i skrivelsen af 6. marts 1989 fra kommissionsmedlem Sir Leon Brittan til statssekretærerne A. J. Evenhuis og D. J. D. Dees, henholdsvis
 - de kommissionsbeslutninger, der er indeholdt i skrivelserne af 16. marts, 4. april og 28. april 1989 fra direktør G. Rocca, Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence, til Nefarma,
 annulleres, for så vidt som Kommissionen i denne, henholdsvis disse beslutninger, har fundet, at OPA-aftalen er omfattet af forbuddet i EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, og for så vidt som Kommissionen i henhold til denne eller disse beslutninger har opstillet to betingelser for at afgive en positiv udtalelse om OPA-aftalens forenelighed med EF's konkurrenceregler;

2) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

37 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 For så vidt angår Kommissionens afvisningspåstand, har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens afvisningspåstand tages ikke til følge.

— Kommissionen tilpligtes — ved den endelige dom — at betale omkostningerne ved formalitetsindsigelsen.

39 Intervenienten har overladt det til Rettens skøn at træffe afgørelse om det rejste formalitetsspørgsmål.

40 Formanden har erklæret den mundtlige forhandling om formalitetsindsigelsen for tilendebragt med afslutningen af retsmødet.

Spørgsmålet om annullationspåstanden kan tages under realitetspåkendelse

41 Til støtte for sin afvisningspåstand har Kommissionen principalt gjort gældende, at en retsakt udstedt af en fællesskabsinstitution kun kan gøres til genstand for et søgsmål i henhold til Traktatens artikel 173, såfremt den har retligt bindende virkninger.

- 42 Ifølge Kommissionen har Sir Leon Brittan's skrivelse kun haft faktiske virkninger og ikke retlige virkninger. Kommissionen har anført, at skrivelsen hverken er bindende for den nederlandske regering, som den var rettet til, eller for tredjemænd såsom sagsøgerne, eller for Kommissionen selv. Kommissionen er af den opfattelse, at det fremgår ved læsning af den anfægtede skrivelse, at der er tale om en uforbindende meningstilkendegivelse, hvorfor der ikke er tale om en »retsakt« i Traktatens artikel 173's forstand.
- 43 Til støtte for sit synspunkt har Kommissionen først og fremmest henvist til bestemte dele af skrivelsen, hvorved der udtrykkeligt forbeholdes Kommissionen ret til senere at træffe en beslutning, som skrivelsen på ingen måde foregriber. Dette viser, at skrivelsen var af foreløbig karakter. Skrivelsen indeholder kun forslag og udgør hverken sagens afslutning eller afslutningen på Kommissionens undersøgelse, som tværtimod først blev indledt med iværksættelsen af kontrolordningen. Under den mundtlige forhandling har den sagsøgte institution tilføjet, at hvis den på et senere tidspunkt udsteder en beslutning vedrørende sagens realitet, vil denne beslutning have tilbagevirkende kraft og træde i stedet for den anfægtede skrivelse. Sagsøgerne vil først på det tidspunkt, hvor en sådan endelig beslutning træffes, kunne påberåbe sig behovet for domstolsbeskyttelse.
- 44 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den anfægtede skrivelse ikke begrænser de rettigheder, parterne i OPA-aftalen har, og navnlig at den beskyttelse mod at få pålagt bøder, som de har på grund af aftalens anmeldelse, fortsat består. Kommissionen har bemærket, at den anfægtede skrivelse ikke har nogen sammenhæng med foreløbige forholdsregler i den betydning, som anvendes i Domstolens kendelse af 17. januar 1980, Camera Care mod Kommissionen (792/79 R, Sml. s. 119), og at skrivelsen ikke begrænser parternes processuelle rettigheder, således som de er fastlagt i Rådets forordning nr. 17 og i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42).
- 45 Kommissionen har anført, at det ikke er den anfægtede skrivelse, som har haft bindende retlige virkninger over for sagsøgerne, men derimod den nederlandske regerings afgørelse om — i kraft af sin egen kompetence og på eget ansvar — at iværksætte OPA-aftalen under hensyn til de i skrivelsen foreslåede ændringer. Kommissionen har erkendt, at den nederlandske regering som betingelse for at

træffe beslutning om, at OPA-aftalen kunne iværksættes, krævede, at Kommissionen gav »grønt lys«. Kommissionen har imidlertid understreget, at de nederlandske myndigheder frivilligt efterkom Kommissionens synspunkt.

- 46 Kommissionen har også gjort gældende, at den foreliggende sag ikke er anlagt til prøvelse af en beslutning, som Kommissionen som kollegium har truffet ved afslutningen af den interne procedure, som den normalt anvender på området, men derimod til prøvelse af en skrivelse, hvori et enkelt kommissionsmedlem, efter indtrængende opfordring fra den pågældende medlemsstats regering, giver udtryk for sin personlige opfattelse af en sag, hvori undersøgelsen befinder sig på et tidligt stadium.
- 47 Kommissionen har tilføjet, at de tredjemænd, som Sir Leon Brittan's skrivelse ikke var rettet til, derfor ikke på nogen måde kan berøres af skrivelser. Den har endvidere bemærket, at det, for at tredjemænd kan være umiddelbart og individuelt berørt som omhandlet i Traktatens artikel 173, stk. 2, må kræves, at den anfægtede retsakt har haft retsvirkninger i forhold til den egentlige adressat, hvilket ikke er tilfældet med den anfægtede skrivelse i forhold til den nederlandske regering.
- 48 Med hensyn til direktør Rocca's skrivelser er Kommissionen af den opfattelse, at de skal betragtes som led i den løbende forvaltning, at de er af rent faktisk karakter og ikke kan have den mindste indvirkning på sagsøgernes retsstilling. Ifølge Kommissionen har den kontrolordning, som foreslås i de anfægtede skrivelser, ikke ændret sagsøgernes retsstilling, idet det er frivilligt at deltage i denne ordning. Kommissionen har tilføjet, at den undlod at fremsætte en bindende begæring om oplysninger, hvilket den havde kunnet gøre i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, og Kommissionen har oplyst, at selv en af sagsøgerne, Nefarma, ikke anså sig for bundet af denne ordning, idet sammenslutningen i januar 1990 ophørte med at give statistiske oplysninger i medfør af ordningen.
- 49 Til støtte for sin afvisningspåstand har Kommissionen subsidiært gjort gældende, at sagsøgerne ikke har den fornødne søgsmålsinteresse. Denne manglende søgsmålsinteresse beror på, at sagsøgerne havde accepteret, at bonusydelsen blev fastsat til 20% i stedet for 15%, som oprindeligt foreslået i OPA-aftalen. Dette fremgår af

en skrivelse af 21. marts 1989, hvorefter flertallet af Nefarma's medlemmer gav deres samtykke til den nye procentsats.

- 50 Under den mundtlige forhandling har Kommissionen endelig udtrykt frygt for, at en yderligere lettelse af betingelserne for at antage en sag til realitetsbehandling vil medføre en stribe sager til prøvelse af forskellige former for skrivelser, som Kommissionens tjenestegrene sender til virksomheder i forbindelse med undersøgelser, som vedrører dem, således at Kommissionen for fremtiden må undlade at imødekomme de talrige anmodninger, den modtager om, at dens tjenestegrene fremkommer med en uformel stillingtagen.
- 51 Sagsøgerne har anført, at de anfægtede skrivelser indeholder beslutninger, som har bindende og endelige virkninger i forhold til dem. De har anført, at Kommissionen i de anfægtede skrivelser uigenkaldeligt har forpligtet sig til på visse, nærmere fastlagte betingelser at træffe en positiv beslutning med hensyn til OPA-aftalen.
- 52 Efter sagsøgernes opfattelse har Sir Leon Brittan i skrivelser af 6. marts 1989 på opfordring af den nederlandske regering definitivt udtalt sig om OPA-aftalens forenelighed med bestemmelserne i Traktatens artikel 85, og der er således tale om en beslutning, som berører deres retsstilling som parter i den omhandlede aftale. Dette gælder uafhængigt af, at beslutningen har form af en skrivelse til den nederlandske regering. Sagsøgerne har gjort gældende, at OPA-aftalens iværksættelse fuldt ud var afhængig af en forudgående ændring af de dagældende offentligretlige regler, hvilket var en foranstaltning, som de nederlandske myndigheder havde betinget af Kommissionens forudgående samtykke. Om OPA-aftalen blev gennemført eller ej var derfor helt afhængig af Kommissionens vurdering, som ved skrivelse af 6. marts 1989 gav det fornødne signal til, at aftalens bestemmelser kunne gennemføres.
- 53 Ifølge sagsøgerne forhindrede skrivelsens indhold den nederlandske regering i at træffe de nødvendige foranstaltninger til at iværksætte OPA-aftalen i dens oprindelige udgave, fordi dette ville have medført, at Kommissionen anlagde en traktatbrudssag støttet på Traktatens artikel 5, artikel 3, litra f), og artikel 85. Sagsøgerne har tilføjet, at myndighederne ifølge nederlandsk ret heller ikke kunne give »grønt lys« for OPA-aftalens oprindelige udgave, så længe der var tvivl om dens gyldig-

hed i forhold til fællesskabsretten. De er endvidere af den opfattelse, at skrivelsen gav tredjemænd, bl.a. sammenslutningen Prodifarma, mulighed for at påberåbe sig den for de nederlandske retsinstanser og derved hindre, at OPA-aftalen blev iværksat i sin oprindelige form.

- 54 Sagsøgerne er af den opfattelse, at Kommissionen under disse omstændigheder var fuldt ud klar over de virkninger, dens beslutning ville få, og at den ved at træffe beslutningen havde til hensigt at fastlægge, eller efter omstændighederne ændre retsstillingen for de forskellige parter, som berøres af OPA-aftalen. De har anført, at det i den forbindelse ikke er nødvendigt at undersøge, om Kommissionen havde hjemmel til at rette en bindende beslutning til Kongeriget Nederlandene.
- 55 Sagsøgerne er af den opfattelse, at Sir Leon Brittan's skrivelse er en beslutning i forhold til Kongeriget Nederlandene, men de mener, at selv hvis det ikke skulle være tilfældet, ville skrivelsen alligevel være en beslutning i forhold til dem. Ifølge sagsøgerne er det, som er afgørende for at betegne skrivelsen således, at den berører deres retsstilling umiddelbart og individuelt.
- 56 Med hensyn til direktør Rocca's skrivelser er sagsøgerne af den opfattelse, at de også har haft retsvirkninger, i hvert fald for så vidt de vedrører opfølgningen af den kontrolordning, som Sir Leon Brittan's skrivelse omhandlede. Under den mundtlige forhandling har sagsøgerne dog anført, at de ikke ønskede at anlægge en sag til prøvelse af disse skrivelser uafhængigt af sagen vedrørende kommissionsmedlemmets skrivelse, og at det er kun subsidiært, at nærværende sag også omhandler direktør Rocca's skrivelser.
- 57 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionens argumenter til støtte for afvisningspåstanden kun vedrører de anfægtede retsakters form. De har understreget, at den af Kommissionen valgte form ikke er afgørende, men at der skal tages hensyn til de anfægtede skrivelseres indhold og virkninger.

- 58 Selv om det synes at fremgå af ordlyden af skrivelsen af 6. marts 1989, at der kun er tale om en foreløbig stillingtagen, fremgår det efter sagsøgernes opfattelse af en nærmere gennemgang, at det drejer sig om en endelig beslutning, hvis gyldighed ganske vist er tidsbegrænset. Ifølge sagsøgerne bekræftes dette af direktør Rocca's senere skrivelser, som virkningerne af Sir Leon Brittan's skrivelse bør ses i lyset af. Skrivelsernes endelige karakter godtgøres af følgende forhold:
- Det fastslås definitivt, at OPA-aftalen falder ind under forbuddet i Traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt bonusydelsen nedsættes til 15%, og det afslås definitivt at meddele fritagelse fra dette forbud.
 - Det tillades definitivt og uigenkaldeligt, at OPA-aftalen iværksættes i en periode på et år, såfremt bonusydelsen fastsættes til 20%.
 - Det bestemmes, at der for en periode på mindst ét år endeligt og uigenkaldeligt skal oprettes en kontrolordning for at undersøge, om OPA-aftalen fortsat kan finde anvendelse efter forsøgsperiodens udløb.
- 59 Sagsøgerne har anført, at selv om Kommissionen senere måtte træffe en formel beslutning om OPA-aftalen i henhold til forordning nr. 17, vil en sådan beslutning ikke med tilbagevirkende kraft kunne opheve disse endelige konklusioner.
- 60 Med hensyn til argumentet om, at Kommissionen ikke har truffet beslutningen som kollegium, har sagsøgerne gjort gældende, at det fremgår af direktør Rocca's senere skrivelser, at Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989 ikke alene var et udtryk for hans individuelle standpunkt, men også Kommissionens.
- 61 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at de anfægtede beslutninger ganske vist ikke er truffet ifølge proceduren i henhold til forordning nr. 17, men at deres faktiske og retlige virkninger dog svarer til virkningerne af et formelt forbud i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, eller en formel fritagelse på visse nærmere

betingelser i henhold til artikel 8 i forordning nr. 17, for dette sidste forholds vedkommende dog med forbehold af, at de nationale domstole i det konkrete tilfælde kan efterprøve aftalens gyldighed i forhold til Traktatens artikel 85, stk. 1.

- 62 Sagsøgerne har ikke ønsket at tage stilling til spørgsmålet, om Kommissionen har kompetence til at træffe sådanne foranstaltninger uden for rammerne af forordning nr. 17, men de har dog understreget, at der er visse ulemper forbundet med forordningen i sager, som i lighed med nærværende sag skal afgøres hurtigt, idet forordningen ikke åbner mulighed for at meddele (midlertidige) fritagelser med meget kort varsel. De har anført, at uafhængigt af spørgsmålet om lovligheden kan Kommissionens fravigelse af reglerne i forordning nr. 17 ikke medføre, at borgerne unddrages de retsmidler, de har mod formelle beslutninger truffet i henhold til forordningen.
- 63 Sagsøgerne har nærmere uddybet dette argument under den mundtlige forhandling, idet de har anført, at der er en uoverensstemmelse mellem forordning nr. 17, som de har betegnet som forældet, og Kommissionens og medlemsstaternes behov for at kunne føre en effektiv og hensigtsmæssig konkurrencepolitik. De har erklæret sig rede til at acceptere, at Kommissionen benytter procedurer, som ikke er fastsat i forordning nr. 17, således som den har gjort det i denne sag. Ifølge sagsøgerne rejser denne praksis dog spørgsmål om, i hvilket omfang Kommissionen på konkurrenceområdet kan føre en koordineringspolitik med de nationale myndigheder uden at blive udsat for søgsmål fra de berørte virksomheder. Sagsøgerne har fastholdt, at der under sådanne omstændigheder er behov for, at virksomhederne har en domstolsbeskyttelse. De har udtrykt frygt for, at en afvisning af sagen vil give Kommissionen mulighed for at gribe ind på markedsområderne inden for Fællesskabet ved at udstede retsakter, som ikke er underlagt domstolskontrol, men som har virkninger såvel på det retlige som faktiske plan.
- 64 Med hensyn til spørgsmålet, om de anfægtede skrivelser berører dem umiddelbart og individuelt, har sagsøgerne anført, at det må besvares bekræftende. Dette må gælde både de beslutninger, som var indeholdt i skrivelserne direkte til dem, og den beslutning, der var indeholdt i skrivelsen til de to statssekretærer. Da sidstnævnte skrivelse kun udtrykker Kommissionens standpunkt med hensyn til den aftale, sagsøgerne er parter i, anser de sig for umiddelbart og individuelt berørt af

beslutningen, som om den var rettet til dem. Sagsøgerne har tilføjet, at de også blev underrettet om denne beslutning ved den skrivelse, direktør Rocca sendte Ne-farma den 16. marts 1988.

- 65 Sagsøgerne har endelig understreget, at deres søgsmålsinteresse ikke kan bestrides under henvisning til, at de har accepteret de ændringer af forslagene i OPA-aftalen, der blev foretaget som følge af Sir Leon Brittan's skrivelse, og har indvilliget i, at de iværksættes. Sagsøgerne har anført, at Kommissionen har stillet dem over for et *fait accompli*, således at de ikke har haft anden mulighed end at samarbejde — under protest — om OPA-aftalens gennemførelse i en udgave, som har været i overensstemmelse med Kommissionens anvisninger. I modsat fald ville Kommissionens indgriben have haft den direkte virkning, at de i aftalen foreslåede foranstaltninger overhovedet ikke ville være trådt i kraft.

De anfægtede skrivelseres retlige karakter

- 66 På baggrund af disse faktiske og retlige forhold må det undersøges, om de skrivelser, denne sag er anlagt til prøvelse af, er retsakter, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i Traktatens artikel 173's forstand. Ifølge Domstolens faste praksis skal det i den forbindelse undersøges, om skrivelserne har haft retligt bindende virkninger (jf. senest kendelse af 17.5.1989, Italien mod Kommissionen, sag 151/88, Sml. s. 1255, på s. 1261).

1. *Virkningerne af Sir Leon Brittan's skrivelse i forhold til Kongeriget Nederlandene*

- 67 Retten finder, at det først bør fastslås, om den skrivelse, Sir Leon Brittan sendte de to nederlandske statssekretærer den 6. marts 1989, har haft retligt bindende virkning i forhold til Kongeriget Nederlandene.
- 68 Med henblik herpå skal det først undersøges, om den anfægtede retsakt er udstedt på et hjemmelsgrundlag, som giver Kommissionen adgang til at træffe en beslutning, som er bindende for en medlemsstat. Det fremgår således af Domstolens praksis, at Kommissionens tilkendegivelser over for en medlemsstats myndigheder på områder, hvor den ikke har kompetence til at træffe bindende beslutninger, kun

er udtalelser uden retsvirkninger (jf. f.eks. dom af 4.2.1959, Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, sag 17/57, Sml. 1954-1964, s. 125, dom af 27.3.1980, Sucrimex mod Kommissionen, sag 133/79, Sml. s. 1299, på s. 1310, og kendelse af 17.5.1989, Italien mod Kommissionen, sag 151/88, s. 1261).

- 69 Det bemærkes indledningsvis, at en sådan kompetence ikke kan antages at foreligge, hvis Traktaten eller de af institutionerne udstedte bindende retsakter ikke indeholder en særlig bestemmelse herom (jf. kendelse af 30.9.1987, Brother Industries mod Kommissionen, sag 229/86, Sml. s. 3757, på s. 3762 f.).
- 70 Som Kommissionen imidlertid har understreget under retsmødet, er der hverken ved Traktatens artikel 85 eller forordning nr. 17 givet Kommissionen kompetence til at træffe beslutninger, som er bindende i forhold til medlemsstaterne. Selv om forordningens artikel 3, stk. 1, bestemmer, at Kommissionen ved en beslutning kan pålægge virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder at bringe overtrædelser af konkurrenceretten, som de hævdes at gøre sig skyldige i, til ophør, bebyrder bestemmelsen ikke Kommissionen til at pålægge en medlemsstat at træffe bestemte foranstaltninger i sin nationale ret, f.eks. at ændre de nationale regler om den bonusydelse, som omtales i den anfægtede skrivelse.
- 71 Med hensyn til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 — hvori det bestemmes, at »til løsning af de opgaver, som... er overladt Kommissionen, kan denne indhente alle fornødne oplysninger fra medlemsstaternes regeringer og kompetente myndigheder...« — bemærkes, at denne bestemmelse ikke kan tjene som hjemmel for en beslutning, hvorved det pålægges Kongeriget Nederlandene at oprette den kontrolordning, som den anfægtede skrivelse omhandler.
- 72 Der kan heller ikke udledes en kompetence for Kommissionen til at træffe beslutninger, som er bindende for medlemsstaterne, af Domstolens faste praksis for, at medlemsstaterne i henhold til Traktaten er forpligtet til ikke at indføre eller opretholde love eller administrative regler, som kan ophæve den tilsigtede virkning af Traktatens artikler 85 og 86 (jf. f.eks. dom af 1. oktober 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, sag 311/85, Sml. s. 3801, på s. 3826). Denne forpligtelse

har sin oprindelse i Traktatens artikel 5, som skal fortolkes i lyset af artikel 3, litra f), og artikel 85. Traktatens artikel 5 giver imidlertid ikke Kommissionen kompetence til at træffe beslutninger, som er bindende for medlemsstaterne (kendelse af 30. september 1987, Brother Industries, sag 229/86).

- 73 Artikel 89 bemyndiger ganske vist Kommissionen til at træffe beslutninger i forhold til medlemsstaterne for at fastslå overtrædelser af konkurrenceretten. Denne overgangsbestemmelse omfatter dog kun situationer, hvor der ikke er udstedt gennemførelsesbestemmelser til artiklerne 85 og 86, såsom forordning nr. 17.
- 74 Ved Traktatens artikel 90, stk. 3, er der derimod givet Kommissionen kompetence til at meddele medlemsstaterne passende beslutninger, for at det kan påses, at medlemsstaterne overholder Traktatens bestemmelser, bl.a. bestemmelserne i artikel 90, for så vidt angår de virksomheder, som hører under denne bestemmelses anvendelsesområde. Det fremgår imidlertid klart af den anfægtede skrivelse, at den ikke støttes på denne bestemmelse.
- 75 Det må derfor konstateres, at den anfægtede skrivelse ikke har en hjemmel, som giver Kommissionen kompetence til at træffe en beslutning, som vil kunne være bindende for Kongeriget Nederlandene. Det følger heraf, at skrivelsen ikke har haft retligt bindende virkninger i forhold til denne medlemsstat.
- 76 Dette resultat ændres ikke ved, at den nederlandske regering havde anmodet om denne stillingtagen for at efterkomme den, og at den nøje overholdt bemærkningerne i den anfægtede skrivelse, da den traf de nødvendige administrative foranstaltninger for at gennemføre OPA-aftalen. Hverken de nederlandske myndigheders hensigt til at efterkomme Kommissionens stillingtagen med hensyn til OPA-aftalen, eller det forhold, at de fuldt ud fulgte forslagene i Sir Leon Brittan's skrivelse, indebærer, at skrivelsen har skabt en retlig forpligtelse hertil.

- 77 Det bør tilføjes, at den anfægtede skrivelse ikke kan tillægges bindende virkninger på grundlag af en nederlandsk retsregel, som skulle forhindre regeringen i at tillade, at OPA-aftalen blev gennemført, så længe der var tvivl om dens gyldighed. Det tilkommer ikke Retten i nærværende sag at udtale sig om, hvorvidt der som påberåbt af sagsøgerne findes en sådan regel. Forudsættes det imidlertid, at national ret er til hinder for, at de nederlandske myndigheder administrativt træffer foranstaltninger, som kan være i strid med fællesskabsretten, må det bemærkes, at det henhører under de nationale myndigheders kompetence at anvende en sådan regel. I denne forbindelse tilkommer det dem på eget ansvar at vurdere, om de påtænkte foranstaltninger er forenelige med fællesskabsretten.
- 78 Under disse omstændigheder fremtræder Sir Leon Brittan's stillingtagen ikke som en beslutning, som har bevirket, at den nederlandske regering fik pålagt ikke at give »grønt lys« til den oprindelige udgave af OPA-aftalen, men som en retsakt, hvis virkninger kunne sammenlignes med en udtalelse, og som de nationale myndigheder har kunnet anvende for at efterprøve OPA-aftalens gyldighed. En skrivelse fra Kommissionen har nemlig ikke kunnet give anledning til tvivl med hensyn til gyldigheden, da det klart fremgår af Traktatens artikel 85, stk. 2, at en aftale, som er i strid med artikel 85, stk. 1, er uden retsvirkning.
- 79 Det fremgår af brevvekslingen mellem den nederlandske regering og Kommissionen, at den nederlandske regerings fremgangsmåde kan forklares ved, at den ved frivilligt at tilpasse sine nationale regler efter den stillingtagen, som fandt udtryk i skrivelsen fra kommissionsmedlemmet, ønskede at undgå risikoen for at handle i strid med fællesskabsretten i forbindelse med OPA-aftalens gennemførelse. Traktaten forudsætter i øvrigt udtrykkeligt — bl.a. i artikel 155 og artikel 189, stk. 1 — et sådant frivilligt samarbejde mellem de nationale myndigheder og Fællesskabets institutioner ved at henregne henstillinger og udtalelser blandt de retsakter, institutionerne, og navnlig Kommissionen, kan udstede. Denne udtrykkelige bemyndigelse til at udstede uforbindende retsakter viser, at den frivillige overholdelse af institutionernes uforbindende retsakter er et væsentligt element i gennemførelsen af Traktatens målsætninger. Det følger heraf, at der ikke kan rejses tvivl om, at en stillingtagen fra en fællesskabsinstitution er uforbindende, på grund af at den regering, som er adressat for retsakten, har efterkommet denne.

- 80 Det tilføjes, at det hverken fremgår af ordlyden eller indholdet af den anfægtede skrivelse, at det var hensigten, at den overhovedet skulle have retsvirkninger.
- 81 Som Kommissionen har understreget, er det et indicium herfor, at der ikke foreligger en beslutning, der er truffet af Kommissionen som kollegium. Til forskel fra de tilfælde, hvor Domstolen har anerkendt, at skrivelser underskrevet af Kommissionens tjenestemænd kan gøres til genstand for søgsmål (jf. f. eks. dom af 15. marts 1967, *Cimenteries mod Kommissionen*, forenede sager 8/66-11/66, Sml. 1965-1968, s. 337), fremstår den anfægtede skrivelse hverken som en meddelelse af en beslutning, der er truffet af institutionen, eller som udfærdiget i Kommissionens navn eller i henhold til en kompetencedelegation, som er et forhold, hvis gyldighed Domstolen anerkendte i dom af 23. september 1986, *Akzo mod Kommissionen* (sag 5/85, Sml. s. 2585, på s. 2614). Skrivelsen fremstår snarere som skrevet af Sir Leon Brittan i eget navn i forbindelse med en meningsudveksling mellem politikere.
- 82 Desuden er det ordvalg, som Sir Leon Brittan anvendte for over for den nederlandske regering at angive de ændringer af OPA-aftalens ordning, som han fandt ønskelige, før det kunne overvejes at træffe en positiv beslutning med hensyn til aftalen, ikke et ordvalg, der ville blive anvendt i en bindende retsakt. Med hensyn til fastsættelsen af bonusydelsen til 20% udtaler han kun, »jeg foreslår« (»stel ik u voor«). På tilsvarende måde fremgår det af ordvalget i forbindelse med oprettelsen af en kontrolordning, at det ikke var hensigten at pålægge en sådan ordning, men at dens oprettelse afhang af den nederlandske regerings frivillige samarbejde.
- 83 Under henvisning hertil finder Retten, at Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989 til de to nederlandske statssekretærer ikke kan anses for at være en beslutning i forhold til Kongeriget Nederlandene.

2. *De anfægtede skrivelser virkninger i forhold til sagsøgerne*

- 84 Herefter skal det undersøges, om Sir Leon Brittan's skrivelse isoleret set eller i forbindelse med de tre skrivelser fra direktør Rocca, som sagen subsidiært drejer sig om, udgør en beslutning i forhold til sagsøgerne.

- 85 Indledningvis skal der tages stilling til sagsøgernes argumentation om, at skrivelsen indeholder en endelig vurdering af den oprindelige udgave af OPA-aftalen i forhold til Traktatens artikel 85, således at dens virkninger i forhold til aftalens parter er identiske med virkningerne af en forbudsbeslutning i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 eller af en fritagelsesbeslutning på nærmere betingelser i henhold til forordningens artikel 8, stk. 1.
- 86 I kommissionsmedlemmets skrivelse anføres det, at de konkurrencebegrænsende virkninger af aftalen i dens oprindelige udgave efter al sandsynlighed vil være til hinder for at meddele fritagelse i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3. Det fremgår dog af skrivelsen, at undersøgelsen af aftalen i forhold til konkurrenceretten stadig var i gang. Dette bekræftes bl.a. af det forbehold, som udtrykkeligt tages med hensyn til de processuelle rettigheder for OPA-aftalens parter. For sagsøgerne indebærer dette forbehold, at de har ret til at modtage en meddelelse om klagepunkterne og udtale sig herom, før Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 træffer en forbudsbeslutning, som kan være retligt bindende for dem. Skrivelsen viser desuden, at kommissionsmedlemmet ikke havde til hensigt at træffe en foranstaltning i forhold til sagsøgerne, som svarede til en forbudsbeslutning uden for rammerne af forordning nr. 17.
- 87 Skrivelserne har heller ikke haft virkninger, som kan sammenlignes med en fritagelse, hvortil der er knyttet betingelser eller påbud, som ifølge Domstolens praksis kan være genstand for et annullationssøgsmål (jf. dom af 23. oktober 1974, *Transocean Marine Paint mod Kommissionen*, sag 17/74, Sml. s. 1063, på s. 1080). Skrivelserne har nemlig kun været udgangspunktet for den undersøgelse af OPA-aftalen, som skulle godtgøre, om der kunne meddeles fritagelse. Derfor kan de betingelser, som Sir Leon Brittan opstillede i sin skrivelse for, at der ved undersøgelsens afslutning kunne træffes en positiv beslutning, ikke — for så vidt angår virkningerne heraf — sammenlignes med betingelserne i en fritagelsesbeslutning i henhold til artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17.
- 88 Det skal endvidere undersøges, om skrivelserne har haft retsvirkninger i forhold til sagsøgerne ved bindende at fastlægge betingelserne for OPA-aftalens gennemførelse, for så vidt angår bonussatsen og oprettelsen af en kontrolordning.

- 89 I den forbindelse skal det tages i betragtning, at Kommissionen, endog før den udtaler sig endeligt om en aftale, der er anmeldt eller indgivet en klage over, kan træffe foreløbige foranstaltninger for at hindre en situation, som vil kunne medføre alvorlig og uoprettelig skade for den, der har indgivet klagen, eller en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres (jf. f.eks. Domstolens kendelse af 17. januar 1980, sag 792/79 R, Camera Care, Sml. s. 119, på s. 130).
- 90 Det fremgår imidlertid af en gennemgang af skrivelserne, at de ikke kan sidestilles med beslutninger om sådanne bindende foreløbige forholdsregler, men at de stiller OPA-aftalens parter frit med hensyn til, om de vil efterkomme dem eller ej. Dette gælder såvel ændringer af bonussatsen som oprettelsen af en kontrolordning.
- 91 I skrivelsen af 6. marts 1989 omtalte Sir Leon Brittan ganske vist muligheden for, at parterne tilpassede OPA-aftalens bestemmelser efter de ændringer, han foreslog de nederlandske myndigheder. Denne ændring af aftalen på det privatretlige plan var dog fuldt ud betinget af parternes samtykke. Det fremgår desuden af direktør Rocca's skrivelse af 4. april 1989, at Nefarma havde accepteret at foretage denne ændring.
- 92 Det bør tilføjes, at direktør Rocca's to skrivelser af 4. og 28. april 1989 til sagsøgerne vedrørende kontrolordningen ikke ændrer ved ordningens frivillige karakter. Den første skrivelse forbereder nemlig kun gennemførelsen, idet den nærmere redegør for, hvorledes den kontrol, som omhandles i Sir Leon Brittan's skrivelse, skal finde sted. Selv om Kommissionen ved skrivelse af 28. april 1989 bad Nefarma og dens medlemmer om en række præcise oplysninger, skal det bemærkes, at skrivelserne end ikke opfyldte de krav, som stilles i artikel 11, stk. 3, i forordning nr. 17 i forbindelse med en uforbindende begæring om oplysninger. Dette er så meget mere grund til, at skrivelserne ikke kan sidestilles med et krav om oplysninger i form af en bindende beslutning truffet i henhold til forordningens artikel 11, stk. 5.

- 93 I modsætning til det af sagsøgerne hævdede, fremgår det desuden ikke af direktør Rocca's skrivelser, at Sir Leon Brittan's skrivelse afspejlede Kommissionens standpunkt som institution. Direktør Rocca henviste ganske vist i skrivelserne til fremtidige kommissionsbeslutninger, men det indebærer ikke, at Kommissionen allerede havde truffet en beslutning. Hverken Sir Leon Brittan eller direktør Rocca omtalte i deres skrivelser en beslutning, som institutionen tidligere skulle have truffet.
- 94 Det, som retligt set var til hinder for OPA-aftalens gennemførelse i den af parterne oprindeligt indgåede form, var derimod, at de nederlandske myndigheder havde ændret de administrative regler, hvori aftalen skulle indgå, bl.a. vedrørende bonusydelsen, i overensstemmelse med angivelserne i Sir Leon Brittan's skrivelse. Disse administrative regler, som de nationale myndigheder fastsatte, var nemlig bindende for sagsøgerne.
- 95 Det bemærkes, som fastslået i det foregående, at disse foranstaltninger er truffet frivilligt, uden at der forelå en kommissionsbeslutning med retsvirkninger i forhold til den nederlandske regering. Heraf følger, at de bindende virkninger, som de nationale myndigheders retsakter har i forhold til sagsøgerne, ikke kan tillægges Kommissionen, og at de dermed ikke kan betragtes som virkninger af de anfægtede skrivelser.
- 96 Skrivelserne er derfor uden bindende virkninger i forhold til sagsøgerne.

3. *Borgernes domstolsbeskyttelse*

- 97 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at borgerne ikke sikres den fornødne domstolsbeskyttelse, såfremt Retten tillader, at Kommissionen med henblik på konkurrencerettens anvendelse kan foretage en samordning med de nationale myndigheder, som munder ud i, at der på nationalt plan træffes foranstaltninger, som er bindende for borgerne, uden at de derved indtagne standpunkter er underlagt en EF-retlig domstolskontrol.

- 98 Hertil bemærkes, at den domstolsbeskyttelse, sagsøgerne gør krav på, i det væsentlige tager sigte på, at Retten træffer afgørelse vedrørende den pågældende aftales forenelighed med Fællesskabets konkurrenceret og vedrørende retmæssigheden af Sir Leon Brittan's stillingtagen i skrivelsen af 6. marts 1989. En sådan form for domstolsbeskyttelse har imidlertid ikke hjemmel i Traktatens artikel 173. Selv om bestemmelserne om borgernes søgsmålsret ikke må fortolkes indskrænkende (jf. Domstolens dom af 15. juli 1963, Plaumann mod Kommissionen, sag 25/62, Sml. 1954-1964, s. 411), vil det dog overskride grænserne for fortolkningen af Traktaten at antage en sag til realitetsbehandling, som falder uden for denne bestemmelses område.
- 99 Af disse grunde findes Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989 til den nederlandske statssekretær for økonomiske anliggender samt den nederlandske statssekretær for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender isoleret set eller i sammenhæng med direktør Rocca's tre skrivelser af 16. marts, 4. og 28. april 1989, som sagen subsidiært drejer sig om, hverken at have haft retligt bindende virkninger i forhold til Kongeriget Nederlandene eller i forhold til sagsøgerne, hvorfor der ikke foreligger en beslutning, som kan være genstand for et søgsmål.
- 100 Sagen bør derfor afvises, uden at det er fornødent at tage stilling til, om Sir Leon Brittan's skrivelse til den nederlandske regering umiddelbart og individuelt berører sagsøgerne.

Sagens omkostninger

- 101 I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement, som finder tilsvarende anvendelse ved Retten i henhold til artikel 11, stk. 3, i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, bør Kommissionen gives medhold, og sagsøgerne bør pålægges at betale sagens omkostninger in solidum. Da der ikke er nedlagt påstand om intervenientens omkostninger, bør intervenienten bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Første Afdeling)

- 1) Sagen afvises.
- 2) Sagsøgerne betaler sagens omkostninger in solidum, idet intervenienten dog bærer sine omkostninger.

Cruz Vilaça

Kirschner

Schintgen

García-Valdecasas

Lenaerts

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. december 1990.

H. Jung

Justitssekretær

J. C. Cruz Vilaça

Præsident