

RETTENS DOM (Første Afdeling)  
13. december 1990\*

I sag T-116/89,

**Vereniging Prodifarma**, Amsterdam,

**Katwijk Farma BV**, Katwijk,

**Lagap BV**, Krimpel a/d IJssel,

**Medicalex BV**, Ridderkerk,

**Polyfarma BV**, Groningen,

**Stephas BV**, Krimpen a/d IJssel,

ved advokaterne M. van Empel og A. J. H. W. M. Versteeg, 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,

støttet af

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

intervenient,

\* Processprog: nederlandsk.

angående en påstand om annullation af en beslutning, som sagsøgerne hævder er indeholdt i en skrivelse fra et medlem af Kommissionen,

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 halvfjerdsere 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-113/89 (Nefarma mod Kommissionen, Sml. 1990 II, s. 797) og T-114/89 (VNZ mod Kommissionen, Sml. 1990 II, s. 827) 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-113/89 og T-114/89.

## 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 (*Staatsblad* 1980, s. 646). Loven indeholder en række regler om satser for behandlingsinstitutioner eller for personer, som yder behandling mv., herunder bl. a. 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 sag T-113/89, 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.
- 10 Den nævnte undtagelse er Prodifarma, som er sagsøger i denne sag og sag 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 sag T-113/89, Nefarma og Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische 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 denne sag, 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. I denne forbindelse anmodede Prodifarma Kommissionen om at forbyde gennemførelsen af OPA-aftalen, så længe undersøgelsen stod på, samt om at bringe artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 i anvendelse, såfremt aftalen blev anmeldt. Dels anmeldte Nefarma, som er sagsøger i sag T-113/89, den 9. december 1988, på vegne af alle parterne i aftalen, OPA-aftalen til Kommissionen. Denne anmeldelse blev hos Kommissionen registreret under nr. IV/

33.017. 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 pris aftale, 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 Blandt andet på grundlag af denne skrivelse anlagde Prodifarma ved en nederlandsk ret en sag om foreløbige forholdsregler mod Nefarma og VNZ, hvorunder Prodifarma påstod OPA-aftalens gennemførelse udsat, indtil Kommissionen havde haft mulighed for at tage stilling til aftalen. Kravet imidlertid ikke taget til følge.
- 19 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.
- 20 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 Traktaten. 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.

- 21 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%.
- 22 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-113/89 og T-114/89 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.
- 23 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.
- 24 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.«

- 25 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«.

- 26 Den 16. marts 1989 blev en kopi af denne skrivelse sendt til Prodifarma ved telefax. Sagsøgere i sagerne T-113/89 og T-114/89, Nefarma og VNZ, modtog også en kopi.

- 27 Den 17. marts 1989 erklærede flertallet af Nefarma's medlemmer sig rede til at acceptere, at bonusydelsen blev fastsat til 20%. OPA-aftalens øvrige parter accepterede også at anvende aftalen på betingelserne i den anfægtede skrivelse. COTG tilpassede sine retningslinjer i overensstemmelse hermed, og, efter at Prodifarma forgæves havde forsøgt at forhindre det ved hjælp af en sag om foreløbige forholdsregler mod den nederlandske stat, godkendte de to statssekretærer de nye retningslinjer. Forslagene i OPA-aftalen blev således gennemført med virkning fra 1. april 1989.

- 28 Direktør Rocca sendte den 28. april 1989 en skrivelse til Prodifarma, hvori han bad denne give en række bestemte oplysninger og derved samarbejde i den kontrol, som Kommissionen ville føre med hensyn til OPA-aftalens virkninger. Det hed i skrivelsen:

»I overensstemmelse med artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17 af 1962 vil Kommissionen naturligvis også kun anvende disse oplysninger med henblik på den kontrol, den vil udføre med hensyn til OPA-aftalen inden for de rammer, som man er enedes om i sag IV/33.017, og Kommissionen vil naturligvis overholde de almindelige regler om tavshedspligt.«

## Retsforhandlinger

- 29 Ved stævning, indgivet til Domstolens Justitskontor den 19. maj 1989, har sagsøgerne anlagt nærværende sag mod Kommissionen med påstand om annullation af den beslutning, som sagsøgerne hævder er indeholdt i Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989.
- 30 Med hensyn til den omhandlede skrivelse er sagsøgerne af den opfattelse, at de i Traktatens artikel 173 opregnede fire annullationsgrunde er til stede. Sagsøgerne har først og fremmest gjort gældende, at Kommissionen ikke havde kompetence til at gribe ind på den måde, som den gjorde, da Traktatens artikel 85, stk. 3, og artiklerne 2 og 6 i forordning nr. 17 kun giver den beføjelse til enten at meddele fritagelser eller udstede negativattester. Sagsøgerne har desuden gjort gældende, at Kommissionen ikke har givet en tilstrækkelig begrundelse for den positive beslutning, den traf i forbindelse med OPA-aftalen. Sagsøgerne er endvidere af den opfattelse, at Kommissionen har overtrådt Traktatens artikel 85, stk. 1, idet de af OPA-aftalens bestemmelser, som indeholdt en prisaftale, og hvorved der skete en forhøjelse af de tilladte rabatter, ikke blev ændret, selv om Kommissionen antog, at de var uforenelige med Traktatens bestemmelser, og idet den tilpasning af bonusydelsen, som blev foretaget, i øvrigt ikke medførte en væsentlig ændring af OPA-aftalens konkurrencebegrænsende virkninger. Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har gjort sig skyldig i magtfordrejning.
- 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 sagsøgtens 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 rettergangsfuldmægtige har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 20. juni 1990.
- 36 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:
- Den kommissionsbeslutning, som er indeholdt i skrivelsen af 6. marts 1989 til statssekretæren for velfærd, folkesundhed og kulturelle anliggender, D. J. D. Dees, og til statssekretæren for økonomiske anliggender, A. J. Evenhuis, annulleres.
  - 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 at betale sagens omkostninger.

- 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. Skrivelsen var således ikke et afslag på Prodifarma's klage.

- 44 Under retsmødet har den sagsøgte institution tilføjet, at hvis den på et senere tidspunkt træffer 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.
- 45 Kommissionen har anført, at den anfægtede skrivelse ikke kan betragtes som et afslag på en begæring om foreløbige forholdsregler i den betydning, som anvendes i kendelse af 17. januar 1980, Camera Care mod Kommissionen (sag 792/79 R, Sml. s. 119), idet sagsøgerne ikke har indgivet en sådan begæring. Kommissionen har understreget, at skrivelsen ikke begrænser sagsøgernes processuelle rettigheder, idet sagsøgerne, såfremt undersøgelsen viser, at klagen er ubegrundet, kan anmode Kommissionen om at sende dem en skrivelse i henhold til artikel 6 i 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, herefter benævnt »forordning nr. 99/63«).
- 46 Kommissionen har anført, at det ikke er den anfægtede skrivelse, som har haft bindende retlige virkninger i forhold til sagsøgerne, men derimod den nederlandske regerings afgørelse om — i kraft af sin egen kompetence og på eget ansvar — at gennemføre OPA-aftalen. Under retsmødet har Kommissionen understreget, at Prodifarma's rettigheder er sikret domstolsbeskyttelse i henhold til national ret, og at denne sagsøger har gjort brug heraf ved i to tilfælde at fremsætte krav om foreløbige forholdsregler under påberåbelse af, at OPA-aftalen er ulovlig. Det forhold, at de nationale domstole ikke har taget de to begæringer til følge, indebærer ifølge Kommissionen ikke, at sagsøgeren kan anlægge sag ved Retten. Kommissionen har erkendt, at den nederlandske regering betingede sin afgørelse om at tilvejebringe de nødvendige betingelser for OPA-aftalens gennemførelse af, at Kommissionen gav »grønt lys«, men den har dog understreget, at den ikke selv har truffet en afgørelse herom.
- 47 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.

- 48 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.
- 49 Under den mundtlige forhandling har Kommissionen endelig udtrykt frygt for, at en lettelse af betingelserne for at antage en sag til realitetsbehandling senere 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.
- 50 Sagsøgerne har anført, at den anfægtede skrivelse udgør en beslutning, som, selv om den er stilet til de to statssekretærer på området, har ændret sagsøgernes retsstilling væsentligt.
- 51 Sagsøgerne har understreget, at den første reaktion på OPA-aftalen, som Kommissionens tjenestegrene fremkom med den 14. december 1988, rent faktisk hindrede aftalens ikrafttræden. Som følge af meddelelsen om, at der ville blive indrømmet en fritagelse i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3, såfremt de foreslåede ændringer blev foretaget, havde Sir Leon Brittan's skrivelse ifølge sagsøgerne den umiddelbare virkning, at OPA-aftalen blev gennemført. Heraf har sagsøgerne udledt, at der er tale om en beslutning, som objektivt og direkte har ændret retsstillingen for de parter, som berøres af OPA-aftalen, herunder bl. a. Prodifarma og dens medlemmer.
- 52 Sagsøgerne har erkendt, at skrivelsens ordlyd kunne antyde, at skrivelser kun var udtryk for Kommissionens hensigt. Sagsøgerne har dog påberåbt sig Domstolens praksis for, at der i forbindelse med spørgsmålet, om en retsakt kan anfægtes, ikke skal lægges vægt på dens form, men dens indhold (dom af 31. marts 1971, den såkaldte »AETR«-dom, Kommissionen mod Rådet, sag 22/70, Sml. 1971, s. 41; og dom af 11. november 1981, IBM mod Kommissionen, sag 60/81, Sml. s. 2639). Ifølge sagsøgerne vidste Kommissionen, at under de omstændigheder, hvor skrivel-

sen af 6. marts 1989 blev sendt, ville den af alle de berørte parter blive anset for en bindende beslutning, hvorved betingelserne for, at OPA-aftalen kunne gennemføres, blev fastlagt. De har heraf udledt, at Kommissionen havde til hensigt at ændre den bestående retsstilling og at fjerne den blokering af aftalen, som fulgte af Kommissionens skrivelse af 14. december 1988. Sagsøgerne er af den opfattelse, at Kommissionen ved i sin skrivelse af 28. april 1989 at henvise til »de rammer, som man er enedes om i sag IV/33.017« lægger til grund, at skrivelsen af 6. marts 1989 skabte en ny retsstilling for den i skrivelsen anførte periode.

- 53 Ifølge sagsøgerne overser Kommissionen sagens kerne med sit argument om den anfægtede skrivelser midlertidige karakter. De har gjort gældende, at en administration eller myndighed til enhver tid kan træffe afgørelser eller udstede akter, som er retligt bindende. Ifølge sagsøgerne er synspunktet om, at det alene er retsakter om afslutning af en procedure, som kan anfægtes, i strid med de regler om retsbeskyttelsen, som er indført ved Traktatens artikel 173, stk. 2. Sagsøgerne har til støtte for dette synspunkt påberåbt sig Domstolens dom af 11. november 1981, IBM (sag 60/81, jf. ovenfor), og dom af 15. marts 1967, Cimenteries mod Kommissionen (forenede sager 8/66-11/66, Sml. 1965-1968, s. 337). Til Kommissionens argument om, at der ikke i nærværende sag er givet afslag på en begæring om foreløbige forholdsregler, har sagsøgerne under retsmødet anført, at Prodifarma's klage til den sagsøgte institution rent faktisk omfattede en begæring om foreløbige forholdsregler over for OPA-aftalen.
- 54 Sagsøgerne er af den opfattelse, at argumentet om, at de altid kan anmode Kommissionen om, at den giver dem den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning, såfremt undersøgelsen viser, at deres klage er grundløs, ikke har nogen betydning for spørgsmålet, om den omhandlede skrivelse har haft retsvirkninger.
- 55 Ifølge sagsøgerne har det ikke hold i virkeligheden at hævde, som Kommissionen gør det, at det alene var den nederlandske regerings beslutning om, i kraft af sin egen kompetence og på eget ansvar, »at give grønt lys« for OPA-aftalen, der medførte retligt bindende virkninger. De har i den forbindelse gjort gældende, at den nederlandske regering forud havde bedt Kommissionen om at give aftalen en chance, og at det efter skrivelsen af 14. december 1988 kun kunne overvejes at gennemføre aftalen på nationalt plan, såfremt Kommissionen ændrede sit oprindelige standpunkt.

- 56 Under retsmødet har sagsøgerne påberåbt sig Domstolens domme af 23. november 1971, Bock mod Kommissionen (sag 62/70, Sml. s. 897), og af 17. januar 1985, Piraiki-Patraiki mod Kommissionen (sag 11/82, Sml. s. 207). I disse sager antog Domstolen søgsmål til realitetsbehandling, som borgere havde anlagt til prøvelse af beslutninger rettet til medlemsstater. Dette skete ifølge sagsøgerne under omstændigheder, som kan sammenlignes med de faktiske omstændigheder i nærværende sag.
- 57 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at det forhold, at de nederlandske myndigheder blev underrettet om udkastet til skrivelsen, inden den blev underskrevet, bekræfter, at der var tale om at opfylde særlige behov, hvis karakter de nederlandske myndigheder havde givet Kommissionen nøjagtige oplysninger om, hvorfor den anfægtede skrivelse ikke kan fortolkes blot som indeholdende forslag af politisk art.
- 58 Til Kommissionens argument om, at skrivelsen kun var udtryk for et kommissionsmedlems personlige opfattelse, har sagsøgerne gjort gældende, at skrivelsen var fra Kommissionens næstformand, hvis personlige forretningsområde var konkurrencepolitikken. Endvidere udleder de af det forhold, at skrivelsen af 28. april 1989 indeholder en henvisning til denne skrivelse og en omtale af den holdning, som »Kommissionen« vil indtage, at den sagsøgte institution ikke selv anså den anfægtede skrivelse for blot at give udtryk for en personlig opfattelse.
- 59 Til støtte for deres synspunkt om, at den beslutning, der er indeholdt i skrivelsen af 6. marts 1989, berører dem umiddelbart og individuelt, har sagsøgerne påberåbt sig Domstolens dom af 25. oktober 1977, Metro mod Kommissionen (sag 26/76, Sml. s. 1875), og dom af 11. oktober 1983, Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen (sag 210/81, Sml. s. 3045). Under retsmødet har de gjort gældende, at borgerne må anses for at være umiddelbart berørt af en beslutning, som er rettet til en medlemsstat, og som indebærer, at der skal træffes nationale gennemførelsesforanstaltninger, når det med sikkerhed eller overvejende sandsynlighed kan forudses, at borgerne bliver berørt af gennemførelsesforanstaltningen, og måden hvorpå dette vil ske. De har anført, at det i nærværende sag kunne forudses, hvilke virkninger den omhandlede skrivelse ville få i forhold til dem.
- 60 Endelig har sagsøgerne under retsmødet gjort gældende, at det ville være i strid med formålet med og rækkevidden af den retsbeskyttelse, der sikres i henhold til Traktatens artikel 173, at afvise deres søgsmål. De har gjort gældende, at det ikke



kan tillades, at Kommissionen i forbindelse med en konkurrencepolitik, der føres uformelt, har frihed til at begrænse den i Traktaten hjemlede domstolskontrol. De har understreget, at artikel 173 ikke alene har til formål at beskytte individuelle interesser, men — hvad der er endnu vigtigere — at kontrollere lovligheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter, og at det ville være at undergrave denne ordning ikke at betragte den anfægtede skrivelse som en beslutning.

- 61 Som svar på Rettens spørgsmål har sagsøgerne anført, at Traktatens artikel 85, stk. 2, hvorefter aftaler indgået i strid med artikel 85, stk. 1, ikke har retsvirkning, ikke er til hinder for, at den anfægtede skrivelse betragtes som en beslutning. De har gjort gældende, at spørgsmålet om en sag, som er anlagt til prøvelse af lovligheden af en fællesskabsinstitutionens retsakt, kan realitetsbehandles, ikke kan afhænge af, om der eventuelt i national ret er midler til at få annulleret den aftale, retsakten vedrører.
- 62 Sagsøgerne har påberåbt sig procesøkonomiske hensyn for at begrunde deres synspunkt om, at den omhandlede skrivelse er en retsakt, som kan være genstand for et søgsmål anlagt af Kongeriget Nederlandene. For så vidt angår hjemmelen til en sådan beslutning har sagsøgerne anført, at »blokeringen« af OPA-aftalen var en konsekvens af Domstolens fortolkning af Traktatens artikler 85 og 5 i dom af 1. oktober 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (sag 311/85, Sml. s. 3801). De har heraf udledt, at afgørelsen om at fjerne denne hindring også var truffet i henhold til disse bestemmelser.

### Den anfægtede skrivelser retlige karakter

- 63 På baggrund af disse faktiske og retlige forhold må det undersøges, om den skrivelse, denne sag er anlagt til prøvelse af, er en retsakt, der kan gøres til genstand for et annulationsøgsmål i Traktatens artikel 173's forstand. Ifølge Domstolens faste praksis skal det i den forbindelse undersøges, om skrivelser har haft retligt bindende virkninger (jf. senest kendelse af 17. maj 1989, Italien mod Kommissionen, sag 151/88, Sml. s. 1255, på s. 1261).

1. *Virkningerne af Sir Leon Brittan's skrivelse i forhold til den bestående retsstilling*

- 64 Retten finder, at det i første række bør fastslås, om Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989 til de to nederlandske statssekretærer ændrede den bestående retsstilling, særlig ved at fjerne den hindring, som direktør Rocca's skrivelse af 14. december 1988 efter sagsøgernes opfattelse udgjorde for, at de nederlandske myndigheder kunne gennemføre OPA-aftalen.
- 65 Med henblik herpå skal retsstillingen på tidspunktet for skrivelserns afsendelse først undersøges på baggrund af sagsøgernes argumentation om, at OPA-aftalen var uforenelig med Traktatens artikel 85, stk. 1. Herefter var OPA-aftalen i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 2, uden retsvirkning, og enhver, som fandt, at aftalen krænkede hans rettigheder, kunne påberåbe sig aftalens ugyldighed ved de nationale domstole. Det var i den forbindelse uden betydning, at aftalen var anmeldt til Kommissionen, idet kun en fritagelsesbeslutning i henhold til artikel 85, stk. 3, kan erga omnes afhjælpe ugyldigheden i henhold til artikel 85, stk. 2. Derimod kan aftalens parter, så længe Kommissionen ikke har udstedt en forbudsbeslutning i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, frit gennemføre den. Såfremt de har anmeldt aftalen til Kommissionen, beskytter artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17 dem endog mod pålæggelse af bøder i henhold til forordningens artikel 15, stk. 2, for det tilfælde, at der foreligger en overtrædelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, medmindre Kommissionen har truffet anden bestemmelse i henhold til samme forordnings artikel 15, stk. 6. Parterne løber dog stadig den risiko, at deres aftale kan blive erklæret ugyldig under en retssag ved de nationale domstole.
- 66 Direktør Rocca's skrivelse af 14. december 1988 til OPA-aftalens parter ændrede ikke denne retsstilling i forhold til fællesskabsretten. Skrivelser gav kun udtryk for Kommissionens tjenestegrenes umiddelbare vurdering af OPA-aftalen, og det meddeltes kun parterne, at man undersøgte muligheden for at inddrage bødebeskyttelsen i henhold til artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17. Efter denne skrivelse opstod der imidlertid efter nederlandsk ret en hindring for at gennemføre OPA-aftalen, idet den nederlandske regering ikke ville udstede de bestemmelser, som aftalens parter havde betinget dens ikrafttrædelse af, så længe Kommissionen havde en negativ holdning til aftalen.

- 67 Dernæst skal det undersøges, om den anfægtede skrivelse kunne ændre retsstillingen som beskrevet ovenfor.
- 68 Med hensyn til anbringendet om, at OPA-aftalen var ugyldig i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 2, bemærkes indledningsvis, at Sir Leon Brittan's skrivelse ikke kan anses for at være en fritagelsesbeslutning i henhold til artikel 85, stk. 3. Den er kun udgangspunktet for den undersøgelse af OPA-aftalen, som skal fastlægge, om der kan meddeles en sådan fritagelse. Derfor kan skrivelsen ikke afhjælpe den ugyldighed, som umiddelbart følger af, at aftalen som hævdet af sagsøgerne er i strid med artikel 85, stk. 1.
- 69 Herefter bør der tages stilling til, om skrivelsen har haft virkninger svarende til en beslutning, som, uden at have samme retsvirkninger som en fritagelsesbeslutning i henhold til artikel 85, stk. 3, dog har ændret den bestående retsstilling ved at gribe ind i de processuelle rettigheder, som tilkommer OPA-aftalens parter og tredjemænd, der har indgivet klage.
- 70 En sådan beslutning kan tage form af en negativattest i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17, hvorved Kommissionen tager stilling til en aftale. Når en sådan afgørelse er truffet, er parterne beskyttet mod, at Kommissionen træffer foranstaltninger vedrørende aftalen, samtidig med at tredjemænd, der har klaget, ikke længere kan kræve sagen taget op til fornyet overvejelse, medmindre der sker en ændring af de faktiske forhold, eller de påviser nye omstændigheder. En negativattests virkninger i forhold til klagende tredjemænd kan derfor sammenlignes med virkningerne af en beslutning om afvisning af deres klage (jf. Domstolens dom af 17. november 1987, BAT og Reynolds mod Kommissionen, forenede sager 142/84 og 156/84, Sml. s. 4487, på s. 4571). Det er dog en forudsætning for, at disse virkninger kan indtræde, at der er taget endelig stilling til den omhandlede aftale, hvilket ikke er sket i denne sag.
- 71 Det tilføjes, at der med skrivelsen ikke er grebet ind i sagsøgernes ret til at anmode om, at der rettes en skrivelse til dem i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63. Skrivelsens udtrykkelige forbehold med hensyn til parternes processuelle rettigheder viser, at Sir Leon Brittan ønskede at opretholde dem i fuldt omfang. Skrivelsen har derfor heller ikke ændret den eksisterende retsstilling i processuel henseende.

72 Kommissionen kan i øvrigt, før den udtaler sig endeligt om en anmeldt aftale eller en klage, træffe foreløbige forholdsregler for at hindre en situation, som vil kunne medføre alvorlig og uoprettelig skade for klageren, eller en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres (jf. Domstolens kendelse af 17. januar 1980, sag 792/79 R, Camera Care, Sml. s. 119, på s. 130 f.). I skrivelsen tilkendes gives det imidlertid ikke, at det var hensigten midlertidigt at ændre retsstillingen ved hjælp af sådanne foranstaltninger. Det kan ikke på noget punkt udledes af skrivelsen, at afsenderen antog, at der på grund af de retlige virkninger af bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 2, og forordning nr. 17 i det konkrete tilfælde var opstået en situation, som ikke kunne tolereres. Skrivelsen havde hverken til formål midlertidigt at udelukke anvendelsen af artikel 85, stk. 2, eller midlertidigt at forbyde aftalens gennemførelse eller gøre denne betinget. Selv om afsenderen betingede muligheden for en positiv beslutning med hensyn til OPA-aftalen af en ændring af bonusordningen i henhold til aftalen og af, at der oprettedes en kontrolordning, må det konstateres, jf. Rettens domme af dags dato i sagerne T-113/89 og T-114/89, at det ikke drejede sig om bindende foranstaltninger, da det i den anfægtede skrivelse fuldt ud blev overladt til OPA-aftalens parter at acceptere eller forkaste betingelserne.

73 Under retsmødet har sagsøgerne gjort gældende, at Prodifarma's klage af 2. december 1988 til Kommissionen rent faktisk indeholdt en begæring om foreløbige forholdsregler. I den anfægtede skrivelse henvises der imidlertid ikke til begæringen, som er fremsat i klagen. Dette forhold styrker Rettens opfattelse af, at der ved skrivelsen ikke blev truffet foreløbige forholdsregler i den i Domstolens kendelse af 17. januar 1980, Camera Care (sag 792/79 R) anvendte betydning.

## *2. Virkningerne ved Sir Leon Brittan's skrivelse i forhold til Kongeriget Nederlandene*

74 Sir Leon Brittan's skrivelse fik dog den nederlandske regering til at ændre sine nationale regler på en sådan måde, at OPA-aftalen ifølge nederlandsk ret kunne iværksættes. Derfor må det undersøges, om den nederlandske regering gav sit samtykke til OPA-aftalens gennemførelse som følge af en kommissionsbeslutning, der bemyndigede den hertil, eller blot på grundlag af en udtalelse.

- 75 Med henblik på at vurdere, om kommissionsmedlemmets stillingtagen i forhold til den nederlandske regering havde karakter af en beslutning, 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. februar 1959, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed*, sag 17/57, Sml. 1954-1964, s. 125; dom af 27. marts 1980, *Sucrimex mod Kommissionen*, sag 133/79, Sml. s. 1299, på s. 1310; og kendelse af 17. maj 1989, *Italien mod Kommissionen*, sag 151/88, s. 1261).
- 76 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. september 1987, *Brother Industries mod Kommissionen*, sag 229/86, Sml. s. 3757, på s. 3762 f.).
- 77 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, bemyndiger 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. På tilsvarende måde kan Kommissionen kun anvende sin beføjelse til at udstede negativattester i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 og til at meddele fritagelser i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 3, over for de pågældende virksomheder, mens beføjelsen ikke kan danne grundlag for beslutninger rettet til medlemsstaterne.
- 78 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.

- 79 Der kan heller ikke udledes en kompetence for Kommissionen til at træffe beslutninger med retsvirkninger i forhold til 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, *Vereinigung 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 bindende beslutninger i forhold til medlemsstaterne, hvorved disse pålægges at forholde sig på en særlig måde, som er i overensstemmelse med fællesskabsretten (jf. ovennævnte kendelse af 30. september 1987, *Brother Industries*, sag 229/86). Det følger heraf, at artiklen heller ikke kan danne hjemmel for en beslutning, som bemyndiger en medlemsstat til at forholde sig på en bestemt måde. Det påhviler medlemsstaterne at sørge for, at deres adfærd er i overensstemmelse med de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til Traktatens artikel 3, litra f), og artiklerne 5 og 85, dog under forbehold af den kontrol, som Domstolen efterfølgende udfører i forbindelse med de i Traktatens artikler 169 og 177 hjemlede procedurer (jf. med hensyn til anvendelsen af sidstnævnte bestemmelse den nævnte dom af 1. oktober 1987). Derimod stemmer en forudgående kontrol med, om nationale foranstaltninger er forenelige med fællesskabsretten, i form af en tilladelse fra Kommissionen, ikke overens med den kompetencefordeling mellem fællesskabsmyndighederne og de nationale myndigheder, som Traktaten har fastsat på dette område.
- 80 Artikel 89 bemyndiger ganske vist Kommissionen til at træffe beslutninger i forhold til medlemsstaterne for at fastslå overtrædelser af konkurrenceretten og for at bemyndige medlemsstaterne til at træffe modforanstaltninger. Denne overgangsbestemmelse omfatter dog kun situationer, hvor der ikke er udstedt gennemførelsesbestemmelser til artiklerne 85 og 86, såsom forordning nr. 17.
- 81 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.

- 82 Det må derfor konstateres, at den anfægtede skrivelse ikke har en hjemmel, som giver Kommissionen kompetence til at træffe en beslutning, som kunne ændre retsstillingen for Kongeriget Nederlandene, hvad enten der var tale om at pålægge eller bemyndige staten til at forholde sig på en bestemt måde. Dette følger heraf, at skrivelsen ikke har haft retligt bindende virkninger i forhold til denne medlemsstat.
- 83 Dette resultat ændres ikke ved, at den nederlandske regering havde anmodet om denne stillingtagen for at efterkomme den, at den i mangel af en positiv reaktion afstod fra at udstede de bestemmelser, som var nødvendige for OPA-aftalens gennemførelse, og at den indarbejdede bemærkningerne i den anfægtede skrivelse i de senere udstedte bestemmelser. 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 ændret retsstillingen for Kongeriget Nederlandene i forhold til Fællesskabet.
- 84 Følgelig fremtræder Sir Leon Brittan's stillingtagen hverken som en bindende beslutning over for den nederlandske regering om ikke at give »grønt lys« for den oprindelige udgave af OPA-aftalen, eller som en tilladelse til at gennemføre den ændrede udgave, men som en retsakt, hvis virkninger kan sammenlignes med virkningerne af en udtalelse, som de nationale myndigheder har anmodet om for at efterprøve, om de foranstaltninger, de har til hensigt at træffe, er forenelige med fællesskabsretten, med henblik på at opfylde deres forpligtelser i henhold til Traktatens artikel 3, litra f), og artiklerne 5 og 85.
- 85 Det fremgår af brevvekslingen mellem den nederlandske regering og Kommissionen, at den nederlandske regerings fremgangsmåde kan forklares ved ønsket om at undgå risikoen for at handle i strid med fællesskabsretten i forbindelse med OPA-aftalens gennemførelse. Regeringen afstod derfor frivilligt fra at gennemføre OPA-aftalen, så længe Kommissionen gav udtryk for en negativ indstilling, og efterfølgende tilpassede den de nationale bestemmelser efter den stillingtagen, som fandt udtryk i kommissionsmedlemmets skrivelse. 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 Traktatens regler og institutionernes uforbindende retsakter er et væsentligt element i gennemførelsen af Traktatens målsætninger. Det følger heraf, at det forhold, at en medlemsstats regering, indtil den har modtaget en positiv stillingtagen fra Kommissionen, har afstået fra at træffe en foranstaltning, hvis forenelighed med Traktaten var tvivlsom, ikke kan give den omhandlede stillingtagen karakter af en tilladelse.

- 86 Det tilføjes, at det hverken fremgår af ordlyden eller indholdet af den anfægtede skrivelse, at det var hensigten, at den overhovedet skulle have retsvirkninger.
- 87 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, jf. ovenfor), 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.
- 88 Sagsøgerne kan heller ikke påberåbe sig direktør Rocca's skrivelse af 28. april 1989 til Prodifarma til støtte for at hævde, at Kommissionen selv betragtede den anfægtede skrivelse som en beslutning og ikke som en stillingtagen på det politiske plan fra et af dets medlemmer. Ved at henvise til »det, som man er enedes om i sag IV/33.017« har direktøren nemlig med rette anvendt en formulering, som ikke kan forenes med synspunktet om, at der skulle være tale om en bindende beslutning.
- 89 Endelig 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 er i overensstemmelse med synspunktet om, at der skulle være tale om en tilladelse på bestemte vilkår. Med hensyn til fastsættelsen af bonusydelsen til 20% udtaler han kun, »jeg foreslår« (»stel ik u voor«). På tilsva-



rende 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.

- 90 Under henvisning hertil finder Retten, at den anfægtede skrivelse ikke har haft retligt bindende virkninger i forhold til Kongeriget Nederlandene.

### 3. *Borgernes domstolsbeskyttelse*

- 91 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at på grund af de særlige omstændigheder i nærværende sag sikres der ikke borgerne den fornødne domstolsbeskyttelse, og der drages heller ikke tilstrækkelig omsorg for kontrollen med lovligheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter, såfremt den anfægtede skrivelse ikke betragtes som en beslutning.
- 92 Hertil bemærkes, at den domstolsbeskyttelse, sagsøgerne gør krav på, i det væsentlige tager sigte på, at Retten træffer afgørelse såvel vedrørende spørgsmålet, om den aftale, deres klage til Kommissionen drejer sig om, er forenelig med Fællesskabets konkurrenceret, som 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.
- 93 Af disse grunde finder Retten, at Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989 til de to nederlandske statssekretærer ikke kan betragtes som en beslutning, som kan være genstand for et søgsmål. Det følger heraf, at det er ufornuddent at tage stilling til, om Sir Leon Brittan's skrivelse til den nederlandske regering umiddelbart og individuelt berører sagsøgerne.

94 Det tilføjes i denne forbindelse, at sagsøgerne med urette har påberåbt sig Domstolens dom af 23. november 1971, Bock (nævnte sag 62/70), og dom af 17. januar 1985, Piraiki-Patraiki (nævnte sag 11/82) til støtte for, at søgsmålet antages til realitetsbehandling. Domstolen udtalte sig i disse sager vedrørende spørgsmålet, om en borger kunne være umiddelbart berørt af en beslutning, som Kommissionen havde rettet til en medlemsstat, og som krævede, at medlemsstaten traf gennemførelsesforanstaltninger, før beslutningen kunne få praktiske virkninger i forhold til borgeren. Det er korrekt, at der er en vis lighed mellem de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for nærværende sag, og de situationer, der forelå i de to nævnte domme, idet den nederlandske regering udtrykkelig havde betinget sin afgørelse om at skabe de nødvendige forudsætninger for OPA-aftalens gennemførelse af, at Kommissionen ville reagere positivt, og at der derfor ikke var tvivl om, at den ville handle i overensstemmelse med den stillingtagen, den havde anmodet om. De nævnte sager, som Domstolen antog til realitetsbehandling, var imidlertid anlagt til prøvelse af nogle beslutninger, som havde haft retsvirkninger i forhold til de pågældende medlemsstater ved at bemyndige dem til at træffe foranstaltninger, som berørte borgerne, og som, såfremt de anfægtede beslutninger ikke havde foreligget, havde været i strid med fællesskabsretten. I modsætning hertil foreligger der ikke i denne sag en sådan beslutning. Den nævnte retspraksis kan derfor ikke være et argument for at antage nærværende sag til realitetsbehandling.

95 Af de anførte grunde bør sagen afvises.

### Sagens omkostninger

96 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. L. Cruz Vilaça

Præsident