

Además, puede señalarse que las partes denunciadas, por una parte, no están ni directa ni individualmente afectadas por la omisión de la Comisión, en la medida en que la retirada de la inmunidad no afectaría en nada a su situación jurídica, ni en el

marco del procedimiento que se desarrolla ante la Comisión ni ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, por otra parte, no tienen ningún interés legítimo en dicha retirada de inmunidad.

AUTO DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)
23 de enero de 1991 *

En el asunto T-3/90,

Vereniging Prodifarma, con domicilio social en Amsterdam, representada por los Sres. M. van Empel y A. J. H. W. M. Versteeg, Abogados de Amsterdam, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e J. Loesch, 8, rue Zithe,

parte demandante,

contra

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

parte demandada,

apoyada por

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie «Nefarma», con domicilio social en Utrecht, representada por los Sres. B. H. Ter Kuile, Abogado de La Haya, y E. H. Pijnacker Hordijk, Abogado de Amsterdam, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e J. Loesch, 8, rue Zithe,

parte coadyuvante,

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

que tiene por objeto que se declare, con arreglo al artículo 175 del Tratado CEE, que la Comisión, al no pronunciarse sobre la solicitud que le dirigió la demandante instándole a aplicar las disposiciones del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, en relación con el acuerdo denominado «OPA» sobre distribución de medicamentos en los Países Bajos, ha violado el Tratado CEE,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera),

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

Secretario: Sr. H. Jung

dicta el siguiente

Auto

Hechos, procedimiento y pretensiones

- 1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 29 de enero de 1990, la asociación neerlandesa Prodifarma interpuso un recurso con arreglo al tercer párrafo del artículo 175 del Tratado, con el fin de que se declare que la Comisión, al no dar curso a la solicitud de la demandante de que aplicara el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo, «Reglamento nº 17») y de que denegara a las partes en el acuerdo llamado *Omni-Partijen Akkoord* (en lo sucesivo, «acuerdo OPA»), sobre distribución de medicamentos en los Países Bajos, el beneficio de inmunidad en materia de multas previsto en el apartado 5 de dicho artículo, ha violado el Tratado CEE.
- 2 Mediante escrito recibido en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 27 de febrero de 1990, la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad con arreglo al apartado 1 del artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribu-

nal de Justicia, aplicable *mutatis mutandis* al procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, y solicitó que se decidiera sobre esta excepción sin entrar en el fondo del asunto.

- 3 El presente litigio se inscribe en el marco de los esfuerzos que vienen realizando los poderes públicos neerlandeses desde los años setenta para controlar el coste de los medicamentos expedidos fuera de los hospitales y de otros establecimientos de cuidados médicos. Se encuentra estrechamente vinculado a los asuntos T-113/89, Nefarma/Comisión; T-114/89, VNZ/Comisión, y T-116/89, Prodifarma/Comisión I (sentencias de 13 de diciembre de 1990, Rec. p. II-797, II-827 y II-843). Al comprobar los hechos que dieron lugar al presente recurso, el Tribunal de Primera Instancia apreció de oficio los elementos de hecho contenidos en los autos del asunto conexo T-116/89.

- 4 El acuerdo OPA se concluyó el 18 de agosto de 1988 entre las organizaciones representativas de todas las partes interesadas en la prescripción y suministro de medicamentos en los Países Bajos, como los productores, suministradores, médicos, farmacéuticos y cajas de seguro de enfermedad, excepción hecha, sin embargo, de la demandante. Esta, constituida en 1986 por las empresas Centrafarm BV, Medicalex BV, BV Pharbita, Pharmon BV, Aeramphic BV, Polyfarma BV, Pharmacis BV, Genfarma BV y BV Lagap BNL, agrupa a las empresas más pequeñas que no forman parte de la industria de medicamentos de marca y que producen medicamentos genéricos, especialidades farmacéuticas o se dedican a la importación paralela de medicamentos genéricos.

- 5 Las partes en el acuerdo OPA se comprometieron a reducir los precios de venta de los productos farmacéuticos por ellas practicados en relación con los farmacéuticos, para contribuir así a los esfuerzos realizados por los poderes públicos neerlandeses para controlar los costes de suministro de medicamentos en los Países Bajos. La aplicación de dicha reducción de precios se subordinaba a diversas modificaciones previas de la normativa nacional por la que se establecía el régimen de reembolso a los farmacéuticos por el suministro de medicamentos, modificaciones cuyo objeto consistía fundamentalmente en debilitar los efectos de determinadas medidas, previstas en la citada normativa, y dirigidas a fomentar la sustitución de las especialidades farmacéuticas por medicamentos genéricos o de importación paralela más baratos. Entre dichas medidas se encontraba una prima denominada de incitación que permitía a los farmacéuticos percibir el 33 % de la diferencia entre el precio más alto de las especialidades farmacéuticas prescritas y el de los productos de sustitución que expedían. Según el acuerdo OPA, dicha prima debía reducirse a un 15 % de la diferencia. El acuerdo se concluyó para un período de dos

años. El Gobierno neerlandés, que tampoco era parte en el acuerdo, se declaró dispuesto a realizar las modificaciones de la normativa nacional que deseaban las referidas partes. Se preveía que las modificaciones, al igual que la reducción de precios prevista, entrarían en vigor el 1 de enero de 1989.

- 6 Así, se iniciaron ante la Comisión dos procedimientos paralelos en relación con el acuerdo OPA. Por una parte, la demandante presentó, el 2 de diciembre de 1988, una denuncia que tenía por objeto que la Comisión declarara, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, que el acuerdo OPA era incompatible con el artículo 85 del Tratado. Por otra parte, el acuerdo se notificó a la Comisión, en nombre de todas las partes firmantes, el 9 de diciembre de 1988.

- 7 La primera reacción de la Comisión ante el acuerdo OPA fue negativa. Mediante carta de 14 de diciembre de 1988, firmada por el Sr. Rocca, Director de la Dirección General de la Competencia, la Comisión informó a las partes en el acuerdo y a la demandante que sus servicios estaban estudiando la posibilidad de iniciar un procedimiento con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17.

- 8 Tras numerosas intervenciones de las partes en el acuerdo y del Gobierno neerlandés, el cual, ante la actitud negativa de la Comisión, había renunciado a tomar las medidas normativas a las que se había subordinado la aplicación del OPA, el nuevo miembro de la Comisión encargado de la competencia, Sir Leon Brittan, modificó la citada postura en una carta dirigida a las autoridades neerlandesas el 6 de marzo de 1989. Según dicha carta, en la que ya no se trataba de aplicar el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17, para que la Comisión adoptara una decisión favorable al respecto, el acuerdo OPA debía cumplir dos requisitos, a saber:
 - En primer lugar, la prima de incitación para el suministro de medicamentos más baratos debía reducirse a un 20 %, en lugar de a un 15 %, de la diferencia de precio entre dichos medicamentos y las especialidades farmacéuticas más caras.

 - En segundo lugar, los efectos de la reducción de la prima debían evaluarse durante un año, mediante un sistema de control establecido para ello.

- 9 Tras la aceptación por las partes en el asunto OPA de su adaptación a las propuestas de Sir Leon Brittan y tras la consiguiente modificación de la normativa nacional por parte del Gobierno neerlandés, el régimen previsto por el acuerdo OPA se aplicó con efecto a partir del 1 de abril de 1989. Desde entonces, los servicios de la Comisión y las autoridades neerlandesas han reunido los datos estadísticos necesarios en el marco del sistema de control antes mencionado.

- 10 En mayo de 1989, varias de las partes en el acuerdo OPA y Prodifarma, demandante en el presente asunto, interpusieron tres recursos de anulación dirigidos, en particular, contra la carta de Sir Leon Brittan de 6 de marzo de 1989, recursos que dieron lugar a los asuntos T-113/89, T-114/89 y T-116/89. Mientras las partes en el acuerdo OPA reprochaban a la Comisión que hubiera adoptado una actitud demasiado negativa en relación con su acuerdo, tal y como se concluyó inicialmente, Prodifarma, por su parte, consideraba que la reacción de la Comisión respecto al acuerdo era demasiado favorable, habida cuenta de los efectos contrarios a la competencia que, en su opinión, se derivaban del mismo. Tres sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1990 declararon la inadmisibilidad de los recursos.

- 11 Sin esperar a que se resolviera su recurso de anulación, el 28 de septiembre de 1989, Prodifarma envió una carta a la Comisión en la que le instó a aplicar, en el plazo establecido en el segundo párrafo del artículo 175 del Tratado, las disposiciones del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 en relación con las partes en el acuerdo OPA. Según ella, las cifras que habían publicado las autoridades neerlandesas entre tanto, sobre el desarrollo del mercado de productos farmacéuticos en los Países Bajos, muestran que no se aplicaron las disposiciones del acuerdo OPA relativas a las reducciones de precios, y que la aplicación del acuerdo trajo, por el contrario, como consecuencia la inversión de la tendencia a sustituir las especialidades farmacéuticas más caras por productos más baratos.

- 12 Mediante carta de 21 de noviembre de 1989, el Sr. J. Mensching, Jefe de División de la Dirección General de Competencia, respondió a la demandante que la parte denunciante no está legitimada para solicitar a la Comisión que deniegue, a las empresas que hayan notificado un acuerdo, la inmunidad contra las multas de que disfrutaban dichas empresas con arreglo al apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Aun en el caso de que se deba reconocer la existencia de semejante legitimación, la Comisión no infringe el Derecho comunitario por no aplicar el

apartado 6 del artículo 15 del citado Reglamento. Añadió que como el acto que solicitaba la demandante no debía serle dirigido a ella sino a las partes en el acuerdo OPA, Prodifarma no pertenecía a la categoría de las personas físicas o jurídicas que podían recurrir ante el órgano jurisdiccional comunitario con arreglo al tercer párrafo del artículo 175 del Tratado y que no se había considerado necesario ni oportuno proponer a los órganos competentes de la Comisión que adoptaran alguna postura formal ante su solicitud.

13 En estas circunstancias, la demandante interpuso el presente recurso por omisión, en relación con el cual la Comisión propuso una excepción de inadmisibilidad. Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 30 de mayo de 1990, la asociación Nefarma, parte en el acuerdo OPA y parte demandante en el asunto T-113/89, solicitó intervenir en el presente asunto en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. Mediante auto de 5 de julio de 1990, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) admitió la intervención. La parte coadyuvante no presentó observaciones sobre la excepción de inadmisibilidad.

14 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare que no procede admitir el recurso.
- Condene en costas a la parte demandante.

15 Prodifarma solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Examine con la máxima celeridad la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.
- Desestime dicha excepción de inadmisibilidad.
- Estime la pretensión formulada por Prodifarma en la demanda.

— Condene en costas a la Comisión.

- 16 Con arreglo al apartado 3 del artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, salvo decisión en contrario, el resto del procedimiento sobre la excepción presentada se desarrollará oralmente. En el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia considera que está suficientemente informado a través del examen de los autos y que no procede abrir la fase oral.

Sobre la admisibilidad

- 17 La Comisión alega tres motivos en apoyo de su excepción. En primer lugar, señala que no está en absoluto obligada a aplicar el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17. En segundo lugar, que una parte denunciante no está legitimada para exigir la aplicación de la citada disposición. Y en tercer lugar, que ya definió su posición, a efectos del segundo párrafo del artículo 175 del Tratado, sobre la solicitud para que actuara que le dirigió la demandante.
- 18 Antes de exponer sus argumentos acerca de los tres motivos citados, la Comisión señaló que, si bien una Decisión adoptada en virtud del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 es comparable, debido a su carácter temporal, a la adopción de medidas cautelares con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento, sin embargo se diferencia de ésta por varios motivos. En primer lugar, la Comisión señala que una Decisión adoptada con arreglo al apartado 6 del artículo 15, a diferencia de una medida cautelar, sólo es posible cuando existe un acuerdo que se ha notificado. En segundo lugar, expone que, para aplicar el apartado 6 del artículo 15, en principio basta con que el acuerdo notificado parezca, tras una valoración provisional, incompatible con las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, mientras que para adoptar medidas cautelares es necesario que se reúnan otros requisitos, en particular que se pruebe la urgencia y el riesgo de perjuicio irreparable. En tercer lugar, señala que una Decisión adoptada en aplicación del apartado 6 del artículo 15 tiene como único efecto la cesación de la inmunidad en materia de multas, mientras que las medidas cautelares suponen generalmente una orden de hacer o de no hacer. En cuarto y último lugar, subraya que el procedimiento previsto en el apartado 6 del artículo 15 sólo afecta a la Comisión y a las partes que hayan notificado, mientras que, en el marco del procedimiento previo a la adopción de medidas cautelares, los terceros que se consideren perjudicados pueden jugar un papel importante.

- 19 Por lo que se refiere al primer motivo en el que basa su excepción de inadmisibilidad, la Comisión sostiene que un recurso con arreglo al artículo 175 del Tratado sólo puede prosperar si la Institución demandada estaba obligada a actuar en virtud de una obligación derivada del Derecho comunitario. Afirma que el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 simplemente le atribuye una facultad, de lo que se deduce que en el presente caso no le incumbe ninguna obligación de actuar. La Comisión recuerda la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1979, GEMA/Comisión (125/78, Rec. p. 3173), según la cual, ante la solicitud de un denunciante a efectos del artículo 3 del Reglamento nº 17, no está obligada a declarar la existencia de una infracción.
- 20 A través de su segundo motivo, la Comisión alega que, ya que ella no está obligada a aplicar el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17, la parte denunciante no está legitimada para exigirle que aplique dichas disposiciones. Señala que, aunque las empresas tengan derecho a solicitar, con arreglo al apartado 2 del artículo 3 del Reglamento nº 17, que la Comisión declare las infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado, no existe ninguna disposición que permita a las empresas denunciantes solicitarle que imponga una multa (y menos todavía a obligarle a hacerlo) ni que levante la inmunidad prevista a este respecto por el apartado 5 del artículo 15.
- 21 En opinión de la Comisión, no existe ninguna razón imperativa para que, no obstante, se reconozca esta posibilidad a las empresas denunciantes. Según ella, la parte denunciante no puede justificar ningún interés, a no ser un «interés psicológico indefinible», en la aplicación del apartado 6 del artículo 15, ya que el levantamiento de la inmunidad en materia de multas no modifica su propia situación jurídica y sólo produce efectos sobre la de las partes que han notificado.
- 22 La Comisión añade que una Decisión adoptada con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 no tiene que dirigirse al denunciante, de forma que no se cumple la condición del párrafo tercero del artículo 175 del Tratado.
- 23 Además, la Comisión afirma que el derecho de recurso de que disponen las partes que hayan notificado contra una Decisión adoptada con arreglo al apartado 6 del artículo 15 (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1967, Cimenteries/Comisión, 8/66 a 11/66, Rec. p. 93) no implica en ningún caso que un de-

nunciante pueda impugnar también la negativa de la Comisión a adoptar semejante Decisión. Alega que dicha negativa no se basa en una apreciación discrecional del caso de que se trate, sino en la falta de base jurídica de la solicitud en tal sentido formulada por el denunciante. Por último, y en un plano más general, señala que el vínculo que antes se establecía entre el recurso con arreglo al artículo 173 y el recurso con arreglo al artículo 175 parece haber sido abandonado por la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia (sentencia de 27 de septiembre de 1988, Parlamento/Consejo, 302/87, Rec. p. 5615).

- 24 En su tercer y último motivo la Comisión alega que la carta que el 21 de noviembre de 1989 dirigió a la demandante el Sr. Mensching, Jefe de División de la Dirección General de Competencia, constituye una toma de posición a efectos del segundo párrafo del artículo 175 del Tratado, que hace inadmisibles los recursos por omisión.
- 25 En apoyo de la admisibilidad de su recurso, la demandante subraya en su demanda que la Decisión de aplicar el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 puede ser impugnada, sobre la base del artículo 173 del Tratado, por las partes a las que está dirigida. A continuación señala que una parte denunciante a efectos del artículo 3 del Reglamento nº 17 está legitimada para interponer un recurso de anulación de una Decisión adoptada por la Comisión en el marco del procedimiento iniciado tras su denuncia, con independencia del contenido de la Decisión. De ello deduce que la parte denunciante puede recurrir una Decisión expresa por la que la Comisión se niegue a aplicar las disposiciones del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Considera que su análisis queda confirmado por las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1967, Cimenteries/Comisión (8/66 a 11/66, antes citada), y de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, Rec. pp. 1875, 1902). La demandante se apoya además en la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1970, Chevalley/Comisión (15/70, Rec. p. 975) para afirmar que no sólo se puede recurrir una Decisión denegatoria sino también la negativa de adoptar una Decisión. De lo anterior deduce que una parte denunciante que haya tenido la posibilidad efectiva de participar en un procedimiento abierto por la Comisión puede presentar un recurso contra la no adopción por ésta de una Decisión con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17, en el marco de dicho procedimiento.
- 26 La demandante considera que no se puede invocar la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988, Parlamento/Consejo (302/87, anteriormente citada) para negar que el concepto de acto que puede dar lugar a un recurso es

idéntico en los artículos 173 y 175. De este paralelismo entre las dos vías de recurso deduce que un recurso con arreglo al artículo 175 es posible no sólo cuando una Institución omite la adopción de un acto a la que le obliga el Derecho comunitario, sino también en aquellos casos en que su falta de actuación constituya, de alguna manera, un abuso de la facultad discrecional de actuación de que dispone.

27 Frente al primer motivo alegado por la Comisión en apoyo de su excepción de inadmisibilidad, la demandante señala que en el presente caso la Comisión está obligada a aplicar las disposiciones del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 a las partes en el acuerdo OPA. Alega que en su auto de 17 de enero de 1980, Camera Care/Comisión (792/79 R, Rec. p. 119), el Tribunal de Justicia reconoció la competencia de la Comisión para adoptar medidas cautelares, aunque no exista una base legal expresa, apoyándose en consideraciones generales relativas a la responsabilidad de la Comisión en materia de control del respeto de las normas de competencia del Tratado. Según la demandante, dichas consideraciones deben aplicarse *a fortiori* a la cuestión relativa a la aplicación del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 dado que se trata de una competencia expresamente prevista.

28 La demandante deduce de lo anterior que la Comisión no puede utilizar discrecionalmente la facultad que le confiere el apartado 6 del artículo 15 y que debe ejercerla para garantizar una óptima aplicación de las normas de competencia. Subraya que del auto antes citado se desprende que la Comisión debe evitar, en particular, que su competencia de decisión en virtud del artículo 3 del Reglamento nº 17 «no termine siendo ineficaz, o incluso ilusoria, como consecuencia de la actuación de determinadas empresas».

29 La demandante subraya que el acuerdo OPA sólo se concluyó por un período de dos años y que ello significa que cuando la Comisión dé término al procedimiento mediante una Decisión definitiva el acuerdo se habrá aplicado probablemente durante la cuasi totalidad del período previsto. La demandante considera que, si las partes en el acuerdo continúan beneficiándose de la inmunidad prevista en el apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17, alcanzarán perfectamente los objetivos perseguidos por el acuerdo. Así, la Decisión de prohibición que podría, en su caso, dirigirles la Comisión, se reduciría a una mera Decisión de principio desprovista del más mínimo efecto real. Añade que es la propia Comisión la que, al introducir en el procedimiento un «período de prueba» de un año y aplazando el exa-

men del acuerdo hasta su expiración, ha alargado deliberadamente el procedimiento. La demandante considera que, en estas circunstancias, la Comisión está obligada a velar para que su propio comportamiento no contribuya a hacer dicho control «ineficaz o incluso ilusorio» y, como consecuencia, debe someter el aplazamiento de su examen a la condición de que sean las partes en el acuerdo las que tengan que soportar el riesgo del «período de prueba» por lo que se refiere a la amenaza de multa.

30 La demandante hace también referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française/Comisión* (100/80 a 103/80, Rec. pp. 1825, 1905 y siguientes), según la cual la Comisión también debe tomar en cuenta «el contexto en el que se sitúa la infracción y garantizar el carácter disuasorio de su acción». Sostiene que la cesación del beneficio de inmunidad previsto por el apartado 5 del artículo 15 tendría un efecto preventivo en la medida en que disuadiría a las partes en el acuerdo de conformarse con prolongar el procedimiento y las incitaría a colaborar activamente para que el procedimiento administrativo en curso culminara en una Decisión definitiva.

31 Por lo que se refiere al segundo motivo planteado por la Comisión, la demandante sostiene que la Comisión ignoró la posición de las partes denunciantes en un procedimiento como el presente, al negar su interés en la aplicación del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17. Cuando un acuerdo es objeto, por una parte, de una denuncia y, por otra, de una notificación, según la demandante, las partes afectadas se oponen como adversarias en el marco del procedimiento en el que la Comisión examina el acuerdo de que se trata con arreglo al artículo 85 del Tratado. Afirmar que semejante procedimiento sólo tiene interés para las partes en el acuerdo equivale, según la demandante, a desconocer gravemente los hechos. La demandante considera que tiene un interés directo evidente en el desarrollo y conclusión de este procedimiento. Alega que las sentencias de 25 de octubre de 1977, *Metro* (26/76, antes citada), y de 11 de octubre de 1983, *Demo-Studio Schmidt/Comisión* (210/81, Rec. p. 3045), reconocieron el interés de los particulares, que debe ser legalmente protegido, en que se apliquen correctamente las normas de competencia cuando sus intereses se vean afectados por un acuerdo que sea objeto, en el caso de que se trate, de una apreciación en relación con dichas reglas. Por lo que se refiere a la cuestión específica sobre la aplicación del apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17, sostiene que su interés se deriva del hecho de que la inmunidad en materia de multas que confiere el apartado 5 del artículo 15 crea una desigualdad entre las partes en la «controversia», desigualdad que desaparece cuando se levanta la inmunidad.

- 32 Por último, la demandante alega que la Decisión que solicita le afectaría directa e individualmente y que, por lo tanto, por lo que a ella respecta, debe ser considerada como un acto a efectos del párrafo tercero del artículo 175 del Tratado.
- 33 Por lo que se refiere al tercer motivo alegado por la Comisión, la demandante señala que lo único que puede eliminar la omisión de la Institución es una definición de posición imputable a ésta. Considera que la carta de 21 de noviembre de 1989, que no fue firmada ni por un Director, ni por un Director General, ni por el miembro de la Comisión responsable, no cumple dicho requisito.
- 34 Habida cuenta de estos elementos de hecho y de Derecho, el Tribunal de Primera Instancia considera que procede examinar en primer lugar el segundo motivo de inadmisibilidad planteado por la Comisión.
- 35 A este respecto hay que señalar que, según el párrafo tercero del artículo 175 del Tratado, toda persona física o jurídica podrá recurrir por omisión al Tribunal de Justicia, en las condiciones señaladas en dicho artículo, «por no haberle dirigido una de las Instituciones de la Comunidad un acto distinto de una recomendación o de un dictamen». Del enunciado de esta disposición se desprende que, para que se admita el recurso por omisión interpuesto por una persona física o jurídica, ésta deberá probar que se encuentra exactamente en la situación jurídica del destinatario potencial de un acto jurídico que la Comisión esté obligada a adoptar en relación con ella (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 1982, Lord Bethell/Comisión, 246/81, Rec. p. 2277, 2291, y los autos del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 1990, Emrich/Comisión, apartados 5 y 6, C-371/89, Rec. p. I-1555, y de 23 de mayo de 1990, Asia Motor Francia/Comisión, apartados 10 a 12, C-72/90, Rec. p. I-2181).
- 36 A continuación hay que señalar que la demandante solicita una Decisión de la Comisión con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17, según el cual las disposiciones del apartado 5 del mismo artículo, que garantizan la inmunidad en materia de multas a las partes que hayan notificado un acuerdo, «no serán aplicables a partir del momento en que la Comisión haya hecho saber a las empresas interesadas que, tras un examen provisional, estima que se reúnen las condiciones de aplicación del apartado 1 del artículo 85, y que no ha lugar a la aplicación del apartado 3 del artículo 85». Del enunciado de esta disposición se

desprende que la Decisión que en virtud de ella puede adoptar la Comisión debe estar necesariamente dirigida a las partes en el acuerdo notificado. Por el contrario, esta misma disposición no prevé que los terceros que hayan denunciado el acuerdo con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, sean también destinatarios de la Decisión.

- 37 Por lo tanto, la Decisión que solicita la asociación demandante no debía dirigirsele ni a ella ni a las empresas que la forman. En tales circunstancias, ni la demandante ni sus miembros se encuentran entre las personas físicas y jurídicas que pueden interponer un recurso por omisión con arreglo al párrafo tercero del artículo 175 del Tratado.
- 38 Aunque esta comprobación baste para declarar que no procede admitir el presente recurso, el Tribunal considera que hay que examinar, para mayor abundamiento y a título subsidiario, la tesis de la demandante según la cual se encontraría directa e individualmente afectada por la Decisión que solicita y, por lo tanto, debe asimilarsele, a efectos del párrafo tercero del artículo 175 del Tratado, a un destinatario potencial de dicha Decisión.
- 39 Aun suponiendo que pueda reconocerse la existencia de un paralelismo como el que alega la demandante, entre el recurso de anulación del artículo 173 y el recurso por omisión del artículo 175 del Tratado, y aun suponiendo también que la protección judicial de los particulares exija una interpretación extensiva del párrafo tercero del artículo 175, en el sentido de que una persona física o jurídica pueda reprochar a una Institución el que no haya adoptado un acto del que no sería destinataria pero que la afectaría directa e individualmente en caso de que se adoptara (en tal sentido véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1989, *Star Fruit Company/Comisión*, 247/87, Rec. pp. 291, 301, y en concreto las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en dicho asunto, Rec. pp. 294, 296), el presente recurso sólo podría considerarse admisible si una Decisión adoptada con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 afectara directa e individualmente a la demandante por producir efectos jurídicos en relación con ella. Por lo tanto, procede examinar los efectos jurídicos que produciría la Decisión solicitada por la demandante en el plano del Derecho de la competencia y en el del Derecho procesal.

- 40 Hay que destacar, con carácter preliminar, que una Decisión adoptada con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 no tiene ninguna incidencia sobre la validez del acuerdo objeto del examen en relación con el apartado 2 del artículo 85 del Tratado. Por lo tanto, dicha Decisión no afectará a la posición de la demandante o de sus miembros ante los órganos jurisdiccionales nacionales.
- 41 La Decisión de denegar la inmunidad produce dos tipos de efectos jurídicos para las partes en un acuerdo. Por una parte, abre la posibilidad de imponerles una multa si continúan aplicando el acuerdo. Por otra parte, enerva la buena fe de las empresas en relación con la compatibilidad del acuerdo con el artículo 85 del Tratado, de manera que éstas no podrán, posteriormente, negar que su infracción del apartado 1 del artículo 85 se cometió de forma deliberada o, al menos, negligente. Por consiguiente, la Decisión que solicita la demandante irá dirigida, y no sólo en apariencia, a las partes que notificaron el acuerdo. En caso de que se adoptara, semejante Decisión afectaría realmente a la situación jurídica de las partes en el acuerdo.
- 42 Por el contrario, la Decisión de denegar la inmunidad no impide a las partes aplicar su acuerdo. Es cierto que el riesgo de que se les imponga una multa puede disuadirles de ello, pero este posible efecto de tal Decisión tiene un carácter puramente fáctico y depende, además, de la voluntad de las empresas afectadas. Efectivamente, no se puede negar el interés de la demandante Prodifarma y de sus miembros, que se consideran perjudicados por el comportamiento de las partes en el acuerdo OPA, en que semejante efecto se produzca en el presente caso. Sin embargo, éste es un interés indirecto, insuficiente para que se declare que su situación jurídica se vería afectada por la Decisión solicitada (véase la sentencia de 10 de junio de 1982, Lord Bethell, 246/81, anteriormente citada).
- 43 A continuación hay que declarar que la demandante no puede invocar un derecho a que la Comisión levante la inmunidad en materia de multas de que disfrutaban las partes en el acuerdo OPA. En efecto, el Reglamento nº 17 no prevé que los terceros denunciantes puedan solicitar a la Comisión que ejerza la facultad de que dispone en virtud del apartado 6 del artículo 15 de dicho Reglamento. Ello se debe a que, tal y como acertadamente señaló la Comisión, éstos no tienen ningún interés legítimo en que se deniegue el beneficio de la inmunidad a las partes en el acuerdo. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las medidas cautelares que la Comisión puede adoptar en virtud del artículo 3 del Reglamento nº 17, la cesa-

ción de la inmunidad no puede beneficiar directamente a los terceros denunciantes. Además, semejante Decisión debe obedecer a consideraciones de oportunidad que exigen que la Comisión disponga de una gran libertad de acción. Semejante libertad es incompatible con la posibilidad de que los terceros puedan obligarla a levantar la inmunidad o a pronunciarse sobre su solicitud en tal sentido.

44 Hay que añadir que una Decisión adoptada con arreglo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 tampoco puede modificar la situación jurídica de la demandante en el plano procesal. En efecto, semejante Decisión constituye el punto final de un procedimiento especial, distinto del que se dirige al examen de la denuncia presentada por la demandante (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1967, Cimenteries/Comisión, 8/66 a 11/66, anteriormente citada, p. 118), en el que se mantienen intactos los derechos procesales de esta última. Dicho procedimiento especial sólo afecta a las partes en el acuerdo. Los intereses indirectos de la demandante (véase el punto 42, *supra*) no son suficientes para atribuirle el derecho a ser oída, con arreglo al apartado 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17, en el marco del citado procedimiento especial. La demandante, en su calidad de tercer denunciante, es ajena a dicho procedimiento, y por lo tanto no disfruta de ningún derecho procesal que pueda verse afectado por la Decisión que se adopte al término del mismo.

45 De lo anterior se deduce que la demandante solicita, sin que ninguna disposición le reconozca derecho a ello, la adopción de un acto que no le afectaría directa e individualmente en el sentido del párrafo segundo del artículo 173 del Tratado. Por consiguiente, debe declararse la inamisibilidad de su recurso aun en el supuesto de que pudiera aceptarse su tesis acerca de la existencia de un paralelismo entre los medios de recurso de los artículos 173 y 175.

46 De las anteriores consideraciones se desprende que hay que declarar la inamisibilidad del presente recurso sin que sea necesario pronunciarse sobre los otros motivos formulados por la Comisión.

Costas

47 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así se hubiere solicitado. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la

parte demandante, procede acceder a las pretensiones de la Comisión y condenarla en costas. La parte coadyuvante, al no haber presentado ninguna pretensión sobre este punto, cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera)

resuelve:

- 1) Declarar la inadmisibilidad del recurso.
- 2) Condenar a la parte demandante en costas, salvo las de la parte coadyuvante, que serán de cargo de esta última.

Luxemburgo, a 23 de enero de 1991.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J. L. Cruz Vilaça