Im übrigen werden die Beschwerdeführer zum einen von einer derartigen Entscheidung der Kommission weder unmittelbar noch individuell betroffen, da der Entzug des Schutzes ihre Rechtsstellung in keiner Weise berühren würde — weder im Rahmen des bei der Kommission anhängigen Verfahrens noch vor den nationalen Gerichten —, und haben zum anderen kein berechtigtes Interesse an diesem Entzug.

BESCHLUSS DES GERICHTS (Erste Kammer)
23. Januar 1991 *

In der Rechtssache T-3/90

Vereniging Prodifarma mit Sitz in Amsterdam, vertreten durch die Rechtsanwälte M. van Empel und A. J. H. W. M. Versteeg, Amsterdam, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts J. Loesch, 8, rue Zithe, Luxemburg,

Klägerin,

gegen

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch B. J. Drijber, Juristischer Dienst, als Bevollmächtigten, Zustellungsbevollmächtigter: Guido Berardis, Juristischer Dienst, Centre Wagner, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

unterstützt durch

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma" mit Sitz in Utrecht, vertreten durch die Rechtsanwälte B. H. Ter Kuile, Den Haag, und E. H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, Zustellungsanschrift: Kanzlei des Rechtsanwalts J. Loesch, 8, rue Zithe, Luxemburg,

Streithelferin,

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

wegen Feststellung nach Artikel 175 EWG-Vertrag, daß die Kommission dadurch gegen den EWG-Vertrag verstoßen hat, daß sie nicht den an sie gerichteten Antrag der Klägerin beschieden hat, Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 auf die OPA genannte Vereinbarung über den Vertrieb von Arzneimitteln in den Niederlanden anzuwenden,

erläßt

DAS GERICHT (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. L. Cruz Vilaça, der Richter H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas und K. Lenaerts,

Kanzler: H. Jung

folgenden

Beschluß

Sachverhalt, Verfahren und Anträge

1 Die Vereinigung niederländischen Rechts Prodifarma hat mit Klageschrift, die am 29. Januar 1990 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, gemäß Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag Klage erhoben auf Feststellung, daß die Kommission dadurch gegen den EWG-Vertrag verstoßen hat, daß sie nicht den Antrag der Klägerin beschieden hat, Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, der Ersten Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. 1962, S. 204), anzuwenden und den an der „Omni-Partijen Akkoord" (Allparteienvereinbarung) genannten Vereinbarung (im folgenden: OPA) über den Vertrieb von Arzneimitteln in den Niederlanden Beteiligten den in Artikel 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Schutz vor Geldbußen zu entziehen.

2 Die Kommission hat mit Schriftsatz, der am 27. Februar 1990 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, gemäß Artikel 91 § 1 der Verfahrensordnung des Ge-

richtshofes, die für das Verfahren vor dem Gericht entsprechend gilt, eine Einrede der Unzulässigkeit erhoben und beantragt, über diese Einrede vorab zu entscheiden.

3 Der vorliegende Rechtsstreit geht auf die seit den 70er Jahren vom niederländischen Staat unternommenen Bemühungen zurück, die Kosten für Arzneimittel, die außerhalb der Krankenhäuser und anderen Pflegeeinrichtungen abgegeben werden, einzudämmen. Er steht in engem Zusammenhang mit den Rechtssachen T-113/89 (Nefarma/Kommission), T-114/89 (VNZ/Kommission) und T-116/89 (Prodifarma/Kommission I) (Urteile vom 13. Dezember 1990, Slg. 1990, II-797, II-827 und II-843). Das Gericht hat bei der Feststellung des Sachverhalts von Amts wegen die Sachverhaltsangaben berücksichtigt, die in den Akten der Parallelrechtssache T-116/89 enthalten sind.

4 Der OPA wurde am 18. August 1988 von den Repräsentativorganisationen aller von der Verschreibung und Lieferung von Arzneimitteln in den Niederlanden betroffenen Gruppen — also der Hersteller und der Lieferanten, der Ärzte, der Apotheker und der Krankenversicherungen — geschlossen, jedoch nicht von der Klägerin. In der im Jahre 1986 von den Unternehmen Centrafarm BV, Medicalex BV, BV Pharbita, Pharmon BV, Aeramphic BV, Polyfarma BV, Pharmacis BV, Genfarma BV und BV Lagap BNL gegründeten Klägerin haben sich kleinere Unternehmen als die der Markenarzneimittel-Industrie zusammengeschlossen, die Generika oder Arzneispezialitäten herstellen oder auch Generika parallel importieren.

5 Die am OPA Beteiligten verpflichteten sich, gegenüber den Apothekern die Einkaufspreise für Arzneimittel zu senken, um so einen Beitrag zu den Bemühungen des niederländischen Staates zu leisten, die Kosten der Arzneimittelversorgung in den Niederlanden einzudämmen. Die Durchführung dieser Preissenkung wurde davon abhängig gemacht, daß zunächst verschiedene Änderungen der nationalen Regelung über die an Apotheker für die Lieferung von Arzneimitteln zu zahlenden Vergütungen vorgenommen werden. Diese Änderungen waren insbesondere darauf gerichtet, die Folgen bestimmter in dieser Regelung vorgesehener Maßnahmen abzuschwächen, mit denen ein Anreiz dafür geschaffen werden sollte, Arzneispezialitäten durch billigere Generika oder parallel importierte Arzneimittel zu ersetzen. Eine dieser Maßnahmen bestand in einer sogenannten Anreizprämie, aufgrund deren Apotheker 33 % des Preisunterschieds zwischen den verschriebenen teureren Arzneispezialitäten und den von ihnen gelieferten billigeren Arzeimitteln für sich selbst behalten können. Gemäß dem OPA sollte diese Anreizprämie auf 15 % des Unterschiedsbetrags herabgesetzt werden. Der OPA wurde für eine Zeit-

dauer von zwei Jahren geschlossen. Die niederländische Regierung, die am OPA ebenfalls nicht beteiligt war, erklärte sich bereit, die von den daran Beteiligten gewünschten Änderungen der nationalen Regelung vorzunehmen. Es war geplant, daß diese Änderungen wie die vorgesehenen Preissenkungen am 1. Januar 1989 in Kraft treten sollten.

6 In der Folgezeit wurden bei der Kommission zwei parallele den OPA betreffende Verfahren eingeleitet. Am 2. Dezember 1988 beantragte die Klägerin bei der Kommission gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 festzustellen, daß der OPA gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstößt. Außerdem wurde der OPA am 9. Dezember 1988 im Namen aller an ihm Beteiligten bei der Kommission angemeldet.

7 Die erste Reaktion der Kommission auf den OPA war ablehnend. Mit Schreiben vom 14. Dezember 1988, das von Herrn Rocca, dem Leiter einer Direktion in der Generaldirektion „Wettbewerb", unterzeichnet war, teilte die Kommission den am OPA Beteiligten und der Klägerin mit, daß ihre Dienststellen die Möglichkeit untersuchten, ein Verfahren nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 einzuleiten.

8 Nach mehreren Interventionen der am OPA Beteiligten und der niederländischen Regierung, die mit Rücksicht auf die ablehnende Haltung der Kommission davon abgesehen hatte, die gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen zu erlassen, von denen die Durchführung des OPA abhängig gemacht worden war, gab das neue für Wettbewerbssachen zuständige Kommissionsmitglied, Sir Leon Brittan, diesen Standpunkt in einem Schreiben vom 6. März 1989 an die niederländischen Behörden auf. Diesem Schreiben zufolge, in dem von der Anwendung des Artikels 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 keine Rede mehr war, mußte der OPA zwei Voraussetzungen erfüllen, damit die Kommission in dieser Sache eine positive Entscheidung treffen kann:

— Erstens sei die Anreizprämie für die Lieferung von billigeren Arzneimitteln auf 20 % statt auf 15 % des Preisunterschieds zu den teureren Arzneispezialitäten zu senken.

— Zweitens seien die Auswirkungen der Senkung der Anreizprämie ein Jahr lang mit Hilfe eines hierfür eingeführten Kontrollsystems zu erproben.

9 Nachdem die am OPA Beteiligten die Anpassung der Anreizprämie an die Vorschläge Sir Leon Brittans akzeptiert hatten und die niederländische Regierung die nationalen Rechtsvorschriften entsprechend geändert hatte, wurde die Regelung des OPA zum 1. April 1989 durchgeführt. Seitdem sammelten die Dienststellen der Kommission und die niederländischen Behörden die statistischen Daten, die für die genannte Kontrolle erforderlich waren.

10 Im Mai 1989 erhoben mehrere am OPA Beteiligte sowie die Prodifarma, die Klägerin in der vorliegenden Rechtssache, unter anderem gegen das Schreiben Sir Leon Brittans vom 6. März 1989 drei Anfechtungsklagen, die Gegenstand der Rechtssachen T-113/89, T-114/89 und T-116/89 waren. Während die am OPA Beteiligten der Kommission vorwarfen, daß sie in bezug auf ihre ursprünglich geschlossene Vereinbarung eine zu negative Haltung eingenommen habe, vertrat die Prodifarma ihrerseits die Ansicht, daß die Reaktion der Kommission auf den OPA im Hinblick auf die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, die er ihrer Ansicht nach habe, zu positiv gewesen sei. Diese Klagen wurden mit drei Urteilen des Gerichts vom 13. Dezember 1990 als unzulässig abgewiesen.

11 Ohne eine Entscheidung über ihre Anfechtungsklage abzuwarten, sandte die Prodifarma der Kommission am 28. September 1989 ein Schreiben mit der Aufforderung zu, binnen der in Artikel 175 Absatz 2 EWG-Vertrag festgesetzten Frist Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 auf die am OPA Beteiligten anzuwenden. Ihrer Ansicht nach ergibt sich aus den inzwischen von den niederländischen Behörden veröffentlichten Zahlen über die Entwicklung des Arzneimittelmarktes in den Niederlanden, daß die Bestimmungen des OPA über die Preissenkungen nicht angewendet worden sind, sondern daß die Durchführung des OPA zur Folge gehabt hat, daß die Tendenz zur Ersetzung von teureren Arzneispezialitäten durch billigere Erzeugnisse umgekehrt wurde.

12 Mit Schreiben vom 21. November 1989 antwortete J. Mensching, ein Abteilungsleiter in der Generaldirektion „Wettbewerb", der Klägerin, daß Beschwerdeführer nicht befugt seien, bei der Kommission den Entzug des Schutzes vor Geldbußen zu beantragen, der nach Artikel 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 für Unternehmen bestehe, die eine Vereinbarung angemeldet hätten. Selbst wenn aber eine solche Befugnis bestünde, bedeute dies nicht, daß die Kommission gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen würde, wenn sie Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 nicht anwende. Weiter führte Herr Mensching aus, daß die beantragte

Handlung nicht an die Klägerin, sondern an die am OPA Beteiligten zu richten wäre, so daß die Klägerin nicht zu den natürlichen oder juristischen Personen gehöre, die den Gemeinschaftsrichter gemäß Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag anrufen könnten; außerdem sei es weder für erforderlich noch für zweckdienlich gehalten worden, den zuständigen Stellen der Kommission vorzuschlagen, auf ihren Antrag hin in irgendeiner Weise förmlich Stellung zu nehmen.

13 Daraufhin hat die Klägerin die vorliegende Untätigkeitsklage eingereicht, gegen die die Kommission eine Einrede der Unzulässigkeit erhoben hat. Der Verband Nefarma, der am OPA beteiligt und Kläger in der Rechtssache T-113/89 ist, hat mit Schriftsatz, der am 30. Mai 1990 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, beantragt, als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Beklagten zugelassen zu werden. Mit Beschluß vom 5. Juli 1990 hat das Gericht (Erste Kammer) diesem Antrag stattgegeben. Der Streithelfer hat keine Erklärungen zur Einrede der Unzulässigkeit eingereicht.

14 Die Kommission beantragt,

— die Klage für unzulässig zu erklären;

— der Klägerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

15 Die Klägerin beantragt,

— über die von der Kommission erhobene Einrede der Unzulässigkeit möglichst bald zu entscheiden;

— die Einrede der Unzulässigkeit zurückzuweisen;

— ihrem in der Klageschrift enthaltenen Antrag stattzugeben;

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

16 Gemäß Artikel 91 § 3 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes wird über die erhobene Einrede mündlich verhandelt, sofern nichts anderes bestimmt wird. Das Gericht hält sich nach Prüfung des Akteninhalts im vorliegenden Fall für ausreichend unterrichtet und sieht keinen Anlaß, die mündliche Verhandlung zu eröffnen.

Zur Zulässigkeit

17 Die Kommission stützt ihre Einrede auf drei Gründe. Sie trägt erstens vor, daß sie zur Anwendung des Artikels 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 nicht verpflichtet sei, zweitens, daß ein Beschwerdeführer die Anwendung dieser Vorschrift nicht verlangen könne, und drittens, daß sie im Sinne von Artikel 175 Absatz 2 EWG-Vertrag Stellung genommen habe, nachdem sie von der Klägerin zum Tätigwerden aufgefordert worden sei.

18 Die Kommission weist vor ihren Ausführungen zu diesen drei Gründen darauf hin, daß eine Entscheidung gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 zwar wegen ihrer Vorläufigkeit mit dem Erlaß einstweiliger Maßnahmen gemäß Artikel 3 dieser Verordnung vergleichbar sei, daß aber dennoch mehrere Unterschiede bestünden. Erstens könne eine Entscheidung nach Artikel 15 Absatz 6 im Unterschied zu einer einstweiligen Maßnahme nur ergehen, wenn eine Vereinbarung angemeldet worden sei. Zweitens reiche es für die Anwendung des Artikels 15 Absatz 6 grundsätzlich aus, daß die angemeldete Vereinbarung nach vorläufiger Beurteilung als mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag unvereinbar erscheine, während für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen weitere Voraussetzungen vorliegen müßten; so müßten insbesondere die Dringlichkeit und die Gefahr eines nicht wiedergutzumachenden Schadens dargetan sein. Drittens habe eine Entscheidung nach Artikel 15 Absatz 6 nur zur Folge, daß der Schutz vor Geldbußen entfalle, während mit einstweiligen Maßnahmen generell eine Handlung oder Unterlassung angeordnet werde. Viertens und letztens betreffe das Verfahren nach Artikel 15 Absatz 6 allein die Kommission und die anmeldenden Parteien, während im Rahmen des Verfahrens, das dem Erlaß einstweiliger Maßnahmen vorausgehe, Dritte, die sich in ihren Rechten verletzt fühlten, eine bedeutende Rolle spielen könnten.

19 Zum ersten Unzulässigkeitsgrund trägt die Kommission vor, eine Klage nach Artikel 175 EWG-Vertrag könne nur Erfolg haben, wenn das beklagte Organ nach dem Gemeinschaftsrecht zum Handeln verpflichtet gewesen sei. Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 verleihe der Kommission nur eine Befugnis, so daß sie im vorliegenden Fall keine Verpflichtung, tätig zu werden, treffe. Sie verweist auf das Urteil des Gerichtshofes vom 18. Oktober 1979 in der Rechtssache 125/78 (GEMA/Kommission, Slg. 1979, 3173), wonach sie nicht verpflichtet sei, auf den Antrag eines Beschwerdeführers im Sinne von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 hin das Vorliegen einer Zuwiderhandlung festzustellen.

20 Mit ihrem zweiten Unzulässigkeitsgrund macht die Kommission geltend, da sie nicht zur Anwendung des Artikels 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 verpflichtet sei, könne ein Beschwerdeführer nicht verlangen, daß sie diese Bestimmung anwende. Unternehmen könnten zwar gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 beantragen, daß sie Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag feststelle; es gebe aber keine Vorschrift, nach der Unternehmen, die eine Beschwerde eingereicht hätten, bei ihr beantragen (geschweige denn, sie dazu verpflichten) könnten, eine Geldbuße festzusetzen oder den in Artikel 15 Absatz 5 hiergegen vorgesehenen Schutz aufzuheben.

21 Nach Ansicht der Kommission gibt es keinen zwingenden Grund, Unternehmen, die eine Beschwerde eingereicht haben, dennoch diese Möglichkeit einzuräumen. Beschwerdeführer hätten allenfalls ein „unbestimmbares psychologisches Interesse" an der Anwendung des Artikels 15 Absatz 6, da die Aufhebung des Schutzes vor Geldbußen ihre eigene Rechtsstellung nicht verändere und sich nur auf die Rechtsstellung der Anmelder auswirke.

22 Die Kommission führt weiter aus, daß eine Entscheidung nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 nicht an den Beschwerdeführer zu richten sei, so daß die letzte Voraussetzung in Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag nicht erfüllt sei.

23 Außerdem bedeute das Klagerecht, das den Anmeldern gegen eine Entscheidung nach Artikel 15 Absatz 6 zustehe (Urteil des Gerichtshofes vom 15. März 1967 in den verbundenen Rechtssachen 8/66 bis 11/66, Cimenteries/Kommission, Slg. 1967, 99), nicht, daß ein Beschwerdeführer gleichermaßen die Weigerung der

Kommission, eine solche Entscheidung zu erlassen, anfechten könne. Diese Weigerung beruhe nicht auf einer Würdigung des Einzelfalls, bei der sie Ermessen ausübe, sondern auf dem Fehlen einer Rechtsgrundlage für einen solchen Antrag des Beschwerdeführers. Die Kommission bemerkt außerdem allgemein, daß der früher angenommene Zusammenhang zwischen einer Klage gemäß Artikel 173 und einer Klage gemäß Artikel 175 EWG-Vertrag in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes anscheinend aufgegeben worden sei (Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 302/87, Parlament/Rat, Slg. 1988, 5615).

24 Mit ihrem dritten und letzten Unzulässigkeitsgrund macht die Kommission geltend, daß das von Herrn Mensching, Abteilungsleiter in der Generaldirektion „Wettbewerb", an die Klägerin gerichtete Schreiben vom 21. November 1989 eine Stellungnahme im Sinne von Artikel 175 Absatz 2 EWG-Vertrag darstelle und die Untätigkeitsklage somit unzulässig mache.

25 Die Klägerin trägt für die Zulässigkeit ihrer Klage in der Klageschrift vor, daß die Entscheidung, Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 anzuwenden, eine Entscheidung sei, die die Beteiligten, an die sie gerichtet sei, nach Artikel 173 EWG-Vertrag anfechten könnten. Ferner sei die Klage eines Beschwerdeführers im Sinne von Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 gegen eine Entscheidung, die die Kommission im Rahmen des auf seine Beschwerde hin eingeleiteten Verfahrens erlassen habe, unabhängig vom Inhalt der Entscheidung zulässig. Folglich könne ein Beschwerdeführer eine etwaige ausdrückliche Entscheidung, mit der die Kommission die Anwendung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 ablehne, anfechten. Die Klägerin meint, daß die Urteiledes Gerichtshofes vom 15. März 1967 in den verbundenen Rechtssachen 8/66 bis 11/66 (Cimenteries/Kommission, a. a. O.) und vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (Metro/Kommission, Slg. 1977, 1875, 1902 f.) ihre Ansicht bestätigten. Unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes vom 18. November 1970 in der Rechtssache 15/70 (Chevalley/Kommission, Slg. 1970, 975) macht sie außerdem geltend, daß eine Klage nicht nur gegen eine ablehnende Entscheidung, sondern auch gegen eine Weigerung, eine Entscheidung zu erlassen, erhoben werden könne. Daraus folge, daß ein Beschwerdeführer, der tatsächlich Gelegenheit gehabt habe, sich an einem von der Kommission eingeleiteten Verfahren zu beteiligen, dagegen Klage erheben könne, daß die Kommission es unterlassen habe, im Rahmen dieses Verfahrens eine Entscheidung gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 zu erlassen.

26 Die Klägerin meint, aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 27. September 1988 in der Rechtssache 302/87 (Parlament/Rat, a. a. O.) könne nicht abgeleitet werden, daß die in den Artikeln 173 und 175 verwendeten Begriffe der Handlung und des

Aktes, die oder der mit einer Klage angefochten werden könne, unterschiedliche Inhalte hätten. Aus dieser Parallelität der beiden Klagearten folge, daß der Klageweg gemäß Artikel 175 nicht nur dann eröffnet sei, wenn ein Organ eine Maßnahme nicht erlasse, zu der es nach dem Gemeinschaftsrecht verpflichtet sei, sondern auch dann, wenn das Tätigwerden im Ermessen des Organs stehe und es dieses Ermessen auf irgendeine Weise dadurch mißbrauche, daß es nicht tätig werde.

27 Dem ersten Unzulässigkeitsgrund der Kommission hält die Klägerin entgegen, daß die Kommission im vorliegenden Fall sehr wohl verpflichtet sei, Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 gegenüber den am OPA Beteiligten anzuwenden. In seinem Beschluß vom 17. Januar 1980 in der Rechtssache 792/79 R (Camera Care/Kommission, Slg. 1980, 119) habe der Gerichtshof der Kommission nämlich auch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage die Befugnis zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen zuerkannt. Er habe sich dabei auf allgemeine Erwägungen zu der Verantwortung gestützt, die die Kommission bei der Kontrolle der Einhaltung der vertraglichen Wettbewerbsregeln habe. Nach Ansicht der Klägerin müssen diese Erwägungen erst recht für die Frage der Anwendung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 gelten, da es sich hier um eine ausdrücklich vorgesehene Befugnis handele.

28 Für die Klägerin folgt daraus, daß die Kommission von ihrer Befugnis aus Artikel 15 Absatz 6 nicht nach Belieben Gebrauch machen könne, sondern daß sie diese ausüben müsse, um eine optimale Anwendung der Wettbewerbsregeln zu gewährleisten. Aus dem genannten Beschluß ergebe sich, daß die Kommission insbesondere vermeiden müsse, daß ihre Entscheidungsbefugnis nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 „durch das Verhalten gewisser Unternehmen unwirksam oder sogar illusorisch gemacht wird".

29 Die Klägerin weist darauf hin, daß der OPA nur für einen Zeitraum von zwei Jahren geschlossen worden sei und daß dies bedeute, daß der OPA in dem Zeitpunkt, in dem die Kommission das Verfahren mit einer endgültigen Entscheidung abschließen werde, nahezu über den gesamten vorgesehenen Zeitraum hinweg durchgeführt worden sein werde. Wenn den am OPA Beteiligten weiterhin der Schutz nach Artikel 15 Absatz 5 der Verordnung Nr. 17 zugute käme, würden sie die mit dem OPA verfolgten Ziele vollständig erreichen. Die eventuell von der Kommission an sie zu richtende Verbotsentscheidung wäre dann nur noch eine bloße Grundsatzentscheidung ohne jede tatsächliche Wirkung. Außerdem habe die Kommission selbst das Verfahren ganz bewußt verlängert, indem sie in dieses Ver-

fahren eine „Erprobungsphase" von einem Jahr eingefügt und die Prüfung des OPA bis zum Ablauf dieser Phase aufgeschoben habe. Unter diesen Umständen sei die Kommission verpflichtet, darauf zu achten, daß ihr eigenes Verhalten nicht dazu beitrage, daß diese Kontrolle „unwirksam oder sogar illusorisch" gemacht werde. Sie müsse daher die Verschiebung ihrer Prüfung an die Bedingung knüpfen, daß die am OPA Beteiligten das Risiko der „Erprobungsphase" in bezug auf die Bußgelddrohung zu tragen hätten.

30 Die Klägerin führt außerdem das Urteil des Gerichtshofes vom 7. Juni 1983 in den verbundenen Rechtssachen 100/80 bis 103/80 (Musique diffusion française/Kommission, Slg. 1983, 1825, 1905 f.) an, wonach die Kommission auch „den Kontext der Zuwiderhandlung berücksichtigen und sicherstellen muß, daß ihr Vorgehen ... die notwendige abschreckende Wirkung hat". Der Entzug des in Artikel 15 Absatz 5 vorgesehenen Schutzes würde insofern eine vorbeugende Wirkung haben, als er die am OPA Beteiligten dazu veranlassen würde, sich nicht auf die bloße Fortdauer des Verfahrens zu verlassen, sondern aktiv dazu beizutragen, daß in dem noch anhängigen Verwaltungsverfahren eine abschließende Entscheidung erlassen werde.

31 Zum zweiten Unzulässigkeitsgrund der Kommission trägt die Klägerin vor, daß die Kommission die Stellung der Beschwerdeführer in einem Verfahren wie dem vorliegenden verkenne, wenn sie deren Interesse an der Anwendung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 in Abrede stelle. Wenn eine Vereinbarung Gegenstand einerseits einer Beschwerde und andererseits einer Anmeldung sei, ständen sich die betreffenden Beteiligten im Rahmen des Verfahrens, in dem die Kommission diese Vereinbarung im Hinblick auf Artikel 85 EWG-Vertrag beurteile, als Gegner gegenüber. Die Ansicht, daß in einem solchen Verfahren allein die an der Vereinbarung Beteiligten ein Interesse hätten, gehe völlig an der Realität vorbei. Die Klägerin hat ihrer Meinung nach ein offensichtliches unmittelbares Interesse an der Durchführung und dem Ausgang dieses Verfahrens. In den Urteilen vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (Metro, a. a. O.) und vom 11. Oktober 1983 in der Rechtssache 210/81 (Demo-Studio Schmidt/Kommission, Slg. 1983, 3045) sei Privatpersonen ein rechtlich zu schützendes Interesse an der ordnungsgemäßen Anwendung der Wettbewerbsregeln zuerkannt worden, wenn ihre Interessen von einer Vereinbarung berührt würden, die wie im vorliegenden Fall Gegenstand einer Beurteilung im Hinblick auf diese Regeln sei. Speziell zur Anwendung von Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 trägt die Klägerin vor, ihr Interesse ergebe sich daraus, daß der Schutz vor Geldbußen in Artikel 15 Absatz 5 die „streitenden Parteien" in eine ungleiche Position bringe; die Ungleichheit werde beseitigt, wenn dieser Schutz aufgehoben werde.

32 Schließlich macht die Klägerin geltend, daß die von ihr beantragte Entscheidung sie unmittelbar und individuell berühren würde und daher als ein Akt im Sinne von Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag anzusehen wäre.

33 Zum dritten Unzulässigkeitsgrund der Kommission bemerkt die Klägerin, daß nur eine Stellungnahme, die dem Organ zugerechnet werden könne, dessen Untätigkeit beenden könne. Das Schreiben vom 21. November 1989, das weder von einem Direktor noch von einem Generaldirektor, noch von dem verantwortlichen Mitglied der Kommission unterzeichnet worden sei, erfülle diese Voraussetzung nicht.

34 Unter Berücksichtigung dieser tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten ist das Gericht der Ansicht, daß zunächst der zweite von der Kommission erhobene Unzulässigkeitsgrund zu prüfen ist.

35 Hierzu ist darauf hinzuweisen, daß nach Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag jede natürliche oder juristische Person nach Maßgabe dieses Artikels vor dem Gemeinschaftsrichter Beschwerde darüber führen kann, daß ein Organ „es unterlassen hat, einen anderen Akt als eine Empfehlung oder eine Stellungnahme an sie zu richten". Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift folgt, daß die Klage nur zulässig sein kann, wenn eine natürliche oder juristische Person nachweist, daß sie sich genau in der Rechtsstellung des potentiellen Adressaten eines Rechtsaktes befindet, den die Kommission ihr gegenüber zu erlassen verpflichtet wäre (siehe z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 10. Juni 1982 in der Rechtssache 246/81, Lord Bethell/Kommission, Slg. 1982, 2277, 2291, und die Beschlüsse des Gerichtshofes vom 30. März 1990 in der Rechtssache C-371/89, Emrich/Kommission, Slg. 1990, I-1555, Randnrn. 5 und 6, und vom 23. Mai 1990 in der Rechtssache C-72/90, Asia Motor France/Kommission, Slg. 1990, I-2181, Randnrn. 10 bis 12).

36 Sodann ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerin eine Entscheidung der Kommission gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 beantragt, wonach dessen Absatz 5, der den Beteiligten, die eine Vereinbarung angemeldet haben, Schutz vor Geldbußen garantiert, „keine Anwendung [findet], sobald die Kommission den betreffenden Unternehmen mitgeteilt hat, daß sie auf Grund vorläufiger Prüfung der Auffassung ist, daß die Voraussetzungen des Artikes 85 Absatz 1 des Vertrages vorliegen und eine Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 nicht gerechtfertigt ist". Aus dem Wortlaut dieser Vorschrift folgt, daß die Entscheidung, zu deren Erlaß

sie die Kommission ermächtigt, zwingend an die Parteien der angemeldeten Vereinbarung zu richten ist. Dagegen sieht diese Vorschrift nicht vor, daß Dritte, die gegen die Vereinbarung gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 Beschwerde geführt haben, ebenfalls Adressaten sind.

37 Die von der klagenden Vereinigung beantragte Entscheidung wäre daher weder an sie noch an ihre Mitgliedsunternehmen zu richten. Unter diesen Umständen gehören weder die Klägerin noch ihre Mitglieder zu den natürlichen oder juristischen Personen, die nach dem Wortlaut von Artikel 175 Absatz 3 EWG-Vertrag eine Untätigkeitsklage erheben können.

38 Wenn diese Feststellung auch bereits genügt, die vorliegende Klage für unzulässig zu erklären, ist nach Ansicht des Gerichts vorsorglich doch zusätzlich die Auffassung der Klägerin zu prüfen, sie werde von der von ihr beantragten Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen und müsse daher im Rahmen des Artikels 175 Absatz 3 EWG-Vertrag einem potentiellen Adressaten dieser Entscheidung gleichgestellt werden.

39 Selbst wenn eine Parallelität zwischen der Anfechtungsklage nach Artikel 173 und der Untätigkeitsklage nach Artikel 175 EWG-Vertrag, auf die sich die Klägerin berufen hat, anerkannt werden könnte und wenn außerdem der Rechtsschutz von Privatpersonen eine extensive Auslegung des Artikels 175 Absatz 3 dahin gebieten würde, daß eine natürliche oder juristische Person einem Organ vorwerfen könnte, den Erlaß eines Aktes unterlassen zu haben, der nicht an sie zu richten wäre, sie aber im Fall seines Erlasses unmittelbar und individuell beträfe (in diesem Sinn z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 14. Februar 1989 in der Rechtssache 247/87, Star Fruit/Kommission, Slg. 1989, 291, 301, und insbesondere die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in dieser Rechtssache, Slg. 1989, 294, 296), könnte die vorliegende Klage doch nur dann zulässig sein, wenn eine Entscheidung nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 die Klägerin unmittelbar und individuell berühren würde, indem sie ihr gegenüber Rechtswirkungen erzeugt. Es ist daher zu untersuchen, welche Rechtswirkungen die von der Klägerin beantragte Entscheidung auf wettbewerbsrechtlicher und verfahrensrechtlicher Ebene erzeugen würde.

40 Vorab ist festzustellen, daß eine Entscheidung nach Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 keine Auswirkung auf die Gültigkeit der Vereinbarung hat, die noch im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 2 EWG-Vertrag untersucht wird. Sie würde daher die Rechtsstellung der Klägerin oder ihrer Mitglieder vor den nationalen Gerichten nicht berühren.

41 Für die an einem Kartell beteiligten Personen erzeugt die Entscheidung, den Schutz zu entziehen, zweierlei Rechtswirkungen. Zum einen eröffnet sie die Möglichkeit, gegen sie eine Geldbuße zu verhängen, wenn sie ihre Vereinbarung weiter anwenden. Zum anderen schließt sie den guten Glauben der Unternehmen an die Vereinbarkeit dieser Vereinbarung mit Artikel 85 EWG-Vertrag aus, so daß sie künftig kaum bestreiten können, daß sie vorsätzlich oder zumindest fahrlässig gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen haben. Die von der Klägerin beantragte Entscheidung würde daher nicht nur dem Schein nach an die Beteiligten gerichtet, die die Vereinbarung angemeldet haben. Wenn eine solche Entscheidung erlassen würde, würde sie vielmehr tatsächlich die Rechtsstellung der an der Vereinbarung Beteiligten berühren.

42 Durch die Entscheidung, mit der der Schutz entzogen wird, würden die Beteiligten dagegen nicht daran gehindert, ihr Kartell durchzuführen. Zwar könnte sie das Risiko, daß eine Geldbuße gegen sie verhängt wird, davon abhalten, doch ist diese etwaige Folge einer solchen Entscheidung rein faktischer Art und außerdem von dem Willen der betroffenen Unternehmen abhängig. Gewiß ist nicht zu leugnen, daß die Klägerin Prodifarma und ihre Mitglieder, die sich durch das Verhalten der am OPA Beteiligten benachteiligt fühlen, ein Interesse daran haben, daß eine derartige Folge im vorliegenden Fall eintritt. Es handelt sich hierbei jedoch um ein mittelbares Interesse, das nicht die Feststellung rechtfertigt, daß ihre Rechtsstellung durch die beantragte Entscheidung berührt würde (vgl. Urteil vom 10. Juni 1982 in der Rechtssache 246/81, Lord Bethell, a. a. O.).

43 Sodann ist festzustellen, daß die Klägerin keinen Anspruch darauf hat, daß die Kommission den am OPA Beteiligten den Schutz vor Geldbußen entzieht. Denn in der Verordnung Nr. 17 ist nicht vorgesehen, daß Dritte, die eine Beschwerde eingereicht haben, bei der Kommission beantragen können, daß sie ihre Befugnis aus Artikel 15 Absatz 6 dieser Verordnung ausübt. Wie die Kommission zu Recht bemerkt hat, ist dies darauf zurückzuführen, daß sie kein berechtigtes Interesse daran haben, daß den am Kartell Beteiligten dieser Schutz entzogen wird. Anders als die einstweiligen Maßnahmen, die die Kommission gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 erlassen kann, kann der Entzug des Schutzes Dritten, die eine

Beschwerde eingereicht haben, nämlich nicht unmittelbar zugute kommen. Außerdem ist eine solche Entscheidung Zweckmäßigkeitserwägungen unterworfen, die verlangen, daß die Kommission über eine weitgehende Handlungsfreiheit verfügt. Diese Freiheit wäre unvereinbar damit, daß Dritte die Kommission zur Aufhebung des Schutzes oder zu einer Entscheidung über ihren dahin gehenden Antrag zwingen könnten.

44 Außerdem kann eine Entscheidung gemäß Artikel 15 Absatz 6 der Verordnung Nr. 17 die Rechtsstellung der Klägerin auch nicht auf verfahrensrechtlicher Ebene verändern. Eine solche Entscheidung schließt nämlich ein besonderes Verfahren ab, das von dem Verfahren verschieden ist, in dem die von der Klägerin eingereichte Beschwerde geprüft wird (vgl. Urteil des Gerichtshofes vom 15. März 1967 in den verbundenen Rechtssachen 8/66 bis 11/66, Cimenteries/Kommission, a. a. O., 124); in diesem besonderen Verfahren bleiben die Verfahrensrechte der Klägerin unberührt. Das besondere Verfahren betrifft nur die am Kartell Beteiligten. Die mittelbaren Interessen der Klägerin (vgl. oben, Randnr. 42) reichen nicht aus, um ihr im Rahmen dieses besonderen Verfahrens ein Anhörungsrecht gemäß Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 zu gewähren. Als Dritte, die eine Beschwerde eingereicht hat, ist die Klägerin an diesem Verfahren nicht beteiligt und hat somit keine verfahrensrechtliche Stellung inne, die durch die dieses Verfahren abschließende Entscheidung berührt werden könnte.

45 Die Klägerin beantragt folglich, ohne hierauf nach irgendeiner Rechtsvorschrift einen Anspruch zu haben, den Erlaß eines Aktes, der sie nicht unmittelbar und individuell im Sinne von Artikel 173 Absatz 2 EWG-Vertrag betreffen würde. Ihre Klage ist daher selbst dann für unzulässig zu erklären, wenn ihrer Auffassung über das Bestehen einer Parallelität der Klagearten der Artikel 173 und 175 gefolgt werden könnte.

46 Nach alledem ist die vorliegende Klage als unzulässig abzuweisen, ohne daß über die anderen von der Kommission vorgetragenen Unzulässigkeitsgründe entschieden werden muß.

Kosten

47 Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerin

mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr dem Antrag der Kommission entsprechend die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Da die Streithelferin keinen Kostenantrag gestellt hat, hat sie ihre eigenen Kosten zu tragen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Erste Kammer)

beschlossen:

1) Die Klage wird als unzulässig abgewiesen.

2) Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der Kosten der Streithelferin, die diese selbst trägt.

Luxemburg, den 23. Januar 1991.

Der Kanzler

H. Jung

Der Präsident

J. L. Cruz Vilaça