I øvrigt berøres klagerne hverken umiddelbart eller individuelt af en sådan undladelse fra Kommissionens side, for så vidt som det hverken berører deres retsstilling under proceduren for Kommissionen eller i en sag for de nationale domstole, at bødeimmuniteten ophæves, og endvidere har de ikke en berettiget interesse i, at immuniteten ophæves.

RETTENS KENDELSE (Første Afdeling)
23. januar 1991 *

I sag T-3/90,

Vereniging Prodifarma, Amsterdam, 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,

sagsøger,

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

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie »Nefarma«, Utrecht, ved advokaterne B. H. Ter Kuile, Haag, og E. H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat J. Loesch, 8, rue Zithe,

intervenient,

* Processprog: nederlandsk.

angående en påstand om, at det i henhold til EØF-Traktatens artikel 175 statueres, at Kommissionen har tilsidesat Traktaten ved at undlade at træffe beslutning vedrørende en begæring, som sagsøgeren har fremsat over for den, og hvorved sagsøgeren har opfordret den til at anvende artikel 15, stk. 6, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 på den såkaldte »OPA«-aftale om distribution af lægemidler i Nederlandene,

har

RETTEN (Første Afdeling),

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

justitssekretær: H. Jung,

afsagt følgende

Kendelse

Faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og påstande

1 Ved stævning, indgivet til Rettens Justitskontor den 29. januar 1990, har den nederlandske sammenslutning Prodifarma i medfør af Traktatens artikel 175, stk. 3, anlagt sag med påstand om, at det statueres, at Kommissionen har tilsidesat Traktaten ved ikke at imødekomme sagsøgerens begæring om at anvende artikel 15, stk. 6, 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«) — og om over for de parter, som har indgået den såkaldte »Omni-Partijen Akkoord« (herefter benævnt »OPA-aftalen«) om distribution af lægemidler i Nederlandene, at ophæve beskyttelsen i henhold til artikel 15, stk. 5, mod at få pålagt bøder.

2 Ved særskilt dokument, indgået til Rettens Justitskontor den 27. februar 1990, har Kommissionen påstået sagen afvist i medfør af artikel 91, stk. 1, i Domstolens procesreglementet, som finder tilsvarende anvendelse på rettergangsmåden ved

Retten, og den har fremsat begæring om, at Retten tager stilling til indsigelsen uden at indlede behandlingen af sagens realitet.

3 Nærværende sag står i forbindelse med de bestræbelser, de nederlandske myndigheder siden halvfjerdserne har udfoldet for at bringe omkostningerne på lægemidler, som udleveres uden for hospitaler og andre behandlingsinstitutioner, under kontrol. Sagen er nært forbundet med sagerne T-113/89, Nefarma mod Kommissionen, T-114/89, VNZ mod Kommissionen, og T-116/89, Prodifarma mod Kommissionen I (dommene af 13.12.1990, Sml. II, s. 797, 827, 843). I forbindelse med fastlæggelsen af denne sags baggrund har Retten ex officio taget hensyn til oplysningerne om de faktiske omstændigheder i den hermed forbundne sag T-116/89.

4 OPA-aftalen blev indgået den 18. august 1988 mellem de organisationer, som repræsenterer alle parter, der har interesse i ordination og udlevering af lægemidler i Nederlandene, f. eks. producenter og leverandører, læger, apotekere og sygekasser, dog bortset fra sagsøgeren. Den sagsøgende sammenslutning blev oprettet i 1986 af selskaberne Centrafarm BV, Medicalex BV, BV Pharbita, Pharmon BV, Aeramphic BV, Polyfarma BV, Pharmacis BV, Genfarma BV og BV Lagap BNL. Den omfatter mindre virksomheder, som producerer generiske lægemidler eller medicinske specialiteter eller beskæftiger sig med parallelimport af generiske lægemidler, men som ikke indgår i den del af medicinindustrien, som fremstiller varemærkebeskyttede medicinske specialiteter.

5 OPA-aftalens parter påtog sig at nedsætte salgsprisen på lægemidler til apoteker, for derved at bidrage til de nederlandske myndigheders bestræbelser for at bringe omkostningerne ved lægemiddelforsyningen i Nederlandene under kontrol. Prisnedsættelsen var dog betinget af, at der forudgående blev foretaget visse ændringer i de nationale regler om godtgørelserne til apotekerne i forbindelse med udlevering af medicin. Ændringerne havde bl.a. til formål at mindske virkningerne af visse foranstaltninger, som i henhold til de gældende regler skulle fremme anvendelsen af billigere generiske lægemidler eller parallelimporterede lægemidler i stedet for dyrere medicinske specialiteter. Blandt disse nationale foranstaltninger var en bonusordning, hvorefter apotekerne kunne beholde 33% af prisforskellen mellem de ordinerede, men dyrere medicinske specialiteter og de erstatningsprodukter, som de udleverede. Bonusydelsen skulle ifølge OPA-aftalen nedsættes til 15% af den

omhandlede forskel. Aftalen blev indgået for en periode af 2 år. Den nederlandske regering, som heller ikke var aftalepart, erklærede sig rede til at foretage de ændringer af de nationale regler, som parterne ønskede. Ændringerne skulle i lighed med den påtænkte prisnedsættelse træde i kraft den 1. januar 1989.

6 For Kommissionen blev der derefter indledt to parallelle procedurer vedrørende OPA-aftalen. Dels indgav sagsøgeren den 2. december 1988 en klage med det formål, at Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 skulle fastslå, at OPA-aftalen var uforenelig med Traktatens artikel 85. Dels blev aftalen på alle de kontraherende parters vegne anmeldt til Kommissionen den 9. december 1988.

7 Kommissionens første reaktion på OPA-aftalen var negativ. Ved skrivelse af 14. december 1988, underskrevet af direktør Rocca, Generaldirektoratet for Konkurrence, gav Kommissionen aftaleparterne og sagsøgeren meddelelse om, at dens tjenestegrene undersøgte muligheden for at indlede en procedure i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17.

8 Efter adskillige henvendelser fra aftaleparterne og fra den nederlandske regering, som i betragtning af Kommissionens negative holdning havde afstået fra at udstede de bestemmelser, som OPA-aftalen var betinget af, indtog Kommissionens nye medlem med ansvar for konkurrencepolitikken, Sir Leon Brittan, et andet standpunkt i en skrivelse af 6. marts 1989 til de nederlandske myndigheder. Ifølge denne skrivelse, hvori der ikke længere var tale om at anvende artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, skulle 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 15% af forskellen mellem disse lægemidlers pris og de dyrere medicinske specialiteter

— for det andet skulle virkningerne af nedsættelsen vurderes over en periode på et år ved hjælp af en hertil oprettet kontrolordning.

9 OPA-aftalen trådte i kraft den 1. april 1989, efter at aftaleparterne havde accepteret at tilpasse ordningen i overensstemmelse med Sir Leon Brittan's forslag, og efter at den nederlandske regering herefter havde ændret de nationale bestemmelser. Siden da har Kommissionens tjenestegrene og de nederlandske myndigheder indsamlet de statistiske oplysninger, som kræves i forbindelse med den omhandlede kontrolordning.

10 I maj 1989 anlagde flere af parterne i OPA-aftalen, samt Prodifarma, som er sagsøger i nærværende sag, tre annullationssøgsmål, bl.a. til prøvelse af Sir Leon Brittan's skrivelse af 6. marts 1989, som sagerne T-113/89, T-114/89 og T-116/89 drejede sig om. Mens OPA-aftalens parter hævdede, at Kommissionen havde lagt en for negativ holdning til grund med hensyn til aftalen, som den oprindelig var indgået, gjorde Prodifarma på sin side gældende, at Kommissionens reaktion på aftalen var for favorabel i betragtning af de konkurrencebegrænsende virkninger, som efter Prodifarma's opfattelse er forbundet hermed. Retten afviste sagerne i tre domme af 13. december 1990.

11 Uden at afvente afgørelsen af annullationssøgsmålet sendte Prodifarma den 28. september 1989 Kommissionen en skrivelse, hvori den opfordrede Kommissionen til inden for den i Traktatens artikel 175, stk. 2, fastsatte frist at bringe bestemmelserne i artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 i anvendelse over for OPA-aftalens parter. Ifølge Prodifarma fremgik det af det talmateriale, som de nederlandske myndigheder i mellemtiden havde offentliggjort vedrørende lægemiddelmarkedets udvikling i Nederlandene, at OPA-aftalens bestemmelser om prisnedsættelser ikke havde fundet anvendelse, men at aftalen tværtimod havde bevirket, at tendensen til at substituere dyrere medicinske specialiteter med billigere produkter var blevet vendt.

12 Ved skrivelse af 21. november 1989, svarede kontorchef J. Mensching, Generaldirektoratet for Konkurrence, sagsøgeren, at en klager ikke kan stille krav om, at Kommissionen ophæver den bødeimmunitet, som virksomheder, der har anmeldt en aftale, har i henhold til artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17. Selv hvis et sådant krav anerkendtes, ville Kommissionen ikke tilsidesætte fællesskabsretten ved at undlade at anvende forordningens artikel 15, stk. 6. Han tilføjede, at da den af

sagsøgeren begærede retsakt ikke skulle rettes til sagsøgeren, men til OPA-aftalens parter, faldt sagsøgeren ikke ind under den kategori af fysiske og juridiske personer, som kunne anlægge sag ved EF-Domstolen i medfør af Traktatens artikel 175, stk. 3. Han anså det derfor hverken for fornødent eller hensigtsmæssigt at foreslå Kommissionens kompetente instanser, at der blev taget formel stilling til begæringen.

13 Det er på denne baggrund, at sagsøgeren har anlagt nærværende passivitetssøgsmål, som Kommissionen har påstået afvist. Sammenslutningen Nefarma, som er part i OPA-aftalen og sagsøger i sag T-113/89, har fremsat begæring om intervention i nærværende sag til støtte for sagsøgtes påstande. Begæringen indgik til Rettens Justitskontor den 30. maj 1990. Retten (Første Afdeling) tillod ved kendelse af 5. juli 1990 intervention. Intervenienten har ikke indgivet indlæg vedrørende afvisningspåstanden.

14 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Sagen afvises.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15 Prodifarma har nedlagt følgende påstande:

— Der træffes hurtigst muligt afgørelse om Kommissionens afvisningspåstand.

— Afvisningspåstanden forkastes.

— Prodifarma gives medhold i det i stævningen fremsatte krav.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 I henhold til artikel 91, stk. 3, i Domstolens procesreglement forhandles der, når der er fremsat begæring efter stk. 1, mundtligt om begæringen, medmindre der træffes anden afgørelse. Retten finder imidlertid, at denne sag er tilstrækkeligt oplyst på grundllag af de fremlagte processkrifter, og at der ikke er anledning til at indlede mundtlig forhandling.

Formaliteten

17 Kommissionen har til støtte for sin formalitetsindsigelse fremført tre anbringender. For det første har den gjort gældende, at den på ingen måde er forpligtet til at anvende artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, for det andet, at en klager ikke kan stille krav om, at den omhandlede bestemmelse anvendes, og for det tredje, at den i Traktatens artikel 175, stk. 2's forstand har taget stilling til sagsøgerens opfordring til at handle.

18 Forud for sin argumentation til støtte for disse anbringender har Kommissionen anført, at selv om en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 på grund af sin foreløbige karakter kan sammenlignes med, at der træffes foreløbige forholdsregler i henhold til forordningens artikel 3, adskiller den sig dog herfra i flere henseender. For det første kan der, til forskel fra en foreløbig forholdsregel, kun træffes en afgørelse i henhold til artikel 15, stk. 6, når en aftale er anmeldt. For det andet er det i princippet tilstrækkeligt for anvendelsen af artikel 15, stk. 6, at den anmeldte aftale efter en foreløbig undersøgelse forekommer at være uforenelig med bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 1, mens der kræves yderligere betingelser opfyldt for at træffe foreløbige forholdsregler, bl.a. at der godtgøres at foreligge uopsættelighed og risiko for et uopretteligt tab. For det tredje har en beslutning om anvendelse af artikel 15, stk. 6, kun den virkning, at bødeimmuniteten ophæves, mens foreløbige forholdsregler i almindelighed indeholder et påbud om at gøre noget eller at undlade noget. For det fjerde vedrører den i artikel 15, stk. 6, fastsatte procedure kun Kommissionen og de parter, som har anmeldt en aftale, mens tredjemænd, som hævder at være blevet påført et tab, kan spille en vigtig rolle under proceduren forud for vedtagelsen af foreløbige forholdsregler.

19 Med hensyn til det første anbringende, som den støtter sin formalitetsindsigelse på, har Kommissionen anført, at der kun kan gives medhold i et søgsmål i henhold til Traktatens artikel 175, såfremt den sagsøgte institution havde pligt til at handle i henhold til en fællesskabsretlig forpligtelse. Artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 giver kun Kommissionen en bemyndigelse, hvoraf der ikke følger en forpligtelse til at handle i nærværende sag. Kommissionen har herved henvist til Domstolens dom af 18. oktober 1979 (sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173), hvorefter den i forbindelse med en begæring fra en klager efter artikel 3 i forordning nr. 17 ikke er forpligtet til at tage stilling til, om der foreligger en overtrædelse.

20 Kommissionen har med sit andet anbringende gjort gældende, at klageren, da Kommissionen overhovedet ikke er forpligtet til at anvende artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, ikke kan kræve, at Kommissionen anvender bestemmelserne. Den har anført, at selv om virksomhederne i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 er berettiget til at begære, at den konstaterer, at der foreligger overtrædelser af Traktatens artikler 85 og 86, er virksomheder, som har indgivet klage, ikke ifølge nogen bestemmelse berettiget til at begære, at den pålægger en bøde (eller så meget mere forpligter den dertil), eller at den ophæver bødeimmuniteten i henhold til artikel 15, stk. 5.

21 Efter Kommissionens opfattelse er der ingen tvingende grund til, at klagende virksomheder alligevel indrømmes denne mulighed. Ifølge Kommissionen kan klageren ikke godtgøre en berettiget interesse, bortset fra en »udefinerbar psykologisk interesse«, i anvendelsen af artikel 15, stk. 6, fordi det ikke påvirker klagerens retsstilling, at bødeimmuniteten ophæves. Det påvirker alene retsstilingen for de parter, som har anmeldt en aftale.

22 Kommissionen har tilføjet, at en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, ikke vil være rettet til klageren, hvorfor den sidste betingelse i Traktatens artikel 175, stk. 3, ikke er opfyldt.

23 Kommissionen har desuden anført, at den søgsmålsadgang, som de anmeldende parter har i forbindelse med en beslutning i medfør af artikel 15, stk. 6 (Domstolens dom af 15. marts 1967, Cimenteries mod Kommissionen, forenede sager 8/66-11/66, Sml. 1965-1968, s. 337), ikke indebærer, at en klager også kan an-

fægte Kommissionens afslag på at træffe en sådan beslutning. Et sådant afslag hviler nemlig ikke på en skønsmæssig vurdering af sagen, men på, at der ikke er hjemmel til, at klageren fremsætter begæring herom. Mere generelt har Kommissionen endelig anført, at den forbindelse, som tidligere bestod mellem et søgsmål i henhold til Traktatens artikel 173 og et søgsmål i henhold til artikel 175, synes at være opgivet i Domstolens nyere retspraksis (dom af 27.9.1988, sag 302/87, Parlamentet mod Rådet, Sml. s. 5615).

24 Kommissionen har med sit tredje og sidste anbringende gjort gældende, at skrivelsen af 21. november 1989 til sagsøgeren fra kontorchef Mensching, Generaldirektoratet for Konkurrence, udgør en stillingtagen i Traktatens artikel 175, stk. 2's forstand, hvorfor passivitetssøgsmålet ikke kan antages til realitetsbehandling.

25 Til støtte for, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling, har sagsøgeren i stævningen gjort gældende, at en beslutning om at anvende artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 er en beslutning, som de parter, den er rettet til, kan anfægte på grundlag af Traktatens artikel 173. Sagsøgeren har dernæst anført, at en klager, jf. artikel 3 i forordning nr. 17, kan anlægge et annullationssøgsmål til prøvelse af en beslutning, Kommissionen har truffet i forbindelse med den procedure, som er iværksat på grund af klagen, hvilket gælder uafhængigt af beslutningens indhold. Sagsøgeren har deraf udledt, at en klager kan anlægge sag til prøvelse af en eventuel udtrykkelig beslutning, hvorved Kommissionen afslår at anvende bestemmelserne i artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. Sagsøgeren er af den opfattelse, at dette bekræftes af Domstolens domme af 15. marts 1967, Cimenteries mod Kommissionen (forenede sager 8/66-11/66) og af 25. oktober 1977 (sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, på s. 1902). Endvidere har sagsøgeren påberåbt sig Domstolens dom af 18. november 1970 (sag 15/70, Chevalley mod Kommissionen, Rec. s. 975; o. a.: foreligger ikke på dansk) til støtte for, at et søgsmål ikke alene kan iværksættes til prøvelse af en beslutning, hvorved der gives et afslag, men også til prøvelse af et afslag på at træffe en beslutning. Sagsøgeren har heraf udledt, at en klager, som faktisk har haft lejlighed til at deltage i en procedure, som Kommissionen har iværksat, kan anlægge et søgsmål til prøvelse af Kommissionens undladelse af, i forbindelse med denne procedure, at træffe en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17.

26 Sagsøgeren er af den opfattelse, at Domstolens dom af 27. september 1988, Parlamentet mod Rådet, (sag 302/87) ikke kan påberåbes til støtte for, at begrebet en retsakt, som kan være genstand for et søgsmål, ikke skulle være det samme i arti-

klerne 173 og 175. Af denne parallellitet mellem de to søgsmålsformer har sagsøgeren udledt, at der ikke alene kan anlægges et søgsmål i henhold til artikel 175, når en institution undlader at udstede en retsakt, som den er forpligtet til at udstede ifølge fællesskabsretten, men også i det tilfælde, hvor institutionen har en skønsmæssig beføjelse til at handle, som den på en måde misbruger ved ikke at handle.

27 Med hensyn til det første anbringende, Kommissionen har fremført til støtte for sin afvisningspåstand, har sagsøgeren anført, at Kommissionen i denne sag må være forpligtet til at anvende bestemmelserne i artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 over for OPA-aftalens parter. Sagsøgeren har gjort gældende, at Domstolen i sin kendelse af 17. januar 1980 (sag 792/79 R, Camera Care mod Kommissionen, Sml. s. 119) har anerkendt, at Kommissionen har beføjelse til at træffe foreløbige foranstaltninger uden udtrykkelig hjemmel, men under henvisning til almindelige betragtninger vedrørende Kommissionens ansvar for kontrollen med, at Traktatens konkurrenceregler overholdes. Ifølge sagsøgeren bør disse betragtninger så meget desto mere gælde i forbindelse med artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, for så vidt som det drejer sig om en udtrykkelig hjemmel.

28 Sagsøgeren har heraf udledt, at Kommissionen ikke kan anvende sin beføjelse i henhold til artikel 15, stk. 6, efter forgodtbefindende, men at den bør anvende den for at sikre en optimal gennemførelse af konkurrencereglerne. Sagsøgeren har understreget, at det fremgår af den nævnte kendelse, at Kommissionen navnlig skal undgå, at dens beslutningskompetence i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 »mister sin virkning eller endog bliver illusorisk på grund af visse virksomheders handlinger«.

29 Sagsøgeren har understreget, at OPA-aftalen kun er indgået for to år, hvilket betyder, at på det tidspunkt, hvor Kommissionen afslutter proceduren ved at træffe en endelig beslutning, vil aftalen formentlig have været anvendt i næsten hele den fastsatte periode. Sagsøgeren er af den opfattelse, at såfremt aftalens parter fortsat nyder godt af bødeimmuniteten i artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17, vil de fuldt ud nå aftalens målsætninger. Den eventuelle forbudsbeslutning, Kommissionen kan rette til dem, vil dermed blive reduceret til en simpel principbeslutning uden nogen reel virkning. Sagsøgeren har tilføjet, at det er Kommissionen selv, som bevidst har forlænget proceduren, idet den har indskudt en »prøveperiode« på et år og udsat

undersøgelsen af aftalen til prøveperiodens udløb. Sagsøgeren har endvidere anført, at Kommissionen under disse omstændigheder skal være opmærksom på, at dens egen adfærd ikke bidrager til, at kontrollen »mister sin virkning eller endog bliver illusorisk«. Kommissionen skal derfor betinge udsættelsen af, at det er aftalens parter, som bærer risikoen ved »prøveperioden«, for så vidt angår bøderisikoen.

30 Sagsøgeren har desuden henvist til Domstolens dom af 7. juni 1983 (forenede sager 100-103/80, Musique diffusion française mod Kommissionen, Sml. s. 1825, på s. 1905 f.), hvorefter Kommissionen også skal tage hensyn til »den sammenhæng hvori overtrædelsen indgår, og påse, at den trufne forholdsregel er af tilstrækkelig forebyggende karakter«. Sagsøgeren har anført, at det ville have en præventiv virkning at ophæve bødeimmuniteten i artikel 15, stk. 5, idet det ville afholde aftalens parter fra blot at lade proceduren fortsætte og tilskynde dem til at samarbejde aktivt for, at den påbegyndte administrative procedure kan munde ud i en endelig beslutning.

31 Med hensyn til Kommissionens andet anbringende har sagsøgeren anført, at Kommissionen underkender klagernes stilling i en procedure som den foreliggende ved ikke at anerkende deres interesse i en anvendelse af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. Når en aftale på den ene side er genstand for en klage, og på den anden side en anmeldelse, optræder de pågældende parter ifølge sagsøgeren som modparter i en procedure, hvorunder Kommissionen foretager en vurdering af aftalen i forhold til Traktatens artikel 85. At påstå, at en sådan procedure alene berører aftalens parter, er ifølge sagsøgeren en alvorlig underkendelse af de faktiske omstændigheder. Sagsøgeren mener at have en direkte og åbenbar interesse i denne procedures forløb og afslutning. Sagsøgeren har gjort gældende, at Domstolen i dom af 25. oktober 1977 (sag 26/76, Metro) og dom af 11. oktober 1983 (sag 210/81, Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen, Sml. s. 3045) har anerkendt, at privatpersoner har en berettiget interesse, som skal nyde retlig beskyttelse, i at konkurrencereglerne anvendes korrekt, når deres interesser berøres af en aftale, der i den konkrete sag er genstand for en vurdering i forhold til disse regler. Med hensyn til det særlige spørgsmål om anvendelsen af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 har sagsøgeren anført, at den berettigede interesse fremgår af, at bødeimmuniteten i artikel 15, stk. 5, stiller parterne i »tvisten« ulige, men at denne ulighed forsvinder, når bødeimmuniteten ophæves.

32 Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at den beslutning, der stilles krav om, berører sagsøgeren umiddelbart og individuelt. Beslutningen bør derfor i forhold til sagsøgeren anses for en retsakt i henhold til Traktatens artikel 175, stk. 3.

33 Med hensyn til Kommissionens tredje anbringende har sagsøgeren anført, at kun en stillingtagen, som kan tilskrives institutionen, kan fjerne dennes passivitet. Sagsøgeren anser ikke denne betingelse for opfyldt ved skrivelsen af 21. november 1989, som hverken var underskrevet af en direktør, en generaldirektør eller det ansvarlige medlem af Kommissionen.

34 I betragtning af sagens faktiske og retlige omstændigheder finder Retten, at Kommissionens andet anbringende til støtte for afvisningspåstanden bør behandles først.

35 Det bemærkes hertil, at ifølge Traktatens artikel 175, stk. 3, kan enhver fysisk eller juridisk person på de i artiklen stillede betingelser indbringe klage til Fællesskabets domsmyndighed over, at en af institutionerne »har undladt at udstede en retsakt til ham, henstillinger og udtalelser dog undtaget«. Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at for at en fysisk eller juridisk persons passivitetssøgsmål kan antages til realitetsbehandling, skal denne person godtgøre, at han netop har en retsstilling som en mulig adressat for en retsakt, Kommissionen har pligt til at udstede til ham (jf. f.eks. Domstolens dom af 10.6.1982, sag 246/81, Lord Bethell mod Kommissionen, Sml. s. 2277, på s. 2291, og Domstolens kendelse af 30.3.1990, sag C-371/89, Emrich mod Kommissionen, Sml. I, s. 1555, grundene 5 og 6, og kendelse af 23.5.1990, sag C-72/90, Asia Motor France mod Kommissionen, Sml. I, s. 2181, grundene 10-12).

36 Dernæst bemærkes, at sagsøgeren stiller krav om, at Kommissionen træffer en beslutning i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, hvorefter bestemmelserne i artikel 15, stk. 5, som beskytter de parter, som har anmeldt en aftale, mod at få pålagt bøder, »ikke [finder] anvendelse, så snart Kommissionen har meddelt de pågældende virksomheder, at den efter en foreløbig undersøgelse er af den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, er til stede, og at der ikke findes grundlag for anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85, stk. 3«. Det fremgår af bestemmelsens ordlyd, at den beslutning, som

Kommissionen er bemyndiget til at træffe, nødvendigvis skal være rettet til den anmeldte aftales parter. Derimod fremgår det ikke af bestemmelsen, at tredjemænd, som har klaget over aftalen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, også er adressater for beslutningen.

37 Den beslutning, den sagsøgende sammenslutning har stillet krav om, skal derfor ikke rettes til sammenslutningen, og heller ikke til dennes medlemmer. Følgelig hører hverken sagsøgeren eller dennes medlemmer til de fysiske og juridiske personer, som i henhold til selve ordlyden af Traktatens artikel 175 kan anlægge et passivitetssøgsmål.

38 Selv om dette er tilstrækkeligt grundlag for at afvise den foreliggende sag, finder Retten ex tuto og subsidiært anledning til at behandle sagsøgerens anbringende om, at denne berøres umiddelbart og individuelt af den beslutning, den har krævet udstedt, og derfor i henseende til Traktatens artikel 175, stk. 3, bør sidestilles med en mulig adressat for denne beslutning.

39 Selv hvis det, som sagsøgeren har hævdet, måtte antages, at der består en parallellitet mellem et annullationssøgsmål efter artikel 173 og et passivitetssøgsmål efter Traktatens artikel 175, og selv hvis det derudover måtte antages, at borgernes retsbeskyttelse kræver en vid fortolkning af artikel 175, stk. 3, således at en fysisk eller juridisk person over for en institution kan gøre gældende, at institutionen har undladt at udstede en retsakt, som vedkommende ikke er adressat for, men som ville berøre vedkommende umiddelbart og individuelt, hvis den blev udstedt (jf. herom f. eks. Domstolens dom af 14.2.1989, sag 247/87, Star Fruit Company mod Kommissionen, Sml. s. 291, på s. 301, og navnlig generaladvokat C. O. Lenz' forslag til afgørelse i sagen, Sml. s. 294, på s. 296), kunne nærværende sag kun antages til realitetsbehandling, såfremt en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 berørte sagsøgeren umiddelbart og individuelt og havde retsvirkninger for sagsøgeren. Det må derfor undersøges, hvilke retsvirkninger, den beslutning, som der stilles krav om, ville have på såvel det konkurrenceretlige som processuelle plan.

40 Indledningsvis bemærkes, at en beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 ikke har betydning for, om den aftale, som undersøges i forhold til Traktatens artikel 85, stk. 2, er gyldig. Beslutningen påvirker derfor hverken sagsøgerens eller dennes medlemmers stilling for de nationale domstole.

41 For en aftales parter har beslutningen om at ophæve bødeimmuniteten retsvirkninger i to henseender. På den ene side åbner den mulighed for at pålægge dem en bøde, hvis de fortsat anvender aftalen. På den anden side bevirker den, at virksomhederne ikke kan være i god tro med hensyn til aftalens forenelighed med Traktatens artikel 85, således at de fremover næppe vil kunne bestride, at deres overtrædelse af artikel 85, stk. 1, er sket forsætligt eller i det mindste uagtsomt. Den beslutning, sagsøgeren har stillet krav om, ville derfor ikke kun formelt være rettet til de parter, som har anmeldt aftalen. Tværtimod vil en sådan beslutning, hvis den udstedes, reelt berøre aftaleparternes retsstilling.

42 Beslutningen om at ophæve bødeimmuniteten forhindrer derimod ikke parterne i at anvende deres aftale. Ganske vist kan risikoen for at få pålagt en bøde afholde dem fra det, men denne eventuelle virkning ved en sådan beslutning er rent faktisk og beror i øvrigt på de omhandlede virksomheders vilje. Det kan ikke benægtes, at sagsøgeren, Prodifarma, og dens medlemmer, som finder, at de har lidt skade på grund af den adfærd, OPA-aftalens parter har udvist, har interesse i, at noget sådant sker i den foreliggende sag. Der er dog tale om en indirekte interesse, som er utilstrækkelig til, at det kan fastslås, at deres retsstilling berøres af den beslutning, som de har krævet udstedt (jf. dom af 10.6.1982, Lord Bethell, sag 246/81).

43 Dernæst må det fastslås, at sagsøgeren ikke har krav på, at Kommissionen ophæver bødeimmuniteten for OPA-aftalens parter. Det er nemlig ikke fastsat i forordning nr. 17, at tredjemænd, som indgiver klage, kan kræve, at Kommissionen gør brug af sin beføjelse i henhold til forordningens artikel 15, stk. 6. Som Kommissionen med rette har understreget, beror dette på, at klagere ikke har en berettiget interesse i, at aftalens parter fratages denne bødeimmunitet. Til forskel fra de foreløbige foranstaltninger, Kommissionen kan træffe i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, kan det således ikke være til direkte gavn for klagende tredjemænd, at

bødefritagelsen fjernes. Hertil kommer, at en sådan beslutning skal træffes efter hensigtsmæssighedsbetragtninger, som kræver, at Kommissionen har en stor handlefrihed. Denne frihed er uforenelig med, at tredjemænd kan tvinge Kommissionen til at ophæve bødeimmuniteten eller til at tage stilling til deres begæring herom.

44 En beslutning i henhold til artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 kan heller ikke ændre sagsøgerens retsstilling på det processuelle plan. En sådan beslutning er nemlig afslutningen på en særlig procedure, som er forskellig fra den, hvorunder sagsøgerens klage undersøges (jf. Domstolens dom af 15.3.1967, forenede sager 8/66-11/66, Cimenteries mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 337), og under denne særlige procedure påvirkes sagsøgerens processuelle rettigheder ikke. Den særlige procedure vedrører nemlig kun aftalens parter. Sagsøgerens indirekte interesse (jf. grund 42) er ikke tilstrækkelig til at tilkende ret til at blive hørt i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 i forbindelse med denne særlige procedure. Sagsøgeren er som klagende tredjemand ikke omfattet heraf og har derfor ikke en processuelt rettighed, som kan berøres af den beslutning, som træffes ved procedurens afslutning.

45 Det følger heraf, at sagsøgeren, uden at have ret hertil ifølge nogen bestemmelse, stiller krav om, at der udstedes en retsakt, som ikke berører sagsøgeren umiddelbart og individuelt i henhold til Traktatens artikel 173, stk. 2. Derfor må søgsmålet afvises, selv i tilfælde af, at det af sagsøgeren fremførte synspunkt om, at der består en parallellitet mellem søgsmålsformerne i henhold til artiklerne 173 og 175, kunne tages til følge.

46 Under henvisning til ovenstående findes sagen at måtte afvises, uden at det er fornødent at træffe afgørelse om Kommissionens øvrige anbringender.

Sagens omkostninger

47 I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da

sagsøgeren har tabt sagen, må Kommissionen gives medhold, og sagsøgeren pålægges at betale sagens omkostninger. Da intervenienten ikke har nedlagt påstand om omkostningerne, bærer denne sine egne omkostninger.

Af disse grunde

bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

1) **Sagen afvises.**

2) **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger, bortset fra intervenientens omkostninger, som bæres af denne.**

Således bestemt i Luxembourg, den 23. januar 1991.

H. Jung
Justitssekretær

J. L. Cruz Vilaça
Præsident