Overigens worden degenen die een klacht hebben ingediend, door een dergelijk nalaten van de Commissie niet rechtstreeks of individueel geraakt, waar hun rechtspositie ten gevolge van een opheffing van de immuniteit geenszins wordt geraakt, noch in de procedure voor de Commissie noch in die voor de nationale rechterlijke instanties, en zij verder geen wettig belang hebben bij deze opheffing.

BESCHIKKING VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

(Eerste kamer)

23 januari 1991 *

In zaak T-3/90,

Vereniging Prodifarma, gevestigd te Amsterdam, vertegenwoordigd door M. van Empel en A. J. H. W. M. Versteeg, advocaten te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, Rue Zithe 8,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Berardis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie „Nefarma", gevestigd te Utrecht, vertegenwoordigd door B. H. ter Kuile, advocaat te 's-Gravenhage, en E. H. Pijnacker Hordijk, advocaat te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Zithe 8,

interveniënte,

* Procestaal: Nederlands.

betreffende een beroep krachtens artikel 175 EEG-Verdrag, strekkende tot vaststelling dat de Commissie het EEG-Verdrag heeft geschonden door geen besluit te nemen op het haar door Prodifarma gedane verzoek, waarbij zij werd uitgenodigd om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 ten aanzien van het zogenoemde „Omni-Partijen Akkoord" (OPA) inzake de distributie van geneesmiddelen in Nederland,

geeft

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas en K. Lenaerts, rechters,

griffier: H. Jung,

de navolgende

Beschikking

Feiten, procedure en conclusies

1 Bij op 29 januari 1990 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift, heeft Prodifarma, vereniging naar Nederlands recht, beroep ingesteld krachtens artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag, strekkende tot vaststelling dat de Commissie het EEG-Verdrag heeft geschonden door geen gevolg te geven aan de uitnodiging van Prodifarma om toepassing te geven aan artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204; hierna „verordening nr. 17") en om de in lid 5 van dit artikel voorziene boete-immuniteit van de partijen bij het „Omni-Partijen Akkoord" (hierna: „OPA") ongedaan te maken.

2 Bij op 27 februari 1990 ter griffie van het Gerecht ingekomen memorie heeft de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen krachtens artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat

van overeenkomstige toepassing is op de procedure voor het Gerecht, en heeft zij om een uitspraak op deze exceptie verzocht, zonder dat daarbij op de zaak ten principale wordt ingegaan.

3 Onderhavig beroep is een uitvloeisel van de sedert de jaren zeventig door de Nederlandse overheid ondernomen pogingen om de kosten van geneesmiddelen te beperken die extramuraal worden geleverd. Het staat in nauw verband met de zaken T-113/89 (Nefarma/Commissie), T-114/89 (VNZ/Commissie) en T-116/89 (Prodifarma/Commissie I, zaken van 13 december 1990, Jurispr. 1991, blz. II-797, II-827 en II-843). Bij de vaststelling van de feiten die aan onderhavig beroep ten grondslag liggen, heeft het Gerecht ambtshalve rekening gehouden met de feitelijke gegevens, vervat in het dossier van de verwante zaak T-116/89.

4 Het OPA is op 18 augustus 1988 gesloten tussen de organisaties die alle partijen vertegenwoordigen die betrokken zijn bij het voorschrijven en afleveren van geneesmiddelen in Nederland, zoals de producenten en de leveranciers, de medici, de apothekers en de ziekenfondsen, met uitzondering evenwel van verzoekster. In de vereniging Prodifarma, die in 1986 is opgericht door de ondernemingen Centrafarm BV, Medicalex BV, BV Pharbita, Pharmon BV, Aeramphic BV, Polyfarma BV, Pharmacis BV, Genfarma BV en BV Lagap BNL, zijn kleinere ondernemingen georganiseerd die generieke geneesmiddelen of farmaceutische specialiteiten produceren dan wel locopreparaten parallel importeren, doch die geen deel uitmaken van de merkgeneesmiddelenindustrie.

5 Partijen bij het OPA hebben zich verplicht, de apotheekinkoopprijzen van de farmaceutische produkten te verlagen om aldus een bijdrage te leveren tot de door de Nederlandse overheid ondernomen pogingen om de kosten van geneesmiddelen in Nederland te beperken. De implementatie van deze prijsverlaging was afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat eerst diverse wijzigingen zouden worden aangebracht in de nationale wettelijke regeling inzake het regime van aan apotheekhoudenden betaalde vergoedingen voor het afleveren van geneesmiddelen. Deze wijzigingen waren inzonderheid bedoeld om de gevolgen van bepaalde in deze wettelijke regeling voorziene maatregelen tot stimulering van de substitutie van farmaceutische specialités door goedkopere generieke of parallel geïmporteerde geneesmiddelen, af te zwakken. Een van deze maatregelen was een zogenoemde stimuleringspremie, op grond waarvan de apotheker een derde van het prijsverschil tussen het voorgeschreven duurdere farmaceutische specialité en het door hem afgeleverde goedkopere geneesmiddel voor zichzelf mocht behouden. Volgens het OPA diende deze stimuleringspremie te worden teruggebracht tot 15% van dit verschil.

Het akkoord is gesloten voor een periode van twee jaar. De Nederlandse regering, die evenmin partij is bij het OPA, heeft zich bereid verklaard de door de partijen gewenste wijzigingen in de nationale regeling aan te brengen. De bedoeling was dat deze wijzigingen evenals de voorziene prijsverlaging op 1 januari 1989 in werking zouden treden.

6 Vervolgens zijn bij de Commissie twee parallelle procedures betreffende het OPA ingeleid. Op 2 december 1988 legde verzoekster bij de Commissie een klacht neer, waarin zij haar, refererend aan artikel 3 van verordening nr. 17, verzocht vast te stellen dat het OPA in strijd was met artikel 85 EEG-Verdrag. Verder werd het OPA op 9 december 1988 namens alle partijen bij de Commissie aangemeld.

7 De eerste reactie bij de Commissie op het OPA was negatief. In een brief van 14 december 1988, ondertekend door de heer Rocca, directeur bij het Directoraat-generaal Concurrentie, deelde de Commissie de partijen bij het OPA en verzoekster mee, dat door haar diensten de mogelijkheid werd onderzocht om een procedure op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 in te leiden.

8 Nadat de partijen bij het OPA en de Nederlandse regering, die in verband met het negatieve standpunt van de Commissie ervan had afgezien om de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen vast te stellen waarvan de implementatie van het OPA afhankelijk was gesteld, diverse malen contact hadden opgenomen, kwam Sir Leon Brittan, het nieuwe lid van de Commissie, belast met de mededinging, in een brief van 6 maart 1989 aan de Nederlandse overheid op dit standpunt terug. Volgens deze brief, waarin geen sprake meer was van het toepassing geven aan artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, moest het OPA aan twee voorwaarden voldoen alvorens de Commissie ter zake in positieve zin kon beslissen:

— in de eerste plaats moest de stimuleringspremie voor de aflevering van goedkopere geneesmiddelen worden verlaagd tot 20% in plaats van 15% van het prijsverschil ten opzichte van de duurdere farmaceutische specialités;

— in de tweede plaats moest de werking van de verlaging van de stimuleringspremie gedurende één jaar worden beproefd met behulp van een daartoe ingevoerd controlestelsel.

9 Nadat partijen bij het OPA ermee hadden ingestemd om het akkoord aan de voorstellen van Sir Leon Brittan aan te passen en de Nederlandse regering de nationale wettelijke regeling dienovereenkomstig had gewijzigd, werd het in het OPA voorziene regime per 1 april 1989 ingevoerd. Sedertdien hebben de diensten van de Commissie en de Nederlandse overheid de statistische gegevens verzameld die nodig waren voor bovengenoemde controle.

10 In mei 1989 hebben diverse partijen bij het OPA alsmede Prodifarma, verzoekster in onderhavige zaak, drie beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen onder meer de brief van Sir Leon Brittan van 6 maart 1989, die het voorwerp waren van de zaken T-113/89, T-114/89 en T-116/89. Terwijl de partijen bij het OPA de Commissie verweten, dat zij een te negatief standpunt had ingenomen met betrekking tot het aanvankelijk gesloten akkoord, was Prodifarma evenwel van mening, dat de reactie van de Commissie op het akkoord te positief was, gelet op het concurrentiebeperkende effect dat het OPA volgens haar had. Deze beroepen zijn bij drie arresten van het Gerecht van 13 december 1990 niet-ontvankelijk verklaard.

11 Zonder een uitspraak op haar beroep tot nietigverklaring af te wachten, heeft Prodifarma op 28 september 1989 de Commissie een brief gestuurd, waarin zij haar uitnodigde, binnen de in artikel 175, tweede alinea, EEG-Verdrag gestelde termijn, jegens de OPA-partijen toepassing te geven aan artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17. Uit de inmiddels door de Nederlandse overheid gepubliceerde cijfers betreffende de ontwikkeling van de geneesmiddelenmarkt in Nederland bleek haars inziens dat de bepalingen van het OPA betreffende de prijsverlaging niet ten uitvoer waren gelegd, maar dat de implementatie van het OPA daarentegen het effect had gehad dat de substitutie van de duurdere specialités door goedkopere produkten in het tegendeel was verkeerd.

12 Bij brief van 21 november 1989 antwoordde J. Mensching, afdelingshoofd bij het Directoraat-generaal Concurrentie, aan verzoekster dat de persoon die een klacht heeft ingediend, niet het recht heeft om de Commissie te verzoeken, het voordeel van de immuniteit tegen geldboeten, dat ingevolge artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17 de ondernemingen genieten die een overeenkomst hebben aangemeld, op te heffen. Aangenomen dat een dergelijk recht toch zou bestaan, betekende zulks niet dat de Commissie in strijd met het gemeenschapsrecht zou handelen,

wanneer zij geen toepassing zou geven aan artikel 15, lid 6, van deze verordening. Hij voegde daaraan toe, dat de handeling waarom verzoekster had gevraagd, niet tot haar zou moeten worden gericht, maar tot de partijen bij het OPA, zodat Prodifarma niet tot de categorie van natuurlijke of rechtspersonen behoorde die zich krachtens artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag tot de gemeenschapsrechter kon wenden, alsook dat het niet noodzakelijk noch opportuun werd geacht, de bevoegde instanties van de Commissie voor te stellen enig formeel standpunt ten aanzien van het verzoek in te nemen.

13 In die omstandigheden heeft verzoekster onderhavig beroep wegens nalaten ingesteld, waartegen de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft opgeworpen. Bij op 30 mei 1990 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft de vereniging Nefarma, partij bij het OPA en verzoekster in zaak T-113/89, verzocht om toelating tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de conclusies van verweerster. Bij beschikking van 5 juli 1990 heeft het Gerecht (Eerste kamer) het verzoek ingewilligd. Interveniënte heeft geen opmerkingen ingediend met betrekking tot de exceptie van niet-ontvankelijkheid.

14 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

15 Prodifarma concludeert dat het het Gerecht behage:

— de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid met de grootst mogelijke spoed te willen behandelen;

— deze exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen;

— het verzoek als door Prodifarma in het inleidend verzoekschrift geformuleerd, toe te wijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

16 Krachtens artikel 91, paragraaf 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof geschiedt de verdere behandeling van de exceptie mondeling, tenzij anders wordt beslist. Het Gerecht acht zich in casu na onderzoek van de processtukken voldoende ingelicht en acht geen termen aanwezig om tot een mondelinge behandeling over te gaan.

De ontvankelijkheid

17 Tot staving van haar exceptie voert de Commissie drie middelen aan. In de eerste plaats betoogt zij dat zij in geen enkel opzicht verplicht is om artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 toe te passen, in de tweede plaats dat een klager geen recht heeft om toepassing van dit artikel te vragen, en in de derde plaats, dat zij haar standpunt heeft bepaald, als bedoeld in artikel 175, tweede alinea, EEG-Verdrag, na door verzoekster tot handelen te zijn uitgenodigd.

18 Alvorens haar argumenten met betrekking tot deze drie middelen uiteen te zetten, merkt de Commissie op dat ofschoon een beschikking ex artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 wegens haar voorlopig karakter vergelijkbaar is met het treffen van voorlopige voorzieningen op grond van artikel 3 van deze verordening, er toch diverse verschillen bestaan. In de eerste plaats kan slechts een beschikking ex artikel 15, lid 6, worden gegeven bij een aangemelde overeenkomst. In de tweede plaats is het voor de toepassing van artikel 15, lid 6, in beginsel voldoende dat de aangemelde overeenkomst naar voorlopige beoordeling strijdig is met de bepalingen van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, terwijl voor het treffen van voorlopige maatregelen extra eisen gelden, inzonderheid moeten spoedeisendheid en onherstelbare schade worden aangetoond. In de derde plaats is het enige gevolg van een beschikking waarbij toepassing aan artikel 15, lid 6, wordt gegeven, het wegvallen van de boete-immuniteit, terwijl voorlopige maatregelen doorgaans een bevel inhouden om een bepaalde handeling te verrichten of na te laten. In de vierde en laatste plaats is de procedure ex artikel 15, lid 6, uitsluitend een zaak tussen de Commissie en de partijen bij de aanmelding, terwijl in het kader van de procedure, voorafgaande aan het treffen van voorlopige maatregelen, derden die zich benadeeld achten, een belangrijke rol kunnen spelen.

19 Met betrekking tot het eerste middel waarop zij haar exceptie van niet-ontvankelijkheid baseert, stelt de Commissie dat een beroep ex artikel 175 EEG-Verdrag slechts kans van slagen heeft, indien de verwerende instelling op grond van een uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichting gehouden was te handelen. Artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 verleent haar slechts een bevoegdheid, zodat zij in casu geenszins verplicht is te handelen. Zij verwijst naar het arrest van het Hof van 18 oktober 1979 (zaak 125/78, GEMA/Commissie, Jurispr. 1979, blz. 3173), volgens hetwelk zij niet verplicht is om op verzoek van een klager overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 17 het bestaan van een inbreuk vast te stellen.

20 Met haar tweede middel betoogt de Commissie, dat waar zij in geen enkel opzicht verplicht is artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 toe te passen, de klager geen recht heeft om toepassing van dit artikel te vragen. Hoewel ondernemingen ingevolge artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 het recht hebben om de Commissie te verzoeken, een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 EEG-Verdrag vast te stellen, bestaat er daarentegen geen enkele bepaling op grond waarvan de ondernemingen die een klacht hebben ingediend, het recht zouden hebben haar te verzoeken (laat staan te verplichten) een boete op te leggen c. q. de ter zake in artikel 15, lid 5, voorziene boete-immuniteit ongedaan te maken.

21 Volgens de Commissie zijn er geen klemmende redenen om de ondernemingen die een klacht hebben ingediend, toch die mogelijkheid toe te kennen. De klager kan immers geen enkel belang aantonen, anders dan een „ondefinieerbaar psychologisch belang", bij de toepassing van artikel 15, lid 6, omdat de opheffing van de boete -immuniteit niet zijn eigen rechtspositie wijzigt, doch enkel gevolgen heeft voor de rechtspositie van de aanmeldende partijen.

22 De Commissie voegt daaraan toe, dat een beschikking krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 niet een handeling is die ten aanzien van de klager dient te worden verricht, zodat niet aan de laatste voorwaarde van artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag is voldaan.

23 Voorts verklaart zij, dat het feit dat de aanmeldende partijen in beroep kunnen komen tegen een beschikking ex artikel 15, lid 6 (arrest van het Hof van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries/Commissie, Jurispr. 1967, blz. 75), nog niet betekent dat een klager hetzelfde zou kunnen

doen tegen de weigering van de Commissie om een dergelijke beschikking te geven. Een dergelijke weigering is namelijk niet gebaseerd op een discretionaire beoordeling van het individuele geval, maar op het ontbreken van een rechtsbasis voor een daartoe strekkend verzoek van de klager. Bovendien geldt, meer in het algemeen, dat de vroeger wel gemaakte koppeling tussen het beroep ex artikel 173 EEG-Verdrag en het beroep ex artikel 175 EEG-Verdrag inmiddels moet worden geacht te zijn achterhaald door de meer recente rechtspraak van het Hof (arrest van 27 september 1988, zaak 302/87, Parlement/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5615).

24 In haar derde en laatste middel stelt de Commissie dat de door de heer Mensching, afdelingshoofd bij het Directoraat-generaal Concurrentie, op 21 november 1989 aan verzoekster gestuurde brief een standpuntbepaling vormt in de zin van artikel 175, tweede alinea, EEG-Verdrag, die het beroep wegens nalaten niet-ontvankelijk maakt.

25 Tot staving van de ontvankelijkheid van haar beroep stelt verzoekster in haar verzoekschrift met nadruk dat een besluit om toepassing te geven aan artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 een beschikking is die door de partijen aan wie zij is geadresseerd, kan worden aangevochten op grond van artikel 173 EEG-Verdrag. Vervolgens merkt zij op dat een partij die een klacht heeft ingediend, in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17, ontvankelijk is in haar beroep tot nietigverklaring van een beschikking welke door de Commissie is gegeven in het kader van de naar aanleiding van haar klacht ingeleide procedure, en zulks onafhankelijk van de inhoud van de beschikking. Tegen een eventuele expliciete beschikking waarbij de Commissie zou besluiten geen toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, zou dus kunnen worden opgekomen door een partij die een klacht heeft ingediend. Voor haar stelling meent zij steun te vinden in de arresten van het Hof van 15 maart 1967 (gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries, reeds aangehaald) en van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro/Commissie, Jurispr. 1977, blz. 1875, 1902). Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 18 november 1970 (zaak 15/70, Chevalley/Commissie, Jurispr. 1970, blz. 975) stelt verzoekster verder dat niet alleen beroep kan worden ingesteld tegen een beschikking tot weigering, maar ook tegen de weigering een beschikking te geven. Zij verbindt daaraan de conclusie, dat een partij die een klacht heeft ingediend en daadwerkelijk in de door de Commissie ingeleide procedure is betrokken, beroep kan instellen tegen het feit dat deze laatste heeft nagelaten in het kader van deze procedure een beschikking te geven als bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17.

26 Volgens verzoekster kan niet met een beroep op het arrest van het Hof van 27 september 1988 (zaak 302/87, Parlement/Raad, reeds aangehaald) worden

ontkend dat het begrip handeling welke grond kan opleveren tot een beroep, in de artikelen 173 en 175 identiek is. Uit deze parallelliteit van de beide beroepsmogelijkheden leidt zij af, dat een beroep ex artikel 175 niet alleen open staat wanneer een instelling nalaat een handeling te verrichten, waartoe zij krachtens het gemeenschapsrecht verplicht is, maar ook wanneer zij over een discretionaire bevoegdheid tot handelen beschikt, doch deze bevoegdheid op enigerlei wijze misbruikt door niet te handelen.

27 Tegen het eerste middel dat de Commissie tot staving van haar exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft aangevoerd, brengt verzoekster in dat de Commissie in casu wel degelijk verplicht is, jegens de OPA-partijen toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17. In zijn beschikking van 17 januari 1980 (zaak 792/79 R, Camera Care/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 119) heeft het Hof de Commissie namelijk bevoegd verklaard voorlopige maatregelen te nemen, hoewel een uitdrukkelijke wettelijke basis ontbrak. Deze conclusie van het Hof berustte op algemene overwegingen betreffende de verantwoordelijkheid van de Commissie voor het toezicht op de handhaving van de concurrentieregels van het Verdrag. Volgens verzoekster moeten deze overwegingen zeker gelden ten aanzien van het vraagstuk van de toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, waar het hier gaat om een uitdrukkelijk voorziene bevoegdheid.

28 Verzoekster leidt hieruit af, dat de Commissie haar bevoegdheid ex artikel 15, lid 6, niet naar believen mag hanteren, maar deze moet inzetten voor een optimale handhaving van de concurrentieregels. Uit vorengenoemde beschikking van het Hof volgt, dat de Commissie inzonderheid moet voorkomen dat haar beslissingsbevoegdheid ex artikel 3 van verordening nr. 17 „onwerkzaam of zelfs illusoir wordt door het optreden van bepaalde ondernemingen".

29 Verzoekster merkt op dat het OPA slechts voor een periode van twee jaar is gesloten en dat dit betekent dat het OPA voor zo goed als de gehele voorziene periode ten uitvoer zal zijn gelegd tegen de tijd dat de Commissie de procedure met een eindbeslissing zal afsluiten. Indien de partijen bij het OPA de in artikel 15, lid 5, van verordening nr. 17 voorziene immuniteit blijven genieten, zullen zij de door het OPA nagestreefde doeleinden volledig bereiken. De eventueel tot hen te richten verbodsbeschikking van de Commissie zou dan worden gereduceerd tot een principe-uitspraak zonder enig daadwerkelijk effect. Door in de procedure een „proefperiode" van een jaar in te lassen en het onderzoek van het OPA op te schorten tot deze termijn verstreken is, heeft de Commissie de procedure zeer be-

wust verlengd. Onder deze omstandigheden heeft de Commissie volgens verzoekster de plicht om erop toe te zien, dat niet door dit eigen beleid van de Commissie ertoe wordt bijgedragen dat deze controle „onwerkzaam of zelfs illusoir wordt" en moet zij aan de opschorting van haar onderzoek de voorwaarde verbinden dat deze „proefperiode" qua boetedreiging voor het risico is van de bij de overeenkomst betrokken partijen.

30 Verzoekster verwijst eveneens naar het arrest van het Hof van 7 juni 1983 (gevoegde zaken 100/80 tot en met 103/80, Musique diffusion française/Commissie, Jurispr. 1983, blz. 1825, 1905 e. v.), volgens hetwelk de Commissie „ook de context waarbinnen de inbreuk is gepleegd, in aanmerking moet nemen en ervoor moet zorgen dat haar optreden een preventieve werking heeft". Het opheffen van de in artikel 15, lid 5, voorziene immuniteit zou in die zin preventieve werking hebben, dat deze de bij het OPA betrokken partijen ertoe zou brengen zich niet te verlaten op het simpel laten voortduren van de procedure, maar daarentegen actief mee te werken opdat in de nog hangende administratieve procedure een eindbeslissing wordt genomen.

31 Met betrekking tot het tweede door de Commissie opgeworpen middel stelt verzoekster dat de Commissie blijk geeft van onbegrip aangaande de positie van klagers in een procedure als de onderhavige, door hun belang bij toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 te ontkennen. In een situatie waarin een overeenkomst het voorwerp is van enerzijds een klacht en anderzijds een aanmelding, treden de betrokken partijen als tegenstanders op in een procedure waarin de Commissie de betrokken overeenkomst aan artikel 85 van het EEG-Verdrag toetst. Onder die omstandigheden is het een grove miskenning van de feiten om te stellen dat in een dergelijke procedure alleen de partijen bij de overeenkomst een belang hebben. Verzoekster heeft een direct in het oog springend rechtsteeks belang bij de afwikkeling en afsluiting van die procedure. Blijkens de arresten van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, reeds aangehaald) en 11 oktober 1983 (zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt/Commissie, Jurispr. 1983, blz. 3045) hebben particuliere partijen een in rechte te beschermen belang bij de juiste handhaving van de mededingingsregels, wanneer hun belangen worden geraakt door een overeenkomst die in casu onder die regels ter toets staan. Met betrekking tot in het bijzonder de toepassing van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 stelt verzoekster dat haar belang voortvloeit uit het feit dat de bij artikel 15, lid 5, toegekende boete-immuniteit de „strijdende" partijen in een ongelijke positie brengt, die verdwijnt wanneer de immuniteit wordt opgeheven.

32 Ten slotte betoogt verzoekster dat de door haar gevraagde beschikking haar rechtstreeks en individueel raakt en dat zij te haren aanzien als een handeling in de zin van artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag moet worden beschouwd.

33 Met betrekking tot het derde door de Commissie opgeworpen middel merkt verzoekster op dat enkel een standpuntbepaling die aan de instelling kan worden toegerekend, een einde kan maken aan haar nalaten. Aan deze voorwaarde is niet voldaan met de brief van 21 november 1989, die niet is ondertekend door een directeur of een directeur-generaal, noch door het verantwoordelijke lid van de Commissie.

34 Gelet op deze feitelijke en juridische gegevens, is het Gerecht van mening dat eerst het tweede door de Commissie opgeworpen middel van niet-ontvankelijkheid moet worden onderzocht.

35 Volgens artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag kan iedere natuurlijke of rechtspersoon onder de in dat artikel vastgestelde voorwaarden bij de gemeenschapsrechter zijn bezwaren indienen tegen het feit dat een der instellingen „heeft nagelaten te zijnen aanzien een andere handeling te verrichten dan het geven van een aanbeveling of een advies". Uit de bewoordingen van deze bepaling zelf volgt dat een natuurlijk of rechtspersoon, om in zijn beroep wegens nalaten ontvankelijk zijn, aannemelijk moet maken dat zijn rechtspositie identiek is aan die van de potentiële adressaat van een rechtshandeling die de Commissie te zijnen aanzien zou moeten verrichten (zie bij voorbeeld het arrest van het Hof van 10 juni 1982, zaak 246/81, Lord Bethell/Commissie, Jurispr. 1982, blz. 2277, 2291, en de beschikkingen van het Hof van 30 maart 1990, zaak C-371/89, Emrich/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-1555, r. o. 5 en 6, en van 23 mei 1990, zaak C-72/90, Asia Motor France/Commissie, r. o. 10 tot en met 12, Jurispr. 1990, blz. I-2181).

36 Verzoekster vraagt de Commissie om een beschikking krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, volgens hetwelk de bepalingen van lid 5 van dat artikel, die de partijen die een overeenkomst hebben aangemeld, een boete-immuniteit waarborgen, „niet van toepassing (zijn) zodra de Commissie de betrokken ondernemingen heeft medegedeeld dat zij, na een voorlopig onderzoek, van oordeel is dat overeenkomsten, besluiten of gedragingen onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen en dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is". Uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt dat de beschikking die de Commis-

sie op grond daarvan mag geven, noodzakelijkerwijze tot de partijen bij de aangemelde overeenkomst dient te worden gericht. Daarentegen wordt in deze bepaling niet voorzien, dat derden die overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 17 een klacht tegen de overeenkomst hebben ingediend, eveneens adressaat van die beschikking zijn.

37 De beschikking waarom de verzoekende vereniging heeft verzocht, zou dus niet tot haar moeten worden gericht en evenmin tot de ondernemingen die lid van haar zijn. In die omstandigheden behoren verzoekster noch haar leden tot de natuurlijke of rechtspersonen die volgens de bewoordingen van artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag zelf, een beroep wegens nalaten zouden kunnen instellen.

38 Hoewel deze bevinding volstaat om vast te stellen dat onderhavig beroep niet-ontvankelijk is, is het Gerecht van mening dat ten overvloede en subsidiair verzoeksters stelling moet worden onderzocht, dat zij rechtstreeks en individueel zou worden geraakt door de door haar gevraagde beschikking en dat zij bijgevolg voor artikel 175, derde alinea, EEG-Verdrag zou moeten worden gelijkgesteld met een potentiële adressaat van deze beschikking.

39 Gesteld al dat zou kunnen worden erkend dat er een parallelliteit bestaat tussen het beroep tot nietigverklaring op grond van artikel 173 en het beroep wegens nalaten op grond van artikel 175 EEG-Verdrag, zoals verzoekster betoogt, en verder dat de rechtsbescherming van particulieren een ruime uitlegging van artikel 175, derde alinea, vereist, in die zin dat een natuurlijk of rechtspersoon zijn bezwaren zou kunnen indienen tegen het feit dat een instelling heeft nagelaten een handeling te verrichten waarvan hij niet de adressaat zou zijn, doch die hem rechtstreeks en individueel zou raken indien zij werd aangenomen (zie in die zin bij voorbeeld het arrest van het Hof van 14 februari 1989, zaak 247/87, Star Fruit Company/Commissie, Jurispr. 1989, blz. 291, 301, en vooral de conclusie van advocaat-generaal Lenz in deze zaak, inz. blz. 296), dan zou onderhavig beroep slechts ontvankelijk kunnen worden geacht wanneer een beschikking op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 verzoekster rechtstreeks en individueel zou raken door ten aanzien van haar rechtsgevolgen teweeg te brengen. Derhalve dient te worden onderzocht, welke rechtsgevolgen de door verzoekster gevraagde beschikking zou teweegbrengen op het vlak van het mededingingsrecht en op dat van het procedureel recht.

40 Vooropgesteld zij dat een beschikking op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 in geen enkel opzicht de geldigheid beïnvloedt van de overeenkomst die nog aan artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag wordt getoetst. De rechtspositie van verzoekster of van haar leden voor de nationale rechterlijke instanties wordt dus niet geraakt.

41 Voor de partijen bij een mededingingsregeling brengt de beschikking waarbij de immuniteit wordt opgeheven, tweeërlei rechtsgevolgen teweeg. Enerzijds wordt het op grond daarvan mogelijk dat hun een boete wordt opgelegd indien zij hun overeenkomst blijven toepassen. Anderzijds sluit zij de goede trouw van de ondernemingen uit ter zake van de verenigbaarheid van deze overeenkomst met artikel 85 EEG-Verdrag, zodat zij in de toekomst nagenoeg niet kunnen ontkennen dat zij opzettelijk of althans uit onachtzaamheid inbreuk op artikel 85, lid 1, hebben gemaakt. Bijgevolg zou de door verzoekster gevraagde beschikking niet enkel in schijn ten aanzien van de partijen worden gegeven, die de overeenkomst hebben aangemeld. Zou een dergelijke beschikking worden vastgesteld, dan zou zij integendeel de rechtspositie van de partijen bij de overeenkomst daadwerkelijk beïnvloeden.

42 De beschikking waarbij de immuniteit wordt opgeheven, heeft daarentegen niet tot gevolg dat partijen wordt belet hun mededingingsregeling toe te passen. Weliswaar kan het risico dat hun een geldboete wordt opgelegd, hen hiervan weerhouden, doch dit eventuele gevolg van een dergelijke beschikking is zuiver feitelijk en bovendien afhankelijk van de wil van de betrokken ondernemingen. Natuurlijk kan niet worden ontkend dat verzoekster Prodifarma en haar leden, die zich door de gedragingen van de partijen bij het OPA benadeeld achten, er belang bij hebben dat in casu een dergelijk gevolg intreedt, doch dat is een indirect belang, dat niet voldoende grond oplevert om vast te stellen dat hun rechtspositie door de gevraagde beschikking zou worden geraakt (zie het arrest van 10 juni 1982, zaak 246/81, Lord Bethell, reeds aangehaald).

43 Bovendien heeft verzoekster geen recht op opheffing van de door partijen bij het OPA genoten boete-immuniteit door de Commissie. Immers, verordening nr. 17 voorziet niet dat derden die een klacht hebben ingediend, de Commissie kunnen verzoeken om haar bevoegdheid ex artikel 15, lid 6, van deze verordening uit te oefenen. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, houdt dit verband met het feit dat zij er geen wettig belang bij hebben dat deze immuniteit van de partijen bij de mededingingsregeling wordt ingetrokken. Anders dan de voorlopige maatregelen die de Commissie op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 kan nemen,

kan de opheffing van de immuniteit namelijk niet rechtstreeks ten goede komen aan de derden die een klacht hebben ingediend. Bovendien gelden voor een dergelijke beschikking opportuniteitsoverwegingen, zodat de Commissie over een grote vrijheid van handelen moet kunnen beschikken. Een dergelijke vrijheid is onverenigbaar met de mogelijkheid van derden om de opheffing van de immuniteit of een uitspraak op hun verzoek daartoe te kunnen afdwingen.

44 Bovendien kan een beschikking op grond van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 de rechtspositie van verzoekster evenmin op procedureel vlak wijzigen. Een dergelijke beschikking vormt namelijk de afsluiting van een bijzondere rechtsgang welke zich onderscheidt van die welke het onderzoek van de door de verzoekster neergelegde klacht beoogt (zie het arrest van het Hof van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries, reeds aangehaald, blz. 116) en waarin de procedurele rechten van deze laatste onverlet worden gelaten. Deze bijzondere procedure raakt slechts de partijen bij de mededingingsregeling. De indirecte belangen van verzoekster (zie hiervoor punt 42) zijn geen voldoende grond om haar het recht te verlenen, krachtens artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 in het kader van deze bijzondere procedure te worden gehoord. Als derde die een klacht heeft ingediend, staat verzoekster buiten deze procedure en geniet zij geen enkel procedureel recht dat door de aan het eind van deze procedure gegeven beschikking kan worden aangetast.

45 Bijgevolg vraagt verzoekster, zonder dat zij aan enigerlei bepaling een recht daartoe kan ontlenen, om de vaststelling van een handeling die haar niet rechtstreeks en individueel zou raken in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag. Mitsdien kan haar beroep slechts niet-ontvankelijk worden verklaard en zulks zelfs wanneer haar stelling inzake het bestaan van een parallelliteit tussen de beroepsmogelijkheden van de artikelen 173 en 175 zou kunnen worden aanvaard.

46 Blijkens voorgaande overwegingen dient onderhavig beroep niet-ontvankelijk te worden verklaard, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de andere door de Commissie opgeworpen middelen.

Kosten

47 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof dient de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te worden verwezen,

voor zover zulks is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen. Daar zij ter zake niet heeft geconcludeerd, zal interveniënte haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

beschikt:

1) **Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.**

2) **Verzoekster wordt verwezen in de kosten, met uitzondering van de kosten van interveniënte, die haar eigen kosten zal dragen.**

Luxemburg, 23 januari 1991.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça