Deve, aliás, salientar-se que os queixosos, por um lado, não são directa nem individualmente afectados por tal abstenção da Comissão, na medida em que o facto de ser retirado o benefício da imunidade em nada altera a respectiva situação jurídica, nem no âmbito do processo que decorre perante a Comissão, nem perante os tribunais nacionais, e, por outro lado, não têm qualquer interesse legítimo nessa retirada.

DESPACHO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)
23 de Janeiro de 1991 *

No processo T-3/90,

Vereniging Prodifarma, com sede em Amesterdão, patrocinada por M. van Empel e A. J. H. W. M. Versteeg, advogados de Amesterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de J. Loesch, advogado, 8, rue Zithe,

requerente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por B. J. Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Guido Berardis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

requerida,

apoiada por

Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie «Nefarma», com sede em Utreque, patrocinada por B. H. Ter Kuile, advogado de Haia, e a H. Pijnacker Hordijk, advogado de Amesterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de J. Loesch, advogado, 8, rue Zithe,

interveniente,

* língua do processo: neerlandês.

destinado a obter a declaração, com base no artigo 175.° do Tratado CEE, de que a Comissão violou o referido Tratado ao abster-se de tomar uma decisão sobre o pedido que lhe foi dirigido pela requerente, no sentido de aplicar o disposto no artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, ao chamado acordo «OPA» relativo à distribuição de medicamentos nos Países Baixos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção),

composto por J. L. Cruz Vilaça, presidente, H. Kirschner, R. Schintgen, R. García-Valdecasas e K. Lenaerts, juízes,

secretário: H. Jung

profere o presente

Despacho

Factos, processo e conclusões

1 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 29 de Janeiro de 1990, a associação de direito neerlandês Prodifarma intentou uma acção, nos termos do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado, a fim de obter a declaração de que a Comissão violou o referido Tratado ao não dar seguimento ao pedido que a requerente lhe apresentara no sentido de aplicar o disposto no artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204, a seguir «Regulamento n.° 17»), e de retirar às partes no acordo conhecido por Omni-Partijen Akkoord (a seguir «acordo OPA») relativo à distribuição de medicamentos nos Países Baixos, o benefício da imunidade em matéria de multas, prevista no n.° 5 do referido artigo.

2 Por memorando entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 27 de Fevereiro de 1990, a Comissão suscitou uma questão prévia de inadmissibilidade, nos termos do artigo 91.°, n.° 1, do Regulamento Processual do Tribunal de Jus-

tiça, aplicável *mutatis mutandis* ao processo perante o Tribunal de Primeira Instância, requerendo que este se pronuncie sobre esta questão sem dar início à discussão da questão de fundo.

3 O actual litígio inscreve-se no quadro dos esforços empreendidos pelas autoridades neerlandesas a partir dos anos 70 para controlar o custo dos medicamentos fornecidos fora dos hospitais e outros estabelecimentos de cuidados médicos. Está estreitamente ligado aos processos T-113/89, Nefarma/Comissão, T-114/89, VNZ/ /Comissão, e T-116/89, Prodifarma/Comissão I (acórdãos de 13 de Dezembro 1990, Colect. p. II-797, II-827 e II-843). Na apreciação dos factos subjacentes à actual acção, o Tribunal de Primeira Instância teve em conta, oficiosamente, elementos de facto contidos nos autos do processo paralelo T-116/89.

4 O acordo OPA foi celebrado em 18 de Agosto de 1988 entre as organizações representativas de todas as partes envolvidas na prescrição e no fornecimento de medicamentos nos Países Baixos, como os produtores e os fornecedores, os médicos, os farmacêuticos e as caixas de seguro de doença, à excepção, contudo, da requerente. Esta, fundada em 1986 pelas empresas Centrafarm BV, Medicalex BV, BV Pharbita, Pharmon BV, Aeramphic BV, Polyfarma BV, Pharmacis BV, Genfarma BV e BV Lagap BNL, reagrupa as empresas de menor dimensão que não fazem parte da indústria de medicamentos de marca e que produzem medicamentos genéricos, especialidades farmacêuticas ou que se dedicam à importação paralela de medicamentos genéricos.

5 Os participantes no acordo OPA comprometeram-se a reduzir os preços de venda dos produtos farmacêuticos por eles praticados em relação aos farmacêuticos, a fim de contribuir deste modo para os esforços empreendidos pelas autoridades neerlandesas de controlo dos custos de fornecimento de medicamentos nos Países Baixos. A aplicação desta redução de preços encontrava-se subordinada a diversas alterações prévias da regulamentação nacional que estabelece o regime de reembolsos aos farmacêuticos pelo fornecimento de medicamentos, alterações que tinham designadamente em vista atenuar os efeitos de determinadas medidas, previstas nesta regulamentação, destinadas a encorajar a substituição das especialidades farmacêuticas por medicamentos genéricos ou de importação paralela mais baratos. Entre estas medidas figurava um chamado prémio de promoção de vendas que permitia aos farmacêuticos guardar para si 33 % da diferença entre o preço, mais elevado, das especialidades farmacêuticas receitadas e dos produtos de substituição que eles fornecessem. Nos termos do acordo OPA, este prémio devia ser reduzido

para 15 % da referida diferença. O acordo foi celebrado por um período de dois anos. O Governo neerlandês, que não figurava igualmente entre as partes no acordo, declarou-se disposto a efectuar as alterações da regulamentação nacional por aquelas pretendidas. Planeou-se que estas alterações, tal como a projectada redução de preços, entrariam em vigor em 1 de Janeiro de 1989.

6 Dois processos paralelos relativos ao acordo OPA foram então encetados junto da Comissão. Por um lado, a requerente apresentou, em 2 de Dezembro de 1988, uma queixa destinada a obter da Comissão a declaração, ao abrigo do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, de que o acordo OPA é incompatível com o artigo 85.° do Tratado. Por outro lado, o acordo foi notificado à Comissão em nome de todos os signatários em 9 de Dezembro de 1988.

7 A primeira reacção da Comissão ao acordo OPA foi negativa. Em carta de 14 de Dezembro de 1988, assinada por G. Rocca, director da Direcção-Geral da Concorrência, informou as partes no acordo e a requerente de que os seus serviços estavam a examinar a possibilidade de abrir um processo com base no artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17.

8 Após diversas intervenções dos participantes no acordo e do Governo neerlandês, que, tendo em conta a atitude negativa da Comissão, tinha renunciado a adoptar as medidas regulamentares a que se encontrava condicionada a aplicação do OPA, o novo membro da Comissão responsável pelas questões da concorrência, Sir Leon Brittan, alterou esta posição em carta dirigida às autoridades neerlandesas em 6 de Março de 1989. Segundo esta carta, na qual já não se colocava a questão de aplicar o artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17, o acordo OPA devia satisfazer duas condições para que a Comissão pudesse tomar a seu respeito uma decisão favorável:

— em primeiro lugar, que o prémio de promoção de vendas pelo fornecimento de medicamentos mais baratos seja baixado para 20 %, em vez de 15 %, da diferença de preço entre os referidos medicamentos e as especialidades farmacêuticas mais caras;

— em segundo lugar, que os efeitos da diminuição do prémio sejam avaliados, durante o período de um ano, mediante o recurso a um sistema de controlo criado para o efeito.

9 Dado que as partes no acordo OPA aceitaram o alterar deste em conformidade com as propostas de Sir Leon Brittan, e que o Governo neerlandês alterou, em consequência, a regulamentação nacional, o regime previsto pelo acordo OPA foi aplicado a partir de 1 de Abril de 1989. Desde então, os serviços da Comissão e as autoridades neerlandesas reuniram os dados estatísticos exigidos no âmbito do referido sistema de controlo.

10 Em Maio de 1989, diversas partes no acordo OPA, bem como a Prodifarma, requerente no actual processo, interpuseram três recursos de anulação contra, nomeadamente, a carta de Sir Leon Brittan de 6 de Março de 1989, a que correspondem os processos T-113/89, T-114/89 e T-116/89. Enquanto as partes no acordo OPA acusavam a Comissão de ter adoptado uma atitude demasiadamente negativa em relação a este, na sua versão inicial, a Prodifarma considerava, por seu lado, que a reacção manifestada pela Comissão em relação ao acordo era demasiado favorável, atendendo aos efeitos anticoncorrenciais a ele ligados, em seu entender. Esses recursos foram julgados inadmissíveis por três acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 1990.

11 Sem esperar pela decisão do seu recurso de anulação, a Prodifarma enviou à Comissão, em 28 de Setembro de 1989, uma carta em que a convidava a aplicar, no prazo estabelecido no artigo 175.°, segundo parágrafo, do Tratado, o disposto no artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 às partes no acordo OPA. Em seu entender, os números entretanto publicados pelas autoridades neerlandesas sobre a evolução do mercado dos produtos farmacêuticos nos Países Baixos revelam que as disposições do acordo OPA relativas à redução de preços não foram aplicadas, mas que a execução do acordo teve, em contrapartida, por efeito inverter a tendência para a substituição das especialidades farmacêuticas mais caras por produtos mais baratos.

12 Por carta de 21 de Novembro de 1989, J. Mensching, chefe de divisão na Direcção-Geral da Concorrência, respondeu à requerente que as partes queixosas não têm o direito de requerer que a Comissão retire às empresas que notificaram um acordo a imunidade de que estas beneficiam em relação às multas, nos termos do artigo 15.°, n.° 5, do Regulamento n.° 17. Mesmo que se admita que tal direito deve ser reconhecido, a Comissão não viola o direito comunitário ao abster-se de aplicar o artigo 15.°, n.° 6, do referido regulamento. Acrescentou que, dado que o

acto solicitado pela requerente não lhe deve ser dirigido, mas às partes no acordo OPA, a Prodifarma não se integrava na categoria das pessoas singulares ou colectivas que podem recorrer ao tribunal comunitário ao abrigo do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado, e que não tinha sido considerado nem necessário nem oportuno propor às instâncias competentes da Comissão a adopção de qualquer posição formal na sequência do seu pedido.

13 É nestas condições que a requerente intentou a actual acção por omissão, em relação à qual a Comissão suscitou uma questão prévia da inadmissibilidade. Mediante petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 30 de Maio de 1990, a associação Nefarma, parte no acordo OPA e requerente no processo T-113/89, solicitou a sua intervenção no actual processo, em apoio das conclusões da requerida. Por despacho de 5 de Julho de 1990, o Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção) admitiu a intervenção. A interveniente não apresentou observações sobre a questão da inadmissibilidade.

14 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de digne:

— declarar a acção inadmissível;

— condenar a requerente nas despesas.

15 A Prodifarma conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— examinar de imediato a questão da inadmissibilidade invocada pela Comissão;

— julgar improcedente a questão prévia da inadmissibilidade;

— julgar procedente o pedido formulado pela Prodifarma na petição inicial;

— condenar a Comissão nas despesas.

16 Nos termos do artigo 91.°, n.° 3, do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça, a tramitação ulterior do processo sobre a questão suscitada é oral, salvo decisão em contrário. O Tribunal de Primeira Instância considera-se, no caso em apreço, suficientemente informado através do exame das peças do processo, tornando-se desnecessária a fase oral.

Quanto à admissibilidade

17 Em apoio da inadmissibilidade, a Comissão invoca três fundamentos. Alega, em primeiro lugar, não ser de modo algum obrigada a aplicar o artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17, em segundo lugar, que os queixosos não têm o direito de exigir a aplicação da referida disposição e, por último, que tomou posição, na acepção do artigo 175.°, segundo parágrafo, do Tratado, sobre o pedido de actuação que lhe foi dirigido pela requerente.

18 Antes de expor os seus argumentos relativamente a estes três fundamentos, a Comissão observa que, se as decisões tomadas nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 são comparáveis, dado o seu carácter temporário, à adopção de medidas provisórias, nos termos do artigo 3.° do referido regulamento, elas distinguem-se, no entanto, destas em diversos pontos. Em primeiro lugar, salienta que, ao contrário das medidas provisórias, as decisões tomadas nos termos do artigo 15.°, n.° 6, apenas são possíveis no caso de acordos notificados. Refere, em segundo lugar, ser suficiente, em princípio, para aplicar o artigo 15.°, n.° 6, que o acordo notificado pareça, uma vez submetido a uma apreciação provisória, incompatível com o disposto no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, ao passo que, para aprovar medidas provisórias, torna-se necessário que outras condições se encontrem reunidas, nomeadamente que sejam provadas a urgência e o risco de um prejuízo irreparável. Em terceiro lugar, observa que uma decisão de aplicação do artigo 15.°, n.° 6, tem apenas como efeito levantar a imunidade em matéria de multas, enquanto as medidas provisórias implicam geralmente uma injunção de fazer ou de não fazer. Finalmente, salienta que o processo previsto no artigo 15.°, n.° 6, apenas diz respeito à Comissão e às partes notificantes, enquanto, no âmbito do processo que antecede à adopção de medidas provisórias, os terceiros que se considerem lesados podem desempenhar um papel importante.

19 Relativamente ao primeiro fundamento em que baseia a questão da inadmissibilidade, a Comissão defende que uma acção nos termos do artigo 175.° do Tratado apenas poderá proceder se a instituição requerida for obrigada a agir nos termos de uma obrigação decorrente do direito comunitário. Afirma que o artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 lhe confiou apenas um poder, donde resulta que nenhuma obrigação de agir lhe incumbe no caso em apreço. Recorda o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1979, GEMA/Comissão (125/78, Recueil, p. 3173), nos termos do qual não tem obrigação de declarar verificada, a pedido de um dos sujeitos referidos no artigo 3.° do Regulamento n.° 17, a existência de uma infracção.

20 No segundo fundamento, a Comissão alega que, dado não estar sujeita a qualquer obrigação de aplicar o artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17, a queixosa não tem o direito de lhe exigir a aplicação de tais disposições. Observa que, se as empresas têm o direito de lhe requerer, nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, que declare verificadas infracções aos artigos 85.° e 86.° do Tratado, não existe, em contrapartida, qualquer disposição que permita às empresas queixosas solicitarem-lhe a aplicação de uma multa (nem, por maioria de razão, obrigá-la a tal), nem de lhe retirar o benefício previsto, neste domínio, no artigo 15.°, n.° 5.

21 No entender da Comissão, não existe qualquer razão imperativa para conceder, no entanto, tal possibilidade às empresas queixosas. Considera que a queixosa não pode invocar qualquer interesse, que não seja um «interesse psicológico indefinível», na aplicação do artigo 15.°, n.° 6, dado que a retirada do benefício concedido por esta disposição em matéria de multas não altera a sua própria posição jurídica e apenas afecta a posição das partes notificantes.

22 A Comissão acrescenta que uma decisão adoptada nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 não tem obrigatoriamente que ser dirigida à queixosa, de modo que a última condição de aplicação do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado não se encontra preenchida.

23 Afirma, por outro lado, que o direito de recurso de que dispõem as partes notificantes contra uma decisão tomada nos termos do artigo 15.°, n.° 6 (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, Cimenteries/Comissão, 8/66 a 11/66, Recueil, p. 93), não implica de modo algum que um queixoso possa igual-

mente impugnar a recusa da Comissão de adoptar tal decisão. Alega que tal recusa não se baseia numa apreciação discricionária do caso em apreço, mas na inexistência de base jurídica do pedido formulado nesse sentido pelo queixoso. Observa por último, num plano mais genérico, que o nexo outrora estabelecido entre o recurso nos termos do artigo 173.° e a acção prevista no artigo 175.° do Tratado parece ter sido abandonado pela jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça (acórdão de 27 de Setembro de 1988, Parlamento/Conselho, 302/87, Colect., p. 5615).

24 No seu terceiro e último fundamento, a Comissão alega que a carta dirigida em 21 de Novembro de 1989 à requerente pelo Senhor Mensching, chefe de divisão na Direcção-Geral da Concorrência, constitui uma tomada de posição na acepção do artigo 175.°, segundo parágrafo, do Tratado, o que torna inadmissível a acção por omissão.

25 A fim de demonstrar a admissibilidade da sua acção, a requerente salienta, na petição, que a decisão de aplicar o artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 é susceptível de recurso, nos termos do artigo 173.° do Tratado, por parte dos seus destinatários. Salienta, em seguida, que um queixoso, na acepção do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, tem legitimidade para requerer a anulação de uma decisão adoptada pela Comissão no âmbito de um processo aberto na sequência da sua queixa, independentemente do conteúdo da decisão. Retira daí que o queixoso pode interpor recurso de uma eventual decisão de recusa explícita por parte da Comissão de aplicar as disposições do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17. Considera que o seu ponto de vista é corroborado pelos acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, Cimenteries/Comissão (8/66 a 11/66, supracitado), e de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão (26/76, Recueil, p. 1875, 1902). A requerente invoca ainda o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1970, Chevalley/Comissão (15/70, Recueil, p. 975), para defender o direito de recurso não apenas contra uma decisão de rejeição, mas igualmente contra a recusa de adoptar uma decisão. Conclui daí que um queixoso que teve efectivamente ocasião de participar num processo aberto pela Comissão, pode intentar uma acção com base na omissão por parte desta de adoptar, no âmbito do referido processo, uma decisão nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17.

26 A requerente considera que o acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 1988, Parlamento/Conselho (302/87, supracitado), não pode ser invocado para refutar a ideia de que a noção de acto impugnável judicialmente é idêntica nos

artigos 173.° e 175.° Deduz deste paralelismo entre as duas vias processuais que a acção prevista no artigo 175.° pode ser utilizada não apenas quando uma instituição se abstem de adoptar um acto que lhe é imposto pelo direito comunitário, mas igualmente na hipótese de, dispondo de um poder discricionário de acção, abusar de algum modo deste poder, abstendo-se de agir.

27 Ao primeiro fundamento invocado pela Comissão em apoio da inadmissibilidade, a requerente responde que a Comissão se encontra mesmo, no caso em apreço, vinculada a aplicar o artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 às partes no acordo OPA. Alega que, no despacho de 17 de Janeiro de 1980, Camare Care/Comissão (792/79, Recueil, p. 119), o Tribunal de Justiça reconheceu à Comissão competência para adoptar medidas provisórias na falta de uma base legal expressa, apoiando-se em considerações gerais relativas à sua responsabilidade no domínio do controlo da observância das regras de concorrência do Tratado. Para a requerente, estas considerações devem, por maioria de razão, aplicar-se à questão da aplicação do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17, na medida em que se trate de uma competência expressamente prevista.

28 A requerente retira daí que a Comissão não pode utilizar a seu bel-prazer o poder conferido pelo artigo 15.°, n.° 6, devendo utilizá-lo com vista a garantir uma aplicação óptima das regras de concorrência. Salienta decorrer do referido despacho que a Comissão deve designadamente evitar que a sua competência de decisão ao abrigo do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 «acabe por se tornar ineficaz, ou mesmo ilusória, devido à acção de determinadas empresas».

29 A requerente salienta que o acordo OPA apenas foi concluído pelo período de dois anos, o que significa que na altura em que a Comissão vier a encerrar o processo com uma decisão definitiva, o acordo terá provavelmente sido aplicado durante a quase totalidade do período previsto. A requerente entende que, se as partes no acordo continuarem a beneficiar da imunidade prevista no artigo 15.°, n.° 5, do Regulamento n.° 17, alcançarão totalmente os objectivos prosseguidos pelo acordo. A decisão de proibição que a Comissão lhes viesse eventualmente a dirigir, não passaria então de uma simples decisão de princípio, destituída de qualquer efeito real. Acrescenta que foi a própria Comissão que, ao introduzir no pro-

cesso um «período experimental» de um ano, e ao adiar o exame do acordo para o termo do prazo deste, prolongou deliberadamente o processo. A requerente considera que, nestas condições, a Comissão tem obrigação de velar por que o seu próprio comportamento não contribua para tornar esse controlo «ineficaz ou mesmo ilusório», devendo, em consequência, sujeitar o adiamento do seu exame à condição de serem as partes no acordo a suportar o risco do «período experimental», no que diz respeito à eventualidade de uma multa.

30 A requerente invoca igualmente o acórdão do tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, Musique diffusion française/Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, 1905 e seguintes), nos termos do qual a Comissão deve igualmente ter em conta o contexto da infracção e providenciar no sentido de que a sua acção tenha um carácter dissuasivo». Alega que a retirada do benefício prevista no artigo 15.°, n.° 5, teria um efeito preventivo, na medida em que iria dissuadir as partes no acordo de utilizar tácticas dilatórias no processo, incitando-as a colaborar activamente no processo administrativo em curso, a fim que este conduzisse a uma decisão definitiva.

31 Quanto ao segundo fundamento invocado pela Comissão, a requerente defende que esta ignora qual seja a posição dos queixosos num processo como o actual, ao negar o seu interesse na aplicação do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17. Quando um acordo é objecto, por um lado, de uma queixa e, por outro, de uma notificação, as partes envolvidas põem-se, segundo a requerente, como adversárias no quadro do processo em curso no qual a Comissão procede à análise do acordo em questão à luz do artigo 85.° do Tratado. Afirmar que tal processo interessa apenas às partes no acordo equivale a violar gravemente a realidade dos factos. A requerente considera ter um interesse directo evidente na evolução e no resultado final deste processo. Alega que os acórdãos de 25 de Outubro de 1977, Metro (26/76, supracitado), e de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt/Comissão (210/81, Recueil, p. 3045), reconheceram aos particulares um interesse, digno de tutela legal, na aplicação correcta das regras de concorrência quando os respectivos interesses são afectados por um acordo que é objecto, no caso em apreço, de apreciação à luz dessas regras. Quanto à questão particular da aplicação do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17, defende que o seu interesse resulta de a imunidade em matéria de multas concedida pelo artigo 15.°, n.° 5, estabelecer uma desigualdade entre as partes no «litígio», desigualdade que desaparece quando o tal benefício é retirado.

32 Por último, a requerente alega que a decisão por ela solicitada a afectaria directa e individualmente, devendo pois ser considerada a seu respeito como um acto na acepção do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado.

33 Relativamente ao terceiro fundamento invocado pela Comissão, a requerente observa que apenas uma tomada de posição imputável à instituição poderá eliminar a omissão desta. Considera que esta condição não é satisfeita pela carta de 21 de Novembro de 1989, a qual não foi assinada nem por um director, nem por um director-geral, nem por um membro da Comissdão responsável.

34 Atendendo a estes elementos de facto e de direito, o Tribunal considera ser conveniente analisar em primeiro lugar o segundo fundamento de inadmissibilidade invocado pela Comissão.

35 A este propósito, deve salientar-se que, nos termos do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado, qualquer pessoa singular ou colectiva pode recorrer ao Tribunal de Justiça, nos termos indicados no mesmo artigo, para acusar uma das instituições «de lhe não ter dirigido um acto que não seja recomendação ou parecer». Resulta dos termos desta disposição que, para ver admitida a sua acção por omissão a pessoa singular ou colectiva deve provar que se encontra exactamente na situação jurídica de destinatário potencial de um acto jurídico que a Comissão tem obrigação de adoptar a seu respeito (ver, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Junho de 1982, Lord/Bethell/Comissão, 246/81, Recueil, p. 2277, 2291, e os despachos do Tribunal de Justiça de 30 de Março de 1990, Emrich/Comissão, n.os 5 e 6, C-371/89, Colect., p. I-1555, e de 23 de Maio de 1990, Asia Motor France/Comissão, n.os 10 a 12, C-72/90, Colect., p. I-2181).

36 Há que salientar em seguida que a requerente solicita uma decisão da Comissão, nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17, nos termos do qual o disposto no n.° 5 do mesmo artigo, onde se garante uma imunidade em matéria de multas às partes que notifiquem um acordo, «não é aplicável, desde que a Comissão tenha comunicado às empresas em causa que, após exame provisório, considera que estão preenchidas as condições de aplicação do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado e que não se justifica a aplicação do n.° 3 do artigo 85.°». Resulta dos termos desta disposição que a decisão que com base nela a Comissão fica habili-

tada a tomar deve necessariamente ser dirigida às partes do acordo notificado. Em contrapartida, esta mesma disposição não prevê que os terceiros que tenham apresentado queixas contra o acordo, nos termos do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, possam igualmente ser destinatários de tais decisões.

37 A decisão solicitada pela associação requerente não pode assim ser-lhe dirigida, tal como não o pode ser às empresas que dela fazem parte. Nestas circunstâncias, nem a requerente nem os seus membros figuram entre as pessoas singulares ou colectivas que, nos próprios termos do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado, podem intentar uma acção por omissão.

38 Ainda que esta conclusão seja suficiente para demonstrar a inadmissibilidade da actual acção, o Tribunal de Primeira Instância considera dever examinar-se, por cautela e a título subsidiário, a tese da requerente de que a decisão por ela solicitada lhe diz directa e individualmente respeito e que devia por isso ser equiparada, para efeitos do artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado, a um destinatário potencial dessa decisão.

39 Mesmo que se parta do princípio de que possa ser reconhecida a existência de um paralelismo entre o recurso de anulação previsto no artigo 173.° e a acção por omissão regulada no artigo 175.° do Tratado, como referiu a requerente, e supondo ainda que a tutela jurisdicional dos particulares exige uma interpretação extensiva do artigo 175.°, terceiro parágrafo, no sentido de que uma pessoa singular ou colectiva pode acusar uma instituição de não ter adoptado um acto de que não seria destinatária, mas que lhe diria directa e individualmente respeito no caso de ser adoptado (ver neste sentido, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1989, Star Fruit Company/Comissão, 247/87, Colect., p. 291, 301, e, designadamente, as conclusões do advogado-geral Otto Lenz neste processo, Colect., p. 294, 296), a actual acção apenas pode ser considerada admissível na hipótese de uma decisão nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 afectar directa e individualmente a requerente, produzindo efeitos jurídicos na sua esfera. Convém, assim, analisar os efeitos jurídicos que a decisão solicitada pela requerente produziria no plano do direito da concorrência e no do direito processual.

40 Deve notar-se desde já que uma decisão nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 não tem qualquer incidência sobre a validade do acordo presentemente em análise à luz do artigo 85.°, n.° 2, do Tratado. Não afectaria assim a posição da requerente ou dos seus membros perante os tribunais nacionais.

41 Para as empresas envolvidas numa coligação, a decisão de retirar a imunidade gera efeitos jurídicos de dois tipos. Por um lado, permite aplicar-lhes uma multa no caso de continuarem a dar cumprimento ao respectivo acordo. Por outro lado, exclui a boa fé das empresas relativamente à compatibilidade do referido acordo com o artigo 85.° do Tratado, de forma que deixarão de poder contestar no futuro que a infracção ao artigo 85.°, n.° 1, foi cometida deliberadamente ou, pelo menos, com negligência. Em consequência, não é apenas de forma aparente que a decisão solicitada pela requerente seria dirigida às partes que notificaram o acordo. Pelo contrário, se tal decisão fosse adoptada, afectaria realmente a situação jurídica das partes no acordo.

42 Em contrapartida, a decisão de retirada da imunidade não determina que as partes fiquem impedidas de pôr em prática a respectiva coligação. É certo que o risco de ter de suportar uma multa pode dissuadi-las de o fazer, mas este efeito eventual de tal decisão é puramente efectual, dependendo, além disso, da vontade das empresas envolvidas. Não pode, naturalmente, negar-se que a requerente Prodifarma e seus membros, que se consideram lesados pelo comportamento das partes no acordo OPA, têm interesse em que um efeito semelhante se verifique no caso em apreço. Contudo, trata-se aqui de um interesse indirecto, insuficiente para permitir a conclusão de que a respectiva situação jurídica seria afectada pela decisão requerida (ver o acórdão de 10 de Junho de 1982, Lord Bethell, 246/81, supracitado).

43 Há que concluir, em seguida, que a requerente não tenha o direito de exigir que a Comissão retire o benefício da imunidade em matéria de multas de que gozam as partes no acordo OPA. De facto, o Regulamento n.° 17 não prevê que terceiros queixosos possam requerer à Comissão que esta exerça o poder que lhe cabe, nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do referido Regulamento. Tal resulta do facto, como a Comissão bem salientou, de não terem qualquer interesse legítimo em que o benefício da imunidade seja retirado às partes da coligação. Na verdade, ao contrário das medidas provisórias que a Comissão pode adoptar nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, a retirada da imunidade não é susceptível de benefi-

ciar directamente terceiros queixosos. Além disso, tal decisão deve obedecer a considerações de oportunidade que exigem que a Comissão disponha de uma grande liberdade de acção. Tal liberdade é incompatível com a possibilidade de terceiros poderem obrigá-la a retirar o benefício da imunidade ou a pronunciar-se sobre um pedido nesse sentido por eles apresentado.

44 Deve acrescentar-se que uma decisão tomada nos termos do artigo 15.°, n.° 6, do Regulamento n.° 17 não pode igualmente alterar a situação jurídica da requerente no plano processual. Tal decisão constitui, de facto, o último acto de um processo especial, distinto do destinado ao exame da queixa apresentada pela requerente (ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 1967, Cimenteries/Comissão, 8/66 a 11/66, supracitado, p. 118), no qual os direitos processuais desta última se mantêm inalterados. O referido processo especial diz apenas respeito às partes da coligação. Os interesses indirectos da requerente (ver acima o n.° 42) não são suficientes para lhe conferir o direito de ser ouvida, nos termos do artigo 19.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, no âmbito deste processo especial. A requerente, na sua qualidade de terceiro queixoso, é alheia a tal processo, não gozando, assim, de qualquer direito processual susceptível de ser afectado pela decisão adoptada no seu termo.

45 A requerente solicita assim, sem que disposição alguma lhe conceda esse direito, a adopção de um acto lhe não diz directa e individualmente respeito, na acepção do artigo 173.°, segundo parágrafo, do Tratado. Em consequência, a acção não pode ser declarada admissível, mesmo na hipótese de se acolher a argumentação por ela despendida relativamente à existência de um paralelismo entre as vias jurisdicionais dos artigos 173.° e 75.°

46 Resulta do conjunto das considerações precedentes que a presente acção deve ser julgada inadmissível, sem ser necessário conhecer dos restantes fundamentos invocados pela Comissão.

Quantos às despesas

47 Por força do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se tal for pedido. Tendo a

requerente sido vencida, há que considerar procedente o pedido da Comissão e condená-la nas despesas. Dado que não formulou qualquer pedido sobre este ponto, a interveniente deverá suportar as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTANCIA (Primeira Secção)

decide:

1) **Julgar a acção inadmissível.**

2) **Condenar a requerente nas despesas, com excepção das efectuadas pela interveniente, as quais serão suportadas por esta.**

Luxemburgo, 23 de Janeiro de 1991.

O secretário

H. Jung

O presidente

J. L. Cruz Vilaça