BESCHIKKING VAN HET GERECHT (Derde kamer)
19 februari 1997 *

In zaak T-117/96,

Intertronic F. Cornelis GmbH, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Emden (Duitsland), vertegenwoordigd door D. Schumacher, professor te Bremen, en W. Wiltfang, advocaat te Aurich,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot vaststelling dat de Commissie de krachtens artikel 175 EG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen,

geeft

* Procestaal: Duits.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, kamerpresident, C. P. Briët en A. Potocki, rechters,

griffier: H. Jung

de navolgende

Beschikking

Aan het beroep ten grondslag liggende feiten

1 De Duitse onderneming Intertronic F. Cornelis GmbH (hierna: „Intertronic") maakt reclame per fax om bestellingen binnen te krijgen.

2 Bij arrest van 25 oktober 1995 heeft het Bundesgerichtshof geoordeeld, dat het in strijd is met artikel 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet tegen de deloyale concurrentie, hierna: „UWG") om een ondernemer faxberichten voor reclamedoeleinden toe te zenden, indien deze er niet expliciet of impliciet mee heeft ingestemd dergelijke berichten te ontvangen.

3 Intertronic voert aan, dat verenigingen ter verdediging van beroepsbelangen na dit arrest voor verschillende rechterlijke instanties staking van de reclame per fax hebben gevorderd.

4 Omdat Intertronic meende, dat het arrest van het Bundesgerichtshof en het daaropvolgende gedrag van de verenigingen ter verdediging van beroepsbelangen in strijd waren met het gemeenschapsrecht, heeft zij de Commissie in twee vrijwel identieke brieven, gedateerd 28 maart 1996 en 2 mei 1996, verzocht de nodige maatregelen te treffen om aan deze vermeende inbreuk een einde te maken.

5 In deze twee brieven betoogde Intertronic, dat het arrest van het Bundesgerichtshof en de gelaakte gedragingen in strijd waren met het in artikel 2 EG-Verdrag neergelegde beginsel van de instelling van een gemeenschappelijke markt, met de bij de artikelen 2 en 3, sub g, EG-Verdrag aan de Commissie en de Lid-Staten opgedragen taak om te voorzien in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst, en aldus te voorkomen dat door de Lid-Staten of door de rechterlijke instanties protectionistische concurrentiebeperkingen worden ingevoerd, en met het kartelverbod van artikel 85 EG-Verdrag.

6 In beide brieven verzocht Intertronic de Commissie voorts in de eerste plaats, ten aanzien van de Bondsrepubliek Duitsland vast te stellen dat de aanwending van artikel 1 UWG als rechtsgrondslag voor het verbod van reclame per fax in strijd is met het gemeenschapsrecht, en dat dit verbod derhalve niet kan worden gehandhaafd. In de tweede plaats verzocht Intertronic de Commissie drie privaatrechtelijke verenigingen (Bund internationaler Detektive, Verband Wirtschaft und Wettbewerb en Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) te verbieden jegens haar nog langer een beroep te doen op dwangmiddelen om het verbod van reclame per fax af te dwingen.

7 In beide brieven wordt verwezen naar artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204, hierna: „verordening nr. 17").

Procesverloop en conclusies van partijen

8 In deze omstandigheden heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld, dat op 29 juli 1996 ter griffie van het Gerecht is ingeschreven.

9 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 4 september 1996, heeft de Commissie op grond van artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. Verzoekster heeft haar opmerkingen over deze exceptie ingediend op 25 oktober 1996.

10 In haar verzoekschrift concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— vast te stellen dat de Commissie nalatig is geweest door niet vast te stellen, dat de handhaving van het verbod van reclame per fax door de met de tenuitvoerlegging belaste autoriteiten in de Bondsrepubliek Duitsland en de verenigingen ter verdediging van beroepsbelangen een inbreuk op het kartelverbod vormt;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

11 In haar exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

12 In haar opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— de incidentele vordering af te wijzen.

De ontvankelijkheid

13 Indien een partij het Gerecht verzoekt, over de niet-ontvankelijkheid uitspraak te doen zonder op de zaak ten gronde in te gaan, geschiedt volgens artikel 114 van het Reglement voor de procesvoering de verdere behandeling van de exceptie van niet-ontvankelijkheid mondeling, tenzij het Gerecht anders beslist.

14 Volgens artikel 111 van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht, wanneer het beroep kennelijk niet-ontvankelijk is, beslissen bij met redenen omklede beschikking zonder de behandeling voort te zetten. In casu is het Gerecht (Derde kamer) van mening, dat de stukken voldoende duidelijkheid verschaffen en dat voortzetting van de behandeling niet noodzakelijk is.

Argumenten van partijen

15 De Commissie meent, dat het beroep kennelijk niet-ontvankelijk is.

16 In de eerste plaats stelt de Commissie, dat de wezenlijke vormvoorschriften van artikel 175 van het Verdrag niet in acht zijn genomen, aangezien zij in strijd met de vereisten van de tweede alinea van dat artikel niet vooraf tot handelen is uitgenodigd.

17 Tot staving van deze conclusie betoogt de Commissie, dat zij onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 175 van het Verdrag moet worden uitgenodigd passende maatregelen te treffen en dat de betrokken instelling in de gelegenheid moet worden gesteld een beroep wegens nalaten te vermijden door alsnog op deugdelijke wijze haar standpunt te bepalen (arrest Hof van 22 mei 1985, zaak 13/83, Parlement/Raad, Jurispr. 1985, blz. 1513, en conclusie van advocaat-generaal Lenz bij dat arrest).

18 De Commissie wijst er tevens op, dat de tweede brief die verzoekster haar had gezonden, slechts een herhaling van de eerste was, aangezien verzoekster daarin alleen om een ontvangstbevestiging en een spoedig antwoord verzocht. Geen van beide brieven bevatte een verwijzing naar artikel 175 van het Verdrag of naar de daarin genoemde termijn van twee maanden.

19 In de tweede plaats betoogt de Commissie, dat de maatregelen waarvan verzoekster de rechtmatigheid betwist (artikel 1 UWG en de rechtspraak van het Bundesgerichtshof die op grond van deze bepaling klantenwerving per fax verbiedt) overheidsmaatregelen zijn. Het enige middel om tegen deze maatregelen op te komen, is derhalve het instellen van een beroep wegens niet-nakoming overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag, waartoe de Commissie, die op dit punt over

een discretionaire bevoegdheid beschikt, niet verplicht is (zie o. a. beschikking Hof van 30 maart 1990, zaak C-371/89, Emrich, Jurispr. 1990, blz. I-1555, en beschikking Gerecht van 13 november 1995, zaak T-126/95, Dumez, Jurispr. 1995, blz. II-2863).

20 Verzoekster is van mening, dat zij de Commissie tot handelen heeft uitgenodigd door middel van een verzoek in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, en betoogt, dat het gebruik van bepaalde bewoordingen en de verwijzing naar artikel 175 van het Verdrag geen voorgeschreven vormvereisten zijn.

21 Bovendien is de verwijzing naar het arrest Parlement/Raad, reeds aangehaald, in casu niet relevant.

22 Ten slotte beklemtoont verzoekster, dat zij de Commissie om een concrete actie ten aanzien van de Bondsrepubliek Duitsland en drie verenigingen verzoekt, en zij betoogt, dat met name artikel 85 van het Verdrag daarvoor de juiste rechtsgrondslag is.

Beoordeling door het Gerecht

23 Het Gerecht stelt om te beginnen vast, dat verzoekster in haar brieven aan de Commissie zonder nadere precisering heeft verwezen naar artikel 3 van verordening nr. 17 en daarmee te kennen heeft gegeven, dat zij zich op die verordening wenste te beroepen. Het Gerecht is echter van oordeel, dat het bij de beoordeling

van de ontvankelijkheid van een door een particulier ingesteld beroep wegens nalaten niet is gebonden aan de rechtsgrondslag waarop de verzoeker zijn bij de betrokken instelling ingediende klacht formeel heeft gebaseerd.

24 Niet kan worden toegestaan, dat een klager de daadwerkelijk toepasselijke regels omzeilt door een onder artikel 169 van het Verdrag vallende procedure aan die bepaling te onttrekken en deze procedure kunstmatig te onderwerpen aan de regels van verordening nr. 17, die hem een betere procesrechtelijke positie garanderen dan artikel 169 van het Verdrag (arrest Gerecht van 18 november 1992, zaak T-16/91, Rendo e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2417, r. o. 52).

25 In casu deed de verwijzing naar artikel 3 van verordening nr. 17 in verzoeksters beide brieven aan de Commissie vermoeden, dat zij de Commissie via haar klacht verzocht een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vast te stellen.

26 Aangezien de aard van de klacht echter aan de hand van haar doel en niet — a priori — op de loutere grondslag van formele criteria moet worden beoordeeld, is het Gerecht van mening, dat uit die twee brieven duidelijk blijkt, dat de klacht ertoe strekte te doen vaststellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens een aantal bepalingen van het Verdrag, te weten de in de klacht genoemde artikelen 2 en 3, sub g, van het Verdrag, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

27 De eveneens in de klacht aangevoerde vermeende schending van artikel 85 van het Verdrag bestaat, volgens hetgeen verzoekster voor het eerst in het verzoekschrift en dus niet in haar twee brieven heeft verklaard, in het feit dat „de rechtsopvatting

van het Bundesgerichtshof en de uitvoering die de diverse verenigingen ter bescherming van beroepsbelangen daaraan geven (...), wat de commerciële activiteit van marketing op Europees niveau betreft, in het voordeel van media als de geschreven pers en radio en televisie werken". Verzoekster acht zich dan ook „belemmerd bij de afzet van haar producten op de gemeenschappelijke markt, omdat zij als kleine onderneming niet over het nodige kapitaal beschikt om pers en radio voor reclamedoeleinden te kunnen gebruiken" en daardoor „ipso facto uit de markt wordt gedrukt". De concurrentiebeperking vloeit volgens verzoekster, die dit standpunt niet onderbouwt, voort uit afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van verenigingen ter verdediging van beroepsbelangen, die tot doel hebben voor de nationale rechterlijke instanties vorderingen in te stellen met het oog op de handhaving van het door het Bundesgerichtshof uitgesproken verbod.

28 Het Gerecht wijst er evenwel op, dat de vermeende concurrentiebeperking een rechtstreeks en duidelijk gevolg is van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof en niet van het gedrag van genoemde verenigingen, die zich slechts op deze rechtspraak beroepen. Dit wordt overigens bevestigd door de bewoordingen van het verzoekschrift, waarin verzoekster stelt, dat zij „de Commissie kan verzoeken vast te stellen, dat de handhaving van het verbod van reclame per fax door verenigingen ter verdediging van beroepsbelangen een inbreuk op het kartelverbod (artikel 3, lid 2, sub b, van de kartelverordening) vormt. Dat geldt ook ten aanzien van de Bondsrepubliek Duitsland, waarvan de met gedwongen tenuitvoerlegging belaste autoriteiten zich aan deze inbreuk schuldig maken."

29 Ten aanzien van deze voor het eerst in het verzoekschrift aangevoerde argumenten betreffende een vermeende schending van artikel 85 van het Verdrag, is het Gerecht van oordeel, dat verzoekster de Commissie weliswaar formeel heeft verzocht een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vast te stellen, doch dat dit aspect van de klacht, net als de overige aspecten, in feite strekt tot vaststelling van een niet-nakoming door de Bondsrepubliek Duitsland voortvloeiend uit een door haar rechterlijke instanties ontwikkelde rechtspraak, alsmede tot vaststelling van de schade die verzoekster hierdoor heeft geleden.

30 Het werkelijke doel van de klacht is derhalve de vaststelling door de Commissie, dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens een aantal bepalingen van het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen in de zin van artikel 169 van het Verdrag.

31 Bijgevolg strekt het onderhavige beroep wegens nalaten in zijn geheel tot de vaststelling, dat de Commissie de krachtens artikel 175 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door ten aanzien van de Bondsrepubliek Duitsland niet de in artikel 169 van het Verdrag bedoelde procedure in te stellen.

32 Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep wegens nalaten, dat strekt tot vaststelling dat de Commissie, door te verzuimen tegen een Lid-Staat een procedure wegens niet nakoming in te leiden, in strijd met het Verdrag heeft nagelaten een beslissing te nemen, niet-ontvankelijk (zie, bijvoorbeeld, arrest Hof van 14 februari 1989, zaak C-247/87, Star Fruit, Jurispr. 1989, blz. 291). Natuurlijke of rechtspersonen kunnen zich immers slechts op artikel 175, derde alinea, van het Verdrag beroepen om te doen vaststellen, dat in strijd met het Verdrag is nagelaten handelingen te verrichten waarvan zij de potentiële adressaten zijn. In het kader van de door artikel 169 van het Verdrag geregelde niet-nakomingsprocedure kan de Commissie uitsluitend handelingen verrichten die tot de Lid-Staten zijn gericht (beschikkingen Gerecht van 29 november 1994, gevoegde zaken T-479/93 en T-559/93, Bernardi, Jurispr. 1994, blz. II-1115, en 13 november 1995, Dumez, reeds aangehaald). Uit de opzet van artikel 169 vloeit bovendien voort, dat de Commissie niet verplicht is een procedure in de zin van dit artikel in te leiden, doch op dit punt juist over een discretionaire bevoegdheid beschikt, waardoor het is uitgesloten, dat particulieren het recht zouden hebben, van die instelling te eisen dat zij een bepaald standpunt inneemt (beschikking Gerecht in de zaak Bernardi, reeds aangehaald; arrest Hof in de zaak Star Fruit SA, reeds aangehaald, en beschikking Hof in de zaak Emrich, reeds aangehaald).

33 Mitsdien moet het beroep in zijn geheel niet-ontvankelijk worden verklaard en behoeft niet te worden onderzocht, of de Commissie naar behoren tot handelen is uitgenodigd in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag.

Kosten

34 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer)

beschikt:

1) Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.

2) Verzoekster wordt in de kosten verwezen

Luxemburg, 19 februari 1997.

De griffier

H. Jung

De president van de Derde kamer

B. Vesterdorf