DESPACHO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção)
19 de Fevereiro de 1997 *

No processo T-117/96,

Intertronic F. Cornelis GmbH, sociedade de direito alemão, com sede em Emden (Alemanha), representada por Detlef Schumacher, professor em Bremen, e por Wilhelm Wiltfang, advogado no foro de Aurich,

demandante,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Klaus Wiedner, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo, no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

demandada,

destinada a obter a declaração de que a Comissão não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 175.° do Tratado CE,

* Língua do processo: alemão.

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Terceira Secção),

composto por: B. Vesterdorf, presidente, C. P. Briët e A. Potocki, juízes,

secretário: H. Jung,

profere o presente

Despacho

Factos na origem da acção

1 A empresa alemã Intertronic F. Cornelis GmbH (a seguir «Intertronic») utiliza a telecópia como meio de publicidade para obter encomendas.

2 Por acórdão de 25 de Outubro de 1995, o Bundesgerichtshof considerou incompatível com o artigo 1.° da Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lei contra a concorrência desleal, a seguir «UWG») o envio a um comerciante de telecópias para fins publicitários, se este não aceitou, explícita ou implicitamente, recebê-las.

3 A Intertronic alega que, na sequência deste acórdão, foi objecto de processos judiciais intentados por associações de defesa dos interesses profissionais, em vários órgãos jurisdicionais, com o objectivo de a obrigar a cessar a publicidade por telecópia.

4 Considerando que o acórdão do Bundesgerichtshof e o comportamento subsequente das associações de defesa dos interesses profissionais eram incompatíveis com o direito comunitário, a Intertronic enviou duas cartas quase iguais à Comissão, em 28 de Março e 2 de Maio de 1996, para que esta adoptasse as disposições necessárias para pôr termo a essa pretensa infracção.

5 Nas suas duas cartas, a Intertronic argumentava que o acórdão do Bundesgerichtshof e os comportamentos denunciados eram incompatíveis com o princípio da criação de um mercado comum, enunciado no artigo 2.° do Tratado CE, com a missão conferida pelos artigos 2.° e 3.°, alínea g), do Tratado CE à Comissão e aos Estados-Membros de estabelecerem um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno e de impedirem assim a instauração pelos Estados-Membros ou pelos órgãos jurisdicionais de restrições de concorrência com carácter proteccionista, e com a proibição dos acordos, decisões e práticas concertadas consagrada pelo artigo 85.° do Tratado CE.

6 Além disso, nas duas cartas em questão, a Intertronic solicitava à Comissão, em primeiro lugar, que declarasse, relativamente à República Federal da Alemanha, que a utilização do artigo 1.° da UWG como fundamento jurídico para proibir a publicidade por telecópia é incompatível com o direito comunitário e que tal proibição não é, portanto, exequível. Em segundo lugar, pedia-lhe que proibisse três associações privadas (Bund internationaler Detektive, Verband Wirtschaft und Wettbewerb, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) de continuarem a recorrer a meios coercivos contra si, para imporem a proibição da publicidade por telecópia.

7 Em ambas as cartas é mencionado o artigo 3.° 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; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»).

Tramitação processual e conclusões

8 Foi nestas condições que a demandante intentou a presente acção, que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 29 de Julho de 1996.

9 Por requerimento separado, que deu entrada na Secretaria do Tribunal em 4 de Setembro de 1996, a Comissão suscitou uma questão prévia de inadmissibilidade, com base no artigo 114.°, n.° 1, do Regulamento de Processo. A demandante apresentou as suas observações relativas a esta questão prévia em 25 de Outubro de 1996.

10 Na sua petição, a demandante conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— declarar existir omissão da Comissão, na medida em que se absteve de declarar que a execução da proibição da publicidade por telecópia pelas autoridades executórias da República Federal da Alemanha e pelas associações de defesa dos interesses profissionais constitui uma violação das disposições que proíbem os acordos, decisões e práticas concertadas;

— condenar a Comissão nas despesas.

11 Na sua questão prévia de inadmissibilidade, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— declarar a acção inadmissível;

— condenar a demandante nas despesas.

12 Nas suas observações sobre a questão prévia de inadmissibilidade, a demandante conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— indeferir o pedido incidental.

Quanto à admissibilidade

13 De acordo com o artigo 114.° do Regulamento de Processo, se uma das partes pedir ao Tribunal que se pronuncie sobre a inadmissibilidade sem conhecer do mérito da causa, a tramitação ulterior do processo quanto à questão prévia de inadmissibilidade é oral, salvo decisão em contrário do Tribunal.

14 Nos termos do artigo 111.° do Regulamento de Processo, se um recurso for manifestamente inadmissível, o Tribunal pode, sem prosseguir o processo, decidir mediante despacho fundamentado. No caso em apreço, o Tribunal (Terceira Secção) considera-se suficientemente esclarecido pelos elementos constantes dos autos e decide que a instância não deve ser prosseguida.

Argumentação das partes

15 A Comissão considera que o recurso é manifestamente inadmissível.

16 Em primeiro lugar, a Comissão invoca violação de formalidades essenciais previstas pelo artigo 175.° do Tratado, na medida em que não foi previamente convidada a agir, contrariamente ao exigido no segundo parágrafo deste artigo.

17 Em apoio desta conclusão, a Comissão sustenta que deve ser convidada, com referência expressa ao artigo 175.° do Tratado, a adoptar as medidas *ad hoc* e que deve ser facultada à instituição em questão a possibilidade de evitar uma acção por omissão através de uma tomada de posição apropriada (acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Maio de 1985, Parlamento/Conselho, 13/83, Recueil, p. 1513, e conclusões do advogado-geral Lenz relativas ao mesmo acórdão, Recueil, p. 1515).

18 A Comissão refere também o facto de a segunda carta que lhe foi enviada pela demandante ser mera reprodução da primeira, com a única diferença de a demandante especificar que pretendia um aviso de recepção e uma resposta rápida. A Comissão sublinha que nenhuma das cartas se refere ao artigo 175.° do Tratado, nem ao prazo de dois meses previsto por esta disposição.

19 Em segundo lugar, a Comissão argumenta que as medidas cuja legalidade é questionada pela demandante (o artigo 1.° do UWG e a jurisprudência do Bundesgerichtshof que, baseada neste texto, proíbe a prospecção dos clientes por telecópia) são medidas estatais. Assim sendo, o único modo de agir contra estas disposições seria intentar uma acção por incumprimento nos termos do artigo 169.° do Tratado, ao que a Comissão, que a este propósito dispõe de um poder de apreciação

discricionário, não está obrigada (v., designadamente, despacho do Tribunal de Justiça de 30 de Março de 1990, Emrich/Comissão, C-371/89, Colect., p. I-1555, e despacho do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Novembro de 1995, Dumez/ /Comissão, T-126/95, Colect., p. II-2863).

20 A demandante considera que convidou a Comissão a agir ao apresentar um pedido na acepção do artigo 3.°, n.° 2, alínea b), do Regulamento n.° 17 e alega que a utilização de termos específicos e a referência ao artigo 175.° do Tratado não são requisitos de forma exigidos.

21 Além disso, a referência ao acórdão Parlamento/Comissão, já referido, não é relevante no presente processo.

22 Finalmente, a demandada sublinha que solicita uma acção concreta da Comissão relativamente à República Federal da Alemanha e a três associações e argumenta que a base jurídica apropriada para esta acção é, em particular, o artigo 85.° do Tratado.

Apreciação do Tribunal

23 A título preliminar, o Tribunal observa que, nas cartas que enviou à Comissão, a demandante fez referência, sem outra especificação, ao artigo 3.° do Regulamento n.° 17 mostrando assim que pretendia invocar as disposições deste regulamento. No entanto, o Tribunal considera que, aquando da apreciação da admissibilidade

de uma acção por omissão intentada por um particular, não está vinculado pela base jurídica em que a demandante fundamentou formalmente a queixa que apresentou na instituição em questão.

24 A este propósito, o Tribunal considera que não deve ser permitido contornar as normas efectivamente aplicáveis, procurando excluir do âmbito do artigo 169.° do Tratado um processo regulado por esta disposição e submetendo-o artificialmente ao disposto no Regulamento n.° 17, que garante ao queixoso uma melhor posição processual do que a que lhe oferece o artigo 169.° do Tratado (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Novembro de 1992, Rendo e o./Comissão, T-16/91, Colect., p. II-2417, n.° 52).

25 No caso em apreço, a referência ao artigo 3.° do Regulamento n.° 17, constante das duas cartas enviadas pela demandante à Comissão, leva a crer que a sua queixa tinha por objectivo obter da Comissão uma declaração de violação das disposições do artigo 85.° do Tratado.

26 Contudo, na medida em que a natureza da queixa deve ser apreciada em função do seu objecto e não, *a priori,* com fundamento apenas em critérios formais, o Tribunal considera que decorre, com evidência, destas duas cartas que o objecto da queixa era obter a declaração de incumprimento pela República Federal da Alemanha das obrigações decorrentes de certas disposições do Tratado, ou seja, os artigos 2.° e 3.°, alínea g), do Tratado, mencionados na queixa.

27 Quanto à pretensa violação do artigo 85.° do Tratado, igualmente invocada na queixa, há que precisar que, segundo as explicações da demandante, apenas prestadas na petição e, portanto, não constantes de nenhuma das duas cartas, tal violação

consiste no facto de «a tese jurídica do Bundesgerichtshof e a sua execução pelas diversas associações de defesa dos interesses profissionais favorecerem (...), no que diz respeito à actividade comercial de *marketing* a nível europeu, os *media* da imprensa escrita, da radiodifusão e da televisão». A demandante considera, pois, ser «impedida de distribuir os seus produtos no mercado comum, por, enquanto pequena empresa, não dispor do capital necessário para recorrer aos *media* de imprensa e de radiodifusão para fins publicitários» e ser assim «do mesmo passo empurrada para fora do mercado». Quanto à restrição da concorrência, a demandante considera, sem, no entanto, fundamentar a sua análise, que tal restrição decorre de acordos ou de práticas concertadas entre as associações de defesa dos interesses profissionais, cujo objecto consiste em intentar acções nos órgãos jurisdicionais nacionais com o objectivo de dar execução à proibição enunciada pelo Bundesgerichtshof.

28 O Tribunal sublinha, no entanto, que a pretensa restrição da concorrência resulta directa e manifestamente da jurisprudência do Bundesgerichtshof e não do comportamento das referidas associações, que se limitam a invocar essa jurisprudência. Esta afirmação é, aliás, confirmada pelo teor da petição, na qual a demandante sustenta que «pode pedir à Comissão que declare que a execução da proibição da publicidade por telecópia pelas associações de defesa de interesses profissionais constitui violação da proibição de acordos, decisões e práticas concertadas [artigo 3.°, n.° 2, alínea b), do regulamento sobre os acordos, decisões e práticas concertadas]. O mesmo se diga da República Federal da Alemanha, cujas autoridades encarregadas da execução coerciva cometem tal violação.»

29 Face a tais argumentos relativos à pretensa violação do artigo 85.° do Tratado, apenas desenvolvidos na petição, o Tribunal considera que, embora a demandante tenha convidado formalmente a Comissão a declarar a existência de violação do artigo 85.° do Tratado, este aspecto da queixa visa, tal como, de facto, os demais, obter a declaração de incumprimento por parte da República Federal da Alemanha, resultante da jurisprudência dos seus órgãos jurisdicionais, bem como do prejuízo daí resultante para a demandante.

30 Em consequência, o Tribunal considera que o objecto real da queixa reside na obtenção da declaração pela Comissão do incumprimento pela República Federal da Alemanha de certas disposições do Tratado, na acepção do artigo 169.° do Tratado.

31 Assim sendo, o Tribunal entende que a presente acção por omissão, no seu conjunto, se destina a obter a declaração de que a Comissão, ao abster-se de intentar contra a República Federal da Alemanha a acção prevista pelo artigo 169.° do Tratado, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 175.° do Tratado.

32 Segundo uma jurisprudência assente, é inadmissível a acção por omissão intentada por uma pessoa singular ou colectiva destinada a obter a declaração de que, ao não intentar uma acção por incumprimento contra um Estado-Membro, a Comissão absteve-se de decidir em violação do Tratado (v., por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1989, C-247/87, Star Fruit/Comissão, Colect., p. 291). Com efeito, as pessoas singulares ou colectivas só podem invocar o artigo 175.°, terceiro parágrafo, do Tratado para obter a declaração de que, em violação do Tratado, não foram adoptados actos de que são potenciais destinatários. Ora, no âmbito da acção por incumprimento regulada pelo artigo 169.° do Tratado, os únicos actos que a Comissão pode ser levada a adoptar têm por destinatários os Estados-Membros (despachos do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Novembro de 1994, Bernardi/Comissão, T-479/93 e T-559/93, Colect., p. II-1115; de 13 de Novembro de 1995, Dumez/Comissão, já referido). Por outro lado, resulta da economia do artigo 169.° que a Comissão não é obrigada a instaurar o processo nele previsto, dispondo, pelo contrário, nesta matéria, de um poder discricionário de apreciação que exclui o direito de os particulares dela exigirem uma tomada de posição em determinado sentido (despacho do Tribunal de Primeira Instância, Bernardi/Comissão, já referido, acórdão do Tribunal de Justiça Star Fruit/ /Comissão, já referido; despacho do Tribunal de Justiça Emrich/Comissão, já referido).

33 Daqui resulta que, sem ser necessário examinar se a Comissão foi devidamente convidada a agir na acepção do artigo 175.°, segundo parágrafo, do Tratado, a acção deve ser declarada inadmissível na sua totalidade.

Quanto às despesas

34 Por força do disposto no artigo 87.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a demandante sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Terceira Secção)

decide:

1) A acção é julgada inadmissível.

2) A demandante é condenada nas despesas.

Proferido no Luxemburgo, em 19 de Fevereiro de 1997.

O secretário

H. Jung

O presidente

B. Vesterdorf