FÖRSTAINSTANSRÄTTENS BESLUT (tredje avdelningen)
den 19 februari 1997 *

I mål T-117/96,

Intertronic F. Cornelis GmbH, bolag bildat enligt tysk rätt, Emden (Tyskland), företrätt av professor Detlef Schumacher, Bremen, och advokaten Wilhelm Wiltfang, Aurich,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Klaus Wiedner, vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, delgivningsadress: Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

angående en talan om fastställelse av att kommissionen har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 175 i EG-fördraget,

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden B. Vesterdorf samt domarna C.P. Briët och A. Potocki,

justitiesekreterare: H. Jung,

följande

Beslut

Bakgrund till talan

1 Det tyska företaget Intertronic F. Cornelis GmbH (nedan kallat Intertronic) använder telefax som ett annonseringsmedel för att erhålla beställningar.

2 Bundesgerichtshof, ansåg i domen av den 25 oktober 1995 att det stred mot artikel 1 i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, i lagen om illojal konkurrens (nedan kallad UWG) att i reklamsyfte sända telefaxmeddelanden till en näringsidkare, om denne inte uttryckligen eller underförstått hade gett sitt samtycke till att få sådana meddelanden.

3 Intertronic har hävdat att sammanslutningar som skyddar professionella intressen till följd av denna dom har anhängiggjort domstolsförfaranden mot bolaget vid flera nationella domstolar för att detta skall åläggas att upphöra med telefaxreklam.

4 Med beaktande av att Bundesgerichtshofs dom och handlandet från de sammanslutningars sida som skyddar professionella intressen stod i strid med gemenskapsrätten, tillsände Intertronic kommissionen två nästan likalydande skrivelser av den 28 mars 1996 respektive den 2 maj 1996, för att denna skall vidta nödvändiga åtgärder för att avsluta den påstådda överträdelsen.

5 Intertronic gjorde i dessa två skrivelser gällande att Bundesgerichtshofs dom och det påtalade handlandet stod i strid med principen om upprättandet av en gemensam marknad som följer av artikel 2 i EG-fördraget, den uppgift som kommissionen och medlemsstaterna har enligt artiklarna 2 och 3 g i EG-fördraget att upprätta ett system som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids på den inre marknaden och således hindra att medlemsstaterna eller domstolarna inför protektionistiska konkurrensbegränsningar och med det förbud mot samordnade förfaranden som följer av artikel 85 i EG-fördraget.

6 Intertronic begärde i de två skrivelserna i fråga dessutom att kommissionen för det första i förhållande till Förbundsrepubliken skulle fastställa att det stred mot gemenskapsrätten att använda artikel 1 i UWG som rättslig grund för att förbjuda telefaxreklam och att detta förbud således inte kunde genomföras. Intertronic begärde för det andra att kommissionen skulle förbjuda tre privaträttsliga sammanslutningar (Bund internationaler Detektive, Verband Wirtschaft und Wettbewerb och Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) att fortsätta vidta rättsliga åtgärder mot bolaget för att det skulle åläggas ett förbud mot telefaxreklam.

7 I de två skrivelserna nämns artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204, nedan kallad förordning nr 17).

Förfarande och yrkanden

8 Det är under dessa omständigheter som sökanden har väckt förevarande talan som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 juli 1996.

9 Genom en separat rättsakt, som inlämnades till förstainstansrättens kansli den 4 september 1996, har kommissionen anfört en invändning om rättegångshinder på grundval av artikel 114.1 i rättegångsreglerna. Sökanden inlämnade sina synpunkter på denna invändning den 25 oktober 1996.

10 Sökanden har i sin ansökan yrkat att förstainstansrätten skall

— fastställa kommissionens passivitet på grund av att denna har underlåtit att fastställa att det förbud mot telefaxreklam som Förbundsrepubliken Tysklands verkställande myndigheter och de sammanslutningar som skyddar professionella intressen har genomfört utgör en överträdelse av de bestämmelser som förbjuder samordnade förfaranden, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

11 Kommissionen har i sin invändning om rättegångshinder yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

12 Sökanden har i sina synpunkter på invändningen om rättegångshinder yrkat att förstainstansrätten skall

— avslå invändningen.

Upptagande till sakprövning

13 Om en part begär att förstainstansrätten skall meddela beslut i fråga om rättegångshinder utan att pröva själva sakfrågan, skall återstoden av förfarandet avseende invändningen om rättegångshinder i enlighet med artikel 114 i rättegångsreglerna vara muntligt, om inte förstainstansrätten bestämmer annat.

14 Om det är uppenbart att talan inte kan upptas till sakprövning, kan förstainstansrätten i enlighet med artikel 111 i rättegångsreglerna fatta ett motiverat beslut utan ytterligare behandling. I det föreliggande fallet anser förstainstansrätten (tredje avdelningen) att handlingarna i målet har gett den tillräckligt med information och beslutar att anledning saknas att fortsätta förfarandet.

Parternas argumentation

15 Kommissionen anser att det är uppenbart att talan inte kan upptas till sakprövning.

16 Kommissionen har inledningsvis åberopat ett åsidosättande av de väsentliga formkrav som föreskrivs i artikel 175 i fördraget, eftersom den, i strid med kraven i artikel 175 andra stycket, dessförinnan inte har anmodats att vidta åtgärder.

17 Kommissionen har till stöd för detta yrkande hävdat att den, med en uttrycklig hänvisning till artikel 175 i fördraget, skall anmodas att vidta ändamålsenliga åtgärder och att den berörda institutionen skall beredas tillfälle att genom ett lämpligt ställningstagande undvika en passivitetstalan (domstolens dom av den 22 maj 1985 i mål 13/83, parlamentet mot rådet, Rec. 1985, s. 1513, och generaladvokat Lenz förslag till avgörande i denna dom, Rec 1985, s. 1515).

18 Kommissionen har också anfört att den andra skrivelsen som sökanden sände till den endast var en återgivning av den första skrivelsen, eftersom sökanden där enbart angav att den önskade få en bekräftelse på att skrivelsen hade mottagits och ett snabbt svar. Kommissionen har betonat att ingendera skrivelsen innehåller någon hänvisning till artikel 175 i fördraget eller till den frist på två månader som föreskrivs i denna bestämmelse.

19 Kommissionen har för det andra gjort gällande att de åtgärder vilkas rättsenlighet sökanden har ifrågasatt (artikel 1 i UWG och Bundesgerichtshofs rättspraxis enligt vilken det på grund av denna bestämmelse är förbjudet att bearbeta kunder genom fax) utgör av staten utfärdade bestämmelser. Således är det enda sättet att vidta åtgärder mot dessa bestämmelser att väcka talan om fördragsbrott i enlighet med artikel 169 i fördraget, vilket kommissionen — som i det avseendet har ett

utrymme för skönsmässig bedömning — inte är skyldig att göra (se bland annat domstolens beslut av den 30 mars 1990 i mål C-371/89, Emrich mot kommissionen, Rec. 1990, s. I-1555, och förstainstansrättens beslut i mål T-126/95, Dumez mot kommissionen, REG 1995, s. II-2863).

20 Sökanden anser att den har anmodat kommissionen att vidta åtgärder genom att ha framställt en ansökan enligt artikel 3.2 b i förordning nr 17 och har hävdat att det inte utgör något nödvändigt formkrav att använda särskilda begrepp och att hänvisa till artikel 175 i fördraget.

21 Dessutom är hänvisningen till domen i målet parlamentet mot rådet inte relevant i det föreliggande fallet.

22 Sökanden har avslutningsvis betonat att den begär att kommissionen skall vidta konkreta åtgärder gentemot Förbundsrepubliken Tyskland och de tre sammanslutningarna och har hävdat att den riktiga rättsliga grunden för sådana åtgärder utgörs av artikel 85 i fördraget.

Förstainstansrättens bedömning

23 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att sökanden i sina skrivelser till kommissionen utan närmare angivande har hänvisat till artikel 3 i förordning nr 17 och på så sätt visat att den avsett att åberopa bestämmelserna i denna förordning. Förstainstansrätten anser sig emellertid vid bedömningen av om en passivitetstalan

väckt av en enskild skall upptas till sakprövning inte bunden av den rättsliga grund på vilken sökanden formellt har baserat det klagomål som den har inlämnat till institutionen i fråga.

24 Förstainstansrätten anser i detta avseende att det inte skall vara tillåtet att kringgå de faktiskt tillämpliga reglerna genom att försöka att från artikel 169 i fördraget härleda ett förfarande som regleras av denna bestämmelse och genom att på ett konstlat sätt underkasta den de regler som föreskrivs i förordning nr 17 och som säkerställer sökanden en bättre ställning i förfarandemässigt hänseende än vad som erbjuds honom av artikel 169 i fördraget (förstainstansrättens dom av den 18 november 1992 i mål T-16/91, Rendo m. fl. mot kommissionen, Rec. 1992, s. II-2417, punkt 52).

25 I det föreliggande fallet inbjuder hänvisningen till artikel 3 i förordning nr 17 i de två skrivelserna från sökanden till kommissionen till att tro att syftet med dennes klagomål var att begära att kommissionen skulle fastställa en överträdelse av artikel 85 i fördraget.

26 I den utsträckning som klagomålets beskaffenhet skall bedömas med hänsyn till dess syfte och inte a priori på grund av enbart formella kriterier anser förstainstansrätten att det tydligt framgår av de två skrivelserna att syftet med klagomålet var att det skulle fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland hade gjort sig skyldig till fördragsbrott vad avser de skyldigheter som följer av vissa fördragsbestämmelser, nämligen artiklarna 2 och 3 g i fördraget, vilka har nämnts i klagomålet.

27 Vad gäller den påstådda överträdelsen av artikel 85 i fördraget, vilken även har åberopats i klagomålet, skall det anges att den, enligt sökandens förklaringar som enbart framgår av ansökan och följaktligen inte återfinns i någondera skrivelsen,

består i att "Bundesgerichtshofs rättsliga lärosats och det sätt på vilket de olika sammanslutningar som skyddar professionella intressen genomfört den ... vad gäller kommersiell marknadsföring på europeisk nivå gynnar press, radio och TV". Sökanden anser följaktligen att denne "hindras att avsätta sina produkter på den gemensamma marknaden, eftersom denne som ett litet företag saknar det kapital som är nödvändigt för att använda press och radio för annonsering". Sökanden "tvingas således ut från marknaden". Vad gäller begränsning av konkurrensen anser sökanden, utan att emellertid motivera sin analys, att den består i avtal eller samordnade förfaranden mellan de sammanslutningar som skyddar professionella intressen, vilkas ändamål är att väcka talan vid nationella domstolar för att genomföra det förbud som Bundesgerichtshof utfärdat.

28 Förstainstansrätten anser emellertid att den påstådda konkurrensbegränsningen direkt och uttryckligen följer av Bundesgerichtshofs rättspraxis och inte av nämnda bolags handlande, vilka har inskränkt sig till att åberopa denna rättspraxis. Detta påstående bekräftas för övrigt av ansökans lydelse där sökanden har hävdat att den "kan begära att kommissionen skall fastställa att den omständigheten att de sammanslutningar som skyddar professionella intressen har genomfört förbudet mot telefaxreklam utgör en överträdelse av förbudet mot samordnade förfaranden (artikel 3.2 b i förordningen om samordnade förfaranden). Detta gäller även Förbundsrepubliken Tyskland vars utsökningsmyndigheter gör sig skyldiga till denna överträdelse."

29 Mot bakgrund av dessa argument som avser påståendet om en överträdelse av artikel 85 i fördraget, vilket enbart har utvecklats i ansökan, anser förstainstansrätten att även om sökanden formellt har anmodat kommissionen att fastställa en överträdelse av artikel 85 i fördraget, syftar denna aspekt av klagomålet, i likhet med andra aspekter, i verkligheten till fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland har gjort sig skyldig till ett fördragsbrott som följer av den rättspraxis som dess domstolar har utvecklat och av den skada som detta medför sökanden.

30 Förstainstansrätten anser följaktligen att det verkliga syftet med klagomålet är att kommissionen skulle fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland, i den mening som avses i artikel 169 i fördraget, har gjort sig skyldig till ett fördragsbrott i fråga om vissa fördragsbestämmelser.

31 Förstainstansrätten anser följaktligen att förevarande passivitetstalan i sin helhet avser fastställelse av att kommissionen, genom att avstå från att inleda det förfarande som avses i artikel 169 i fördraget mot Förbundsrepubliken Tyskland, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 175 i fördraget.

32 En passivitetstalan som har väckts av en fysisk eller juridisk person och som avser fastställelse av att kommissionen, genom att inte inleda ett förfarande för fastställelse av en medlemsstats fördragsbrott, har brutit mot fördraget genom att inte fatta beslut, skall enligt en fast rättspraxis avvisas (se exempelvis domstolens dom av den 14 februari 1989 i mål C-247/87, Star Fruit mot kommissionen, Rec. 1989, s. 291). Fysiska eller juridiska personer kan nämligen åberopa artikel 175 tredje stycket i fördraget endast för att yrka fastställelse av fördragsstridig underlåtenhet att anta de rättsakter som eventuellt kan riktas mot dem. Inom ramen för förfarandet för fördragsbrott, som regleras av artikel 169 i fördraget, kan kommissionen emellertid endast se sig tvingad att anta rättsakter som riktas till medlemsstaterna (förstainstansrättens beslut av den 29 november 1994 i de förenade målen T-479/93 och T-559/93, Bernardi mot kommissionen, Rec. 1994, s. II-1115, och det ovan nämnda beslutet av den 13 november 1995 i målet Dumez mot kommissionen). Det följer för övrigt av systematiken i artikel 169 att kommissionen inte är skyldig att inleda ett förfarande enligt denna bestämmelse, utan att den i detta hänseende förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning som utesluter rätten för enskilda att begära av denna institution att den skall ta ställning i en viss riktning (ovannämnda dom i målet Star Fruit mot kommissionen, domstolens beslut i det ovannämnda målet Emrich mot kommissionen).

33 Därav följer att anledning saknas att pröva om kommissionen vederbörligen har anmodats att vidta åtgärder i den mening som avses i artikel 175 andra stycket i fördraget. Talan i sin helhet skall följaktligen avvisas.

Rättegångskostnader

34 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden har tappat målet, skall denne förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder fattar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande beslut:

1) Talan avvisas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Luxemburg den 19 februari 1997

H. Jung

Justitiesekreterare

B. Vesterdorf

Ordförande