FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 28 mars 2001 *

I mål T-144/99,

Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets, München (Tyskland), företrätt av advokaterna R. Collin och M.-C. Mitchell, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av E. Gippini Fournier, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 1999/267/EG av den 7 april 1999 om tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/36147 — Uppförandekodex för sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombud)(EGT L 106 s. 14),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden A. W. H. Meij, samt domarna A. Potocki och J. Pirrung,
justitiesekreterare: byrådirektören G. Herzig,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 9 november 2000,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 Genom konventionen om meddelande av europeiska patent (nedan kallad konventionen) som undertecknades i München den 5 oktober 1973 infördes gemensamma regler för de fördragsslutande staterna om meddelande av patent på uppfinningar.

2 Genom denna konvention upprättades den Europeiska patentorganisationen som har till uppgift att meddela europeiska patent.

3 Organisationens organ är Europeiska patentverket (nedan kallat patentverket) och förvaltningsrådet. Patentverket meddelar patent under förvaltningsrådets tillsyn.

4 Enligt artikel 134 i konventionen får vid handläggning som äger rum enligt denna konvention fysisk och juridisk person företrädas endast av auktoriserade ombud som är upptagna i förteckningen som föres av patentverket.

5 Den 21 oktober 1997 antog Europeiska patentorganisationens förvaltningsråd två olika föreskrifter:

— Den första, som antagits med stöd av artikel 134.8 b i konventionen, rör bildandet av en sammanslutning av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombud (nedan kallad sammanslutningen).

— Den andra, som antagits med stöd av artikel 134.8 c i konventionen, rör sammanslutningens disciplinära befogenheter gentemot auktoriserade ombud.

6 Sammanslutningen är ett organ utan vinstsyfte vars utgifter täcks av egna medel som framför allt härrör från medlemsavgifter. Den har bland annat till uppgift att

samarbeta med Europeiska patentorganisationen i frågor som gäller patentombudsyrket, särskilt disciplinfrågor, och att granska medlemmarnas yrkesbehörighet i Europa samt se till att medlemmarna iakttar yrkesetiska regler, framför allt genom att avge rekommendationer.

7 Alla personer som är upptagna i förteckningen över auktoriserade ombud är medlemmar av sammanslutningen.

8 Sammanslutningens medlemmar väljer fullmäktige som har rätt att avge rekommendationer om yrkesetik (artikel 9.3 i föreskrifterna om bildande av sammanslutningen) inom de gränser som föreskrivs i föreskrifterna om disciplinära åtgärder mot auktoriserade ombud.

9 Sammanslutningen har sålunda antagit en yrkeskodex (nedan kallad uppförandekodexen).

10 I rådets direktiv 84/450/EEG av den 10 september 1984 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om vilseledande reklam (EGT L 250, s. 17; svensk specialutgåva, område 15, volym 4, s. 211), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam så att detta omfattar jämförande reklam (EGT L 290, s. 18) (nedan kallat direktivet), föreskrivs i artikel 3 a att jämförande reklam skall vara tillåten under förutsättning att den inte är vilseledande.

11 Artikel 7.5 i direktivet har följande lydelse:

"Inget i detta direktiv skall hindra medlemsstaterna från att, i enlighet med bestämmelserna i fördraget, bibehålla eller införa förbud eller begränsningar för bruket av jämförelser i reklam för tjänster i samband med yrkesutövning, oavsett om dessa bestämmelser fastställs direkt eller genom ett organ eller organisation som, i enlighet med medlemsstaternas lagstiftning, ansvarar för att reglera viss yrkesutövande verksamhet."

12 Den frist inom vilken medlemsstaterna enligt direktivet skulle ha genomfört bestämmelserna löpte ut den 23 april 2000.

Bakgrunden till talan och förfarandet

13 Den 17 juli 1996 anmälde sammanslutningen uppförandekodexen i dess lydelse enligt den sista ändringen av den 7 maj 1996 till kommissionen för att erhålla ett icke-ingripandebesked eller, om detta inte var möjligt, ett beslut om undantag i enlighet med artiklarna 2 och 4 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; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

14 Denna anmälan gjordes till följd av det meddelande om invändningar som kommissionen skickade till sammanslutningen den 18 november 1995 efter ett klagomål som inlämnades den 8 juni 1992 av ett europeiskt patentombud i Förenade kungariket.

15 Den 18 december 1996 skickade kommissionen en varning till sammanslutningen i vilken den särskilt påpekade att ett undantag inte kunde beviljas vare sig för sådana bestämmelser i uppförandekodexen avseende reklamförbud som grundar sig på vaga och inexakta begrepp eller för bestämmelsen om medlemmarnas skyldighet att tillämpa skäliga arvoden.

16 Den 3 april 1997 skickade sammanslutningen en ny version av uppförandekodexen till kommissionen som fortfarande inte ansåg att den var tillfredsställande. Efter diskussioner med kommissionen inlämnade sammanslutningen den 14 oktober 1997 en version av uppförandekodexen i dess lydelse enligt de senaste antagna ändringarna av den 30 september och den 3 oktober 1997.

17 Denna sista version av uppförandekodexen innehåller bland annat följande bestämmelser:

"Artikel 2 — Reklam

a) Reklam är i allmänhet tillåten, om den är sanningsenlig, objektiv och förenlig med viktiga principer, framför allt lojaliteten och respekten för yrkessekretess.

b) Reklam är undantagsvis förbjuden i följande fall:

1) Jämförelse av de yrkesmässiga tjänster en medlem tillhandahåller med de yrkesmässiga tjänster en annan medlem tillhandahåller.

...

3) Omnämnande av namnet på en annan professionell enhet om det inte finns ett skriftligt samarbetsavtal mellan medlemmen och den enheten.

...

Artikel 5 — Relationer till övriga medlemmar

...

c) Om en medlem vet eller misstänker att ett enskilt ärende håller på att behandlas, eller redan har behandlats av en annan medlem, skall han undvika allt åsiktsutbyte med klienten i det ärendet, om inte klienten uttrycker en önskan om att få en opartisk åsikt eller om att få byta ombud. Medlemmen får underrätta den andra medlemmen om detta endast om klienten samtycker därtill.

...."

18 Den 7 april 1999 antog kommissionen beslut 1999/267/EG om tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/36147 — Uppförandekodex för sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombud) (EGT L 106, s. 14, nedan kallat beslutet).

19 Artikel 1 i detta beslut har följande lydelse:

"Bestämmelserna i artikel 85.1 i EG-fördraget och artikel 53.1 i EES-avtalet förklaras med stöd av artikel 85.3 i fördraget respektive artikel 53.3 i EES-avtalet icke tillämpliga på bestämmelserna i sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombuds uppförandekodex, i den version som antogs den 30 september och den 3 oktober 1997, som förbjuder medlemmarna att göra jämförande reklam — artikel 2 b första och tredje styckena — och artikel 5 c i den mån denna bestämmelse kan leda till att erbjudande av tjänster till användare som redan har varit klienter hos andra ombud i något specifikt ärende förbjuds eller försvåras.

Detta undantag beviljas för tiden från och med den 14 oktober 1997 till och med den 23 april 2000."

20 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 14 juni 1999 har sökanden väckt förevarande talan om ogiltigförklaring.

21 Genom ett telefax som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 oktober 1999 begärde sökanden att kommissionen skulle inge en viss handling, nämligen yttrandet från den rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor (nedan kallad den rådgivande kommittén) av den 17 november 1998 som omnämndes i svaromålet.

22 Kommissionen meddelade i en skrivelse av den 25 oktober 1999 att den enligt artikel 10.6 i förordning nr 17 inte hade rätt att lämna ut detta yttrande till sökanden.

23 Ordre français des avocats au barreau de Bruxelles inkom den 27 december 1999 med en ansökan om tillåtelse att få intervenera i förevarande förfarande. I ett beslut av ordföranden för den andra avdelningen vid förstainstansrätten avslogs denna ansökan den 22 februari 2000 (ej publicerad i rättsfallssamlingen).

24 Genom särskild skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 6 mars 2000 begärde sökanden uppskov med verkställigheten av artikel 1 i beslutet från och med den 23 april 2000. Genom beslut av den 14 april 2000 i mål T-144/99 R, Institut des mandataires agréés mot kommissionen (REG 2000, s. II-2067), avslog förstainstansrättens ordförande denna begäran och förordnade att beslut om rättegångskostnader skulle meddelas senare

25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (andra avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Som en processledande åtgärd anmodades parterna att vid förhandlingen svara på en fråga.

26 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 9 november 2000.

Parternas yrkanden

27 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet i den del det avser artikel 2 b första och tredje styckena och artikel 5 c i uppförandekodexen,

— bortse från den hänvisning som gjorts till yttrandet från Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor av den 17 november 1998 och den argumentering som följer av detta beträffande motiveringen för ett tidsbegränsat undantag för och, underförstått, en tidsbegränsad tillämpning av artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG),

— i andra hand ogiltigförklara beslutet i den del det endast beviljar ett provisoriskt undantag för artikel 2 b första och tredje styckena och för artikel 5 c i uppförandekodexen,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Motparten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Upptagande till sakprövning

29 Under det muntliga förfarandet har svaranden ifrågasatt huruvida talan kan upptas till sakprövning och därvid påpekat att beslutet är till sökandens fördel i och med att dess begäran om undantag bifalls i beslutet.

30 Enligt artikel 113 i förstainstansrättens rättegångsregler kan rätten när som helst, till och med på eget initiativ, pröva om talan skall avvisas till följd av att det föreligger ett rättegångshinder som inte kan avhjälpas. Till dessa rättegångshinder räknas enligt fast rättspraxis de villkor för upptagande av sakprövning av en talan som fastställts i artikel 230 fjärde stycket EG (domstolens dom av den 24 mars 1993 i mål C-313/90, CIRFS m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1125, punkt 23; svensk specialutgåva, volym 14, s. 83).

31 Inledningsvis erinrar förstainstansrätten om att det var först efter ett klagomål och efter att ett meddelande om anmärkningar skickats till sökanden som en anmälan av uppförandekodexen gjordes till kommissionen i syfte att i första hand erhålla ett icke-ingripandebesked och det var endast i andra hand som sökanden ansökte om ett undantag.

32 Beviljandet av ett undantag förutsätter dessutom att det tidigare fastställts att bestämmelserna i fråga omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG (domstolens dom av den 13 juli 1966 i mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen, REG 1966, s. 563, 590; svensk specialutgåva, volym 1, s. 303). Genom att i artikel 1 i beslutet förklara att artikel 85.1 i fördraget inte är tillämplig på de omtvistade bestämmelserna i uppförandekodexen enligt artikel 85.3, har kommissionen underförstått men som en nödvändig följd avslagit sökandens ansökan om ett icke-ingripande besked.

33 Det är följaktligen utan betydelse att fastställandet av en överträdelse inte uttryckligen anges i skälen till beslutet, eftersom detta fastställande utgör grunden för sammanslutningens skyldighet att upphöra med överträdelsen och dess inverkan på det rättsliga läget för sökanden inte är beroende av i vilken del av beslutet det förekommer (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, 492; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277).

34 Beslutet ger i detta avseende upphov till tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning (domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkt 62).

35 Sökandens berättigade intresse av att få saken prövad kan än mindre ifrågasättas när en ogiltigförklaring av ett beslut skulle försätta sökanden i samma situation som före fastställandet av överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 31 mars 1971 i mål 22/70, kommissionen mot rådet, REG 1971, s. 263, punkt 60; svensk specialutgåva, volym 1, s. 551).

Ogiltigförklaring av artikel 1 första stycket i beslutet i den del det avser artikel 2 i uppförandekodexen

36 Sökanden har anfört tre grunder som avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten, av artikel 7.5 i direktivet och av artikel 81 EG.

Den första grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

Parternas argument

37 Sökanden har för det första erinrat om undantaget i artikel 7.5 i direktivet och gjort gällande att kommissionen i sitt beslut har begränsat sig till att avfärda detta undantag med motiveringen att detta endast kan tillämpas "i enlighet med

bestämmelserna i fördraget". Genom att göra detta ifrågasätter kommissionen direkt lagenligheten av artikel 7.5 i direktivet i förhållande till artikel 81 EG. Det ankommer emellertid inte på kommissionen att uttala sig om lagenligheten av en rättsakt som antagits av parlamentet och rådet.

38 Eftersom det i direktivet föreskrivs ett undantag till förmån för fria yrken som tillåter förbud mot eller begränsningar av användandet av jämförande reklam, ankommer det sålunda på kommissionen att förklara på vilket sätt artikel 2 b första och tredje stycket i uppförandekodexen innehåller tilläggsbestämmelser till själva förbudet mot jämförande reklam vilka är otillåtna enligt artikel 81.1 EG.

39 Avsaknaden av en sådan förklaring utgör ett åsidosättande av artikel 253 EG.

40 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

Förstainstansrättens bedömning

41 Det följer av fast rättspraxis att det av den motivering som erfordras enligt artikel 253 EG klart och tydligt skall framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att förstainstansrätten ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (domstolens dom av den 29 februari 1996 i mål C-56/93, Belgien mot kommissionen, REG 1996, s. I-723, punkt 86).

42 I förevarande mål framgår det att punkt 42 i skälen till beslutet uteslutande avser tolkningen av artikel 7.5 i direktivet och dess verkningar. I beslutet anförde kommissionen huvudsakligen för det första att denna bestämmelse inte medförde ett automatiskt undantag för bestämmelser som antagits av branschorganisationer, för det andra att det inte var självklart att sammanslutningen var en sådan organisation som avses i denna artikel i direktivet och för det tredje att artikel 85 under alla omständigheter förblir tillämplig.

43 Kommissionens resonemang är således klart och tydligt. De invändningar som har framförts av sökanden avser i själva verket inte motiveringen till beslutet utan bedömningen av huruvida det finns fog för beslutet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 7 november 1997 i mål T-84/96, Cipeke mot kommissionen, REG 1997, s. II-2081, punkt 47).

44 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 7.5 i direktivet

Parternas argument

45 Sökanden har i första hand gjort gällande att, i motsats till de tvivel som kommissionen har framfört i sitt beslut, patentverket och följaktligen sammanslutningen skall likställas med ett organ eller en organisation som, i enlighet med

medlemsstaternas lagstiftning, ansvarar för att reglera viss yrkesutövande verksamhet i den mening som avses i artikel 7.5 i direktivet.

46 Sökanden har vidare anfört att kommissionens tolkning av artikel 7.5 i direktivet medför att denna bestämmelse fråntas all effekt och blir betydelselös. Kommissionen har genom att stödja sig på artikel 81 EG ifrågasatt möjligheten att förbjuda jämförande reklam för fria yrken, vilket trots allt var lagstiftarens vilja.

47 Direktivet ger i själva verket inte upphov till något problem vad gäller normhierarki i förhållande till fördraget. När lagstiftaren föreskrev en möjlighet att förbjuda jämförande reklam i samband med fria yrken beaktade den artikel 81 EG och ansåg att ett sådant förbud i sig inte strider mot denna bestämmelse. Det är endast om förbudet mot jämförande reklam används för att uppnå andra syften än allmänintresset, till exempel på ett diskriminerande sätt, som artikel 81 EG skall tillämpas.

48 Kommissionen anser att talan inte kan vinna bifall på den grund som anförts av sökanden.

Förstainstansrättens bedömning

49 Som kommissionen har angivit i punkt 42 andra stycket i skälen till beslutet finns det inte någon anledning att fastställa huruvida sammanslutningen skall anses utgöra ett organ eller en organisation som i enlighet med medlemsstaternas lagstiftning, ansvarar för att reglera viss yrkesutövande verksamhet i den mening som avses i artikel 7.5 i direktivet.

50 Även om så vore fallet skulle inte en bestämmelse i en sekundrärrättslig rättsakt kunna medföra att ett undantag gjordes från en bestämmelse i fördraget i enlighet med principen om normhierarkin.

51 I artikel 7.5 i direktivet erinras det dessutom om denna princip. Det anges i denna att medlemsstaterna får bibehålla eller införa bestämmelser som förbjuder jämförande reklam i samband med fria yrken "i enlighet med bestämmelserna i fördraget".

52 I motsats till vad sökanden har gjort gällande medför ett sådant synsätt varken att artikel 7.5 i direktivet fråntas ändamålsenlig verkan eller att den skall anses vara rättsstridig.

53 Genomförandet av artikel 81 EG kan nämligen endast ske efter en bedömning i det enskilda fallet i syfte att fastställa huruvida de olika villkor som utgör en förutsättning för denna bestämmelse är uppfyllda, särskilt med hänsyn till de konkreta tillämpningsvillkoren i artikel 7.5 i direktivet och de konsekvenser som härav följer i varje enskilt fall. Det är emellertid inte uteslutet att det efter en sådan prövning kan fastställas att bestämmelserna i artikel 81.1 EG inte skall tillämpas.

54 Även om artikel 81 EG skulle anses utgöra ett hinder för medlemsstaterna att utnyttja möjligheten i direktivet, är det inte möjligt att anse att direktivet tillåter att ett undantag görs från en bestämmelse i fördraget.

55 Talan kan således inte vinna bifall på den andra grunden.

Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 81 EG

Parternas argument

56 Sökanden har gjort gällande att enligt domstolens rättspraxis (dom av den 3 december 1974 i mål 33/74, Van Binsbergen, REG 1974, s. 1299, svensk specialutgåva, volym 2, s. 379, av den 28 april 1977 i mål 71/76, Thieffry, REG 1977, s. 765, svensk specialutgåva, volym 3, s. 359, och av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165) är det ett allmänintresse som ligger till grund för de yrkesetiska reglerna. Det skall därför i enlighet med "the rule of reason" (skälighetsregeln) fastställas att dessa bestämmelser är oundgängliga och av denna anledning inte kan omfattas av artikel 81.1 EG.

57 Förbudet mot jämförande reklam är sålunda nödvändigt i samband med en reglerad verksamhet som omfattas av ett allmänintresse och medför inte en skadlig inverkan på konkurrensen. I förevarande fall är grunden för detta förbud den diskretion, den värdighet och det nödvändiga goda uppförande som skall råda inom fria yrken. Förbudet säkerställer den respekt för de yrkesetiska regler som gäller för reglerade verksamheter vars medlemmar utövar ett yrke som omfattas av ett allmänintresse.

58 När det gäller ett sådant yrke som det i förevarande mål borde framgång bero på meriter snarare än på reklamens dragningskraft, vilket gynnar ombud som har den största finansiella kapaciteten.

59 Det är dessutom dessa principer som ligger till grund för det förbud mot jämförande reklam inom fria yrken som föreskrivs i artikel 7.5 i direktivet. Det är inte möjligt att objektivt jämföra de flesta av de tjänster som kan hänföras till dessa yrken, vilka utgör en del av en komplex helhet.

60 Sökanden har slutligen påpekat att förbudet mot jämförande reklam mellan ombud endast har en begränsad räckvidd. Detta förbud utgör nämligen ett begränsat undantag från principen om frihet att göra reklam och dess syfte är att förhindra illojal eller vilseledande reklam.

61 Kommissionen har gjort gällande att artikel 2 b första och tredje styckena i uppförandekodexen innehåller ett förbud mot jämförande reklam och utgör därmed en konkurrensbegränsning.

Förstainstansrättens bedömning

62 Det skall inledningsvis erinras om att sökanden inte har bestritt fastställandet av den berörda marknaden, inte heller inverkan på handeln mellan medlemsstater eller kvalificeringen som företag i den mening som avses i artikel 81.1 EG eller kvalificeringen av uppförandekodexen som ett beslut av en företagssammanslutning i den mening som avses i denna bestämmelse.

63 Inom ramen för förevarande talan är det endast fråga om huruvida de omtvistade bestämmelserna i artikel 2 i uppförandekodexen utgör konkurrensbegränsningar i den mening som avses i artikel 81 EG i den mån de förbjuder jämförande reklam mellan auktoriserade ombud.

64 I detta hänseende kan det inte godtas att bestämmelser som reglerar utövandet av ett yrke av princip faller utanför tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG endast på grund av att de av behöriga organ har kvalificerats som "yrkesetiska regler".

65 Det är endast genom en bedömning av varje enskilt fall som det kan avgöras huruvida en sådan bestämmelse är giltig i förhållande till fördraget, bland annat genom att beakta vilken inverkan den får på handlingsfriheten för medlemmarna inom denna yrkesgrupp, på organisationen av detta yrke samt på mottagaren av tjänsten i fråga.

66 Den rättspraxis som sökanden har åberopat till stöd för sin argumentation är dessutom inte relevant. De åberopade domarna avser nämligen principerna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster. Av dessa framgår att yrkesetiska regler som är i kraft i en medlemsstat och som värnar om ett allmänintresse skall tillämpas på yrkesverksamma som kommer för att utöva sitt yrke i denna medlemsstat utan att dessa principer åsidosätts. Någon slutsats kan däremot inte dras härav vad gäller tillämpligheten av artikel 81.1 EG i förevarande mål.

67 För övrigt har upphovsmännen till EG-fördraget, när de har velat att viss verksamhet skall undantas från tillämpningen av konkurrensreglerna, föreskrivit ett uttryckligt undantag om detta eller tillämpat en särskild ordning på dessa undantag. Så är fallet när det gäller produktionen av och handeln med jordbruksprodukter, (artikel 36 EG) (domstolens dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209/84 — 213/84, Asjes m.fl., REG 1986, s. 1425, punkt 40; svensk specialutgåva, volym 8, s. 549) eller tillverkning av och handel med vapen och krigsmateriel (296 EG).

68 Mot denna bakgrund skall det prövas huruvida det var riktigt av kommissionen att anse att bestämmelserna i artikel 2 i den uppförandekodex som ifrågasätts i beslutet utgör konkurrensbegränsningar i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

69 Det framgår särskilt av punkterna 43—46 i skälen till beslutet och av artikel 1 i själva beslutet att artikel 2 b — både det första och det tredje stycket — i uppförandekodexen innehåller ett förbud mot jämförande reklam mellan ombud.

70 Det tredje stycket avser emellertid varken jämförande reklam eller relationerna mellan medlemmarna i sammanslutningen, utan endast "omnämnande av namnet på en annan professionell enhet om det inte finns ett skriftligt samarbetsavtal mellan medlemmen och den enheten". Denna bestämmelse har sålunda som syfte att förhindra att ett ombud på ett otillbörligt sätt begagnar sig av yrkesmässiga relationer.

71 Det var således fel av kommissionen att fastställa att detta stycke innehåller en konkurrensbegränsning och att det följaktligen var oförenligt med artikel 85 i fördraget i och med att det medför ett förbud mot jämförande reklam mellan ombud. Artikel 1 i beslutet skall i detta avseende ogiltigförklaras.

72 Vad gäller själva förbudet mot jämförande reklam som föreskrivs i artikel 2 första stycket i uppförandekodexen skall det för det första påpekas att reklam är en viktig faktor för den konkurrensrättsliga situationen på en bestämd marknad, eftersom reklam medför att det blir lättare att beakta enskilda aktörers meriter, kvaliteten på deras tjänster och deras kostnader.

73 Vidare medför jämförande reklam som görs under lojala omständigheter och enligt anpassade villkor bland annat ökad information för användarna och underlättar valet av de auktoriserade ombud som de kan vända sig till inom hela gemenskapen.

74 Följaktligen begränsar ett rent förbud mot jämförande reklam möjligheterna för de mest effektiva ombuden att utveckla sina tjänster. Följden härav blir bland annat att varje auktoriserat ombuds kundkrets binds till en viss nationell marknad.

75 Kommissionen har också mycket riktig påpekat vilka positiva effekter som lojal och anpassad jämförande reklam kan få för konkurrensen (punkt 41 i skälen till beslutet) och de konkurrensbegränsningar som däremot ett förbud mot all sådan reklam skulle medföra (punkt 43 i skälen till beslutet).

76 Sökandens argument att "framgång borde bero på meriter snarare än på reklamens dragningskraft, vilket gynnar de ombud som har den största finansiella kapaciteten" kan inte godtas. Det är nämligen tillräckligt att påpeka att enligt detta argument skulle all sorts reklam uteslutas så snart den gynnar ombud som har en stark ekonomisk ställning. Det framgår tvärtom av själva uppförandekodexen, artikel 2 a, att ombuden i allmänhet är tillåtna att göra reklam.

77 Sökanden har dessutom anfört att grunden för detta förbud utgörs av den diskretion, den värdighet och det nödvändiga goda uppförande som skall råda inom det ifrågavarande yrket.

78 Eftersom det inte har visats att ett absolut förbud mot jämförande reklam objektivt är nödvändigt för att bevara det berörda yrkets värdighet och etik kan sökandens argumentation emellertid inte påverka lagenligheten av beslutet.

79 Det har sålunda inte visats att kommissionen felaktigt drog slutsatsen att ett rent förbud mot jämförande reklam mellan auktoriserade ombud faller under artikel 85.1 i fördraget.

80 Talan om ogiltigförklaring av artikel 1 i beslutet avseende artikel 2 b första stycket i uppförandekodexen kan således inte vinna bifall på denna grund.

Ogiltigförklaring av artikel 1 första stycket i beslutet avseende artikel 5 c i uppförandekodexen

Parternas argument

81 Sökanden har gjort gällande ett åsidosättande av EG-fördraget och av direktivet.

82 Sökanden har gjort gällande att artikel 5 c i uppförandekodexen motsvarar en klassisk etisk regel som är tillämplig inom samtliga fria yrken.

83 Genom att hänvisa till dessa yrkens särdrag och särskilt till deras yrkesetiska regler, som har erkänts i rättspraxis (se ovan punkt 56), har sökanden gjort gällande att bestämmelsen i fråga inte hindrar konkurrensen.

84 Det är för övrigt endast ett "aktivt uppsökande" av andra ombuds klienter i samma ärende som är förbjudet, vilket är en väsentlig etisk skyldighet som är nödvändig inom alla fria yrken och som berättigas av principerna om diskretion och lojalitet. Detta förbud påverkar inte konkurrensen, eftersom ett nytt ombud

skulle kunna anlitas på klientens begäran eller utsättas för konkurrens från andra ombud vad gäller samma ärende. På samma sätt kan även ombudets samtliga klienter vara mottagare av ett reklamerbjudande från ett annat ombud, eftersom reklam i allmänhet är tillåten.

85 Förbudet mot att söka upp ett annat ombuds klienter är desto mer motiverat — vilket kommissionen har vitsordat — i ett ärende under behandling än i ett avslutat ärende. Detta förbud har endast som syfte att hindra utvecklingen av illojalt handlande mellan auktoriserade ombud, eftersom ett aktivt uppsökande av ett annat ombuds klienter beträffande ett ärende som är under behandling eller ett avslutat ärende endast kan uppfattas som ett kritiskt ställningstagande, vilket strider mot de grundläggande principerna om lojalitet och kollegialitet.

86 Kommissionen har i huvudsak invänt att den omtvistade bestämmelsen åtminstone utgör ett hinder för ett ombud att erbjuda tjänster i samband med ett ärende som redan har behandlats och att bevisa sina kvalifikationer, vilket försvårar dennes möjligheter att närma sig ett annat ombuds tidigare klienter.

87 Möjligheten för klienten att byta ombud eller att begära ett oberoende yttrande uppväger inte denna svårighet, eftersom denna möjlighet förutsätter ett handlande från klientens sida på grundval av hans egen åsikt utan förmånen av spontan rådgivning från andra yrkesverksamma.

88 Med hänsyn till den vaga lydelsen av artikel 5 c i uppförandekodexen kan denna bestämmelse bli ett allvarligt hinder för inledandet av yrkesmässiga kontakter med andra ombuds tidigare klienter. Det handlar inte bara om att begränsa ett ombuds rätt att uppsöka en annat ombuds klient i samma ärende, vilket sökanden har gjort gällande.

Förstainstansrättens bedömning

89 Det är ostridigt att kommissionen inte har gjort någon invändning mot artikel 5 c i uppförandekodexen såvitt denna bestämmelse innehåller ett "förbud mot att aktivt erbjuda tjänster i ärenden som är under behandling av ett annat ombud (punkt 37 i skälen till beslutet)".

90 Kommissionen har däremot invänt mot det fall då behandlingen av ett ärende har avslutats.

91 Det skall först erinras om att i motsats till vad som angivits i punkt 37 första meningen i skälen till beslutet utgör artikel 5 c i uppförandekodexen inte ett "förbud för ett ombud att ta kontakt med ett annat ombuds klienter ... när det andra ombudets behandling av en klients ärende är avslutad".

92 Det framgår av själva ordalydelsen i artikel 5 c i uppförandekodexen att denna bestämmelse i själva verket endast medför ett förbud för ett ombud, när den erbjuder sina tjänster till ett annat ombuds klienter, att ha ett åsiktsutbyte med denna klient i ett bestämt ärende och att använda detta ärende för att komma i kontakt med denna klient.

93 Kommissionen har emellertid utvecklat sina anmärkningar i det andra stycket i punkt 37 i skälen till beslutet. Den har här anfört att "om ett ombud inte får utbyta åsikter med en potentiell klient om ett specifikt ärende som redan behandlats av ett annat ombud, kan ombudet knappast erbjuda den potentiella klienten att behandla nya ärenden som har något samband med det specifika

ärendet och får det till och med svårt att etablera någon som helst yrkesmässig kontakt med denna klient". Kommissionen drog härav slutsatsen i artikel 1 i beslutet att artikel 5 c i uppförandekodexen strider mot artikel 85 i fördraget.

94 Denna bedömning kan inte godtas, eftersom artikel 5 c i uppförandekodexen inte har den räckvidd som kommissionen givit den.

95 Som det redan har sagts medför nämligen inte denna artikel ett förbud mot erbjudandet av tjänster. Den innehåller inte heller ett förbud för ett ombud att vid uppsökande av klienter framhäva alla relevanta omständigheter, särskilt sin erfarenhet, sina kvaliteter, sin utbildning eller sina kostnader. Bestämmelsen hindrar inte heller ett åsiktsutbyte avseende ett specifikt ärende om klienten uttrycker en önskan om att erhålla en opartisk åsikt eller att byta ombud.

96 I artikel 5 c i uppförandekodexen förbjuds endast ett åsiktsutbyte med en klient på initiativ av ett ombud vad gäller ett specifikt avslutat ärende som redan har behandlats av ett annat ombud, och detta förbud kan kringgås av klienten.

97 Mot denna bakgrund har kommissionen felaktigt ansett att ombuden särskilt på grund av denna bestämmelse "får avsevärt sämre möjligheter att erbjuda sina tjänster till potentiella (inhemska eller utländska) klienter som redan varit klient hos något annat ombud i något specifikt ärende" (punkt 43 i skälen till beslutet).

98 I själva verket är syftet med artikel 5 c i uppförandekodexen, såsom det framgår mot bakgrund av hela artikeln, att förhindra att ett ombud vid erbjudandet av tjänster till klienter nedvärderar en kollega genom att ifrågasätta dennes agerande i ett avslutat ärende.

99 Mot bakgrund av samtliga omständigheter anser förstainstansrätten att det var på grundval av en felaktig analys av artikel 5 c i uppförandekodexen som kommissionen fastställde att denna text utgör en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

100 Under dessa omständigheter skall artikel 1 i beslutet ogiltigförklaras i den del det avser artikel 5 c i uppförandekodexen.

Andrahandsyrkandet avseende ogiltigförklaring av artikel 1 andra stycket i den del den endast medger ett undantag under en övergångsperiod

101 Med hänsyn till vad som ovan anförts skall förevarande andrahandsyrkande bedömas endast i den del det avser artikel 2 b första stycket i uppförandekodexen.

102 Sökanden har till stöd för sitt yrkande anfört tre grunder avseende bristande motivering och åsidosättande av artikel 81.3 EG samt åsidosättande av artikel 8 i förordning nr 17.

Den första grunden: Bristande motivering

103 Sökanden har gjort gällande att kommissionen i sitt beslut inte har förklarat varför villkoren för ett undantag inte längre kommer att vara uppfyllda vid utgången av den övergångsperiod som fastställts i artikel 1 andra stycket, det vill säga den 23 april 2000.

104 Denna grund kan inte godtas.

105 I punkt 48 i skälen till beslutet har kommissionen förklarat att den 23 april 2000 har ansetts vara ett lämpligt datum, eftersom det motsvarade det datum då medlemsstaterna skulle ha införlivat direktivet med sin nationella lagstiftning.

106 Beslutet innehåller också i enlighet med artikel 253 EG en redogörelse för kommissionens resonemang som är klar och tydlig.

Den andra grunden: Åsidosättande av artikel 81.3 EG

Parternas argument

107 Sökanden har för det första påpekat att kommissionen i sitt svaromål hänvisade till den ståndpunkt som flera medlemsstater antagit under mötet med den Rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor den 17 november 1998. Trots sökandens begäran vägrade kommissionen att lämna ut kommitténs yttrande med motiveringen att det inte var offentligt. Domstolen har emellertid i sin dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80—103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), fastställt att ett sådant yttrande som i förevarande mål inte kan bifogas handlingarna enligt artikel 10.6 i förordning nr 17. Med andra ord har kommissionen åsidosatt den kontradiktoriska principen och principen om rätt till försvar genom att i sina skrivelser hänvisa till ett utdrag från en handling som den visste att den inte skulle kunna lämna in till förstainstansrätten.

108 Den hänvisning som gjorts till det omtvistade yttrandet och de argument som kommissionen anfört i detta avseende skall därför inte beaktas.

109 Vad gäller sakprövningen anser sökanden att samtliga tillämpningsvillkor för artikel 81.3 EG var uppfyllda för beviljandet av ett varaktigt undantag. Genom att vägra ett sådant undantag har kommissionen åsidosatt denna bestämmelse i fördraget.

110 För det första bidrar artikel 2 b första stycket i uppförandekodexen till att förbättra distributionen av tjänsterna i fråga och/eller att främja ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig del av den vinst som därigenom uppnås i den mening som avses i artikel 81.3 EG.

111 Bestämmelsen i fråga utgör nämligen en yrkesetisk skyldighet som har till syfte att säkerställa att den etik och de grundläggande principer som reglerar ett fritt yrke respekteras. Det grundläggande syftet är sålunda att säkerställa en stadigvarande förbättring av ombudens tjänster till förmån för klienterna.

112 Förbudet mot jämförande reklam medför en förbättring av kvaliteten på de tjänster som de yrkesverksamma tillhandahåller till förmån för sina klienter. Dessa skall ägna sig åt att utforma ansökningar om europeiska patent och tillvarata sina klienters intressen inför patentverket.

113 Det är i själva verket svårt att objektivt jämföra de tjänster som tillhandahålls av ombuden på grund av deras komplexitet. Till och med vad gäller kostnader är en jämförelse omöjlig, eftersom det tillkommer en rad olika faktorer utöver timarvodet, såsom kompetens, erfarenhet etcetera. En sådan jämförelse skulle av denna anledning kunna vara vilseledande och strida mot artikel 3 a i direktivet.

114 Den energi- och tidsförlust som följer av ett försök att, förgäves, jämföra sammanslutningens medlemmars verksamheter påverkar dessutom kvaliteten på deras tjänster och kan bidra till att förvränga allmänhetens uppfattning av den bild som dessa yrkesverksamma ger av de institutioner som deltar i rättsskapande verksamhet. Om jämförande reklam var tillåten skulle slutligen endast ombud med en mycket stark ställning på marknaden och med stora finansiella tillgångar gynnas till förfång för andra ombud som sålunda skulle komma att försvinna från marknaden.

115 Förbudet mot jämförande reklam medför att konsumenterna inte behöver stå för kostnaden för en sådan reklam och förlora tid genom att leta efter jämförbara faktorer som i praktiken är omöjliga att finna.

116 För det andra är den omtvistade bestämmelsen oundgänglig i den mening som avses i artikel 81.3 EG med hänsyn till det särpräglade yrke som ombuden har, "vilka deltar i en verksamhet som omfattas av ett allmänintresse".

117 För det tredje kommer inte konkurrensen att sättas ur spel vad avser de flesta av de berörda tjänsterna. Förutom uteslutandet av vissa reklammetoder och erbjudandet av vissa tjänster förblir medlemmarna i sammanslutningen fria att konkurrera med varandra på flera olika sätt.

118 Sökanden har slutligen påpekat att den lösning som fastställts i beslutet medför från och med den 23 april 2000 en uppdelning mellan de auktoriserade ombud som tillåts göra jämförande reklam och sådana fria yrken som till exempel advokater och rådgivare inom industriell äganderätt, för vilka sådan reklam förblir förbjuden i flera medlemsstater.

119 Kommissionen har gjort gällande att den vid fastställandet av tidslängden för ett undantag förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning som endast kan bli föremål för en begränsad domstolsprövning (förstainstansrättens dom av den 15 juli 1994 i mål T-17/93, Matra Hachette mot kommissionen, REG 1994, s. II-595).

120 Som svar på sökandens invändning avseende hänvisningen till den rådgivande kommitténs yttrande har kommissionen påpekat att den omständigheten att

yttrandet inte lämnats ut inte strider mot principen om iakttagande av rätt till försvar (se domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 36). Fastställandet av undantagets varaktighet har dessutom endast gjorts på grundval av de skäl som angivits i punkt 48 i skälen till beslutet.

121 I förevarande fall ansåg kommissionen att ett undantag till och med den 23 april 2000, även om det var tidsbegränsat, var tillräckligt för att ombuden och konsumenterna gradvis skulle anpassa sig till den nya situationen.

122 Kommissionen har påpekat att i stort sett alla de argument som har anförts av sökanden, för att visa att förbudet mot jämförande reklam på ett varaktigt sätt uppfyller de villkor som föreskrivs i artikel 81.3 EG, avser det första av artikelns villkor som avser att bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Dessa argument är emellertid inte övertygande. Vissa argument syftar till att ifrågasätta huruvida ombuden utgör företag i den mening som avses i artikel 81 EG. Andra utgör vaga värdeladdade omdömen som fördömer själva begreppet jämförande reklam, oavsett yrke, trots att gemenskapslagstiftarens avsikt var den motsatta. Denna kritik är dessutom meningslös med hänsyn till de stränga villkor som föreskrivs i direktivet för att jämförande reklam skall vara tillåten. Slutligen avser andra argument reklam i allmänhet, trots att det redan i uppförandekodexen föreskrivs att vissa former av reklam är tillåten.

123 När det gäller de argument som mer specifikt ifrågasätter huruvida jämförande reklam kan användas med avseende på det yrke som utövas av auktoriserade ombud, såsom svårigheten att jämföra priser på ett objektivt sätt eller riskerna för vilseledande reklam, har kommissionen gjort gällande att dessa argument bestrids av de strikta kumulativa villkor som skall vara uppfyllda för att jämförande reklam skall vara tillåten enligt direktivet.

124 Kommissionen har slutligen avfärdat sökandens invändning avseende en uppdelning från och med den 23 april 2000 mellan ombudens situation och andra fria yrken. Denna uppdelning är nämligen endast en följd av en ofullständig harmonisering av de nationella rättssystemen och inte av beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

125 Der framgår av artikel 1 i beslutet att bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget inte skall tillämpas på artikel 2 b första stycket i uppförandekodexen i enlighet med artikel 85.3 i fördraget.

126 Detta undantag beviljades fram till och med den 23 april 2000.

127 Sökandens argument syftar till att visa att den omtvistade bestämmelsen i uppförandekodexen uppfyller villkoren för att ett undantag skall beviljas.

128 Med hänsyn till att kommissionen i beslutet uttalat sig i denna riktning är emellertid en sådan argumentation verkningslös. De invändningar som gjorts av sökanden kan endast avse detta undantags varaktighet.

129 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att perioden för ett undantag skall vara tillräckligt lång för att de som erhållit undantaget skall kunna förverkliga de fördelar som motiverar undantaget i fråga (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 230).

130 I förevarande mål består den huvudsakliga fördel som fastställts i beslutet i att på rimliga villkor säkerställa en övergångsperiod. Av denna anledning valdes datumet den 23 april 2000 som motsvarar den frist då direktivet skulle ha införlivats.

131 Sökanden har inte kunnat lägga fram något specifikt argument som visar att kommissionen genom att välja detta datum, ett år efter antagandet av beslutet, har gjort en uppenbart oriktig bedömning.

132 Talan kan därför inte bifallas på denna grund.

133 Det skall dessutom påpekas att kommissionen i sitt svaromål har hänvisat till en handling som den visste att den inte skulle kunna lämna ut till sökanden. Även om den omständighet att den rådgivande kommitténs yttrande inte lämnades ut inte strider mot principen om iakttagande av rätten till försvar inom ramen för det administrativa förfarandet enligt artikel 81 EG (se domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française m.fl., punkt 36), kan däremot inte en part i ett domstolsförfarande, utom under exceptionella omständigheter, till stöd för sin talan åberopa en handling som den inte kan foga handlingarna till utan att den kontradiktoriska principen åsidosätts.

134 Det framgår emellertid av vad som ovan anförts att eftersom denna handling inte var nödvändig för att pröva denna grund får detta konstaterande inte några följder.

Den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 8 i förordning nr 17

135 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt artikel 8 i förordning nr 17. Trots att kommissionen uttryckligen fastställde att villkoren i artikel 85.3 i fördraget var uppfyllda beviljade den ett provisoriskt undantag utan möjlighet till förlängning.

136 Enligt artikel 8.1 och 8.2 i förordning nr 17 kan ett beslut om undantag endast "ges för en bestämd period" och "kan på ansökan förnyas, om villkoren i fördragets artikel 85.3 fortfarande är uppfyllda".

137 I förevarande mål har undantaget beviljats till och med den 23 april 2000 och det finns inte något som hindrar sökanden från att hos kommissionen ansöka om en förlängning.

138 Talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

Rättegångskostnader

139 Enligt artikel 87.3 i förstainstansrättens rättegångsregler kan förstainstansrätten om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, besluta att kostnaderna skall delas.

140 I förevarande mål anser förstainstansrätten att vardera part skall bära sin rättegångskostnad, inklusive den som uppstått inom ramen för det interimistiska förfarandet.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

1) **Artikel 1 i kommissionens beslut 1999/267/EG av den 7 april 1999 om tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/36147 — Uppförandekodex för sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga**

ombud) ogiltigförklaras i den del som avser artikel 2 b tredje stycket och artikel 5 c i Uppförandekodex för sammanslutningen av auktoriserade, inför Europeiska patentverket behöriga ombud.

2) Talan ogillas i övrigt.

3) Vardera part skall bära sin rättegångskostnad, inklusive den som uppstått inom ramen för det interimistiska förfarandet.

Meij Potocki Pirrung

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 mars 2001.

H. Jung

Justitiesekreterare

A. W. H. Meij

Ordförande