CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. FRANCESCO CAPOTORTI, PRÉSENTÉES LE 11 JUILLET 1979 [1]

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. Dans la présente affaire, la Cour a décidé que la procédure orale se limitait, pour l'instant, à la question de la recevabilité du recours. Nous ne nous occuperons donc que de cette question après vous avoir exposé un résumé des faits essentiels.

Le 23 juillet 1971, la société allemande GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) a présenté à la Commission une demande au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement du Conseil n° 17/62, tendant à faire constater une infraction aux règles de concurrence du traité CEE de la part de la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (Radio Luxembourg), de la société Radio Music International, elle-aussi de Luxembourg, et de la société Radio Tele Music de Berlin. Selon la GEMA, la compagnie luxembourgeoise aurait utilisé sa filiale Radio Music International pour conclure avec des éditeurs de musique de République fédérale des contrats aux termes desquels Radio Music International aurait obtenu la moitié des redevances des droits d'auteur sur les œuvres musicales éditées en commun avec lesdits éditeurs en contrepartie de la diffusion de ces compositions sur sa station émettrice en langue allemande. La Commission a donné suite à la demande en adressant aux entreprises précitées, par lettre du 23 janvier 1974, la communication des griefs — consistant dans la violation de l'article 86 du traité CEE — et en fixant ensuite, pour le 23 avril de la même année, l'audition des parties.

La GEMA a été tenue au courant du déroulement de la procédure jusqu'en avril 1974; après cette date, elle n'a plus reçu d'autres informations, de sorte que, quatre années plus tard (et précisément le 31 janvier 1978), face au silence prolongé de la Commission, elle lui a envoyé une lettre de mise en demeure, l'invitant à prendre une décision formelle et à la lui communiquer dans un délai de deux mois. La Commission a répondu par une lettre du 22 mars 1978 qui contenait une prise de position détaillée et motivée de sa part; elle y affirmait, entre autres, que «les éléments les plus récents» ne justifiaient pas l'adoption d'une décision constatant l'abus de position dominante de la part des sociétés précitées. Du fait de l'évolution récente de la situation, il était en effet pratiquement impossible d'établir tant l'existence d'une position dominante sur une partie substantielle du marché commun que l'abus d'une telle position de la part de la compagnie luxembourgeoise. Dans la même lettre, la Commission rappelait que, en vertu de l'article 6 du règlement de la Commission n° 99/63, la GEMA avait la possibilité de présenter des observations écrites dans les deux mois à compter de la réception de la «prise de position». Enfin, la Commission a exprimé l'opinion que les sociétés de protection des droits d'auteur, indépen-

1 — Traduit de l'italien.

damment de l'article 86 du traité, disposaient d'autres moyens de se défendre contre les distorsions de la concurrence résultant des diffusions radiophoniques qui privilégient les compositions éditées par les stations de radio; à ce sujet, la Commission a proposé à la GEMA d'avoir un entretien avec ses fonctionnaires. Par la suite, cet entretien a eu lieu, mais la solution suggérée par la Commission — qui comportait une modification des statuts de la GEMA — a, en définitive, été considérée comme irréalisable par cette dernière.

Le 31 mai 1978, la société GEMA a formé un recours en application de l'article 175 du traité CEE en demandant à la Cour de déclarer illégale la carence de la Commission et de l'enjoindre de prendre une décision formelle dans le cadre de la procédure en constatation d'infraction ouverte en 1971 à la demande de la requérante, ou, le cas échéant, d'informer celle-ci du classement de cette demande. La requérante voit la carence de la Commission, d'une part, dans le fait d'avoir omis de poursuivre la procédure ouverte sur la base du règlement n° 17/62 contre la compagnie radiophonique luxembourgeoise et ses filiales, et, d'autre part, dans le fait de ne pas avoir avisé la requérante du classement de sa demande, en application de l'article 6 du règlement n° 99/63.

Le 19 mars 1979, la requérante a présenté à titre subsidiaire une conclusion supplémentaire par laquelle elle a demandé, en application de l'article 173, alinéa 2, du traité CEE, dans le cas où la Cour considérerait le recours en carence comme irrecevable, l'annulation de la décision, contenue dans la lettre de la Commission du 22 mars 1978, de ne pas poursuivre la procédure engagée contre la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion.

La Commission a excipé de l'irrecevabilité tant du premier que du deuxième recours.

2. Examinons d'abord le recours en carence. La Commission soutient qu'il ne serait pas recevable pour deux raisons: pour violation de l'article 38, lettre c), du règlement de procédure, parce que le recours ne contiendrait pas l'exposé des moyens invoqués; et pour violation de l'article 175, alinéa 2, du traité, étant donné que la condition de l'inaction de l'institution ferait défaut.

L'exception tirée de la prétendue violation de l'article 38, lettre c), du règlement de procédure nous semble sans fondement. Cette disposition prévoit que la requête contient, entre autres, «l'objet du litige et l'exposé sommaire des moyens invoqués». Or, en l'espèce, la détermination des dispositions que la GEMA invoque à l'appui de son action judiciaire est possible et aisée eu égard au contexte du recours: il s'agit en premier lieu de l'article 6 du règlement de la Commission n° 99/63 dont découleraient, selon la requérante, tant le droit à ce que la procédure en infraction se déroule jusqu'à une décision formelle que le droit d'être avisé du classement de la plainte et des motifs qui le justifient; il s'agit aussi, sur le plan de la procédure, de l'article 175, alinéa 2, du traité CEE, qui attribue au particulier la faculté de former un recours contre l'inaction des institutions lorsque les conditions prévues par la disposition sont réunies. Le fait que ces dispositions soient en jeu, en ce sens que les moyens invoqués par la requérante y trouvent leur origine, résulte clairement des griefs de la société GEMA tels que nous les avons décrits ci-dessus, c'est-à-dire de son affirmation (contenue dans la partie III de la requête), selon laquelle la Commission se serait abstenue d'agir en omettant de poursuivre la procédure en infraction ou bien d'aviser la requérante du classement de sa plainte. Partant, la condition

prescrite par l'article 38, lettre c), précité du règlement de procédure doit être considérée comme remplie.

3. La deuxième exception d'irrecevabilité du recours soulevée par la Commission se fonde sur l'affirmation qu'elle ne serait pas restée inactive après avoir reçu la mise en demeure. Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler que la Commission a adressé une lettre à la requérante le 22 mars 1979, après avoir été invitée à agir, et nous avons résumé le contenu de cette lettre. Le problème qui se pose, et sur lequel les parties ont évidemment des points de vue divergents, est celui de la qualification juridique de cette lettre. Selon la Commission, elle contiendrait «une prise de position» au sens de l'article 175, alinéa 2, et le grief de carence qui constitue la condition du recours serait donc écarté, alors que la société GEMA soutient que la lettre aurait une valeur purement interlocutoire et ne mettrait donc pas un terme à l'inaction de l'institution.

Au sujet de la lettre litigieuse, deux constatations peuvent être faites assez facilement. La première concerne sa conformité à l'article 6 du règlement de la Commission n° 99/63 qui dispose: «lorsque la Commission, saisie d'une demande en application de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17, considère que les éléments qu'elle a recueillis ne justifient pas d'y donner une suite favorable, elle en indique les motifs aux demandeurs et leur impartit un délai pour présenter par écrit leurs observations éventuelles». En l'espèce, il suffit de lire la lettre en question pour constater que la Commission excluait clairement que la plainte de la GEMA puisse être accueillie, qu'elle exposait par ailleurs les motifs de cette orientation par rapport aux éléments de fait constatés et fixait enfin un délai de deux mois pour les observations écrites de la requérante. On ne voit donc pas sur quelle base la société GEMA se fonde pour soutenir qu'elle n'a pas été informée de l'issue de la procédure et des motifs du «classement» de sa plainte. La deuxième constatation est, ensuite, que l'octroi à la requérante d'un nouveau délai pour des observations écrites n'a pas constitué une manifestation du pouvoir discrétionnaire de la Commission, mais le respect pur et simple des dispositions de l'article 6 précité du règlement n° 99/63. Évidemment, on peut encore discuter de la question de savoir si la communication prévue dans cette disposition a ou non une valeur interlocutoire; mais l'examen doit s'effectuer dans le cadre de la réglementation des procédures communautaires en maitère de concurrence et ne pas se limiter à la lettre du 22 mars 1979 concernant le cas contesté par la GEMA. A cet égard, il convient d'ajouter que nous ne partageons pas la thèse de la requérante selon laquelle la lettre précitée aurait une valeur interlocutoire en raison, également, du fait qu'elle contenait une invitation à un entretien avec les représentants de la Commission, en vue d'examiner les méthodes propres à éviter ou à réduire les inconvénients résultant des pratiques telles que celles qui sont mises en œuvre par les sociétés attaquées. En réalité, la lettre en question se compose de deux parties distinctes: une première, tout à fait conforme à l'article 6 du règlement n° 99/63, dont nous avons déjà parlé, et une seconde dans laquelle la Commission formule une proposition de coopération dans l'intérêt de la GEMA et sur la base de l'expérience acquise dans le secteur par la Commission. Cette deuxième partie est clairement distincte de l'autre et ne concerne absolument pas le déroulement de la procédure pour infraction aux

règles de concurrence mais suppose, au contraire, que cette procédure ait été achevée.

4. Restent à résoudre deux problèmes de caractère général dont la solution apparaît indispensable aux fins de l'espèce présente: l'identification de la situation juridique du particulier qui présente une demande au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 — de manière à déterminer s'il a droit à une décision de la Commission et, éventuellement, à quel genre de décision — et l'interprétation de l'article 175 du traité CEE en vue de clarifier la portée du concept de «carence» du Conseil ou de la Commission contenu dans cet article.

Quant au premier problème, il convient de noter que le règlement n° 17/62 du Conseil, complété par le règlement ultérieur n° 99/63 de la Commission, a institué pour la constatation des infractions aux articles 85 et 86 du traité une procédure caractérisée par certaines phase intermédiaires, et principalement par celles qui consistent dans des vérifications effectuées par la Commission et dans l'audition des intéressés et des tiers. Dans le cadre de ces phases, la Commission peut adopter des actes qui, sans pour autant constituer formellement des décisions au sens de l'article 189, affectent cependant la sphère juridique des destinataires et ne relèvent pas de la catégorie des avis ni de celle des recommandations (par exemple, les actes par lesquels la Commission donne aux intéressés l'occasion d'être entendus — article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et article 5 du règlement n° 99/63 — ou permet le développement oral des observations écrites — article 7 du règlement n° 99/63 — ou convoque pour une certaine date la personne à entendre — article 8 du même règlement). A notre avis, la communication prévue par l'article 6 précité du règlement n° 99/63, dont nous avons déjà eu l'occasion de décrire le contenu, relève de ces actes; nous ne pensons pas qu'elle puisse être qualifiée de décision, même si elle suppose que la Commission soit parvenue à une appréciation des données fournies par le demandeur et de celles recueillies au cours de l'instruction. Son trait principal réside en effet dans l'information qui est fournie aux demandeurs sur les motifs qui ont amené la Commission à classer l'affaire; quant à l'octroi à ces mêmes demandeurs d'un délai pour la présentation (d'éventuelles) observations écrites, il est clair qu'il s'agit d'une mesure accessoire qui vise à assurer au tiers la plus large protection de ses intérêts et à permettre à la Commission de rouvrir le dossier lorsque le tiers fournit de nouveaux éléments de fait ou des arguments ultérieurs sur le plan juridique. Corrélativement à l'obligation de communication imposée à la Commission par la disposition précitée, on peut bien parler d'un droit du particulier qui a présenté une demande au sens de l'article 3, paragraphe 2, lettre b), du règlement n° 17/62, de connaître les motifs pour lesquels la Commission considère comme injustifié de donner une suite favorable à cette demande, et de bénéficier en outre d'un délai pour présenter des observations écrites.

Par conséquent, nous ne pensons pas que l'on puisse partager la thèse selon laquelle l'auteur de la demande aurait le droit d'obtenir de la Commission un acte ayant la nature d'une décision formelle quant à l'existence ou l'inexistence de l'infraction incriminée.

Trois considérations principales nous amènent à rejeter une telle thèse.

a) Tout d'abord, nous notons que, chaque cas présentant des exigences spécifiques du point de vue de l'instruction, il ne serait pas raisonnable de

reconnaître au particulier le droit d'exiger de la Commission une décision définitive sur la procédure alors que cette même Commission a la tâche d'apprécier, avec une certaine latitude discrétionnaire, la nature et le nombre des constatations qui peuvent être nécessaires avant d'adopter une position définitive. Le classement implicitement contenu dans l'acte prévu par l'article 6 du règlement n° 99/63 présente au contraire l'avantage de la flexibilité, en ce sens que rien n'empêche la Commission de rouvrir le dossier en présence d'un élément nouveau.

b) En second lieu, la thèse en question ne trouve aucune base dans les dispositions réglementaires qui régissent cette matière. Il est significatif qu'en application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17/62, la Commission, même lorsqu'elle a constaté une infraction aux articles 85 et 86, peut (et non pas doit) obliger par une décision les entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction incriminée: elle conserve le pouvoir discrétionnaire de procéder autrement, en particulier, en adressant une recommandation (article 3, paragraphe 3). Quant à l'article 6 du règlement n° 99/63, nous avons déjà observé que la communication qu'il prévoit présuppose l'adoption d'une décision de fond sur l'issue de la procédure, mais — comme le montre clairement la formulation de la disposition — elle est l'expression d'un droit du particulier non pas à la décision mais au contraire à la connaissance de cette décision et des motifs qui l'ont suscitée.

c) En troisième lieu, il est utile de noter que, même lorsque la procédure prévue par le règlement n° 17/62, ouverte à la suite de la plainte d'un tiers, trouve sa conclusion dans une décision constatant l'infraction et obligeant l'entreprise intéressée à y mettre fin, cette décision *n'est pas un acte émis à l'égard du tiers demandeur:* le destinataire de l'acte est l'entreprise auteur de l'infraction. Cette affirmation est confirmée par l'arrêt rendu par la Cour de justice le 25 octobre 1977 dans l'affaire 26/76, Metro (Recueil 1977, p. 1875) dans lequel la Cour a affirmé que «il est de l'intérêt à la fois d'une bonne justice et d'une exacte application des articles 85 et 86 que les personnes physiques ou morales qui sont, en vertu de l'article 3, paragraphe 2 b), du règlement n° 17, habilitées à demander à la Commission de constater une infraction auxdits articles 85 et 86, puissent, s'il n'est pas fait droit, en tout ou en partie, à leur demande, disposer d'une voie de recours destinée à protéger leurs intérêts légitimes» et «qu'il y a donc lieu de considérer que ces personnes sont directement et individuellement concernées, au sens de l'article 173, alinéa 2, par la décision de la Commission (treizième attendu). En réalité, cette jurisprudence, en se référant à la possibilité prévue par l'article 173, alinéa 2, d'attaquer les décisions qui «bien que prises sous l'apparence ... d'une décision adressée à une autre personne ... concernent directement et individuellement» (le requérant), exclut par là-même qu'une décision relative à l'infraction aux articles 85 et 86, adoptée à la suite d'une plainte d'un tiers, puisse entrer dans la catégorie des décisions «adressées» au requérant (qui, en l'espèce, s'identifie au tiers plaignant). Cela étant, il nous semble permis d'affirmer que l'arrêt Metro précité a reconnu que le tiers plaignant n'a pas, dans le cadre de la procédure prévue par le règlement n° 17/62, le droit d'exiger une décision définitive sur la procédure qu'il a mise en mouvement; il pourrait se prévaloir d'un tel droit si la

décision devait être émise à son égard, mais ce n'est pas le cas.

5. Passons alors à l'autre problème d'ordre général que nous estimons nécessaire d'examiner: l'interprétation de l'article 175 du traité CEE. Comme vous le savez, cette disposition stipule que, «dans le cas où, en violation du présent traité, le Conseil ou la Commission s'abstient de statuer, les États membres et les autres institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour de justice en vue de faire constater cette violation». Le dernier alinéa de ce même article étend cette faculté de recours à toute personne physique ou morale qui entend «faire grief à l'une des institutions de la Communauté d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis». Pour que ce recours puisse être présenté tant par les États et les institutions que par les particuliers, il est nécessaire que l'institution ait été préalablement invitée à agir et n'ait pas pris position dans un délai de deux mois à compter de la mise en demeure.

Aux fins de la solution de l'espèce présente, deux points nous semblent d'un intérêt particulier: il s'agit d'établir si l'expression «un acte autre qu'une recommandation ou un avis» renvoit implicitement à la seule catégorie des actes obligatoires pour les destinataires qu'ils désignent, visés à l'article 189, alinéa 1 (décisions), et de clarifier la signification de la «prise de position» qui fait éventuellement obstacle à l'introduction du recours en carence. Sur le premier point, nous estimons qu'attribuer au terme «acte» une signification large est une thèse plus raisonnable et fondée, pour des raisons tant terminologiques que systématiques. Du point de vue littéral, il est significatif que le traité préfère ce terme au terme technique de «décision» qui a une valeur précise dans le système des sources du droit: il est en effet permis de supposer que, si le législateur communautaire avait voulu circonscrire aux seules décisions le mécanisme de la possibilité du recours en carence formé par des particuliers, il aurait utilisé l'expression technique appropriée et non pas un terme polyvalent tel que le terme «acte». Ensuite, du point de vue systématique, il nous semble important de noter qu'également dans le premier alinéa de l'article 175, l'abstention du Conseil ou de la Commission est désignée par une expression large «dans le cas où, en violation du présent traité, le Conseil ou la Commission *s'abstient de statuer*». Pour sa part, l'invitation que le deuxième alinéa de la disposition oblige à adresser à l'institution en cause est définie comme une invitation «à agir» et non pas «à décider». Nous considérons donc que l'omission d'arrêter des actes qui ne peuvent pas être assimilés au schéma formel de la décision — en particulier les actes que nous avons précédemment mentionnés en parlant de la procédure visée à l'article 17/62, parmi lesquels figure la communication prévue par l'article 6 du règlement de la Commission n° 99/63 — peut également être attaquée par le recours en carence.

Logiquement, cette opinion doit également influer sur la réponse qu'il y a lieu de donner à la deuxième question, compte tenu de la nature encore plus générale des termes de «prise de position». Si l'acte visé à l'article 175, alinéa 3, devait en tout cas être une décision, on pourrait avancer la même hypothèse pour la nature de la prise de position mentionnée à l'alinéa 2; mais une interprétation large de la notion «d'acte» conduit a fortiori à donner un sens large au concept de la «prise de position».

En effet, nous estimons que l'institution en cause peut adopter une prise de position (et ainsi faire tomber le grief de carence), même au moyen d'un acte n'ayant pas la nature d'une décision et, partant, également par un acte qui ne met pas fin à la procédure. La conséquence qu'il faut en tirer à l'égard du cas d'espèce est que la qualification de la lettre de la Commission du 22 mars 1979 devient sans importance: que l'on voie dans cette lettre une communication pure et simple ou que l'on en déduise même une décision implicite de classement (comme nous avons déjà dit le penser), la Commission aurait en tout état de cause «pris position» au sens de l'article 175 et ne pourrait donc pas être accusée d'inaction.

La jurisprudence de la Cour de justice confirme l'interprétation que nous donnons des termes «prise de position». L'arrêt rendu le 13 juillet 1971 dans l'affaire 8/71, Komponistenverband/ Commission (Recueil 1971, p. 705) a, en effet, dit pour droit qu'une lettre dans laquelle la Commission, s'adressant à une entreprise à l'égard de laquelle une procédure était ouverte sur la base du règlement n° 17/62, la mettait en mesure de présenter ses observations dans un certain délai, conformément à l'article 5 du règlement n° 99/63, constituait une «prise de position» au sens de l'article 175, alinéa 2; en conséquence, la Commission «ne s'est pas abstenue de statuer sur la demande de la requérante» et, partant, «les conditions envisagées par l'article 175» faisant défaut, le recours devait «être rejeté comme irrecevable».

Il y a encore un aspect de l'article 175 qui nous semble mériter quelques commentaires. Nous avons vu que la faculté du particulier de former un recours en carence vise à faire grief à l'une des institutions d'avoir manqué *d'adresser au requérant* un acte autre qu'une recommandation ou un avis. Cela signifie, à notre avis, que l'abstention doit se produire par rapport à un acte dont le requérant aurait dû être le destinataire. De ce point de vue, il existe une différence évidente entre l'article 175, alinéa 3, et l'article 173, alinéa 2, qui concerne les recours en annulation: cette dernière disposition stipule en effet que «toute personne physique ou morale peut former ... un recours contre les décisions dont elle est le destinataire», mais elle prévoit également, immédiatement après, pour les mêmes personnes, la possibilité de former un recours «contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou *d'une décision adressé à une autre personne*», les concernent «directement et individuellement». Le fait que ce dernier élément de phrase de l'article 173, alinéa 2, n'ait pas été répété dans l'article 175 permet d'affirmer que la possibilité de former un recours en carence a été attribuée aux personnes physiques ou morales dans un nombre de cas plus restreint que pour le recours en annulation. En particulier, on a dénié à ces personnes la faculté de former un recours en carence contre les actes qui, tout en les concernant directement et individuellement, ne leur sont cependant pas adressés.

L'étendue différente des possibilités de recours accordées par l'article 173, alinéa 2, et par l'article 175, répond à une logique compréhensible et ne présente pas d'aspects contradictoires. Le recours en carence a pour but de faire constater au juge communautaire l'inaction du Conseil ou de la Commission et de les contraindre, par l'intervention de l'autorité du juge, à prendre position; le recours en annulation tend au contraire à obtenir un jugement qui doit affecter un acte existant en l'annulant. Il est donc logique que le recours en carence ne puisse être formé que par les destinataires de l'acte: ceux-ci ont intérêt à ce que la Commission ne reste pas inactive et cet intérêt n'est suffisamment fort et digne de protection que lorsque son titulaire est également le destinataire de l'acte invoqué. Il n'est pas raisonnable

d'étendre cet instrument — qui, en substance, sert surtout à éviter l'enlisement des procédures — à des personnes qui, tout en subissant les effets de l'acte n'en sont cependant pas les destinataires. Si une décision est adoptée, ces personnes pourront l'attaquer au titre de l'article 173, alinéa 2, dernière partie: il est en effet opportun, dans ce dernier cas, face à un comportement positif de l'institution, de permettre également au requérant de former un recours et de provoquer ainsi le contrôle de la légalité des choix faits par la Commission.

La référence au recours en carence prévu par l'article 35 du traité CECA ne peut pas aboutir à des conclusions différentes. Cette voie de recours est en effet différente du recours visé à l'article 175 puisqu'elle est conçue comme une sous-espèce du recours en annulation. On peut supposer sans risque que certaines des incertitudes que l'on enregistre dans l'interprétation de l'article 175 naissent de la transposition dans ce domaine des concepts élaborés par rapport à l'article 35 du traité CECA.

6. Tirons les enseignements des considérations qui précèdent. La société GEMA, ayant exercé la faculté attribuée par l'article 3, paragraphe 2, lettre b), du règlement n° 17/62 aux personnes physiques et morales intéressées, avait certainement le droit, au sens de l'article 6 du règlement n° 99/63 de la Commission, de recevoir la communication qui y est prévue et d'obtenir un délai pour d'éventuelles observations écrites. A défaut de cette communication, elle avait par ailleurs le droit de mettre en demeure la Commission (au sens de l'article 175 du traité CEE) et si, malgré cela, celle-ci était restée silencieuse et inactive, les conditions d'introduction d'un recours en carence auraient été réunies. Mais en fait, la communication de la Commission est intervenue par la lettre précitée du 22 mars 1978 au sujet de laquelle nous avons déjà relevé qu'elle répondait pleinement aux conditions prescrites par l'article 6 du règlement n° 99/63. Cette communication concrétise, à notre avis, l'acte mentionné dans l'article 175, dernier alinéa; en conséquence, la carence de la Commission a disparu à la date de la lettre. L'acte en question pouvait être attaqué en temps utile par un recours en annulation, étant donné que les actes soumis au contrôle de légalité de la Cour sont décrits dans l'article 173, alinéa 1, par une formule identique à celle qu'utilise l'article 175 précité, dernier alinéa. Cette affirmation est corroborée par le fait qu'à notre avis, la lettre du 22 mars 1978 impliquait une décision de classement de la procédure ouverte à l'égard de la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et de ses filiales; la GEMA aurait donc pu demander l'annulation de cette décision selon la voie indiquée dans l'arrêt Metro précité du 25 octobre 1977. En tout état de cause, c'est-à-dire même s'il subsistait des doutes quant à la qualification exacte de la lettre en question, celle-ci constituait à tout le moins une prise de position de la Commission au sens de l'article 175, alinéa 2; cela suffisait à bloquer le recours en carence.

La société GEMA n'avait en revanche aucun droit à ce que la Commission adopte une décision formelle sur le fond dans la procédure en constatation des infractions aux règles de concurrence ouverte à sa demande et cela pour les raisons que nous avons exposées ci-dessus. En conséquence, la GEMA

n'avait aucune raison d'attendre une telle décision après avoir reçu la communication du 22 mars 1978, même dans l'hypothèse où celle-ci lui est apparue comme non définitive. En tout cas, une décision formelle sur le fond dans la procédure évoquée, si elle avait été prise, n'aurait pas été adoptée *à l'égard de GEMA*, de sorte qu'à défaut de celle-ci, la GEMA n'avait pas le droit d'engager l'action en carence qui est limitée par l'article 175, dernier alinéa, à l'omission des actes dont le requérant est destinataire.

7. Nous avons vu que la société GEMA a également présenté, à titre subsidiaire, le 19 mars 1979, un recours en annulation contre la décision contenue dans la lettre de la Commission du 22 mars 1978.

A notre avis, ce deuxième recours est également irrecevable parce qu'il est tardif; en effet, à la date de sa présentation, le délai maximal de deux mois à compter de la réception de l'acte attaqué était déjà largement dépassé.

La défense de la requérante soutient que la demande d'annulation constituerait la déduction d'un moyen nouveau, fondé sur des éléments de droit qui se sont révélés pendant la procédure écrite, et qu'elle devrait par conséquent être considérée comme recevable au sens de l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure. L'élément de droit survenu résiderait dans l'arrêt du Bundesgerichtshof du 12 décembre 1978 qui concerne les mêmes faits que ceux sur lesquels portait la procédure ouverte par la Commission à l'égard de la Compagnie luxembourgeoise, arrêt dans lequel le Bundesgerichtshof affirme, entre autres, que la Commission aurait renoncé à poursuivre la procédure précitée. Selon la requérante, il y a aurait lieu d'en déduire que le Bundesgerichtshof a vu dans la lettre de la Commission du 22 mars 1978 une décision concluant la procédure et cela justifierait la présentation tardive de la demande subsidiaire.

Cette thèse nous semble dénuée de fondement. Tout d'abord, on peut douter du fait que l'appréciation contenue dans l'arrêt du Bundesgerichtshof quant à la qualification juridique de la lettre de la Commission du 22 mars 1978 puisse constituer un (nouvel) «élément» de droit au sens de l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure; il s'agit du fond seulement de l'interprétation d'un document donnée incidemment par une juridiction nationale dans la motivation de son jugement et non d'un élément présentant une importance juridique sur le plan communautaire. Ajoutons ensuite que l'article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure, lorsqu'il prévoit la possibilité exceptionnelle de produire des moyens nouveaux en cours d'instance, vise, à notre avis, des moyens nouveaux, en fait ou en droit, qui concourent à soutenir la demande formulée dans l'acte introductif, alors que la requérante a présenté en l'espèce une véritable *demande nouvelle.* En effet, dans le premier recours du 30 mai 1978, elle avait demandé au sens de l'article 175, que la Commission soit obligée d'adopter une décision formelle ou de communiquer le classement de l'affaire, c'est-à-dire de prendre position sur la demande originaire; en revanche, dans son deuxième recours, elle a conclu, au sens de l'article 173, alinéa 2, à l'annulation de la décision de ne pas poursuivre la procédure ouverte à l'égard de la Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion: le *«petitum»* est donc différent dans les deux cas et la *«causa petendi»* qui, dans la première hypothèse, se situe dans l'inaction de la Commission et, dans la deuxième, dans l'illégalité de la décision adoptée par cette même Commission, est également différente. Le caractère nouveau de la deuxième demande est donc indubitable. Nous observons en outre que la demande subsidiaire a, en tout cas, été présentée après la fin de la procédure écrite et qu'en conséquence, sous cet aspect également, elle va au-delà

des dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 précité.

Il nous semble enfin opportun de remarquer que les éléments essentiels d'une demande d'annulation ne peuvent pas être perçus dans le recours en carence du mois de mai 1978. En d'autres termes, on ne peut pas affirmer que la société GEMA a, en substance, déjà demandé par le premier recours l'annulation d'une décision tout en invoquant en apparence l'inaction de l'institution. La différence entre les deux recours sous l'angle du *petitum* et de la *causa petendi*, que nous venons de mettre en évidence, empêche précisément d'utiliser cette voie.

8. En conséquence, nous concluons en proposant à la Cour de justice de déclarer irrecevables les deux recours, tant en carence qu'en annulation, présentés par la société GEMA contre la Commission, respectivement le 30 mai 1978 et le 19 mars 1979.

Quant aux dépens, compte tenu de la complexité et du caractère partiellement nouveau des questions traitées, nous proposons qu'ils soient compensés dans la mesure d'un tiers, en application de l'article 69, paragraphe 3, alinéa 1, du règlement de procédure, et que la société requérante soit condamnée à rembourser à la Commission les deux tiers restants.