# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 11. JULI 1979 [1]

*Høje Ret.*

1. I denne sag har Domstolen bestemt, at den mundtlige forhandling på nuværende sagstrin kun skulle dreje sig om spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling. Dette spørgsmål vil jeg altså først tage stilling til efter, at jeg har redegjort for sagens væsentligste faktiske omstændigheder.

Den 23. juli 1971 fremsatte det tyske selskab GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) over for Kommissionen en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17/62 for at få konstateret, at Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (Radio Luxembourg) og selskaberne Radio Music International, Luxembourg, og Radio Télé Music, Berlin, havde overtrådt EØF-traktatens konkurrenceregler. Ifølge GEMA havde Compagnie luxembourgeoise via datterselskabet Radio Music International indgået kontrakter med musikforlæggere i Forbundsrepublikken, hvorefter Radio Music International skulle have halvdelen af ophavsretsafgifterne for musikværker udgivet i fællesskab med de nævnte forlæggere mod til gengæld at bringe disse i sin tysksprogede senders programmer. Kommissionen tog begæringen til følge og meddelte i skrivelse af 23. januar 1974 de nævnte virksomheder sine klagepunkter — vedrørende en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86 — og gav senere parterne frist til den 23. april samme år til at udtale sig.

GEMA blev holdt underrettet om procedurens forløb frem til april 1974; derefter hørte selskabet ikke mere til sagen, og da Kommissionen fortsat forholdt sig tavs, tilskrev selskabet så efter 4 års forløb (nemlig den 31. januar 1978) Kommissionen og opfordrede den til at vedtage en formel beslutning samt til inden 2 måneder at meddele selskabet denne beslutning. Kommissionen besvarede denne henvendelse i en skrivelse af 22. marts 1978, der indeholdt en detaljeret og begrundet redegørelse for dens standpunkt; den meddelte bl.a., at »de senest fremkomne oplysninger« ikke gav grundlag for at vedtage en beslutning, hvorved det konstateredes, at der forelå et misbrug af dominerende stilling fra de nævnte selskabers side. Det var nemlig efter den seneste udvikling praktisk umuligt at bevise, dels at Compagnie luxembourgeoise indtog en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, dels at det skulle have gjort sig skyldig i et misbrug af en sådan stilling. Kommissionen gjorde i samme skrivelse opmærksom på, at GEMA i henhold til artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63 havde mulighed for inden to måneder efter modtagelsen af Kommissionens »stillingtagen« skriftligt at fremsætte sine eventuelle bemærkninger. Endelig anførte Kommissionen, at selskaber, der forvalter ophavsrettigheder, rådede over andre end de i traktatens

1 — Oversat fra italiensk.

artikel 86 angivne midler til at beskytte sig mod en konkurrencefordrejning, der opstår ved radiospredning, der giver de af radiostationerne udgivne musikværker en fortrinsstilling. Kommissionen foreslog GEMA et møde til drøftelse heraf. Dette møde kom senere i stand, men Kommissionens løsningsforslag — der omfattede en ændring af GEMA's vedtægter — var efter selskabets opfattelse uigennemførligt.

Den 31. maj 1978 har GEMA anlagt sag ved Domstolen i medfør af EØF-traktatens artikel 175 med påstand om, at Kommissionens passivitet erklæres ulovlig, at det påbydes Kommissionen at træffe en officiel beslutning inden for rammerne af den i 1971 efter GEMA's begæring indledte procedure til konstatering af en overtrædelse eller, at der i givet fald gives selskabet meddelelse om sagens henlæggelse. Sagsøgerne finder, at Kommissionen har udvist en retsstridig passivitet dels ved ikke at have fortsat den i henhold til forordning nr. 17 mod Compagnie radiophonique luxembourgeoise og dettes datterselskaber indledte procedure og, dels ved ikke i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 at have underrettet sagsøgerne om sagens henlæggelse.

Den 19. marts 1979 har sagsøgerne i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, nedlagt en ny subsidiær påstand med krav om, at Domstolen, såfremt den skulle finde, at passivitetssøgsmålet ikke kan admitteres, annullerer den i Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 indeholdte beslutning om ikke at fortsætte den mod Compagnie luxembourgoise indledte procedure.

Kommissionen har påstået begge søgsmål afvist.

2. Jeg vil først behandle passivitetssøgsmålet. Kommissionen hævder, at det må afvises af to grunde: dels fordi procesreglementets § 38, stk. 1, litra c), ikke er overholdt, idet stævningen ikke indeholder nogen fremstilling af de søgsmålsgrunde, der påberåbes; dels fordi betingelserne efter traktatens artikel 175, stk. 2, ikke er opfyldt, idet institutionen ikke har forholdt sig passiv.

Jeg mener, at indsigelsen om, at procesreglementets artikel 38, stk. 2, litra c), ikke er overholdt, er grundløs. I denne bestemmelse hedder det, at stævningen bl.a. skal indeholde søgsmålets genstand og en kort fremstilling af de søgsmålsgrunde, der påberåbes. Det er nu imidlertid i det foreliggende tilfælde muligt og let ud fra den sammenhæng, hvori søgsmålet forekommer, at fastsætte de bestemmelser, GEMA støtter sit krav på: det drejer sig for det første om artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63, der ifølge sagsøgerne hjemler ret såvel til at kræve proceduren fortsat, indtil der er vedtaget en formel beslutning, som til at blive underrettet om henlæggelsen af en klage og grundene hertil, og for det andet om artikel 175, stk. 3, der giver private adgang til på visse betingelser at anlægge søgsmål mod en institutions passivitet. At sagsøgerne har formuleret deres retlige anbringender på grundlag af disse bestemmelser fremgår klart af selskabet GEMA's klagepunkter, som beskrevet ovenfor, nemlig af deres påstand (i stævningens afsnit III) om, at Kommissionen har undladt at handle ved ikke at have fortsat proceduren eller ved ikke at have underrettet sagsøgerne om henlæggelsen af deres klage. Den betingelse, som opstilles i procesreglementets

artikel 38, stk. 2, litra c), må derfor anses for opfyldt.

3. Kommissionen støtter den anden af de anførte afvisningsgrunde på en indsigelse om, at den ikke har forholdt sig passiv efter modtagelsen af sagsøgernes opfordring. Jeg har allerede haft lejlighed til at nævne, at Kommissionen den 22. marts 1979 efter at have modtaget en opfordring til at handle sendte sagsøgerne en skrivelse, og jeg har ovenfor kort refereret dens indhold. Det problem, der her melder sig, og som parterne naturligvis bedømmer helt forskelligt, drejer sig om, hvorledes denne skrivelse retligt skal bedømmes. Kommissionen mener, at den indeholder en »stillingtagen« i den i artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning; passivitet, som er en forudsætning for søgsmålet, kan der altså ikke klages over; selskabet GEMA hævder derimod, at skrivelsen har karakter af et rent foreløbigt skridt, og at den ikke har afbrudt institutionens passivitet.

Om den omtvistede skrivelse kan vel uden større vanskelighed to ting fastslås. Den er for det første i overensstemmelse med artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63, hvori det hedder: »hvis Kommissionen er af den opfattelse, at de tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at tage en i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 fremsat begæring til følge, underretter den ansøgerne om begrundelsen herfor og fastsætter en frist, inden for hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger«. I det foreliggende tilfælde fremgår det blot ved en gennemlæsning af vedkommende skrivelse, at Kommissionen klart udelukkede, at GEMA's klage kunne tages til følge, at den i øvrigt redegjorde for grundene til denne vurdering i lyset af de konstaterede faktiske forhold, og endelig, at den gav sagsøgerne en frist på to måneder til fremsættelse af skriftlige bemærkninger. Selskabet GEMA ses således ikke at have noget grundlag for sin påstand om, at det ikke har modtaget underretning om afslutningen af proceduren og »henlæggelsen« af dets klage. Det kan desuden konstateres, at fastsættelsen af en ny frist for sagsøgerne til fremsættelse af skriftlige bemærkninger ikke har været et udslag af Kommissionens skønsbeføjelser, idet denne blot har henholdt sig til bestemmelserne i nævnte artikel 6 i forordning nr. 99/63. Det kan naturligvis yderligere diskuteres, om den i denne bestemmelse omhandlede underretning har en foreløbig karakter; ved en undersøgelse af dette spørgsmål må imidlertid Fællesskabets processuelle ordning i konkurrencesager og ikke blot skrivelsen af 22. marts 1979 vedrørende det af GEMA kritiserede forhold tages i betragtning. I den forbindelse skal jeg tilføje, at jeg ikke deler sagsøgernes opfattelse, hvorefter den nævnte skrivelse også skulle have karakter af et foreløbigt skridt, fordi den indeholdt en indbydelse til et møde med repræsentanter for Kommissionen til drøftelse af metoder, som kunne forhindre eller afværge de skadelige følger af den praksis, som de indklagede selskaber benytter. Rent faktisk falder den omhandlede skrivelse i to klart adskilte afsnit: Det første afsnit følger ganske artikel 6 i forordning nr. 99/63, der allerede er omtalt, mens Kommissionen i det andet afsnit fremsætter et forslag om samarbejde på grundlag af sin erfaring på området og i GEMA's interesse. Det andet afsnit er klart uden forbindelse med det første og vedrører slet ikke forløbet af proceduren til konstatering af en overtrædelse af

konkurrencereglerne; tværtimod forudsætter det, at denne procedure er afsluttet.

4. Tilbage står to generelle problemer, hvis løsning forekommer aldeles nødvendig for afgørelsen af det foreliggende tilfælde; det første vedrører afgrænsningen af retsstillingen for den privatperson, der har fremsat begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 — har den pågældende krav på en kommissionsbeslutning og i bekræftende fald af hvilken art? Det andet vedrører fortolkningen af EØF-traktatens artikel 175, og det drejer sig om, hvilken rækkevidde det dér forekommende begreb »passivitet« fra Rådets eller Kommissionens side har.

Med hensyn til det første problem skal det bemærkes, at Rådets forordning nr. 17/62, som suppleret ved Kommissionens senere forordning nr. 99/63, har indført en procedure til konstatering af overtrædelser af traktatens artikel 85 og artikel 86, der kendetegnes ved en række mellemkommende stadier, herunder navnlig Kommissionens kontrolundersøgelse og indhentning af udtalelser fra de berørte parter og tredjemænd. På disse stadier kan Kommissionen vedtage retsakter, som, selv om de ikke er formelle beslutninger i den i artikel 189 forudsatte betydning, ikke er udtalelser eller henstillinger, men akter, der har retlig betydning for adressaterne (f.eks. de retsakter, hvorved Kommissionen giver de berørte parter lejlighed til at udtale sig — artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17/62 — eller giver dem adgang til at afgive mundtlig forklaring — artikel 7 i forordning nr. 99/63 — eller hvorved den indkalder de personer, som skal høres, til at give møde på et bestemt angivet tidspunkt — artikel 8 i samme forordning —). Underretning i medfør af nævnte artikel 6 i forordning nr. 99/63, hvis indhold jeg allerede har beskrevet, er efter min mening en sådan retsakt; jeg finder ikke, at denne kan kvalificeres som en beslutning, selv om den forudsætter, at Kommissionen er nået frem til en bestemt vurdering af de forhold, som ansøgeren har givet oplysninger om, samt de forhold, der er fremkommet under undersøgelsen. Dens afgørende indhold er nemlig angivelsen af de grunde, der har fået Kommissionen til at henlægge sagen; fastsættelsen af en frist for ansøgerne til fremsættelse af eventuelle skriftlige bemærkninger er klart alene en accessorisk foranstaltning, der yder tredjemand den videst mulige beskyttelse af hans interesser og giver Kommissionen mulighed for at genoptage sagen, såfremt tredjemand fremkommer med nye oplysninger om de faktiske forhold eller senere fremsætter retligt relevante argumenter. Der kan svarende til den underretningspligt, der ved nævnte bestemmelse er pålagt Kommissionen, godt tales om en ret for den private, der har fremsat begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62, til at få at vide, hvorfor Kommissionen finder, at der ikke er grundlag for at tage denne til følge, og endvidere til at få en frist til skriftligt at fremsætte bemærkninger.

Jeg mener derfor ikke at kunne tilslutte mig det synspunkt, at den, der har fremsat begæringen, har krav på, at Kommissionen til ham udsteder en retsakt i form af en formel beslutning om, at den påståede overtrædelse foreligger.

Jeg mener, at der er tre hovedgrunde til at afvise dette synspunkt:

a) For det første vil det ikke være rimeligt at anerkende, at den private har krav på, at Kommissionen vedtager en beslut-

ning til afslutning af proceduren, idet hvert tilfælde stiller sine særlige krav til undersøgelsen, og idet det netop er Kommissionens opgave inden for visse grænser at skønne over, hvilke og hvor mange forhold der skal fastslås, før end den tager endelig stilling. Den henlæggelse, der underforstået følger den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede retsakt, er tværtimod udtryk for en fordelagtig smidig ordning, idet intet hindrer Kommissionen i at fortsætte proceduren, hvis der kommer noget nyt frem i sagen.

b) For det andet kan det omhandlede synspunkt ikke støttes på nogen bestemmelse i de forordninger, der regulerer disse spørgsmål. Bemærkelsesværdigt nok hedder det i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17/62, at Kommissionen selv efter at have konstateret en overtrædelse af artiklerne 85 og 86 ved en beslutning kan (og ikke skal) pålægge de deltagende virksomheder at bringe overtrædelsen til ophør; Kommissionen kan frit afgøre, om den vil gøre noget andet, navnlig om den vil rette en henstilling til de deltagende virksomheder (artikel 3, stk. 3). For så vidt angår artikel 6 i forordning nr. 99/63, har jeg allerede nævnt, at den deri omhandlede underretning forudsætter, at der træffes en afgørelse om udfaldet af proceduren, men — som det klart fremgår af artiklens ordlyd — hjemler den ikke den private et krav på selve afgørelsen, men på at få kendskab til denne og det grundlag, hvorpå den er truffet.

c) For det tredje bør det anføres, at selv når en procedure i henhold til forordning nr. 17, der er blevet indledt efter klage fra tredjemand, munder ud i en beslutning, hvorved overtrædelsen konstateres, og det pålægges den berørte virksomhed at bringe denne til ophør, *er denne beslutning ikke en retsakt udstedt til den pågældende tredjemand:* retsaktens adressat er den virksomhed, der har gjort sig skyldig i overtrædelsen. Dette fremgår af Domstolens dom af 25. oktober 1977 i sag 26/76, Metro (Sml. 1977, s. 1875), hvori Domstolen fastslog, at »af hensyn såvel til retssikkerheden som til en korrekt anvendelse af artiklerne 85 og 86 følger, at de fysiske eller juridiske personer, som i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17, er beføjede til at fremsætte en begæring til Kommissionen om konstatering af en overtrædelse af de nævnte artikler 85 og 86, skal gives en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser, såfremt deres begæring helt eller delvis ikke tages til følge«, og at de pågældende derfor vil være at anse for umiddelbart og individuelt berørt i den i artikel 173, stk. 2, forudsatte forstand af Kommissionens beslutning (præmis 13). Denne afgørelse udelukker i realiteten ved henvisningen til den ved artikel 173, stk. 2, fastlagte mulighed for at indbringe klage over beslutninger »som skønt de er udfærdiget i form af ... en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham (sagsøgeren) umiddelbart og individuelt«, at en efter klage fra tredjemand vedtaget beslutning vedrørende en overtrædelse af artiklerne 85 og 86 kan være »en beslutning rettet til« sagsøgeren (der her er identisk med den tredjemand, der har indgivet klage). Jeg mener, at det derfor kan fastslås, at der efter den nævnte Metro-dom ikke eksisterer nogen ret for den tredjemand, der har indgivet klage, til inden for rammerne af den ved forordning nr. 17/62 fastlagte procedure at kræve en beslutning til afslutning af den procedure, han har igangsat; en sådan ret ville han kunne påberåbe sig,

hvis beslutningen skulle udstedes til ham, hvilket ikke er tilfældet.

5. Jeg vil herefter gå over til det andet generelle problem, som bør undersøges, nemlig fortolkningen af EØF-traktatens artikel 175. I denne bestemmelse hedder det som bekendt: »Undlader Rådet eller Kommissionen i strid med denne traktat at træffe afgørelse, kan medlemsstaterne eller Fællesskabets andre institutioner indbringe klage for Domstolen for at få fastslået denne overtrædelse af traktaten«. Denne søgsmålskompetence tillægges i artiklens sidste stykke også enhver fysisk eller juridisk person, der ønsker »at indbringe klage til Domstolen over, at en af Fællesskabets institutioner har undladt at udstede en retsakt til ham, henstillinger og udtalelser dog undtaget«. Det er en nødvendig forudsætning både for staternes, institutionernes og privates søgsmål, at den pågældende institution har været opfordret til at handle og derefter ikke inden to måneder har taget stilling.

Med henblik på afgørelsen af det foreliggende tilfælde forekommer navnlig to ting af interesse: Det må afgøres, om ordene ». . . en retsakt . . ., henstillinger og udtalelser dog undtaget« skal forstås som en stiltiende henvisning alene til de i artikel 89, stk. 1, omhandlede retsakter, der er bindende for dem, de angiver at være rettet til, og det må klarlægges, hvad den »stillingtagen«, der kan udelukke et passivitetssøgsmål, betyder. Jeg mener, at det både af terminologiske og systematiske grunde er mere fornuftigt og rimeligt at give ordet »retsakt« en vid betydning. Det er værd at bemærke, at traktaten anvender netop dette ord og ikke det mere tekniske »beslutning«, der har en præcis retskildemæssig betydning. Der må nemlig antages, at fællesskabslovgiveren ville have benyttet det teknisk korrekte udtryk og ikke et flertydigt ord som »retsakt«, såfremt det havde været hans mening, at private kun skulle kunne anlægge passivitetssøgsmål mod beslutninger. Det forekommer mig dernæst i systematisk henseende bemærkelsesværdigt, at Rådets eller Kommissionens undladelse i artikel 175, stk. 1, er omtalt i vide vendinger (»*undlader* Rådet eller Kommissionen i strid med denne traktat *at træffe afgørelse*«). Endvidere er den efter bestemmelsens 2. stykke fornødne opfordring til vedkommende institution nærmere bestemt som en opfordring »til at handle« og ikke »til at træffe afgørelse«. Jeg mener derfor, at også undladelsen af at udstede retsakter, der ikke formelt kan indordnes under det faste mønster for en beslutning — og navnlig de ovenfor under omtalen af den i forordning nr. 17/62 omhandlede procedure nævnte retsakter, herunder underretning i henhold til artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63, kan anfægtes ved et passivitetssøgsmål.

Dette synspunkt må fornuftigvis også indvirke på besvarelsen af det andet spørgsmål, når henses til det endnu mere generelle udtryk »stillingtagen«. Såfremt den i artikel 175, stk. 3, omtalte retsakt under alle omstændigheder skulle være en beslutning, kunne det samme vel antages med hensyn til den i stk. 2 nævnte stillingtagen; en vid fortolkning af begrebet retsakt indebærer imidlertid så meget desto mere, at begrebet »stillingtagen« må fortolkes vidt. Jeg mener

således, at den pågældende institution kan vedtage en stillingtagen (og dermed afværge anklagen for passivitet) også ved en retsakt, der ikke har karakter af en beslutning, og følgelig også ved en retsakt, der ikke afslutter proceduren. Det kan heraf med henblik på det foreliggende tilfælde konkluderes, at spørgsmålet om, hvorledes Kommissionens skrivelse af 22. marts retligt skal defineres bliver uden betydning: den kan opfattes alene som en underretning eller endog som en stiltiende beslutning om henlæggelse (hvilket som nævnt er min mening), men Kommissionen har i alt fald »taget stilling« i den i artikel 175 forudsatte betydning og kan derfor ikke beskyldes for passivitet.

Den fortolkning, jeg her har givet udtrykket »stillingtagen« støttes også af Domstolens praksis. I dommen af 13. juli 1971 i sag 8/71, *Komponistenverband* mod *Kommissionen* (Sml. 1971, s. 163) statuerede Domstolen således, at et brev fra Kommissionen, hvori en virksomhed, mod hvilken der var indledt en procedure i henhold til forordning nr. 17/62, fik adgang til i medfør af artikel 5 i forordning nr. 99/63 at udtale sig inden for en vis frist, var en »stillingtagen« i den i artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning; Kommissionen havde derfor ikke »undladt at træffe afgørelse vedrørende sagsøgernes begæring«, og da herefter »betingelserne efter artikel 175« ikke sås at være opfyldt, blev sagen afvist.

I forbindelse med omtalen af artikel 175 er der et andet forhold, som efter min mening bør nævnes. Som nævnt, er den privates søgsmålskompetence ved passivitetssøgsmålet betinget af, at en af institutionerne har undladt at udstede en retsakt til ham (*sagsøgeren*). Dette må efter min mening betyde, at undladelsen skal vedrøre en retsakt, som skulle have haft sagsøgeren som adressat. I så henseende adskiller artikel 175, stk. 3, sig klart fra artikel 173, stk. 2, vedrørende annullationssøgsmålet: I sidstnævnte bestemmelse hedder det nemlig, at »enhver fysisk eller juridisk person kan ... indbringe klage over beslutninger, som retter sig til ham«; samme personkreds har imidlertid også, som det fremgår af det umiddelbart efterfølgende, mulighed for at indbringe klage iflg. Domstolen »over beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en *beslutning rettet til en anden person*«, dog berører dem »umiddelbart og individuelt«. Det må på baggrund af udeladelsen i artikel 175 af denne afsluttende passus i artikel 173, stk. 2, kunne konkluderes, at private er indrømmet færre muligheder for at anlægge passivitetssøgsmål end for at anlægge annullationssøgsmål. De er navnlig blevet nægtet mulighed for at anlægge passivitetssøgsmål mod retsakter, der, skønt de berører dem umiddelbart og individuelt, dog ikke er rettet til dem.

Den forskellige søgsmålskompetence efter henholdsvis artikel 173, stk. 2, og artikel 175 er begrundet og rummer intet selvmodsigende. Formålet med passivitetssøgsmålet er at opnå fællesskabsdommernes konstatering af Rådets eller Kommissionens passivitet og herigennem i kraft af den autoritet, hvormed denne konstatering er forlenet, at tvinge disse institutioner til at tage stilling. Ved annullationssøgsmålet tilstræbes derimod en dom, der rammer en eksisterende retsakt med annullation. Derfor kan et passivitetssøgsmål logisk kun anlægges af dem, en retsakt retter sig til. De pågældende har interesse i, at Kommissionen ikke fortsat forholder sig passiv, og denne interesse er kun tilstrækkelig stor og beskyttelsesværdig hos den omhand-

lede retsakts adressat. Det har, for så vidt angår passivitetssøgsmålet — der i alt væsentligt har til formål at hindre, at den administrative sagsbehandling går i stå — ingen fornuftig mening at udvide kredsen af søgsmålsberettigede til også at omfatte personer, der berøres af en retsakt, uden at denne dog er rettet til dem. De nævnte personer kan, såfremt en beslutning vedtages, indbringe klage over denne i medfør af artikel 173, stk. 2, sidste led. I denne situation, hvor institutionen har handlet, er det rimeligt, at en ansøger kan anlægge sag for at få kontrolleret, om Kommissionens afgørelser er lovlige.

Det i EKSF-traktatens artikel 35 omhandlede annullationssøgsmål kan ikke anføres til støtte for en anden fortolkning. Dette søgsmål adskiller sig fra det i artikel 175 nævnte, idet det opfattes som en underordnet variant af annullationssøgsmålet. Det må antages, at en del af den usikkerhed, der hersker med hensyn til fortolkningen af artikel 175, beror på, at de begreber, som er blevet udviklet omkring EKSF-traktatens artikel 35, uden videre er blevet overført til denne bestemmelse.

6. Jeg skal herefter drage konklusionen af disse overvejelser. Efter at selskabet GEMA havde benyttet sig af den adgang til at fremsætte begæring, som fysiske eller juridiske personer, der kan godtgøre en berettiget interesse, besidder i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62, har det utvivlsomt haft krav på i henhold til artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63 at modtage underretning samt at få fastsat en frist for fremsættelse af eventuelle skriftlige bemærkninger. Var denne underretning udeblevet, ville selskabet have kunnet rette en opfordring til Kommissionen (jf. EØF-traktatens artikel 175), og såfremt denne fortsat havde forholdt sig tavs og passiv, ville forudsætningerne for et passivitetssøgsmål have været opfyldt. Men i realiteten har Kommissionen givet underretning i den nævnte skrivelse af 22. marts 1978, der som allerede fremhævet fuldt ud opfyldte kravene i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63. Denne underretning udgjorde efter min mening den i artikel 175, stk. 3, nævnte retsakt, hvorfor Kommissionens passivitet ophørte ved skrivelsens dato. Den pågældende retsakt har kunnet anfægtes ved et rettidigt annullationssøgsmål, idet de retsakter, der er genstand for Domstolens kontrol efter artikel 173, stk. 1, er beskrevet i tilsvarende vendinger som i artikel 175, stk. 3. Dette støttes af den omstændighed, at skrivelsen af 22. marts 1978 efter min mening indeholdt en stiltiende beslutning om henlæggelse af den mod Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion og dette selskabs datterselskaber indledte procedure. GEMA kunne have krævet denne beslutning annulleret på den i den omtalte Metro-dom af 25. oktober 1977 angivne måde. Under alle omstændigheder har der med den pågældende skrivelse, også selv om der først skulle have hersket tvivl om dennes nærmere retlige beskaffenhed, foreligget en stillingtagen fra Kommissionens side i den i artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning. Og dermed har et passivitetssøgsmål været udelukket.

Selskabet GEMA havde derimod af de ovenfor anførte grunde ikke noget krav på, at Kommissionen vedtog en formel beslutning vedrørende indholdet af den procedure til konstatering af overtrædelser af konkurrencereglerne, som var blevet indledt efter selskabets begæring.

GEMA har følgelig ikke haft nogen grund til at tro, at der efter underretningen af 22. marts 1978 ville blive udstedt en sådan beslutning. Og under alle omstændigheder ville en formel beslutning vedrørende procedurens indhold ikke være blevet vedtaget over for GEMA, der derfor også af denne grund ville have været afskåret fra et passivitetssøgsmål, der jo i medfør af artikel 175, stk. 3, kun er anvendeligt ved undladelse af at udstede en retsakt, der retter sig til sagsøgeren.

7. Selskabet GEMA har som anført den 19. marts 1979 nedlagt en subsidiær påstand om annullation af den i Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 indeholdte beslutning.

Også dette annullationssøgsmål må efter min mening afvises, idet det er for sent anlagt; fristen på 2 måneder, der skal regnes fra retsaktens modtagelse, var jo ved sagens anlæg betydeligt overskredet.

Sagsøgerne har heroverfor anført, at anullationspåstanden beror på fremkomsten af en ny søgsmålsgrund, der støttes på retlige og faktiske omstændigheder, der er kommet frem under den skriftlige forhandling, og at den derfor bør admitteres i medfør af procesreglementets artikel 42, stk. 2. Den nye retlige omstændighed er ifølge sagsøgerne Bundesgerichts dom af 12. december 1978, der angår de samme faktiske forhold, som tidligere var omfattet af den procedure, Kommissionen havde indledt mod Compagnie luxembourgeoise; i denne dom fastslår Bundesgerichtshof bl.a., at Kommissionen har opgivet at fortsætte den nævnte procedure. Sagsøgerne har anført, at det heraf må udledes, at Bundesgericht har opfattet Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 som en beslutning, der afsluttede proceduren, hvilket skulle berettige sagsøgerne til at nedlægge den subsidiære påstand efter procesreglementets frist.

Denne opfattelse forekommer mig aldeles grundløs. For det første kan man betvivle, om der med den nævnte doms vurdering af den retlige beskaffenhed af Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 foreligger en (ny) retlig »omstændighed« i den i procesreglementets artikel 42, stk. 2, forudsatte betydning; der er vel egentlig blot tale om en fortolkning af et dokument, som en national domstol har anlagt og optaget i sin domsbegrundelse, og ikke om en fællesskabsretlig relevant omstændighed. Og lad mig hertil føje, at muligheden for i henhold til procesreglementets artikel 42, stk. 2, undtagelsesvis at fremføre nye søgsmålsgrunde under sagens behandling, vedrører nye søgsmålsgrunde af faktisk eller retlig art, som støtter den i stævningen anførte påstand, mens sagsøgerne i det foreliggende tilfælde i realiteten har nedlagt *en ny påstand.* I det første søgsmål af 30. maj 1978 havde sagsøgerne i medfør af artikel 175 jo nedlagt påstand om, at det blev påbudt Kommissionen at træffe en formel beslutning eller at underrette sagsøgerne om sagens henlæggelse, dvs. at tage stilling til den oprindelige begæring, i anden omgang har sagsøgerne derimod i medfør af artikel 173, stk. 2, nedlagt påstand om annullation af beslutningen om ikke at fortsætte den mod Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion indledte procedure; der foreligger således to forskellige krav, der ligeledes har et forskelligt grundlag: det første støttes på Kommissionens passivitet, det andet på retsstridigheden af Kommissionens beslutning. Sagsøgernes anden påstand er altså utvivlsomt på ny påstand. Det kan endvidere konstateres, at den subsidiære påstand i alt fald er nedlagt efter afslutningen af den skriftlige forhandling, og således allerede som

følge heraf falder uden for nævnte artikel 42, stk. 2.

Jeg finder det endelig rigtigst at gøre opmærksom på, at passivitetssøgsmålet fra maj 1978 ikke kan opfattes som et annullationssøgsmål. Det kan med andre ord ikke hævdes, at selskabet GEMA allerede i det første søgsmål og uanset henvisningen deri til institutionens passivitet har krævet en beslutning annulleret. Kravenes og begrundelsernes forskellighed, som jeg netop har omtalt, lægger sig i vejen herfor.

8. Jeg skal derfor afslutningsvis foreslå Domstolen at afvise såvel passivitets- som annullationssøgsmålet, anlagt af GEMA mod Kommissionen henholdsvis den 30. maj 1978 og den 19. marts 1979.

På grund af de indviklede og til dels uafklarede problemer, sagen omhandler, foreslår jeg, at sagens omkostninger ophæves med en tredjedel i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, 1. afsnit, således at det sagsøgende selskab tilpligtes at afholde to tredjedele af Kommissionens omkostninger.