CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE FRANCESCO CAPOTORTI DELL'11 LUGLIO 1979

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Nella presente causa, la Corte ha deciso che la procedura orale fosse limitata, per ora, alla questione della ricevibilità del ricorso. Mi occuperò quindi soltanto di tale questione, dopo avervi esposto un riassunto dei fatti essenziali.

Il 23 luglio 1971 la società tedesca GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) presentò alla Commissione una domanda, a norma dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento del Consiglio n. 17/62, tendente a far constatare una infrazione alle regole di concorrenza del Trattato CEE da parte della Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (Radio Luxembourg), della società Radio Music International, anch'essa di Lussemburgo, e della società Radio Tele-Music di Berlino. Secondo la GEMA, la Compagnia lussemburghese si sarebbe servita della sua filiale Radio Music International per stipulare dei contratti con editori di musica della Repubblica federale, in base ai quali Radio Music International avrebbe ottenuto la metà dei proventi dei diritti d'autore sulle composizioni musicali pubblicate in comune con detti editori in compenso della diffusione di questi brani attraverso la propria stazione emittente in lingua tedesca. La Commissione dette seguito alla domanda rivolgendo alle imprese sopraindicate, con lettera del 23 gennaio 1974, una comunicazione degli addebiti — consistenti nella violazione dell'articolo 86 del Trattato CEE — e fissando poi, per il 23 aprile dello stesso anno, l'audizione delle parti.

Dello svolgimento della procedura la GEMA fu tenuta al corrente fino all'aprile 1974; dopo tale data non ricevette più ulteriori notizie, cosicché, decorsi quattro anni (e precisamente il 31 gennaio 1978), di fronte al prolungato silenzio della Commissione, le inviò una lettera di messa in mora, invitandola ad adottare una decisione formale ed a comunicargliela entro due mesi. La Commissione rispose con lettera del 22 marzo 1978, che conteneva una sua dettagliata e motivata presa di posizione; vi si affermava, tra l'altro, che «in base al risultato degli ultimi accertamenti effettuati», non vi era motivo di emanare una decisione che constatasse l'abuso di posizione dominante da parte delle società innanzi menzionate. Gli sviluppi recenti della situazione rendevano infatti praticamente impossibile dimostrare l'esistenza di una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato comune, oltre che l'abuso di una tale posizione, ad opera della Compagnia lussemburghese. Nella stessa lettera si rammentava che, in base all'articolo 6 del regolamento della Commissione n. 99/63, la GEMA aveva la possibilità di presentare osservazioni scritte entro due mesi dal ricevimento della «presa di posizione». La Commissione esprimeva infine l'opinione che le società per la tutela dei diritti d'autore, indipendentemente dall'applicazione del-

l'articolo 86 del Trattato, avrebbero altri mezzi per difendersi da distorsioni della concorrenza risultanti da trasmissioni radiofoniche che danno preferenza ai brani editi dalle emittenti; a questo riguardo proponeva alla GEMA di avere un colloquio con propri funzionari. Successivamente tale colloquio ha avuto luogo, ma la soluzione suggerita dalla Commissione — la quale implicava una modifica dello statuto della GEMA — è stata in definitiva considerata irrealizzabile da quest'ultima.

Il 31 maggio 1978, la società GEMA ha presentato un ricorso basato sull'articolo 175 del Trattato CEE, chiedendo alla Corte di dichiarare illegittima l'inattività della Commissione e di ingiungere che questa adotti una decisione formale, nell'ambito del procedimento per constatazione di infrazione apertosi nel 1971 su domanda della ricorrente, ovvero, se del caso, che comunichi a quest'ultima l'archiviazione di tale domanda. La ricorrente ravvisa la carenza della Commissione da una parte nel fatto di aver omesso di proseguire la procedura iniziata in base al regolamento 17/62 nei confronti della Compagnia radiofonica lussemburghese e delle altre società ad essa collegate; e d'altra parte nel fatto di non aver informato la ricorrente dell'archiviazione della sua domanda, ai sensi dell'articolo 6 del regolamento 99/63.

Il 19 marzo 1979, la ricorrente ha presentato in via subordinata una domanda ulteriore, con la quale ha chiesto, a norma dell'articolo 173, secondo comma, del Trattato CEE, che nel caso in cui la Corte ritenga irricevibile il ricorso in carenza, sia annullata la decisione, contenuta nella lettera della Commissione in data 22 marzo 1978, di non continuare il procedimento nei confronti della Compagnia radiofonica lussemburghese.

La Commissione ha eccepito la irricevibilità così del primo come del secondo ricorso.

2. Occupiamoci anzitutto del ricorso in carenza. La convenuta sostiene che esso non sarebbe ricevibile per due ragioni: per violazione dell'articolo 38, lettera c), del regolamento di procedura, in quanto non conterrebbe l'esposizione dei motivi di diritto invocati; e per violazione dell'articolo 175, secondo comma, del Trattato CEE, dato che mancherebbe il presupposto della inattività dell'istituzione.

L'eccezione basata sulla pretesa violazione dell'articolo 38, lettera c), del regolamento di procedura mi sembra senza fondamento. Questa norma prescrive che l'istanza contenga fra l'altro «l'oggetto della controversia e l'esposizione sommaria dei motivi invocati». Ora, nella specie, la individuazione delle norme che la GEMA invoca a sostegno della sua azione giudiziaria è possibile ed agevole tenendo presente il contesto del ricorso: si tratta in primo luogo dell'articolo 6 del regolamento della Commissione 99/63, dal quale deriverebbero secondo la ricorrente sia il diritto che la procedura di infrazione si svolga fino ad una decisione formale, sia il diritto ad ottenere comunicazione dell'archiviazione dell'istanza e dei motivi che la giustificano; si tratta altresì, sul piano procedurale, dell'articolo 175, secondo comma, del Trattato CEE, che attribuisce al privato la facoltà di presentare ricorso contro la inattività delle istituzioni quando sussistano le condizioni ivi previste. Che queste norme siano in gioco, nel senso che da esse traggano origine i motivi di diritto invocati dalla ricorrente, risulta chiaramente dalle doglianze della società GEMA, così come le ho innanzi descritte: dalla sua affermazione, cioè (contenuta nella parte III del ricorso) che la Commissione sarebbe stata inattiva, omettendo di proseguire la procedura di infrazione ovvero di comunicare alla ricorrente l'archiviazione della sua domanda. Ciò posto, la

condizione prescritta dal citato articolo 38, lettera c), del regolamento di precedura deve ritenersi adempiuta.

3. Il secondo profilo di irricevibilità del ricorso, prospettato dalla Commissione, si fonda sull'affermazione che essa non sarebbe rimasta inattiva dopo aver ricevuto la messa in mora. Ho già avuto occasione di ricordare che la Commissione inviò una lettera alla ricorrente in data 22 marzo 1979, dopo essere stata invitata ad agire, ed ho riferito il contenuto di questa lettera. Il problema che si pone, e su cui naturalmente le parti hanno vedute opposte, è quello della qualificazione giuridica di tale lettera. Secondo la Commissione, essa conterrebbe una «presa di posizione» ai sensi dell'articolo 175, secondo comma, e sarebbe quindi venuto meno l'addebito di carenza, che costituisce il presupposto del ricorso, mentre la società GEMA è convinta che la lettera avrebbe valore meramente interlocutorio e non porrebbe quindi fine alla inattività dell'istituzione.

A proposito della lettera di cui si discute, due constatazioni possono farsi abbastanza facilmente. La prima riguarda la sua conformità all'articolo 6 del regolamento della Commissione 99/63, il quale stabilisce: «se la Commissione ritiene che gli elementi di cui dispone non consentono d'accogliere una domanda presentata a norma dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento 17/62, ne indica i motivi ai richiedenti e fissa loro un termine per la presentazione di eventuali osservazioni scritte». Nella specie, basta leggere la lettera in questione per rendersi conto che la Commissione escludeva chiaramente che la richiesta della GEMA potesse essere accolta, esponeva i motivi di questo orientamento, in relazione agli elementi di fatto accertati, e fissava infine un termine di due mesi per le osservazioni scritte della ricorrente. Non si vede perciò su quale base la ditta GEMA asserisca di non essere stata informata della sorte della procedure e dei motivi della cosiddetta archiviazione della sua instanza. La seconda constatazione, poi, è che la concessione alla ricorrente di un nuovo termine per osservazioni scritte non ha rappresentato una manifestazione del potere discrezionale della Commissione, ma l'osservanza pura e semplice di quanto è imposto dal citato articolo 6 del regolamento 99/63. Evidentemente, si può ancora discutere se la comunicazione prevista in questa norma abbia valore interlocutorio o no; ma l'esame deve essere svolto nel quadro della regolamentazione delle procedure comunitarie in materia di concorrenza, e non limitatamente alla lettera del 22 marzo 1979, relativa al caso denunciato dalla società GEMA. A tal proposito, conviene aggiungere che non condivido la tesi della ricorrente, secondo cui la citata lettera avrebbe valore interlocutorio anche perché conteneva un invito per un incontro con rappresentanti della Commissione, allo scopo di esaminare i metodi idonei ad evitare o ridurre gli svantaggi provenienti da pratiche come quelle messe in atto dalle società denunziate. In realtà, la lettera in questione si compone di due parti distinte: una prima, del tutto conforme all'articolo 6 del regolamento 99/63, della quale ho già parlato, ed una seconda con la quale si formula una proposta di cooperazione nell'interesse di GEMA e sulla base dell'esperienza acquisita nel settore dalla Commissione. Questa seconda parte è chiaramente distinta dall'altra, e non riguarda affatto lo svolgimento della procedura per infrazione delle regole di concorrenza, ma al

contrario implica che tale procedura sia stata esaurita.

4. Rimangono aperti due problemi di indole generale, la cui soluzione appare indispensabile ai fini del presente caso: l'identificazione della situazione giuridica del soggetto privato che presenta una domanda a nome dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento 17/62 — così da determinare se egli abbia diritto a una decisione della Commissione, ed eventualmente a che genere di decisione — e l'interpretazione dell'articolo 175 del Trattato CEE, per chiarire la portata del concetto di «carenza» del Consiglio o della Commissione, contenuto in quell'articolo.

In relazione al primo problema, conviene notare che il regolamento 17/62 del Consiglio, integrato dal successivo regolamento 99/63 della Commissione, ha istituito per l'accertamento delle infrazioni agli articoli 85 e 86 del Trattato un procedimento caratterizzato da alcune fasi intermedie, e principalmente da quelle che consistono nelle verifiche da parte della Commissione e nell'audizione degli interessati e dei terzi. Nell'ambito di questa fasi, la Commissione può emanare atti che, pur senza costituire formalmente delle decisioni ai sensi dell'articolo 189, incidono tuttavia nella sfera giuridica dei destinatari e non rientrano nella categoria dei pareri né in quella delle raccomandazioni (ad esempio, gli atti con i quali la Commissione dà occasione agli interessati di essere ascoltati — articolo 19, paragrafo 2, regolamento 17/62 e articolo 5 regolamento 99/63 — o consente lo sviluppo orale di osservazioni scritte — articolo 7 regolamento 99/63 — o convoca per una certa data la persona da ascoltare — articolo 8 dello stesso regolamento —). Fra questi atti si inquadra, a mio avviso, la comunicazione prevista dal citato articolo 6 del regolamento 99/63, il cui contenuto ho già avuto modo di descrivere; essa non può, a mio avviso, qualificarsi decisione, anche se implica che la Commissione sia giunta ad una valutazione dei dati forniti dal richiedente e di quelli raccolti attraverso l'istruttoria. Il suo connotato essenziale sta infatti nella informazione che viene fornita al richiedente sulle ragioni che hanno indotto la Commissione ad archiviare il caso; quanto all'assegnazione al medesimo richiedente di un termine per la presentazione (eventuale) di osservazioni scritte, è chiaro che si tratta di un adempimento accessorio che vuole assicurare al terzo la più larga tutela dei propri interessi e consentire alla Commissione di riaprire la pratica qualora il terzo fornisca nuovi elementi di fatto, o argomenti ulteriori sul terreno giuridico. Correlativamente all'obbligo di comunicazione posto a carico della Commissione dalla norma citata, si può ben parlare di un diritto del privato che abbia presentato una istanza ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, lettera b) del regolamento 17/62, di conoscere i motivi per i quali la Commissione considera ingiustificato dare un seguito favorevole a tale istanza, e di godere inoltre di un termine per presentare osservazioni scritte.

Così stando le cose, non ritengo possa essere condivisa la tesi secondo cui l'autore dell'istanza avrebbe diritto di ottenere dalla Commissione un atto avente natura di decisione formale circa l'esistenza o la non esistenza dell'infrazione denunciata.

Tre considerazioni principali mi inducono a rifiutare una simile tesi.

a) Innanzi tutto, osservo che avendo ogni caso specifiche esigenze istruttorie non sarebbe ragionevole riconoscere al privato il diritto di esigere dalla Commissione una decisione conclusiva della pro-

cedura, quando appartiene alla stessa Commissione il compito di valutare, con un certo margine di discrezionaligà, quali e quanti accertamenti possono esser necessari prima di prendere un orientamento definitivo. L'archiviazione implicita nell'atto previsto dall'articolo 6 del regolamento 99/63 ha invece il vantaggio della flessibilità, nel senso che nulla impedisce alla Commissione di riaprire il caso, in presenza di un nuovo elemento.

b) In secondo luogo, la tesi in questione non ha alcuna base nelle disposizioni regolamentari che riguardano la materia. È significativo che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento 17/62, la Commissione, anche quando abbia constatato una infrazione agli articoli 85 e 86, *può* (e non deve), con una decisione, obbligare le imprese interessate a mettere fine alla infrazione contestata: essa conserva il potere discrezionale di provvedere altrimenti, in particolare emanando una raccomandazione (articolo 3, paragrafo 3). Quanto all'articolo 6 del regolamento 99/63, ho già notato che la comunicazione da esso prevista presuppone l'avvenuta adozione di una decisione di merito sulle sorti della procedura ma — come è reso manifesto dalla formulazione della norma — è espressione di un diritto del privato non alla decisione bensì alla conoscenza di tale decisione e delle regioni che l'hanno determinata.

c) In terzo luogo, vale la pena di notare che anche quando la procedura prevista dal regolamento 17/62, iniziata su denuncia di un terzo, si conclude con una decisione che constati l'infrazione e obblighi l'impresa interessata a mettervi fine, tale decisione *non è un atto emesso nei confronti del terzo richiedente:* destinataria dell'atto è l'impresa autrice dell'infrazione. Ciò trova conferma nella sentenza della nostra Corte 25 ottobre 1977 nella causa 26/76, Metro (Raccolta 1977, p. 1875), là dove la Corte ha affermato che, «nell'interesse e di una sana amministrazione della giustizia e di una corretta applicazione degli articoli 85 e 86, è opportuno che le persone fisiche o giuridiche, che in forza dell'articolo 3, n. 2, lett. b), del regolamento n. 17 hanno facoltà di adire la Commissione per far rilevare le infrazioni dei suddetti artt. 85 e 86, siano legittimate, se la loro domanda viene respinta, totalmente o parzialmente, ad esperire un'azione a tutela dei loro legittimi interessi» e che quindi deve ritenersi che quelle persone siano toccate direttamente e individualmente, a norma dell'articolo 173, secondo comma, dalla decisione della Commissione (punto 13 della motivazione). In realtà, questa giurisprudenza, riferendosi alla possibilità prevista dall'articolo 173, secondo comma, di impugnare le decisioni che «pur apparendo come . . . prese nei confronti di altre persone, riguardano direttamente e individualmente» (il ricorrente), per ciò stesso esclude che una decisione relativa all'infrazione degli articoli 85 e 86, adottata su istanza di un terzo, possa rientrare nella categoria delle decisioni «prese nei confronti» del ricorrente (che nella specie si identifica con il terzo denunciante). Ciò posto, mi sembra lecito affermare che la sentenza Metro sopra riferita ha riconosciuto che il terzo denunciante, nel quadro della procedura ex regolamento 17/62, non ha il diritto di esigere una decisione conclusiva della procedura che egli ha messo in moto; un tale diritto egli potrebbe vantarlo se la decisione dovesse

essere emessa nei suoi confronti, ma così non è.

5. Passiamo ora all'altro problema d'ordine generale, che ritengo necessario affrontare: l'interpretazione dell'articolo 175 del Trattato CEE. Come è noto, questa norma stabilisce che quando, «in violazione del presente Trattato, il Consiglio o la Commissione si astengano dal pronunciarsi, gli Stati membri e le altre istituzioni della Comunità possono adire la Corte di giustizia per far constatare tale violazione». L'ultimo comma dello stesso articolo estende questa facoltà di ricorso ad ogni persona fisica e giuridica che intenda «contestare ad una delle istituzioni della Comunità di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere». Affinché tale ricorso sia proponibile, sia da parte degli Stati e delle istituzioni che da parte dei privati, è necessario che l'istituzione sia stata preventivamente richiesta di agire e non abbia preso posizione nel termine di due mesi dalla messa in mora.

Ai fini della soluzione del presente caso, due punti mi sembrano di particolare interesse: stabilire se l'espressione «atto che non sia una raccomandazione o un parere» rinvii implicitamente alla sola categoria degli atti obbligatori per i destinatari da essi designati, indicati nell'articolo 189, primo comma (decisioni); e chiarire il significato della «presa di posizione» che eventualmente preclude l'introduzione del ricorso in carenza. Sul primo punto, ritengo che attribuire al termine «atto» un significato ampio sia tesi più ragionevole e fondata, per ragioni sia lessicali che sistematiche. Dal punto di vista letterale è significativo che il Trattato preferisca quel termine al termine tecnico «decisione», che ha un preciso valore nel sistema delle fonti: è infatti lecito supporre che, se il legislatore comunitario avesse voluto circoscrivere alle sole decisioni il meccanismo della impugnabilità per carenza ad opera dei privati, avrebbe usato l'espressione tecnica appropriata e non un termine polivalente come «atto». Dal punto di vista sistematico, poi, mi sembra importante notare che anche nel primo comma dell'articolo 175 l'atteggiamento omissivo del Consiglio o della Commissione è indicato mediante una espressione ampia («Qualora, in violazione del presente Trattato, il Consiglio o la Commissione si *astengano dal pronunciarsi»).* A sua volta, la richiesta che il secondo comma della norma impone di rivolgere all'istituzione in causa è definita come richiesta «di agire», non «di decidere». Sono dunque d'avviso che anche l'omissione di emanare atti non identificabili con lo schema della decisione — in particolare gli atti che precedentemente ho menzionato parlando della procedura ex articolo 17/62, fra cui la comunicazione prevista dall'articolo 6 del regolamento della Commissione 99/63 — possa essere contestata mediante il ricorso in carenza.

Logicamente, questa opinione influisce anche sulla risposta da dare al secondo quesito , vista la natura ancora più generica dei termini «presa di posizione». Se l'atto di cui all'articolo 175, terzo comma, dovesse in ogni caso essere una decisione, si potrebbe avanzare la stessa ipotesi circa la natura della presa di posizione menzionata nel secondo comma; ma una interpretazione larga della nozione di «atto» conduce a fortiori ad intendere largamente il concetto di «presa di posizione». In effetti, ritengo che l'isti-

tuzione in causa può adottare una presa di posizione (e far cadere così l'addebito di carenza) anche mediante un atto non avente natura di decisione e quindi anche con un atto che non ponga termine alla procedura. La conseguenza che da ciò deve trarsi in relazione al caso di specie è che finisce con l'essere irrilevante la qualificazione della lettera della Commissione del 22 marzo 1979: sia che in questa lettera si ravvisi una comunicazione pura e semplice, sia che da essa si deduca anche una decisione implicita di archiviazione (come ho già detto di ritenere), la Commissione avrebbe comunque «preso posizione» ai sensi dell'articolo 175 e non potrebbe quindi essere accusata di inattività.

La giurisprudenza di questa Corte conferma l'interpretazione da me accolta dei termini «presa di posizione». La sentenza del 13 luglio 1971 nella causa 8/71, Komponistenverband c/Commissione (Raccolta 1971, p. 705) ha infatti ritenuto che una lettera con cui la Commissione, rivolgendosi ad un'impresa nei cui confronti era in corso una procedura in base al regolamento 17/62, la poneva in grado di presentare le sue osservazioni entro un certo termine a norma dell'articolo 5 del regolamento 99/63, costituiva una «presa di posizione» ai sensi dell'articolo 175, secondo comma; di conseguenza la Commissione non aveva «omesso di statuire sulla richiesta del ricorrente» e perciò, mancando «i presupposti per l'applicazione dell'articolo 175», il ricorso doveva «essere dichiarato irricevibile».

Vi è ancora un aspetto dell'articolo 175 sul quale mi sembra il caso di fare qualche commento. Abbiamo visto che la facoltà del privato di proporre ricorsi in carenza tende a contestare a una delle istituzioni di aver omesso di emanare *nei confronti del ricorrente* un atto che non sia una raccomandazione o un parere. Ciò significa, a mio avviso, che l'omissione deve essersi verificata in rapporto ad un atto, del quale il ricorrente avrebbe dovuto essere il destinatario. Da questo punto di vista c'è una evidente differenza fra l'articolo 175, terzo comma, e l'articolo 173, secondo comma, concernente i ricorsi per annullamento: quest'ultima norma dispone infatti che «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre ... un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti», ma subito dopo contempla anche, per le stesse persone, la possibilità di ricorso «contro le decisioni che, pur apparendo come un regolamento o *una decisione presa nei confronti di altre persone*», le riguardino «direttamente e individualmente». Il fatto che quest'ultimo brano dell'articolo 173, secondo comma, non sia stato ripetuto nell'articolo 175 permette di affermare che la possibilità di proporre ricorso per carenza è stata attribuita alle persone fisiche e giuridiche in una gamma di casi più ristretta rispetto al ricorso in annullamento; in particolare, è stata negata ai privati la facoltà di impugnare per carenza quegli atti che, pur riguardandoli direttamente e individualmente, non sono tuttavia indirizzati nei loro confronti.

La diversa ampiezza delle facoltà di ricorso concesse dall'articolo 173, secondo comma, e dall'articolo 175 risponde ad una logica comprensibile e non presenta aspetti contraddittori. Il ricorso in carenza ha lo scopo di far constatare al giudice comunitario l'inattività del Consiglio o della Commissione e di costringerli, attraverso l'intervento autoritativo del giudice, a prendere posizione; il ricorso in annullamento tende invece ad ottenere una pronuncia che deve incidere su un atto esistente, annullandolo. È ragionevole quindi che il ricorso in carenza sia proponibile solo da parte dei destinatari dell'atto: costoro hanno interesse a che la Commissione non resti inattiva e questo interesse è sufficientemente forte e meritevole di tutela solo in quanto il suo titolare sia anche il destinatario del-

l'atto invocato. Non è ragionevole estendere questo strumento — che in sostanza serve soprattutto ad evitare l'insabbiamento delle procedure — a persone che, pur subendo gli effetti dell'atto, non ne sono tuttavia i destinatari. Se una decisione sarà emanata, costoro potranno impugnarla ai sensi dell'articolo 173, secondo comma, ultima parte: è infatti opportuno che, in quest'ultimo caso, di fronte ad un contegno positivo dell'istituzione, sia consentito anche al richiedente di proporre l'impugnazione e promuovere così il controllo giudiziario sulle scelte fatte dalla Commissione.

A diverse conclusioni non può condurre il richiamo al ricorso in carenza contemplato nell'articolo 35 del Trattato CECA. Questo mezzo d'impugnazione è infatti diverso dal ricorso di cui all'articolo 175, essendo costruito come una sottospecie del ricorso in annullamento. Non è azzardato supporre che alcune delle incertezze, che si registrano nella interpretazione dell'articolo 175, nascono dalla trasposizione in questo campo di concetti elaborati in relazione all'articolo 35 del Trattato CECA.

6. Tiriamo le somme dalle considerazioni che precedono. La ditta GEMA, avendo esercitato la facoltà attribuita alle persone fisiche e giuridiche interessate dall'articolo 3, paragrafo 2, lettera b) del regolamento del Consiglio 17/62 aveva certamente diritto, ai sensi dell'articolo 6 del regolamento della Commissione 99/63, di ricevere la comunicazione ivi prevista, e di ottenere un termine per eventuali osservazioni scritte. In difetto di questa comunicazione, essa aveva altresì il diritto di mettere in mora la Commissione (ai sensi dell'articolo 175 Trattato CEE) e se quest'ultima, ciò malgrado, fosse rimasta silenziosa e inattiva, vi sarebbero stati i presupposti per l'introduzione di un ricorso in carenza. Ma in linea di fatto la comunicazione della Commissione c'è stata, mediante la nota lettera del 22 marzo 1978, circa la quale ho già notato che essa rispondeva pienamente ai requisiti dal citato articolo 6 del regolamento 99/63. Tale comunicazione a mio avviso concreta l'*atto* menzionato nell'articolo 175, ultimo comma; pertanto la carenza della Commissione è venuta meno alla data della lettera. L'atto in questione poteva essere tempestivamente impugnato mediante il ricorso per annullamento, dato che gli atti sottoposti al controllo di legittimità della Corte sono descritti dall'articolo 173, 1° comma, con una formula identica a quella del citato articolo 175, ultimo comma. Questa affermazione è corroborata dal fatto che, a mio avviso, la lettera del 22 marzo 1978 implicava una decisione di archiviazione della procedura iniziata nei confronti della Compagnia radiofonica lussemburghese e delle altre società collegate; la GEMA avrebbe dunque potuto chiedere l'annullamento di tale decisione, sulla linea indicata nella citata sentenza Metro del 25 ottobre 1977. In ogni caso, cioè pure se sussistessero dubbi sull'esatta qualificazione della lettera di cui trattasi, questa rappresentava quanto meno una presa di posizione della Commissione ai sensi dell'articolo 175, secondo comma; ciò bastava a bloccare il ricorso in carenza.

La ditta GEMA non aveva invece alcun diritto a che la Commissione adottasse una decisione formale di merito nella procedura di constatazione di infrazioni alle regole di concorrenza apertasi su sua domanda; e ciò per le ragioni che ho innanzi spiegato. Di conseguenza, GEMA

non aveva motivo di attendere una simile decisione, dopo aver ricevuto la comunicazione del 22 marzo 1978, neanche nell'ipotesi che questa le fosse apparsa di carattere non definitivo. Comunque, una decisione formale di merito nell'accennata procedura, se fosse stata presa, non sarebbe stata adottata *nei confronti di GEMA;* cosicché in mancanza di essa GEMA non aveva titolo ad esperire l'azione in carenza, limitata dall'articolo 175, ultimo comma, all'ommissione di atti dei quali il ricorrente sia destinatario.

7. Abbiamo visto che la società GEMA ha anche presentato, in via subordinata, il 19 marzo 1979, un ricorso in annullamento avverso la decisione contenuta nella lettera della Commissione del 22 marzo 1978.

A mio avviso questo secondo ricorso è anch'esso irricevibile perché tardivo; alla data della sua presentazione, infatti, era già largamente superato il termine massimo di due mesi dalla ricezione dell'atto impugnato.

La difesa della ricorrente sostiene che la domanda di annullamento costituirebbe deduzione di un mezzo nuovo, basato su elementi di diritto emersi durante la fase scritta, e dovrebbe pertanto essere considerata ricevibile ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 2, del regolamento di procedura. L'elemento di diritto sopravvenuto sarebbe costituito dalla sentenza del Bundesgerichtshof del 12 dicembre 1978, relativa agli stessi fatti sui quali verteva il procedimento iniziato dalla Commissione nei confronti della Compagnia lussemburghese; sentenza nella quale fra l'altro si afferma che la Commissione avrebbe rinunciato a continuare il detto procedimento. Secondo la ricorrente, da ciò si dovrebbe desumere che il Bundesgerichtshof avrebbe ravvisato nella lettera della Commissione del 22 marzo 1978 una decisione conclusiva del procedimente e questo giustificherebbe la tardiva presentazione della domanda subordinata.

Questa tesi mi sembra priva di fondamento. Innanzi tutto si può dubitare che la valutazione contenuta nella sentenza del Bundesgerichtshof, circa la qualificazione giuridica della lettera della Commissione del 22 marzo 1978, possa costituire un (nuovo) «elemento di diritto» ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 2, del regolamento di procedura; si tratta in fondo soltanto dell'interpretazione di un documento fatta, incidentalmente, da un tribunale nazionale nella motivazione di una propria sentenza, e non di un elemento che presenti rilevanza giuridica sul piano comunitario. Si aggiunga poi che l'articolo 42, paragrafo 2, del regolamento di procedura, quando prevede la eccezionale possibilità di dedurre mezzi nuovi in corso di causa vuole indicare, a mio avviso, nuovi motivi, di fatto o di diritto, che concorrano a sorreggere la richiesta formulata nell'atto introduttivo, mentre la ricorrente ha proposto, nella specie, una vera e propria *domanda nuova.* Essa infatti, con il primo ricorso del 30 maggio 1978, aveva chiesto, ai sensi dell'articolo 175, che fosse imposto alla Commissione di adottare una decisione formale o di comunicare l'archiviazione del caso, cioè di prendere posizione in ordine alla richiesta originaria; con il secondo ricorso ha invece chiesto, ai sensi dell'articolo 173, secondo comma, l'annullamento della decisione di non continuare il procedimento nei confronti della Compagnia radiofonica lussemburghese: diverso è quindi il *petitum* nei due casi; e diversa è anche la *causa petendi,* che nella prima ipotesi si ravvisa nell'inattività della Commissione e nella seconda nella illegittimità della decisione adottata dalla Commissione medesima. Non può dubitarsi dunque del carattere di novità della seconda domanda. Osservo ancora che la domanda sussidiaria è comunque stata presentata dopo la chiusura della procedura scritta, e che quindi anche sotto questo profilo essa va

al di là della previsione del secondo paragrafo del citato articolo 42.

Mi sembra infine opportuno notare che gli estremi di una richiesta di annullamento non possono ravvisarsi nel ricorso in carenza del maggio 1978. Non si può cioè, affermare che la società GEMA già con il primo ricorso abbia chiesto in sostanza l'annullamento di una decisione, pur deducendo in apparenza l'inattività dell'istituzione. La diversità del *petitum* e della *causa petendi* dei due ricorsi, che ho sopra evidenziato, impediscono di percorrere questa strada.

8. Concludo pertanto proponendo alla Corte di dichiarare irricevibili entrambi i ricorsi, in carenza e in annullamento, presentati dalla società GEMA contro la Commissione, rispettivamente il 30 maggio 1978 e il 19 marzo 1979.

Quanto alle spese, tenuto conto della complessità e della parziale novità delle questioni trattate, propongo che esse siano compensate nella misura di un terzo, a norma dell'articolo 69, paragrafo 3, primo comma, del regolamento di procedura, e che la società ricorrente sia condannata a rimborsare alla Commissione i residui due terzi.