CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 11 JULI 1979 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In de onderhavige zaak heeft het Hof beslist, ter mondelinge behandeling voorlopig enkel de vraag betreffende de ontvankelijkheid van het beroep te behandelen. Na mijn samenvatting van de belangrijkste feiten zal ik dan ook alleen die vraag bespreken.

Op 23 juli 1971 diende de Duitse firma GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) bij de Commissie een verzoek in als bedoeld in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad, tot vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels van het EEG-Verdrag door de Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (Radio Luxemburg), de vennootschap Radio Music International, eveneens te Luxemburg, en door de vennootschap Radio Tele-Musik te Berlijn. Volgens de GEMA heeft Radio Luxemburg via haar dochterondernemming Radio Music International overeenkomsten gesloten met muziekuitgevers in de Bondsrepubliek Duitsland, op grond waarvan de Radio Music International de helft van de inkomsten uit auteursrechten voor in samenwerking met deze uitgevers gepubliceerde muziekwerken zou krijgen als tegenprestatie voor het uitzenden van deze werken via haar eigen Duitstalige zender. In aansluiting op dit verzoek deelde de Commissie de bovengenoemde ondernemingen bij brief van 21 januari 1974 de punten van bezwaar mee — schending van artikel 86 EEG-Verdrag — en besloot zij partijen op 23 april van datzelfde jaar te horen.

GEMA werd tot april 1974 op de hoogte gehouden van het verloop van de procedure. Toen de Commissie vervolgens niets meer van zich liet horen, stelde GEMA haar na vier jaar (om precies te zijn op 31 januari 1978) schriftelijk in gebreke en verzocht zij haar een formele beschikking vast te stellen en haar deze binnen twee maanden mee te delen. Bij brief van 22 maart 1978 zette de Commissie haar zorgvuldig gemotiveerd standpunt uiteen, hierbij onder meer stellende dat „de nieuwste gegevens" geen beschikking tot vaststelling van misbruik van een machtspositie door genoemde ondernemingen rechtvaardigden. Op grond van de recente ontwikkelingen was het immers nagenoeg onmogelijk te bewijzen dat Radio Luxemburg een machtspositie innam op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt en dat zij daarvan misbruik maakte. In deze brief wees de Commissie erop, dat GEMA overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 binnen twee maanden na ontvangst van deze „standpuntbepaling" schriftelijke opmerkingen kon inzenden. Ten slotte was de Commissie van mening dat verenigingen voor de exploitatie van auteursrechten nog over an-

1 — Vertaald uit het Italiaans.

dere middelen beschikten dan alleen artikel 86 EEG-Verdrag om te kunnen optreden tegen concurrentievervalsingen als gevolg van radio-uitzendingen waarin de door de uitzenders uitgegeven muziek wordt bevoorrecht. In dit verband stelde zij de GEMA een gesprek voor met een aantal van haar ambtenaren. Dit gesprek had vervolgens plaats, doch GEMA achtte de door de Commissie voorgestelde oplossing betreffende een wijziging van haar statuten ten slotte onuitvoerbaar.

Op 31 mei 1978 stelde GEMA beroep in krachtens artikel 175 EEG-Verdrag en verzocht het Hof, de nalatigheid van de Commissie onrechtmatig te verklaren en haar te gelasten een formele beschikking vast te stellen in het kader van de in 1971 op GEMA's verzoek ingeleide procedure tot vaststelling van een inbreuk, dan wel eventueel verzoekster mee te delen dat aan haar verzoek geen gevolg werd gegeven. Verzoekster meent dat de Commissie in gebreke is gebleven, enerzijds door de op grond van verordening nr. 17/62 tegen Radio Luxemburg en de andere ondernemingen ingeleide procedure niet voort te zetten, en anderzijds door verzoekster niet overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 mee te delen dat zij de zaak had geseponeerd.

In maart 1979 diende verzoekster een subsidiair aanvullend verzoek in, waarbij zij voor het geval dat het Hof het beroep wegens nalaten niet ontvankelijk mocht verklaren, krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag nietigverklaring vorderde van de in de brief van de Commissie van 22 maart 1978 vervatte beschikking om de procedure tegen Radio Luxemburg niet voort te zetten.

De Commissie acht zowel het eerste als het tweede beroep niet ontvankelijk.

2. Laten wij in de eerste plaats het beroep wegens nalaten behandelen. Volgens verweerster is dit niet ontvankelijk omdat in de eerste plaats artikel 38, sub c, van het Reglement voor de procesvoering zou zijn geschonden, aangezien het verzoekschrift geen uiteenzetting der aangevoerde middelen bevat, en omdat in de tweede plaats niet is voldaan aan de in artikel 175, tweede alinea, EEG-Verdrag vervatte onderstelling dat de instelling in gebreke is gebleven.

De op schending van artikel 38, sub c, van het Reglement voor de procesvoering gebaseerde exceptie lijkt mij ongegrond. Volgens deze bepaling bevat het verzoekschrift onder meer „het onderwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting der aangevoerde middelen". In het onderhavige geval kunnen de bepalingen waarop GEMA haar beroep baseert, gelet op de context daarvan, echter gemakkelijk worden vastgesteld: het gaat in de eerste plaats om artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie, waaruit volgens verzoekster hetzij het recht volgt op voortzetting van de inbreukprocedure totdat een formele beschikking wordt vastgesteld, hetzij het recht op een met redenen omklede mededeling ter afsluiting van de procedure; en daarnaast gaat het om een formeelrechtelijk middel, gebaseerd op artikel 175, tweede alinea, EEG-Verdrag, volgens hetwelk een particulier onder de daar genoemde voorwaarden een beroep kan instellen wanneer de instellingen in gebreke blijven. Dat het inderdaad deze bepalingen zijn die aan de door GEMA aangevoerde rechtsmiddelen ten grondslag liggen, blijkt duidelijk uit de hierboven beschreven grieven van GEMA, namelijk (aldus in deel III van het beroepschrift) dat de Commissie in gebreke is gebleven door de inbreukprocedure niet voort te zetten dan wel verzoekster de beëindiging van de procedure niet mee te delen. Derhalve moet de in genoemd ar-

tikel 38, sub c, van het Reglement voor de procesvoering bedoelde voorwaarde als vervuld worden beschouwd.

3. Verder zou het beroep volgens de Commissie niet ontvankelijk zijn omdat zij meent na de ingebrekestelling niet nalatig te zijn gebleven. Ik wees er reeds op dat de Commissie, na tot handelen te zijn uitgenodigd, verzoekster op 22 maart 1979 een brief heeft gestuurd, waarvan ik de inhoud al heb weergegeven. Het is de vraag hoe een dergelijke brief juridisch moet worden beoordeeld. Partijen verdedigen op dit punt uiteraard tegengestelde opvattingen. Volgens de Commissie zou deze brief een „standpuntbepaling" in de zin van artikel 175, tweede alinea, inhouden, zodat de grief inzake nalatigheid, welke een voorwaarde voor het beroep vormt, ongegrond is; daartegenover is GEMA ervan overtuigd dat de brief enkel een „tussentijdse mededeling" is en derhalve geen einde kan maken aan de nalatigheid van de instelling.

Met betrekking tot deze brief kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat hij in overeenstemming is met artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie, luidende: „Wanneer de Commissie meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 ingediend verzoek gevolg te geven, deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede en geeft zij hun een termijn, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden". In casu hoeft men de betrokken brief maar te lezen om te zien dat het volgens de Commissie volstrekt onmogelijk was om aan GEMA's verzoek gevolg te geven; dat de Commissie onder verwijzing naar de verkregen gegevens de redenen voor dit standpunt meedeelde en verzoekster ten slotte een termijn van twee maanden gaf voor het indienen van schriftelijke opmerkingen. Het valt derhalve niet in te zien hoe GEMA nu kan beweren dat zij niet van het verloop van de procedure en van de redenen van de beëindiging ervan in kennis is gesteld. In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat het toekennen van een nieuwe termijn aan verzoekster voor het indienen van schriftelijke opmerkingen, geen discretionair besluit van de Commissie was, doch dat zij daartoe eenvoudig verplicht was ingevolge artikel 6 van verordening nr. 99/63. Men kan uiteraard nog redetwisten over de vraag of de in deze bepaling bedoelde mededeling al dan niet een tussentijds karakter heeft, doch dit moet in het kader van de communautaire procedure voor mededingingszaken worden onderzocht en niet enkel met betrekking tot de brief van 22 maart 1979 over het door GEMA gemelde geval. Hieraan zij toegevoegd dat ik het niet eens ben met verzoeksters opvatting, dat het bij genoemde brief ook daarom om een tussentijdse mededeling zou gaan, omdat verzoekster hierin tot een gesprek met vertegenwoordigers van de Commissie werd uitgenodigd teneinde te onderzoeken hoe de nadelen die voortvloeien uit praktijken als door Radio Luxemburg worden toegepast, konden worden voorkomen of beperkt. In werkelijkheid bestaat de betrokken brief uit twee verschillende gedeelten: het eerste — waarover ik reeds sprak — is volledig in overeenstemming met artikel 6 van verordening nr. 99/63, het tweede bevat een voorstel tot samenwerking in het belang van GEMA en op grond van de door de Commissie op het betrokken gebied opgedane ervaring. Dit tweede gedeelte verschilt duidelijk van het eerste, en heeft volstrekt geen betrekking op het verloop van de procedure wegens inbreuk op de mededingingsvoorschriften,

doch impliceert daarentegen dat deze procedure is beëindigd.

4. Er blijven dan nog twee problemen van algemene aard, waarvan de oplossing mij voor het onderhavige geval noodzakelijk lijkt: de bepaling van de rechtspositie van de particulier die een verzoek indient als bedoeld in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 — zulks teneinde vast te stellen of zij recht hebben op een beschikking van de Commissie en eventueel op welk soort beschikking —, en de uitlegging van artikel 175 EEG-Verdrag, teneinde de strekking van het in dit artikel bedoelde begrip „nalatigheid" van de Raad of van de Commissie te verduidelijken.

Ten aanzien van het eerste probleem moet worden opgemerkt dat bij verordening nr. 17/62 van de Raad, aangevuld door de latere verordening nr. 99/63 van de Commissie, voor de vaststelling van inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag een procedure is ingevoerd die wordt gekenmerkt door een aantal tussenstadia, met name een onderzoek van de Commissie en het horen van de betrokken partijen en van derden. In deze stadia kan de Commissie besluiten nemen die weliswaar formeel geen beschikkingen in de zin van artikel 189 zijn, doch die wel ingrijpen in de rechtssfeer van degene tot wie zij zijn gericht, maar geen aanbevelingen of adviezen zijn (bijvoorbeeld besluiten waarbij de Commissie de betrokkenen de gelegenheid biedt te worden gehoord — artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 en artikel 5 van verordening nr. 99/63 —; hen toestaat schriftelijke opmerkingen mondeling toe te lichten — artikel 7 van verordening nr. 99/63 —; of de persoon die zij wil horen, voor een bepaalde datum oproept — artikel 8 van deze verordening). Tot deze besluiten hoort mijns inziens ook de in genoemd artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling, waarvan ik de inhoud reeds heb weergegeven. Deze mededeling is mijns inziens niet als een beschikking te beschouwen, ook al impliceert zij dat de Commissie de door verzoekster aangevoerde en in de loop van het onderzoek verkregen gegevens heeft beoordeeld. Het essentiële aspect ervan is immers, dat verzoekster de redenen worden meegedeeld op grond waarvan de Commissie heeft besloten de procedure te beëindigen; bij de toegekende termijn voor de (eventuele) inzending van schriftelijke opmerkingen gaat het duidelijk om een bijkomstige maatregel, bedoeld om aan een derde de meest ruime bescherming van zijn eigen belangen te verzekeren en om de Commissie de mogelijkheid te geven, de procedure te heropenen indien deze derde nieuwe feitelijke of juridische gegevens mocht aanvoeren. Tegenover de bij deze bepaling aan de Commissie opgelegde mededelingsplicht, zou men kunnen zeggen, staat het recht van de particulier die een verzoek in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 heeft ingediend, om de redenen te vernemen op grond waarvan de Commissie het niet gerechtvaardigd acht gevolg te geven aan dit verzoek, en om bovendien over een termijn te beschikken om schriftelijke opmerkingen in te dienen.

Derhalve geloof ik niet dat men kan instemmen met de opvatting als zou verzoekster recht hebben op een formele beschikking van de Commissie over het al dan niet bestaan van de betrokken inbreuk.

Met name de drie volgende overwegingen nopen mij tot afwijzing van die opvatting.

a) In de eerste plaats zij opgemerkt dat, aangezien elk geval specifieke onderzoeksmaatregelen vereist, het niet redelijk zou zijn de particulier het recht

toe te kennen van de Commissie een beschikking ter afsluiting van de procedure te verlangen, terwijl de Commissie zelf binnen de grenzen van haar discretionaire bevoegdheid kan beoordelen welke gegevens voor een definitieve standpuntbepaling noodzakelijk kunnen zijn. De seponering die in de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling ligt besloten, heeft daarentegen het voordeel van flexibiliteit, in die zin dat niets de Commissie belet het dossier te heropenen wanneer nieuwe gegevens aan het licht komen.

b) In de tweede plaats vindt bedoelde opvatting volstrekt geen steun in de betrokken bepalingen van de verordeningen. Van belang is hier dat de Commissie volgens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17/62, zelfs wanneer zij een inbreuk op de artikelen 85 en 86 heeft vastgesteld, de betrokken ondernemingen bij beschikking *kan* (en niet moet) verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken: het staat haar vrij andere maatregelen te nemen, met name in de vorm van aanbevelingen (artikel 3, lid 3). Met betrekking tot artikel 6 van verordening nr. 99/63 heb ik reeds opgemerkt dat de daarin bedoelde mededeling een beschikking ten gronde inzake het beëindigen van de procedure onderstelt, maar dat deze — zoals duidelijk blijkt uit de tekst van deze bepaling — niet de uitdrukking is van een recht van de particulier op de beschikking, doch enkel op kennisneming van deze beschikking en van de redenen die eraan ten grondslag hebben gelegen.

c) In de derde plaats moet worden opgemerkt dat ook wanneer in een op verzoek van een derde ingeleide procedure krachtens verordening nr. 17/62 een beschikking wordt gegeven waarbij een inbreuk wordt geconstateerd en de betrokken onderneming wordt verplicht hieraan een eind te maken, die beschikking *geen besluit ten aanzien van deze derde is:* de beschikking is gericht tot de inbreuk makende onderneming. Dit wordt bevestigd in het arrest van het Hof van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1975), waarin het Hof overwoog dat „het zowel in het belang van een goede rechtsbedeling als van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86 is dat natuurlijke of rechtspersonen die op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 gerechtigd zijn de Commissie te verzoeken een inbreuk op bedoelde artikelen 85 en 86 vast te stellen, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, over een beroepsmogelijkheid kunnen beschikken ter bescherming van hun wettelijke belangen", en dat derhalve moet worden aangenomen dat deze personen door de beschikking van de Commissie rechtstreeks en individueel worden geraakt in de zin van artikel 173, tweede alinea (r.o. 13). Deze uitspraak, die betrekking heeft op de in artikel 173, tweede alinea, bedoelde mogelijkheid van beroep tegen beschikkingen „die, hoewel ... gericht tot een ander persoon, hem (verzoeker) rechtstreeks en individueel raken", sluit juist daardoor uit dat een op verzoek van een derde gegeven beschikking inzake inbreuk op de artikelen 85 en 86, kunnen worden gerekend tot die beschikkingen die „zijn gericht" tot verzoekster (die in casu de derde is die het verzoek indient). Mijns inziens kan dus worden gesteld dat in bovengenoemd arrest-Metro is erkend dat de derde verzoeker in de procedure krachtens verordening nr. 17/62 niet gerechtigd is een beschikking te verlangen ter afsluiting van de door hemzelf ingeleide procedure; op een dergelijk recht zou hij zich alleen kunnen beroepen, indien de beschikking tot hem zou moeten

worden gericht, doch dit is hier niet het geval.

5. Komen wij thans tot het tweede probleem van algemene aard dat wij menen te moeten onderzoeken: de uitlegging van artikel 175 EEG-Verdrag. Dit bepaalt immers: „In geval de Raad of de Commissie, in strijd met dit Verdrag, nalaat een besluit te nemen, kunnen de Lid-Staten en de overige instellingen van de Gemeenschap zich wenden tot het Hof van Justitie om deze schending te doen vaststellen". Deze bevoegdheid wordt in de laatste alinea van het artikel ook toegekend aan iedere natuurlijke of rechtspersoon die bezwaar wil maken tegen het feit „dat een der instellingen van de Gemeenschap heeft nagelaten te zijnen aanzien een andere handeling te verrichten dan het geven van een aanbeveling of een advies." Een dergelijk beroep van de staten, de instellingen of particulieren is slechts ontvankelijk, wanneer de instelling tevoren tot handelen is uitgenodigd en niet binnen twee maanden na de ingebrekestelling haar standpunt heeft bepaald.

Voor de oplossing lijken mij in het onderhavige geval twee punten van bijzonder belang: heeft de uitdrukking „een andere handeling ... dan ... een aanbeveling of een advies" impliciet alleen betrekking op de in artikel 189, eerste alinea bedoelde handelingen (beschikkingen) die verbindend zijn voor degenen tot wie zij zijn gericht? En wat is de betekenis van de „standpuntbepaling" die eventueel het instellen van een beroep wegens nalaten uitsluit? Met betrekking tot het eerste punt lijkt het me op lexikale en systematische gronden redelijker en meer gegrond aan de term handeling een ruime betekenis toe te kennen. Het is van belang dat het Verdrag de voorkeur geeft aan deze term boven de technische term „beschikking", die in het systeem der rechtsbronnen een nauwkeurige betekenis heeft: men mag er immers van uitgaan dat, indien de gemeenschapswetgever de mogelijkheid van beroep wegens nalaten voor particulieren had willen beperken tot beschikkingen, hij dan de passende technische term zou hebben gebruikt en niet een polyvalente term als handeling. Systematisch gezien lijkt mij de opmerking van belang dat ook in artikel 175, eerste alinea, het nalaten van Raad of Commissie ruim wordt omschreven („In geval de Raad of de Commissie, in strijd met dit Verdrag, *nalaat een besluit te nemen*"). Vervolgens wordt in de tweede alinea de uitnodiging aan de betrokken instelling omschreven als een uitnodiging „tot handelen", en niet „tot het vaststellen van een beschikking". Ik ben derhalve van mening dat ook tegen het uitblijven van handelingen die niet als formele beschikkingen kunnen worden beschouwd — met name die welke ik reeds in verband met de procedure krachtens verordening nr. 17/62 heb genoemd en waaronder de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie bedoelde mededeling valt —, kan worden opgekomen met een beroep wegens nalaten.

Deze opvatting heeft vanzelfsprekend ook gevolg voor het antwoord op de tweede vraag, gezien de nog meer algemene aard van de uitdrukking „standpuntbepaling". Indien de in artikel 175, derde alinea, bedoelde handeling steeds een beschikking zou moeten zijn, zou men ten aanzien van de aard van de in de tweede alinea bedoelde standpuntbepaling dezelfde opvatting kunnen verdedigen; doch een ruime uitlegging van de term handeling leidt a fortiori tot een ruime opvatting van het begrip standpuntbepaling. Mijns inziens kan de be-

trokken instelling immers ook haar standpunt bepalen (en aldus ontkomen aan het verwijt van nalatig te zijn) door middel van een handeling die geen beschikking is en derhalve ook door middel van een handeling die de procedure niet beëindigt. De conclusie die hieruit in het onderhavige geval moet worden getrokken, is dat de kwalificatie van de brief van de Commissie van 22 maart 1979 uiteindelijk irrelevant is: zelfs indien men ze als een eenvoudige mededeling beschouwt of als een stilzwijgend besluit tot beëindiging van de procedure (hetgeen zoals gezegd mijn opvatting is), dan heeft de Commissie in elk geval haar standpunt bepaald in de zin van artikel 175 en kan zij derhalve niet van nalatigheid worden beschuldigd.

Mijn uitlegging van de term „standpuntbepaling" vindt bevestiging in de rechtspraak van het Hof. Immers, volgens het arrest van 13 juli 1971 (zaak 8/71, Komponistenverband, Jurispr. 1971, blz. 705) vormt een brief van de Commissie aan een onderneming waartegen een procedure krachtens verordening nr. 17/62 was ingeleid, waarin zij deze in staat stelde overeenkomstig artikel 5 van verordening nr. 99/63 binnen een bepaalde termijn haar opmerkingen in te dienen, een „standpuntbepaling" in de zin van artikel 175, tweede alinea; bijgevolg had de Commissie niet „nagelaten een besluit te nemen aangaande de vraag van verzoeker", zodat „de voorwaarden van artikel 175 in casu niet waren vervuld" en het beroep derhalve „niet ontvankelijk diende te worden verklaard."

Er is nóg een aspect van artikel 175 dat enig commentaar verdient. Zoals wij zagen is de particulieren de bevoegdheid tot het instellen van een beroep wegens nalaten gegeven teneinde te kunnen opkomen tegen het nalaten van een instelling om *ten aanzien van verzoeker* een handeling te verrichten die niet een aanbeveling of een advies is. Dat betekent mijns inziens dat een handeling moet zijn nagelaten waarvan verzoeker de geadresseerde had moeten zijn. In dit opzicht is er een duidelijk verschil tussen artikel 175, derde alinea, en artikel 173, tweede alinea, betreffende het beroep tot nietigverklaring: volgens deze laatste bepaling kan immers „iedere natuurlijke of rechtspersoon ... beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen", doch daar wordt onmiddellijk aan toegevoegd dat dezelfde personen beroep kunnen instellen „tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking *gericht tot een ander persoon*", hem „rechtstreeks en individueel" raken. Aangezien deze laatste zinsnede van artikel 173, tweede alinea, in artikel 175 ontbreekt, kan worden gesteld dat natuurlijke of rechtspersonen het beroep wegens nalaten minder vaak kunnen instellen dan het beroep tot nietigverklaring; met name kunnen particulieren geen beroep wegens nalaten instellen met het oog op handelingen die hen weliswaar rechtstreeks en individueel zouden raken, doch die niet tot hen zouden zijn gericht.

Dat de beroepsmogelijkheden van artikel 173, tweede alinea, en artikel 175 niet even ruim zijn, is logisch gezien begrijpelijk en niet tegenstrijdig. Met het beroep wegens nalaten wordt beoogd, de gemeenschapsrechter de nalatigheid van Raad of Commissie te doen vaststellen en deze door een rechterlijke uitspraak te dwingen hun standpunt te bepalen; het beroep tot nietigverklaring daarentegen strekt tot verkrijging van een uitspraak waarbij een reeds bestaande handeling nietig wordt verklaard. Het is derhalve billijk dat het beroep wegens nalaten enkel kan worden ingesteld door degenen tot wie de handeling moet worden gericht: dezen hebben er belang bij dat de Commissie niet in gebreke blijft en dit belang dient alleen te. worden beschermd, wanneer de belanghebbende te-

vens de geadresseerde van de gevraagde handeling is. Het zou niet redelijk zijn, dit instrument — dat er vooral toe dient procedures niet te laten verzanden — ook ter beschikking te stellen van personen voor wie de handeling weliswaar gevolgen heeft, doch die niet de geadresseerden ervan zijn. Komt een beschikking tot stand, dan kunnen zij ertegen opkomen op de voet van artikel 173, tweede alinea, laatste deel: het is immers dienstig dat in dit laatste geval, waarin de instelling een handeling heeft verricht, ook de verzoeker een beroepsmogelijkheid wordt geboden waardoor de rechterlijke controle van door de Commissie gegeven beschikkingen wordt bevorderd.

Ook de verwijzing naar het beroep wegens nalaten krachtens artikel 35 EGKS-Verdrag kan niet tot een andere gevolgtrekking leiden. Deze beroepsmogelijkheid verschilt immers van het beroep krachtens artikel 175, aangezien zij als een soort beroep tot nietigverklaring is geconstrueerd. Men mag gerust stellen dat een aantal onzekerheden bij de uitlegging van artikel 175 zijn ontstaan, doordat begrippen zijn overgenomen die in verband met artikel 35 EGKS-Verdrag waren uitgewerkt.

6. Tot welke conclusies leiden voorgaande overwegingen? Omdat GEMA gebruik heeft gemaakt van de door artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 van de Raad aan belanghebbende natuurlijke en rechtspersonen toegekende bevoegdheid, had zij overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie ongetwijfeld recht op de daar bedoelde mededeling en op een termijn voor eventuele schriftelijke opmerkingen. Bij uitblijven van een dergelijke mededeling was zij bovendien gerechtigd de Commissie in gebreke te stellen (in de zin van artikel 175 EEG-Verdrag); indien deze laatste desondanks niets had laten horen en was blijven stilzitten, zouden de voorwaarden voor instelling van een beroep wegens nalaten zijn vervuld. Deze mededeling heeft de Commissie echter gedaan bij voornoemde brief van 22 maart 1978, ten aanzien waarvan ik reeds heb opgemerkt dat hij volledig voldeed aan de vereisten van artikel 6 van verordening nr. 99/63. Deze mededeling vormt mijns inziens de in artikel 175, laatste alinea, bedoelde *handeling;* bijgevolg was de Commissie vanaf de datum van deze brief niet meer in gebreke. De betrokken handeling had binnen de daarvoor gestelde termijn kunnen worden bestreden door middel van een beroep tot nietigverklaring, aangezien de aan de wettigheidscontrole van het Hof onderworpen handelingen in artikel 173, eerste alinea, op overeenkomstige wijze worden omschreven als in artikel 175, laatste alinea. Dit wordt bevestigd door het feit dat de brief van 22 maart 1978 mijns inziens een beschikking impliceerde tot beëindiging van de procedure die tegen Radio Luxemburg en de daarmee verbonden ondernemingen was ingeleid. GEMA had derhalve ingevolge genoemd arrest-Metro van 25 oktober 1977 nietigverklaring van deze beschikking kunnen vorderen. In elk geval, ook al zou er twijfel kunnen blijven bestaan over de juiste kwalificatie van de betrokken brief, deze vormde toch minstens een standpuntbepaling van de Commissie in de zin van artikel 175, tweede alinea; dit was voldoende om het beroep wegens nalaten uit te sluiten.

Daarentegen had GEMA — op de hierboven aangevoerde gronden — er geen enkel recht op, dat de Commissie in de op haar verzoek ingeleide procedure tot vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels, een formele beschikking ten gronde vaststelde. Bijgevolg bestond

er voor GEMA geen enkele reden om na ontvangst van de mededeling van 22 maart 1978, op een dergelijke beschikking te blijven wachten, ook indien deze mededeling haar niet definitief leek. Zelfs wanneer in bedoelde procedure een formele beschikking ten gronde zou zijn vastgesteld, zou deze in elk geval niet *tot GEMA zijn gericht;* GEMA was derhalve niet gerechtigd, het beroep wegens nalaten in te stellen, dat krachtens artikel 175, derde alinea, enkel mogelijk is met betrekking tot handelingen die tot verzoeker zouden zijn gericht.

7. Wij hebben gezien dat GEMA op 19 maart 1979 subsidiair een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld tegen de in de brief van de Commissie van 22 maart 1978 vervatte beschikking.

Mijns inziens is ook dit tweede beroep niet ontvankelijk, omdat het te laat is ingesteld; op genoemde datum was immers de maximale termijn van twee maanden na kennisgeving van de bestreden handeling ruimschoots verstreken.

Verzoekster voert hiertegen aan dat het beroep tot nietigverklaring een nieuw middel vormt dat is gebaseerd op gegevens rechtens waarvan eerst in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken, zodat het overeenkomstig artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering ontvankelijk zou moeten worden verklaard. Het nieuwe middel rechtens zou worden gevormd door het arrest van het Bundesgerichtshof van 12 december 1978, dat op dezelfde feiten betrekking heeft als de door de Commissie tegen Radio Luxemburg ingeleide procedure; in dit arrest wordt onder meer overwogen dat de Commissie ervan heeft afgezien bedoelde procedure voort te zetten. Volgens verzoekster moet hieruit worden afgeleid dat het Bundesgerichtshof de brief van de Commissie van 22 maart 1978 als beschikking tot afsluiting van de procedure beschouwt, en dit zou de te late indiening van het subsidiaire verzoek rechtvaardigen.

Deze stelling lijkt mij ongegrond. Het valt met name te betwijfelen of de in het arrest van het Bundesgerichtshof vervatte beoordeling van het rechtskarakter van de brief van de Commissie van 22 maart 1978 een (nieuw) „gegeven rechtens" in de zin van artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering kan vormen; in de grond gaat het daarbij enkel om de uitlegging van een document door een nationale rechter in de motivering van zijn uitspraak, en niet om een gegeven dat gemeenschapsrechtelijk van belang is. Hieraan zij toegevoegd dat wanneer in artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt bepaald dat in de loop van het geding bij wijze van uitzondering nieuwe middelen mogen worden voorgedragen, hiermee mijns inziens nieuwe middelen rechtens of feitelijk, ter ondersteuning van het in het beroepschrift vervatte verzoek worden bedoeld, terwijl verzoekster in het onderhavige geval een volkomen *nieuw beroep* heeft ingesteld. In haar eerste beroepschrift van 30 mei 1978 had zij immers krachtens artikel 175 verzocht, de Commissie te gelasten een formele beschikking vast te stellen, dan wel haar mee te delen dat de zaak was afgesloten, dus een standpunt te bepalen ten aanzien van het oorspronkelijke verzoek; bij haar tweede beroepschrift vorderde zij daarentegen krachtens artikel 173, tweede alinea, nietigverklaring van het besluit, de procedure tegen Radio Luxemburg niet voort te zetten: het *onderwerp van eis* is derhalve in de twee gevallen verschillend en dit geldt ook voor de *grondslag van de eis,* die in het eerste geval is gebaseerd op de nalatigheid van de Commissie en in het tweede op de onrechtmatigheid van de door de Commissie gegeven beschikking. Het staat derhalve buiten twijfel dat het in het tweede geval om een nieuw beroep gaat. Opgemerkt zij nog dat het subsidiaire verzoek in elk geval na beëindiging van de schriftelijke procedure is ingediend, zodat het

dus ook in zoverre niet meer door artikel 42, paragraaf 2, wordt gedekt.

Ten slotte zou ik nog willen opmerken dat het beroep wegens nalaten van mei 1978 niet de wezenlijke kenmerken van een beroep tot nietigverklaring vertoont. Men kan derhalve niet stellen dat GEMA eigenlijk al bij haar eerste beroep nietigverklaring van een beschikking heeft gevorderd, hoewel zij formeel een beroep wegens nalaten instelde. Het reeds aangetoonde verschil tussen het *onderwerp* en de *grondslag van de eis* van de twee beroepschriften sluit deze zienswijze uit.

8. Samenvattend zou ik derhalve willen concluderen dat het Hof het door GEMA op respectievelijk 30 mei 1978 en 19 maart 1979 tegen de Commissie ingestelde beroep wegens nalaten en tot nietigverklaring niet ontvankelijk verklare.

Aangezien de behandelde vragen ingewikkeld en gedeeltelijk nieuw waren, zou ik ten aanzien van de kosten in overweging willen geven, deze overeenkomstig artikel 69, paragraaf 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering voor een derde te compenseren en verzoekster te verwijzen in tweederden van de kosten van de Commissie.