Også selv om det i øvrigt blev antaget, at en sådan underretning har karakter af en beslutning i den i traktatens artikel 189 forudsatte betydning, der som sådan kan anfægtes i medfør af traktatens artikel 173, følger det ikke uden videre heraf, at ansøgeren efter artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 er berettiget til at kræve, at Kommissionen træffer en endelig beslutning om, hvorvidt den påståede overtrædelse foreligger. Kommissionen kan nemlig ikke være forpligtet til under alle omstændigheder at fortsætte proceduren helt frem til det stadium, hvor den kan træffe en endelig beslutning. Artikel 3 i forordning nr. 17/62, hvorefter Kommissionen på visse betingelser uden at anvende en beslutning kan pålægge de deltagende virksomheder at bringe en konstateret overtrædelse til ophør, ville efter den modsatte fortolkning miste enhver betydning.

2. En skrivelse, hvorved Kommissionen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 under angivelse af grunde og med fastsættelse af en frist for fremsættelse af eventuelle bemærkninger svarer en ansøger ifølge en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, b), i forordning nr. 17, at det efter de indhentede oplysninger ikke er muligt at konstatere en overtrædelse af traktatens artikel 85 eller artikel 86, udgør en stillingtagen i den i EØF-traktatens artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning.
3. En sagsøger kan i henhold til procesreglementets artikel 42, stk. 2, 1. pkt. undtagelsesvis påberåbe sig nye søgsmålsgrunde til støtte for de i stævningen anførte påstande. Det har derimod ikke været meningen med denne bestemmelse, at en sagsøger skal kunne nedlægge nye påstande, endsige ændre et passivitetssøgsmål til et annullationssøgsmål.

I sag 125/78

GEMA, GESELLSCHAFT FÜR MUSIKALISCHE AUFFÜHRUNGS- UND MECHANISCHE VERVIELFÄLTIGUNGSRECHTE, Herzog-Wilhelmstraße 29, München, repræsenteret af advokat Ernest Arendt, Luxembourg, og med valgt adresse hos denne,

sagsøger,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, repræsenteret af sin juridiske konsulent Erich Zimmermann, og med valgt adresse i Luxembourg hos Kommissionens juridiske konsulent Mario Cervino, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgte,

støttet af

COMPAGNIE LUXEMBOURGEOISE DE TELEDIFFUSION S.A., repræsenteret af generaldirektør, Dr. Gustav Graas, Villa Louvigny, Parc Municipal, Luxembourg, bistået af professor Arved Deringer og med valgt adresse hos advokat Jacques Loesch, 2, rue Goethe, Luxembourg,

og

RADIO MUSIC INTERNATIONAL GMBH, repræsenteret af generaldirektør, Dr. Gustav Graas, bistået af professor Arved Deringer og med valgt adresse hos advokat Jacques Loesch, 2, rue Goethe, Luxembourg,

intervenienter,

angående det forhold, at sagsøgte ikke har taget en af sagsøgerne i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (første forordning om anvendelse af bestemmelserne i EØF-traktatens artikler 85 og 86) (EFT 1959-62, s. 81), fremsat begæring til følge,

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten H. Kutscher, afdelingsformændene A. O'Keeffe og A. Touffait, dommerne J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart og G. Bosco,

generaladvokat: F. Capotorti
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

I artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (første forordning om anvendelse af bestemmelserne i EØF-traktatens artikler 85 og 86) (EFT 1959-62, s. 81) hedder det:

»1. Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.

2. Berettigede til at fremsætte en sådan begæring er:

a) medlemsstater,

b) fysiske eller juridiske personer, som kan godtgøre en berettiget interesse.

3. . . .«

Artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-64, s. 42) bestemmer følgende,

»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«.

Sagsøgerne, et tysk selskab til forvaltning af ophavsrettigheder, indgav ved skrivelse af 23. juli 1973 klage til Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62 over:

1. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion S.A. (herefter benævnt »Radio Luxembourg«) med hjemsted i Luxembourg,

2. Radio Music International (herefter benævnt RMI) med hjemsted i Luxembourg,

3. Radio Tele-Music GmbH (herefter benævnt RTM) med hjemsted i Berlin-Wilmersdorf

for overtrædelser af EØF-traktatens artikler 85 og 86. Denne klage, der blev registreret i Kommissionens generaldirektorat IV under nr. IV/26.932, var navnlig rettet mod den af Radio Luxembourg fulgte praksis, som består i, at selskabet

— via sit datterselskab RMI med musikforlæggere med hjemsted og virksomhed i Tyskland afslutter kontrakter om fælles udgivelse, ifølge hvilke forlæggerne betaler RMI halvdelen af deres indtægt i form af ophavsretsafgift for det i fællesskab udgivne musikværk mod at få dele heraf udsendt over den tysksprogede sender på gode sendetider, og

— ved generalsekretæren for Radio Luxembourg og sammen med selskabet »Edition Intro Gebrüder Meisel KG« driver musikforlaget Radio Tele-Music GmbH, hvori de to deltagere besidder lige store andele, og hvis formål er at indgå forlagsaftaler med andre forlæggere, komponister og tekstforfattere om musikværker, der regelmæssigt på gode sendetider bringes i Radio Luxembourgs udsendelser på tysk.

Sagsøgerne gjorde gældende, at Radio Luxembourg og dets datterselskabers fælles udgivelse af underholdningsmusik, som Radio Luxembourg regelmæssigt bringer i sine udsendelser, medfører, at Radio Luxembourg som medlem af GEMA modtager større beløb i ophavsretsafgifter. Da sagsøgerne — som er det eneste selskab i Tyskland, der forvalter ophavsrettigheder — skal fordele samt-

lige de afgifter, det opkræver, efter en fast fordelingsnøgle, fører den nævnte adfærd til, at de øvrige udgivere af underholdningsmusik forfordeles.

Ved skrivelse af 23. januar 1974 gav Kommissionen i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17/62 de tre nævnte selskaber meddelelse om klagepunkter og konkluderede, at der forelå en overtrædelse af artikel 86 i traktaten. Sagsøgerne modtog en genpart af denne skrivelse. Radio Luxembourg og RMI tog stilling til klagepunkterne ved skrivelse af 9. april 1974. Den 23. april 1974 indhentede Kommissionen udtalelser fra de pågældende parter.

Sagsøgerne opfordrede i skrivelse af 31. januar 1978 Kommissionen til »inden to måneder efter modtagelsen af nærværende skrivelse at vedtage en formel beslutning i sagen IV/26.932 — Radio Luxembourg«, idet de ellers ville anlægge sag mod Kommissionen i henhold til traktatens artikel 175 om passivitetssøgsmålet, stk. 2 og 3.

Kommissionen anførte i sin skrivelse til sagsøgerne af 22. marts 1978 bl.a. følgende:

»Kommissionen finder ikke efter de senest fremkomne oplysninger, at der er anledning til at efterkomme den af Dem i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 fremsatte begæring om en beslutning, hvorved det fastslås, at der foreligger misbrug af dominierende stilling fra Radio Luxembourgs og de øvrige ovenfor nævnte virksomheders side; Kommissionen betvivler, at det efter det om de faktiske forhold senest fremkomne vil være muligt at bevise for Kommissionen og for De europæiske Fællesskabers Domstol, at Radio Luxembourg,

— indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet og

— misbruger en sådan stilling.«

Efter en detaljeret redegørelse for grundlaget for denne opfattelse afslutter Kommissionen således:

»Kommissionen finder derfor, at en beslutning i henhold til artikel 86 under de nuværende forhold ikke vil være berettiget. Kommissionen giver Dem imidlertid i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63/EØF mulighed for inden to måneder efter modtagelsen af nærværende stillingtagen skriftligt at fremsætte Deres eventuelle bemærkninger til det ovenfor anførte«

Kommissionen anførte i samme brev, at selskaber, der forvalter ophavsrettigheder, rådede over andre midler til at beskytte sig mod visse radioselskaber, der overvejende sender den underholdningsmusik, som de selv har rettighederne over. Kommissionen foreslog et møde mellem to af sine tjenestemænd og sagsøgerne. Dette møde fandt sted den 14. april 1978 i Bruxelles. Sagsøgerne var repræsenteret af professor Mestmäcker og advokat Arendt. Ifølge sagsøgerne blev samtlige punkter i Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 drøftet dér.

Ved telex af 28. april 1978 meddelte sagsøgerne, at de anså Kommissionens forslag og navnlig forslaget om at ændre GEMA's vedtægter, som modtræk mod Radio Luxembourgs kontraktspraksis med fællesudgivelse for uigennemførlige.

Sagsøgerne har anlagt nærværende passivitetssøgsmål mod Kommissionen den

30. maj 1978 i anledning af, at Kommissionen ikke har taget den af sagsøgerne den 23. juli 1971 fremsatte begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 til følge.

Søgsmålet blev registreret på Domstolens justitskontor den 31. maj 1978.

Sagsøgerne har ved Landgericht Köln anlagt sag mod Radio Luxembourg med påstand om, at det i medfør af § 1 i lov mod illoyal konkurrence (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) i forbindelse med traktatens artikler 85 og 86 forbydes dette selskab at afslutte kontrakter om fælles udgivelse. Landgericht gav ikke sagsøgerne medhold, og efter forgæves appel til Landgericht Düsseldorf (kartelafdelingen) har sagsøgerne appelleret til Bundesgerichtshof. Radio Luxembourg og RMI har ved begæring af 7. december 1978 anmodet Domstolen om tilladelse til at indtræde i nærværende sag til støtte for Kommissionens påstande og har samtidig givet afkald på at indgive skriftlige bemærkninger under skriftvekslingen.

Domstolen har ved kendelse af 17. januar 1979 givet Radio Luxembourg og RMI tilladelse til at indtræde som intervenienter.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen i medfør af procesreglementets artikel 92 besluttet uden forudgående bevisførelse at indlede den mundtlige forhandling, dvs. kun for så vidt angår spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling.

II — Parternes påstande

Sagsøgerne har i stævningen nedlagt følgende påstande:

1. Kommissionens passivitet erklæres ulovlig.

2. Kommissionen påbydes inden 2 måneder fra afsigelsen af Domstolens dom at træffe en officiel beslutning i sag IV/26.932 eller i givet fald formelt at underrette sagsøgerne om sagens henlæggelse i henhold til bestemmelserne i artikel 6 i forordning 19/63.

3. Det statueres, at Kommissionens adfærd er i strid med EØF-traktaten, såfremt den ikke efterkommer den afsagte dom.

4. Kommissionen idømmes sagens omkostninger.

Kommissionen har i svarskriftet nedlagt påstand om sagens afvisning og subsidiært frifindelse. Den har endvidere påstået sagsøgerne idømt sagens omkostninger.

Sagsøgerne har i replikken fastholdt de i stævningen anførte påstande.

Kommissionen har i duplikken nedlagt påstand om sagens afvisning, subsidiært frifindelse. Den har heri endvidere påstået sagsøgerne idømt sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

Sagsøgerne har anført, at Kommissionen ved deres skrivelse af 31. januar 1978 modtog en i henhold til traktatens artikel 175, stk. 2, formelig opfordring til at handle. Kommissionen har ikke taget stilling inden to måneder efter denne opfordring. Nærværende sag er anlagt inden for den i nævnte artikel fastsatte frist på to måneder.

Enhver fysisk eller juridisk person kan anlægge et passivitetssøgsmål, når en af Fællesskabets institutioner har »undladt at udstede en retsakt til ham, henstillinger og udtalelser dog undtaget«.

Kommissionen har været forpligtet til at handle i det foreliggende tilfælde; den retsakt, der blev begæret udstedt, ville have haft bestemte retsvirkninger og ville hverken have været en henstilling eller en udtalelse.

Sagen kan derfor ifølge sagsøgerne antages til realitetsbehandling.

Sagsøgerne har videre anført, at Kommissionen har undladt at handle i dobbelt forstand: Den har dels ikke fortsat den i henhold til forordning nr. 17/62 indledte procedure og dels ikke underrettet sagsøgerne om henlæggelsen af deres klage, som påbudt i artikel 6 i forordning nr. 99/63.

I den fællesskabsretlige teori hersker der almindelig enighed om, at artikel 6 i forordning nr. 99/63 giver den, der har fremsat begæringen, adgang til at anlægge passivitetssøgsmål, såfremt Kommissionen ikke tager denne til følge. (Mégret, Louis, Vignes, Waelbroeck, Le Droit de la Communauté Economique européenne, Bind 4, Nr. 78, s. 118; Goldman, Droit Commercial européen, Nr. 360, Braun, Gleiss, Hirsch: Droit des Ententes de la Communauté Economique européenne, Nr. 130; Steindorff, A.W.D. 1963, 353; Deringer, EWG-Wettbewerbsrecht, forordning nr. 17, artikel 3, note 3).

Kommissionen har om de faktiske omstændigheder i svarskriftet navnlig anført, at sagsøgerne ikke fulgte opfordringen til at tage stilling til Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978.

Efter at have fremhævet, at det nærmest er selvmodsigende, som sagsøgerne, at karakterisere den påståede passivitet som dobbelt, har Kommissionen fremført to anbringender til støtte for sin afvisningspåstand.

Sagsøgerne har for det første ikke i stævningen redegjort for de overvejelser, på hvilke de støtter, at Kommissionens påståede undladelse af at træffe afgørelse »er i strid med denne traktat« (artikel 175, stk. 1), og stævningen indeholder derfor ikke den efter procesreglementets artikel 38, stk. 1, litra c), påkrævede »korte fremstilling af de søgsmålsgrunde, der påberåbes«. For det andet har Kommissionen ikke undladt at handle. Kommissionen har herved henvist til, at Domstolen i dommen i sag 8/71 (*Komponistenverband* mod *Kommissionen* (Sml. 1971, s. 163, 2. præmis) udtalte, at artikel 175 »sigter til den passivitet, som den udøvende magt gør sig skyldig i ved at undlade at træffe afgørelse eller tage stilling«. Såfremt Kommissionen har taget stilling inden for den i artikel 175 fastsatte frist »er forudsætningerne for anvendelsen af denne bestemmelse ikke til stede« (dom 42/71, *Nordtgetreide* mod *Kommissionen*, Sml. 1972, s. 41, 4. præmis).

Kommissionen tog i skrivelse af 22. marts 1978 stilling til opfordringen i sagsøgernes skrivelse af 31. januar 1978 og har således overholdt den i artikel 175, stk. 2, fastsatte to-måneders frist. Den oplyste i nævnte skrivelse sagsøgerne om grundlaget for sin opfattelse, nemlig at den efter de fremkomne oplysninger om de faktiske omstændigheder ikke kunne tage den i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62, fremsatte begæring til følge.

Med denne skrivelse har sagsøgerne ifølge Kommissionen modtaget den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning, som de jo havde krav på, eftersom Kommissionen var nået til det resultat, at deres begæring ikke kunne tages til følge. Kommissionen tog stilling inden for to-måneders-fristen og mener derfor, at sagen skal afvises.

Sagsøgerne har i replikken gjort gældende, at Kommissionen handler imod sine egne konstateringer og retlige vurderinger i meddelelsen af klagepunkterne, når den afslår dels at konstatere, at artikel 86 i traktaten er overtrådt, dels at træffe de nødvendige skridt for at bringe overtrædelsen til ophør. Sagsøgerne har til støtte herfor anført en række citater fra meddelelsen af klagepunkterne og påstået, at de på grundlag heraf har en materielretligt begrundet interesse i, at overtrædelsen af konkurrencereglerne bringes til ophør.

Sagsøgerne har hævdet, at de ifølge den i teorien herskende opfattelse af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 (navnlig *Thiesing* i Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. udg. 1974, artikel 3 i forordning nr. 17, note 27) har et krav på at få overtrædelsen konstateret og bragt til ophør. En stillingtagen, som omhandlet i traktatens artikel 175, stk. 2 betyder, sammenholdt med den i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17/62 bestående ret til at fremsætte begæring, ikke en hvilken som helst stillingtagen, men derimod i at handle, som påbudt af konkurrencereglerne og korrekt administrativ praksis. Disse krav opfylder Kommissionens skrivelse af de af sagsøgeren påberåbte materielretlige grunde ikke.

Sagsøgerne har henvist til det møde, der fandt sted den 14. april 1978; ifølge sagsøgerne var det netop efter baggrunden for mødet meningen dér at drøfte alle de spørgsmål, Kommissionen havde fremdraget i sin skrivelse af 22. marts 1978. Sagsøgerne fik ved et referat fra Professor Mestmäcker, der sammen med advokat Arendt repræsenterede dem på mødet, samtalernes indhold oplyst. Dette referat, der i kopi er vedlagt replikken, var nødvendigt, fordi der på mødet blev gjort detaljeret rede for andre løsninger end dem, Kommissionen havde forslået i sin skrivelse af 22. marts 1978.

Ved telex af 28. april 1971 meddelte sagsøgerne Kommissionen, at dens forslag angående en ændring af sagsøgernes vedtægt var uigennemførlige.

Det er altså ikke rigtigt, at sagsøgerne ikke efterkom opfordringen til at tage stilling til Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978. Det har de gjort på det af Kommissionen arrangerede møde og i nævnte telex.

Sagsøgerne har desuden anført, at de i nævnte telex tilkendegav, at passivitetssøgsmålet og den for Bundesgericht verserende forbudssag mod Radio Luxembourg burde føres sideløbende.

Sagsøgerne har endelig fremhævet den afgørende betydning, de i denne sag foreliggende retsspørgsmål har for anvendelsen af konkurrencereglerne i Fællesskabet. En administrativ praksis, som den Kommissionen har fulgt i det foreliggende tilfælde, medfører, at det bliver faktisk umuligt at få borgerne og de nationale retter til at medvirke ved konkurrencereglernes gennemførelse. Navnlig vil ingen national domstol, der ønsker at yde parterne den retsbeskyttelse, de har krav på, herefter finde det forsvarligt at udsætte sagen, indtil der foreligger en afgørelse fra Kommissionen, hvis denne i mere end tre år lader en sag ligge og derefter under påberåbelse af grunde, der strider mod de regler, som indtil da er blevet fulgt,

unddrager sig et passivitetssøgsmål. Kun Domstolen kan forhindre et sådant resultat ved at yde dem, der har fremsat begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62, en effektiv retsbeskyttelse.

Kommissionen har i *duplikken* bestridt, at der skulle være tale om selvmodsigelser, som sagsøgerne har påstået. Kommissionen har efter indgående undersøgelser og efter at have indledt den administrative procedure fundet, at det ikke for tiden ville være muligt at bevise, at Radio Luxembourg og datterselskaberne RMI og RTM besidder en dominerende stilling i den i artikel 86 forudsatte betydning. Den har for at skabe en bedre forståelse for de faktiske forhold givet en detaljeret redegørelse for den administrative procedures forløb.

Kommissionen nåede efter at have indledt den administrative procedure frem til, at sagsøgernes begæring ikke kunne tages til følge, idet den ikke mente at kunne bevise, at Radio Luxembourg havde overtrådt traktatens artikel 86, hvorfor den ikke kunne foretage sig andet end inden for fristen at give sagsøgerne den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning; denne artikel angiver ufravigeligt, hvad Kommissionen skal foretage sig, såfremt den 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. 17/62 fremsat begæring til følge. Kommissionen har derfor ikke haft mulighed for at reagere anderledes på sagsøgernes skrivelse af 31. januar 1978 end sket.

Ifølge Kommissionen fastlægger artikel 6 i forordning nr. 99/63 på det i sagen omhandlede procestrin sagsøgernes retsstilling i forhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62. Sagsøgerne havde efter i deres skrivelse af 31. januar 1978 at have forelagt Kommissionen deres begæring krav på nævnte underretning. Der er herved efter Kommissionens opfattelse tale om en »retsakt« i den i artikel 175, stk. 3, forudsatte betydning, og sagsøgerne kunne, såfremt retsakten ikke var truffet fristmæssigt, have anlagt passivitetssøgsmål mod den (se hertil Roemer, Die Untätigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaften i Sociaal-Ekonomische Wetgewing, 1966, s. 13).

Artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 antages almindeligvis i teorien at give den, der har fremsat begæringen, et retskrav på, at Kommissionen handler; dette krav omfatter imidlertid ikke, som af sagsøgerne antaget, retten til at kræve overtrædelsen fastslået og bragt til ophør (jf. Steindorff, Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und seine prozessuale Durchsetzung in Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters 1963, s. 357).

Kommissionen har endelig taget stilling til sagsøgernes udtalelse om, at de står uden effektiv retsbeskyttelse, såfremt de ikke får medhold i deres passivitetssøgsmål. Kommissionen anser i øvrigt denne udtalelse for irrelevant for Domstolens afgørelse.

Det er et fundamentalt, men indtil nu et ubesvaret spørgsmål, om en person, der har fremsat en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62, der afvises af Kommissionen, kan kræve udstedt en retsakt, der kan anfægtes i medfør af traktatens artikel 173, stk. 2, såfremt Kommissionen ikke vedtager en til en tredjemand rettet positiv retsakt. Spørgsmålet har væsentlig betydning.

Kommissionen mener, at det er muligt at besvare spørgsmålet, som anført nedenfor under 1. — 3.; den afviser imidlertid uden videre den under 3. anførte mulighed på grund af den overvældende arbejdsbyrde, den vil medføre for den tjenestegren ved Kommissionen, som skal påse, at konkurrencereglerne overholdes:

1. Kravet i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 er alene et krav på at blive underrettet, som anført i artikel 6 i forordning nr. 99/62. Denne underretning kan ikke indbringes for Domstolen.

2. Den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 anførte underretning er en beslutning, der kan anfægtes af den person, der har fremsat begæringen, ved et søgsmål i henhold til traktatens artikel 173.

3. Underretningen er ikke endelig. Kommissionen er forpligtet til efter underretning i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 at afvise begæringen ved en officiel beslutning. Denne kan anfægtes ved et søgsmål i henhold til traktatens artikel 173, stk. 2.

Den under 1. anførte løsning kan absolut overvejes. Efter fællesskabsretten ville ansøgerne ikke være uden retsbeskyttelse, selv om de ikke efter Kommissionens afvisning af begæringen kan gå til Domstolen. Forbudene i artiklerne 85 og 86 er direkte anvendelige fællesskabsretlige bestemmelser. Ansøgerne kan for de nationale domstole rejse krav om ophør af overtrædelser og evt. om erstatning. Såfremt de mener, at Kommissionen har begået en tjenstlig fejl, kan de rejse erstatningskrav i henhold til EØF-traktatens artikel 215.

Dersom det anerkendes, at formålet med den i artikel 3, stk. 2, omhandlede klageadgang først og fremmest har været at give enkeltpersoner og sammenslutninger en ret, der kan efterprøves af Domstolen, bliver den under 2. anførte løsning relevant (se hertil navnlig *Mertens de Wilmars,* Administrative procedure en rechtswaarborgen in EEC kartelzaken, i Europese Kartelrecht, ss. 240 og 241; *Waelbroeck,* op. cit. bind 4, s. 118). Den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning kan betragtes som en beslutning, idet den medfører retsvirkninger for ansøgeren. Når Kommissionen angiver grundene til, at den ikke kan tage begæringen til følge, må det sædvanligvis antages, at der er tale om en endelig stillingtagen. Den omstændighed, at der i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 skal gives ansøgeren en frist for fremsættelse af eventuelle skriftlige bemærkninger, fratager ikke underretningen dens karakter af beslutning. Bestemmelsen stiller ansøgeren frit med hensyn til, om han vil besvare denne underretning. Hans passivitet er ensbetydende med, at han anerkender, at underretningen er endelig. Benytter ansøgeren sig af sin ret til at udtale sig, og meddeler Kommissionen ham derefter, at den fastholder sit standpunkt, gælder underretningen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 fremdeles som en afvisning af begæringen.

Hvis den under 1. anførte løsning følges, har sagsøgerne i henhold til artikel 175, stk. 3, et krav på udstedelse af en retsakt, som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 99/63, men ikke på mere. En sådan retsakt er allerede udstedt.

Dersom den under 2. anførte løsning foretrækkes, bliver resultatet, at sagsøgerne kunne have anfægtet underretningen efter artikel 6 i forordning nr.

99/63 af 22. marts 1978 ved et annullationssøgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2.

Vælges den under 3. anførte løsning har sagsøgerne krav på, at Kommissionen afviser deres begæring ved en formel beslutning.

Det af sagsøgerne anlagte passivitetssøgsmål er i alle de nævnte tilfælde uanvendeligt, idet Kommissionen har »taget stilling« inden for fristen. I tilfælde nr. 1 har sagsøgerne ikke krav på nogen yderligere retsakt. I tilfælde nr. 2 og 3 gælder grundsætningen om, at passivitetssøgsmålet i EØF-traktatens retsbeskyttelsessystem er subsidiært i forhold til annullationssøgsmålet, dvs., at såfremt annullationssøgsmål er anlagt, er passivitetssøgsmålet udelukket. I tilfælde nr. 3 ville sagsøgerne — efter afvisning af nærværende sag — på ny kunne henvende sig til Kommissionen og anmode om en officiel beslutning. En herefter af Kommissionen udstedt beslutning kunne så anfægtes i henhold til artikel 173, stk. 2. Dersom Kommissionen ikke inden to måneder efter opfordringen havde vedtaget en sådan beslutning, ville sagsøgerne igen kunne anlægge sag i henhold til artikel 175.

Kommissionen har derfor fastholdt sin påstand om, at sagen skal afvises.

IV — Sagsøgernes nye påstand

Sagsøgerne har den 19. marts nedlagt følgende nye subsidiære påstand:

»Såfremt søgsmålet vedrørende Kommissionens passivitet ikke kan antages til realitetsbehandling, annulleres den i Kommissionens skrivelse til sagsøgerne af 22. marts 1978 indeholdte beslutning om ikke at fortsætte den mod Radio Luxembourg indledte procedure (artikel 173, stk. 2, i EØF-traktaten)«.

Denne annullationspåstand støtter sagsøgerne på traktatens artikel 86 og artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17/62. Annullationssøgsmålet støttes altså på de til grund for passivitetssøgsmålet allerede anførte faktiske omstændigheder.

Til støtte for den nye påstand har sagsøgerne henvist til den af Bundesgericht i sagsøgernes sag mod Radio Luxembourg, RMI og RTM afsagte dom, der med tilhørende grunde er blevet meddelt sagsøgerne den 20. januar 1979. I denne dom forkastes den af sagsøgerne nedlagte påstand om, at Radio Luxembourg tilpligtes at undlade »at afslutte eller lade afslutte kontrakter om fælles udgivelse med musikforlag hjemmehørende i Forbundsrepublikken Tyskland, herunder Vest-Berlin og/eller med sådanne musikforlag at stifte eller lade stifte fælles forlag, såfremt dette har til formål eller virkning at give de i fællesskab udgivne musikværker en fortrinsstilling i Radio Luxembourgs tysksprogede programmer«

Vedrørende antagelse til realitetsbehandling af den ny påstand

Sagsøgerne har gjort gældende, at Bundesgericht har truffet afgørelse som sidste instans. Den burde derfor i medfør af EØF-traktatens artikel 177, stk. 3, have forelagt Domstolen sagens fællesskabsretlige spørgsmål til afgørelse. Bundesgericht har som nævnt uden at tage nærmere stilling til indholdet af artiklerne 85 og 86 afholdt sig fra en forelæggelse. Bundesgericht har i sin redegørelse for sagens faktiske omstæn-

digheder tilkendegivet, at den har opfattet Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 som en beslutning, hvorved proceduren afsluttes. Sagsøgerne mener, at de efter denne vurdering af de faktiske omstændigheder, er afskåret fra at anlægge sag ved Domstolen, såfremt denne finder, at Kommissionen ikke har forholdt sig passiv, men har afsluttet proceduren ved en til sagsøgerne rettet beslutning. Dette er baggrunden for sagsøgernes nye påstand.

Sagsøgerne har støttet nedlæggelsen af den nye påstand på procesreglementets artikel 42, stk. 2, første afsnit. De retlige grunde, hvorpå denne støttes, er først fremkommet efter afslutningen af skriftvekslingen. Fristen i traktatens artikel 173, stk. 3, er overholdt.

Kommissionen har påstået den nye påstand afvist.

Sagsøgerne har påberåbt sig procesreglementets artikel 42, stk. 2, hvorefter »nye søgsmålsgrunde og indsigelser [ikke] må ... fremføres under sagens behandling.« En undtagelse gælder, såfremt »disse (søgsmålsgrunde og indsigelser) støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling.« Sådanne kan ifølge samme bestemmelses andet afsnit fremføres »under den skriftlige forhandling«.

Kommissionen har anført, at sagsøgerne imidlertid ikke har fremsat nye søgsmålsgrunde til støtte for sine påstande i henhold til traktatens artikel 175; de ønsker derimod at nedlægge en ny påstand i sagen, som støttes på artikel 173, stk. 2. Artikel 43, stk. 2, omfatter ikke et sådant tilfælde. Sagsøgerne vil herved ifølge Kommissionen skaffe sig mulighed for efter udløbet af den i artikel 173, stk. 2, fastsatte frist at anlægge et annullationssøgsmål.

De retlige grunde, hvorpå sagsøgerne støtter deres påstand, er ikke først kommet frem under den skriftlige forhandling. Sagsøgerne var, allerede før denne sag blev anlagt, i besiddelse af Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978. Den omstændighed, at der ved denne skrivelse eventuelt kunne foreligge en beslutning, burde have foranlediget en opmærksom sagsøger til enten at anlægge annullationssøgsmål eller nedlægge en subsidiær annullationspåstand.

Bundesgericht's begrundelse udgør ikke søgsmålsgrunde, der først er kommet frem under den skriftlige forhandling. Selv om Bundesgerichtshof har opfattet skrivelsen af 22. marts som en beslutning, der afsluttede proceduren ved Kommissionen, forelå det retlige grundlag for en sådan opfattelse allerede dengang, denne sag blev anlagt.

Den omstændighed, at Bundesgerichtshof afslog at stille spørgsmål vedrørende fortolkningen af artiklerne 85 og 86 i medfør af traktatens artikel 177, er ikke, som hævdet af sagsøgerne, årsagen til, at de har mistet muligheden for at gå til Domstolen. Domstolen ville jo kun have givet en »fortolkning« på grundlag af de stillede retsspørgsmål. Men sagsøgerne vil med deres nye påstand have Domstolen til at afgøre sagens materielle spørgsmål.

Sagsøgerne er under alle omstændigheder først fremkommet med deres påstand, efter skriftvekslingen blev afsluttet ved fremlæggelse af Kommissionens duplik den 3. november 1978, dvs. efter udløbet af den i procesreglementets artikel 42 fastsatte frist.

V — Den mundtlige forhandling

Advokat Ernest Arendt, Luxembourg, og befuldmægtigede Erich Zimmermann har på henholdsvis sagsøgernes og sagsøgtes vegne afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 20. juni 1979.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 11. juli 1979.

Præmisser

1 Nærværende sag angår en skrivelse af 23. juli 1971, hvori sagsøgerne, GEMA, et tysk selskab til forvaltning af ophavsrettigheder, indgav klage til Kommissionen i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62 af 6. februar 1962 (EFT 1959-62, s. 81) for at få konstateret, at Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (herefter benævnt Radio Luxembourg), dette selskabs datterselskab Radio Music International (herefter benævnt RMI), Luxembourg, samt selskabet RTM, Berlin-Wilmersdorf, havde overtrådt konkurrencereglerne i EØF-traktatens artikler 85 og 86.

2 Ifølge klagen har Radio Luxembourg via datterselskabet RMI afsluttet kontrakter med forlæggere af underholdningsmusik med hjemsted og virksomhed i Forbundsrepublikken Tyskland, hvorefter RMI modtager halvdelen af ophavsretsafgiften for musikværker, som selskabet og de nævnte musikforlæggere udgiver i fællesskab, mod at disse værker til gengæld udsendes regelmæssigt i Radio Luxembourgs tysksprogede programmer på gode sendetider. Denne praksis medfører ifølge klagen, at Radio Luxembourg som medlem af GEMA modtager urimeligt store beløb i ophavsretsafgifter. Sagsøgerne — som er det eneste selskab i Tyskland, der forvalter ophavsrettigheder, skal nemlig fordele samtlige de afgifter, det opkræver, efter en fast fordelingsnøgle, hvorfor ovennævnte praksis fører til, at de øvrige forlæggere af underholdningsmusik, der også er medlemmer af GEMA, forfordeles.

3 Som følge af sagsøgernes klage meddelte Kommissionen i henhold til artikel 19, stk.1, i forordning nr. 17/62 de tre nævnte selskaber sine klagepunkter i

en skrivelse af 23. januar 1974. Den 23. april 1974 indhentede Kommissionen udtalelser fra parterne, men underrettede ikke sagsøgerne om procedurens videre forløb.

4 Ved skrivelse af 31. januar 1978 opfordrede sagsøgerne Kommissionen til inden to måneder at vedtage »en officiel beslutning« i sagen, idet de ellers ville anlægge et passivitetssøgsmål mod Kommissionen i henhold til traktatens artikel 175.

5 Kommissionen svarede i skrivelse af 22. marts 1978, at den ikke efter »de senest fremkomne oplysninger« fandt anledning til at efterkomme sagsøgernes begæring om, at Kommissionen fastslog, at der forelå et misbrug af en dominerende stilling fra Radio Luxembourgs og de øvrige ovenfor nævnte virksomheders side. Kommissionen betvivlede mulighederne for efter det om de faktiske forhold sidst fremkomne at bevise, at Radio Luxembourg indtog en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet og misbrugte en sådan stilling. Efter detaljeret at have redegjort for grundlaget for sin opfattelse konkluderede Kommissionen, at en beslutning i henhold til artikel 86 ikke ville være berettiget. Kommissionen gav i medfør af artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-64, s. 42) sagsøgerne mulighed for inden to måneder efter modtagelsen af »hærværende stillingtagen« skriftligt at fremsætte eventuelle bemærkninger til det anførte.

6 Kommissionen anførte i ovennævnte skrivelse, at selskaber, der forvalter ophavsrettigheder, råder over andre midler til at beskytte sig mod den fordrejning af konkurrencen, som opstår ved, at visse radioselskaber overvejende sender den underholdningsmusik, som de selv har rettighederne over. Kommissionen foreslog sagsøgerne et møde herom. På dette møde, der fandt sted den 14. april 1978, og som ifølge sagsøgerne omhandlede samtlige punkter i Kommissionens skrivelse af 22. marts, fremkom Kommissionen med en række forslag, herunder navnligt et forslag om at ændre sagsøgernes vedtægter som modtræk mod Radio Luxembourgs kontraktpraksis med

fællesudgivelse. Sagsøgerne meddelte imidlertid ved telex af 28. april 1978 Kommissionen, at de anså dennes forslag for uigennemførlige.

7 Den 31. maj 1978 har sagsøgerne anlagt sag i henhold til traktatens artikel 175 med påstand om, at Kommissionens passivitet erklæres ulovlig samt om, at det påbydes denne at træffe en officiel beslutning i forbindelse med den ved sagsøgernes klage i 1971 indledte procedure eller i givet fald at underrette sagsøgerne om sagens henlæggelse i henhold til bestemmelserne i artikel 6 i forordning nr. 99/63. Ifølge sagsøgerne har Kommissionen ved den skrivelse, den tilstillede sagsøgerne den 22. marts 1978, tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 3, stk, 2, i forordning nr. 17/62, idet sagsøgerne »har krav på, at Kommissionen fortsætter den mod Radio Luxembourg indledte procedure og konstaterer den overtrædelse, der har fundet sted, samt påbyder passende foranstaltninger med henblik på at bringe denne til ophør.««

8 Domstolen har ved kendelse af 17. januar 1979 givet Radio Luxembourg og RMI tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionen.

9 Sagsøgerne har, såfremt Domstolen måtte finde, at passivitetssøgsmålet skal afvises, den 19. marts 1979 i henhold til traktatens artikel 173, stk. 2, nedlagt en ny subsidiær påstand om annullation af den i Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 indeholdte beslutning om ikke at fortsætte den mod Radio Luxembourg indledte procedure.

Formaliteten

10 Kommissionen har påstået passivitetssøgsmålet afvist under henvisning til, at betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 175 ikke er opfyldt.

11 Kommisssionen har herved anført, at det i artikel 175, stk. 2, kræves, at Kommissionen »ikke har taget stilling« inden to måneder efter opfordring til at handle, hvorfor der ikke er tale om passivitet i det foreliggende tilfælde, idet dens skrivelse af 22. marts 1978 udgør en stillingtagen i den i artikel 175 forudsatte betydning. Dette bestrides af sagsøgerne, der har gjort gældende, dels at skrivelsen af 22. marts alene er af foreløbig karakter, dels at de som en juridisk person, der har fremsat begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i

forordning nr. 17/62. har krav på en »beslutning« i den i traktatens artikel 189 forudsatte betydning. Kommissionen har endvidere anført, at sagsøgerne ikke tilhører den kreds af fysiske eller juridiske personer, der efter artikel 175, stk. 3, kan indbringe klage til Domstolen, idet den beslutning, sagsøgerne har krævet udstedt, ikke har kunnet rettes til dem, men udelukkende til de virksomheder, hvis praksis anfægtes.

12 Kommissionen har også påstået sagsøgernes nye subsidiære påstand afvist. Sagsøgerne støtter denne subsidiære påstand på procesreglementets artikel 42, stk. 2, der bestemmer, »at nye søgsmålsgrunde og indsigelser« ikke må fremføres »under sagens behandling«, medmindre de »støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling«. Sagsøgerne har imidlertid ikke ifølge Kommissionen fremført nye søgsmålsgrunde, men snarere nedlagt en ny påstand. Under alle omstændigheder er påstanden nedlagt efter udløbet af den i artikel 173, stk. 3, fastsatte frist, hvorfor den ikke kan tages under realitetsbehandling.

13 Det skal derfor undersøges, om passivitetssøgsmålet såvel som den subsidiære påstand kan realitetspåkendes.

A — Passivetetssøgsmålet

14 Først skal det afgøres, om skrivelsen af 22. marts 1978 udgør en »stillingtagen« i den i artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning. Dette kræver indledningsvis en undersøgelse af de forpligtelser, der påhviler Kommissionen i forbindelse med den ved forordning nr. 17/62 indførte procedure — som reguleres nærmere ved forordning nr. 99/63 — med henblik på konstatering af eventuelle overtrædelser af traktatens artikel 85 og artikel 86.

15 I artikel 3 i forordning nr. 17/62 hedder det bl.a.:

»1. Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.

2. Berettigede til at fremsætte en sådan begæring er:

   a) medlemsstater,

   b) fysiske eller juridiske personer, som kan godtgøre en berettiget interesse«

16 Artikel 6 i forordning nr. 99/63 har følgende ordlyd:

»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.«

17 Formålet med den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning er altså, som det fremgår af ordene »underretter ... ansøgerne om begrundelsen herfor«, blot at sikre, at en ansøger efter artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62 underrettes om grundene til, at Kommissionen er nået til det resultat, at de under undersøgelsen tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at tage den fremsatte begæring til følge. Denne underretning indebærer, at sagen henlægges, uden at Kommissionen derfor er afskåret fra at genoptage den, såfremt den finder det hensigtsmæssigt, navnlig såfremt ansøgeren inden for den frist, der er indrømmet ham i henhold til artikel 6, fremkommer med nye oplysninger af retlig eller faktisk art. Sagsøgernes opfattelse, hvorefter den, der har fremsat en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62, har krav på, at Kommissionen udsteder en beslutning efter traktatens artikel 189 om, hvorvidt den påståede overtrædelse foreligger, er derfor ikke korrekt.

18 Men også selv om det i øvrigt blev antaget, at en sådan underretning har karakter af en beslutning i den i traktatens artikel 189 forudsatte betydning, der som sådan kan anfægtes i medfør af traktatens artikel 173, følger det ikke uden videre heraf, at ansøgeren efter artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62 er berettiget til at kræve, at Kommissionen træffer en endelig beslutning om, hvorvidt den påståede overtrædelse foreligger. Kommissionen kan nemlig under alle omstændigheder ikke være forpligtet til at fortsætte proceduren helt frem til det stadium, hvor den kan træffe en endelig beslutning. Artikel 3 i forordning nr. 17/62, hvorefter Kommissionen på visse

betingelser uden at anvende en beslutning kan pålægge de deltagende virksomheder at bringe en konstateret overtrædelse til ophør, ville efter den af sagsøgerne forfægtede fortolkning miste enhver betydning. Det fremgår således af karakteren af den ved forordningens artikel 3 indførte procedure til konstatering af overtrædelser, at det ikke kan anerkendes, at en fysisk eller juridisk person, der har fremsat begæring i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, litra b), er berettiget til at kræve, at Kommissionen træffer en endelig beslutning vedrørende den procedure, som Kommissionen har indledt som følge af den pågældendes klage.

19 For så vidt angår skrivelsen af 22. marts 1978, må det konstateres, at Kommissionen har underrettet sagsøgerne om, at der ikke efter dens opfattelse var grundlag for en beslutning i henhold til traktatens artikel 86 samt redegjort for de til grund for denne opfattelse liggende faktiske og retlige omstændigheder. Den fastsatte desuden i overensstemmelse med artikel 6 i ovennævnte forordning nr. 99/63 en frist på 2 måneder, inden for hvilken sagsøgerne skriftligt kunne fremsætte deres eventuelle bemærkninger.

20 Kommissionen har således fulgt de ovenfor omtalte bestemmelser i artikel 6 i forordning nr. 99/63, da den underrettede sagsøgerne om procedurens udfald og om begrundelsen for at henlægge deres klage. Det skal tilføjes, at det af skrivelsen, der falder i to klart adskilte dele, fremgår, at Kommissionens forslag om at mødes med sagsøgerne for at drøfte andre midler til at afværge følgerne af den af de sidstnævnte anfægtede praksis, ikke indgik i den procedure vedrørende en overtrædelse af konkurrencereglerne, som Kommissionen havde indledt på grundlag af den oprindelige klage. Dette forslag kan altså ikke, som hævdet af sagsøgerne, medføre, at skrivelsen må opfattes som en foreløbig afgørelse.

21 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen, da den ved skrivelsen af 22. marts 1978, der opfyldte betingelserne i artikel 6 i forordning nr. 99/63, besvarede sagsøgernes opfordringsskrivelse af 31. januar 1978, har rettet en retsakt til disse, som udgør en stillingtagen i den i traktatens artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning.

22 Kommissionen har følgelig ikke undladt at træffe afgørelse efter sagsøgernes opfordring, hvorfor de i artikel 175 omhandlede betingelser ikke er opfyldt.

23 Passivitetssøgsmålet afvises derfor.

B — Annullationssøgsmålet

24 Sagsøgerne har som allerede omtalt den 19. marts 1979 nedlagt en ny påstand om annullation af »den i Kommissionens skrivelse til sagsøgerne af 22. marts 1978 indeholdte beslutning om ikke at fortsætte den mod Radio Luxembourg indledte procedure (EØF-traktatens artikel 173, stk. 2)«. Denne påstand har sagsøgerne støttet på de samme faktiske omstændigheder som i passivitetssøgsmålet. De har endvidere hævdet, at denne påstand udgør en ny søgsmålsgrund, der støttes på retlige omstændigheder, som først er fremkommet efter skriftvekslingen, hvorfor påstanden kan tages under realitetspåkendelse i medfør af procesreglementets artikel 42, stk. 2, første afsnit.

25 Den retlige omstændighed, sagsøgerne har påberåbt sig, er meddelelsen til sagsøgerne den 20. februar 1979 af grundene til Bundesgerichts' dom af 12. december 1978, afsagt i en sag mellem sagsøgerne og Radio Luxembourg, RMI og RTM vedrørende de samme faktiske forhold som omhandlet i den af Kommissionen mod de nævnte selskaber indledte procedure. I nævnte dom fastslår Bundesgericht navnlig, at Kommissionen har opgivet at fortsætte denne procedure. Ifølge sagsøgerne har Bundesgericht opfattet Kommissionens skrivelse af 22. marts 1978 som en beslutning, der afsluttede proceduren. Den subsidiære annullationspåstand er nedlagt, såfremt Domstolen skulle være af samme opfattelse.

26 Procesreglementets artikel 42, stk. 2, 1. p., bestemmer, at »nye søgsmålsgrunde og indsigelser [ikke] må ... fremføres under sagens behandling, medmindre disse støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling«. En sagsøger kan efter denne bestemmelse undtagelsesvis påberåbe sig nye søgsmålsgrunde til støtte for de i stævningen anførte påstande. Det har absolut ikke været meningen med denne bestemmelse, at en sagsøger skal kunne nedlægge nye påstande, endsige ændre et passivitetssøgsmål til et annullationssøgsmål. I det foreliggende tilfælde støttedes stævningens påstande på traktatens artikel 175, mens den nye påstand støttes på, at der foreligger en retsakt, der kan anfægtes i henhold til artikel 173. Sagsøgerne kan derfor ikke påberåbe sig ovenfor nævnte bestemmelser til støtte for, at den nye påstand om annullation af den beslutning, der skulle foreligge mod Kommissionen af 22. marts 1978, fremmes til realitetsbehandling.

27 Den nye subsidiære annullationspåstand afvises derfor.

Vedrørende sagens omkostninger

28 I henhold til artikel 69, stk. 2, i procesreglementet dømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagens omkostninger.

29 Sagsøgerne har tabt sagen og idømmes følgelig sagens omkostninger bortset fra de eventuelle omkostninger ved Radio Luxembourgs og RMI's intervention, der i medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 3, ophæves således, at sagsøgerne og intervenienterne hver bærer deres omkostninger, idet de sidstnævnte hverken har indgivet skriftlige eller mundtlige indlæg.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. **Sagen afvises.**

2. **Sagsøgerne idømmes sagens omkostninger, bortset fra de eventuelle omkostninger ved Radio Luxembourgs og RMI's intervention, der ophæves således, at sagsøgerne og intervenienterne hver bærer deres omkostninger.**

Kutscher O'Keeffe Touffait

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Bosco

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. oktober 1979.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident