DOMSTOLENS DOM
av den 18 oktober 1979 *

Mål 125/78

GEMA, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanishce Vervielfältigungsrechte, Herzog-Wilhelm-Straße 29, München, företrätt av advokaten Ernest Arendt, Luxemburg, hos vilken bolaget har sin delgivningsadress,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av juridiske rådgivaren Erich Zimmermann, med delgivningsadress i Luxemburg hos Mario Cervino, juridisk rådgivare vid kommissionen, bâtiment Jean Monnet, plateau Kirchberg,

svarande,

stödd av

Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA, företrätt av verkställande direktören Dr Gustave Graas, Villa Louvigny, Parc Municipal, Luxemburg, biträdd av professor Arved Deringer, med delgivningsadress hos advokaten Jacques Loesch, 2, rue Goethe, Luxemburg,

och

Radio Music International S. A. R. L., företrätt av verkställande direktören Dr Gustave Graas, biträdd av professor Arved Deringer, med delgivningsadress hos advokaten Jacques Loesch,

intervenienter.

Talan avser svarandens underlåtenhet att bifalla sökandens ansökan som framställts på grundval av artikel 3.2 b i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 (Första förordningen om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget) (EGT nr 13, 21.2.1962, s. 204, fransk version; svensk specialutgåva, del 08, volym 01).

* Rättegångsspråk: tyska.

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden H. Kutscher, avdelningsordförandena A. O'Keeffe och A. Touffait samt domarna J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart och G. Bosco,

generaladvokat: F. Capotorti,
justitiesekreterare: A. Van Houtte,

meddelar följande

dom

DOMSKÄL

1 Tvisten i detta mål har sitt ursprung i en skrivelse av den 23 juli 1971 i vilken sökanden, GEMA, ett tyskt förvaltningsbolag för upphovsrätt, hänsköt ett klagomål till kommissionen i enlighet med artikel 3.2 b i förordning nr 17/62 av den 6 februari 1962 (EGT nr 13 av den 21.2.1962, s. 204) i syfte att få konstaterat att Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (nedan kallat Radio Luxemburg), dess dotterbolag Radio Music International (nedan kallat RMI), båda med säte i Luxemburg, och bolaget Radio Télé Music (nedan kallat RTM), med säte i Berlin-Wilmersdorf, hade överträtt konkurrensreglerna i artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget.

2 Enligt detta klagomål hade Radio Luxemburg genom förmedling av RMI slutit avtal med förläggare av underhållningsmusik, som är etablerade i Förbundsrepubliken Tyskland och har verksamhet där. Enligt dessa avtal skulle RMI erhålla hälften av upphovsrättsavgifterna från de musikaliska verk som utgetts gemensamt av RMI och nämnda förläggare mot att dessa musikstycken i gengäld regelbundet skulle sändas i Radio Luxemburgs tyskspråkiga kanal på bra sändningstider. Detta tillvägagångssätt skulle medföra att Radio Luxemburg, i egenskap av medlem i GEMA, skulle erhålla oskäligt stora upphovsrättsavgifter. Eftersom sökanden - som är det enda förvaltningsbolaget för upphovsrätt i Förbundsrepubliken - skall fördela samtliga upphovsrättsavgifter som sökanden uppbär enligt en fast fördelningsnyckel skulle ovannämnda tillvägagångssätt få till följd att andra förläggare av underhållningsmusik, som också är medlemmar av sökandens organisation, skulle missgynnas.

3 Kommissionen biföll sökandens klagomål och tillställde ovannämnda tre

bolag i enlighet med artikel 19.1 i förordning nr 17/62 en skrivelse av den 23 januari 1974 med sina anmärkningar. Den 23 april 1974 höll kommissionen förhör med parterna men upplyste inte sökanden om förfarandets fortsatta förlopp.

4 I en skrivelse av den 31 januari 1974 anmodade sökanden kommissionen att inom två månader fatta "ett formellt beslut inom ramen för undersökningen av saken"; i annat fall skulle sökanden väcka passivitetstalan mot kommissionen i enlighet med artikel 175 i fördraget.

5 Kommissionen svarade genom en skrivelse av den 22 mars 1978. Enligt denna skrivelse ansåg den att det enligt "de senaste omständigheterna" som framkommit inte fanns skäl att efterkomma sökandens klagomål som hade till syfte att erhålla ett beslut, i vilket skulle konstateras att Radio Luxemburg och övriga ovannämnda företag utövade missbruk av en dominerande ställning. Med hänsyn till hur situationen utvecklat sig under den senaste tiden ställde sig kommissionen tveksam till om det på ett övertygande sätt skulle kunna styrkas att Radio Luxemburg innehar en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden samt missbrukar denna ställning. Efter att i detalj ha redogjort för de skäl som motiverar en sådan uppfattning fastslog kommissionen att det inte förelåg något skäl till att ett beslut enligt artikel 86 i fördraget skulle fattas. I enlighet med artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63 av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT nr 13, 20.8.1963, s. 2268, fransk version; svensk specialutgåva, del 08, volym 01) gav kommissionen sökanden tillfälle att yttra sig inom en tidsfrist av två månader efter det att sökanden mottagit "detta ställningstagande".

6 Kommissionen anförde också i ovannämnda skrivelse att förvaltningsbolagen för upphovsrätt hade tillgång till andra medel för att skydda sig mot den snedvridning av konkurrensen som uppstår genom att vissa programföretag företrädesvis sänder sådan underhållningsmusik till vilken programföretaget innehar en viss upphovsrätt. Kommissionen föreslog att sökanden skulle ha en överläggning med kommissionens tjänstemän i denna fråga. Under denna överläggning, som ägde rum den 14 april 1978, och som enligt sökanden gällde alla de punkter som togs upp i kommissionens skrivelse av den 22 mars 1978, framlade kommissionen förslag, som bl.a. innebar att sökandens stadgar skulle ändras så att Radio Luxemburgs avtal om gemensam förlagsverksamhet skulle upphöra. I ett telex av den 28 april 1978 meddelade sökanden dock kommissionen att den ansåg att dessa förslag var omöjliga att genomföra.

7 Den 31 maj 1978 väckte sökanden talan enligt artikel 175 i fördraget i syfte att få fastställt att kommissionens passivitet är rättsstridig och att kommissionen skall åläggas att fatta ett formellt beslut inom ramen för det förfarande som inleddes år 1971 till följd av sökandens klagomål eller, i förekommande fall, meddela sökanden om att ärendet med tillämpning av artikel 6 i förordning nr 99/63 skall läggas ned. Enligt sökanden har kommissionen inte, då den tillställde sökanden skrivelsen av den 22 mars 1978, uppfyllt de skyldigheter som åvilade denna enligt artikel 3.2 i förordning nr 17/62 eftersom sökanden har "en rätt ... att ... kommissionen skall fortsätta det förfarande som inletts mot Radio Luxemburg och att den skall konstatera den överträdelse som skett och förordna om lämpliga åtgärder för att få denna överträdelse att upphöra".

8 Genom beslut av den 17 januari 1979 tillät domstolen Radio Luxemburg och RMI att intervenera till stöd för kommissionen.

9 Den 19 mars 1979 inkom sökanden med tilläggsyrkanden i andra hand genom vilka sökanden, med tillämpning av artikel 173 andra stycket i fördraget, har yrkat att – om domstolen skulle finna att passivitetstalan inte kan upptas till prövning – beslutet i kommissionens skrivelse av den 22 mars 1978 om att inte fortsätta förfarandet som inletts mot Radio Luxemburg skall ogiltigförklaras.

Upptagande till prövning

10 Kommissionen har bestritt att passivitetstalan tas upp till prövning med motiveringen att villkoren för tillämpning av artikel 175 inte är uppfyllda.

11 Kommissionen har anmärkt att enligt artikel 175 andra stycket krävs att kommissionen "inte har tagit ställning" sedan två månader förflutit efter det att den anmodats att vidta åtgärder och har hävdat att det i detta fall inte är fråga om någon passivitet eftersom kommissionens skrivelse av den 22 mars 1978 utgör ett ställningstagande enligt artikel 175. Detta påstående har i sin tur bestritts av sökanden som, å ena sidan har hävdat att skrivelsen av den 22 mars endast är provisorisk och, å andra sidan att sökanden, i sin egenskap av enskild som har gett in en ansökan enligt artikel 3.2 i förordning nr 17/62, har rätt till ett "beslut" enligt artikel 189 i fördraget. Kommissionen har i andra hand hävdat att sökanden inte tillhör den kategori av fysiska eller juridiska personer som enligt artikel 175 tredje stycket får väcka talan vid

domstolen eftersom det beslut som sökanden krävt inte skulle kunnat tillställas sökanden utan endast de företag, vars uppträdande har ifrågasatts i klagomålet.

12 Kommissionen har också bestritt att det andrahandsyrkande som sökanden framställt tas upp till prövning. Sökanden har grundat detta andrahandsyrkande på artikel 42.2 i rättegångsreglerna enligt vilken nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida dessa grunder inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under det skriftliga förfarandet. Enligt kommissionen innebär dock tilläggsyrkandet inte några nya grunder utan snarare nya yrkanden. Under alla omständigheter kan yrkandet inte tas upp till prövning eftersom det framställts efter utgången av den tidsfrist som fastställts i artikel 173 sista stycket.

13 Därför måste det prövas om såväl passivitetstalan som tilläggsyrkandet kan tas upp till prövning.

A – Passivitetstalan

14 Först måste det avgöras om skrivelsen av den 22 mars 1978 utgör ett "ställningstagande" enligt artikel 175 andra stycket. Detta kräver att man först prövar kommissionens skyldigheter inom ramen för det förfarande som införts genom förordning nr 17/62 jämte de närmare bestämmelser som finns i förordning nr 99/63 i syfte att få konstaterat eventuella överträdelser av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

15 I artikel 3 i förordning nr 17/62 föreskrivs särskilt följande:

"1. Konstaterar kommissionen, efter ansökan eller på eget initiativ, en överträdelse av bestämmelserna i fördragets artikel 85 eller artikel 86, kan den ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen.

2. Rätt att framställa ansökan om detta har

a) medlemsstaterna

b) fysiska eller juridiska personer som åberopar ett berättigat intresse i saken".

16 I artikel 6 i förordning nr 99/63 föreskrivs:

"Om kommissionen, efter att ha mottagit en ansökan enligt artikel 3.2 i förordning nr 17, anser att det på grundval av den information som den har tillgång till inte finns tillräckligt underlag för att bifalla ansökan, skall den meddela sökandena sina skäl och fastställa en tidsfrist inom vilken de får inkomma med ytterligare skriftliga synpunkter."

17 Härav följer att syftet med ett sådant meddelande som avses i artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63 såsom det framgår av uttrycket "... skall meddela sökandena sina skäl" endast är att säkerställa att en sökande enligt betydelsen i artikel 3.2 b i rådets förordning nr 17/62 underrättas om skälen till att kommissionen har fastställt att den information som den har fått tillgång till under undersökningen inte ger tillräckligt underlag för att bifalla ansökan. Detta meddelande innebär att ärendet läggs ned men det hindrar emellertid inte kommissionen från att återuppta ärendet om den anser det vara lämpligt, särskilt om sökanden, inom den tidsfrist som kommissionen beviljat denne för detta ändamål i enlighet med bestämmelserna i nämnda artikel 6, anför nya faktiska eller rättsliga omständigheter. Ståndpunkten att den som har framställt en ansökan enligt artikel 3.2 i förordning nr 17/62 skulle ha rätt att från kommissionen erhålla ett beslut enligt artikel 189 i fördraget vad beträffar förekomsten av den påstådda överträdelsen kan således inte godtas.

18 Även om det dessutom skulle antas att ett sådant meddelande kan ha karaktären av ett beslut i den mening som avses i artikel 189 i fördraget och som kan angripas med stöd av artikel 173 i fördraget skulle detta för den skull inte medföra att en sökande enligt artikel 3.2 i förordning nr 17/62 skulle ha rätt att kräva att kommissionen fattar ett slutligt beslut vad beträffar förekomsten av den påstådda överträdelsen. Kommissionen kan nämligen inte vara skyldig att under alla omständigheter fortsätta förfarandet fram till det stadium där den kan fatta ett slutligt beslut. Den tolkning som sökanden företräder skulle beröva artikel 3 i förordning nr 17/62 dess mening; denna artikel ger kommissionen möjlighet att under vissa omständigheter avstå från att fatta ett beslut som ålägger de berörda företagen att upphöra med den konstaterade överträdelsen. Det följer således av karaktären på det förfarande för konstaterande av överträdelser, som införts i artikel 3 i förordningen, att det inte kan godtas att en fysisk eller juridisk person, som med tillämpning av artikel 3.2 b i förordningen, ansökt om att kommissionen skall konstatera nämnda överträdelse, har rätt att kräva att kommissionen fattar ett slutligt beslut i det ärende som inletts till följd av denna persons klagomål.

19 Vad beträffar skrivelsen av den 22 mars 1978 finns det anledning att konstatera att kommissionen underrättade sökanden om sin uppfattning att ett beslut enligt artikel 86 i fördraget inte var motiverat samt redogjorde för de faktiska omständigheter och skäl som motiverar denna uppfattning. Dessutom fastställde kommissionen en tidsfrist på två månader för att sökanden skulle kunna framlägga ytterligare skriftliga synpunkter.

20 Härav följer att kommissionen handlade i enlighet med de bestämmelser i artikel 6 i förordning nr 99/63 som redogjorts för ovan då den underrättade sökanden om utgången av förfarandet och skälen till att sökandens klagomål lagts ned. Det finns anledning att tillägga att det av ordalydelsen i skrivelsen, som består av två olika delar, framgår att kommissionens förslag om att ha en överläggning med sökanden i syfte att, med iakttagande av bestämmelserna i artikel 6 i ovannämnda förordning nr 99/63, pröva andra lämpliga sätt för att rätta till följderna av det förfarande som ifrågasätts av sökanden, inte ligger inom ramen för det förfarande för överträdelse av konkurrensreglerna som inletts av kommissionen till följd av det ursprungliga klagomålet. I motsats till vad som hävdats av sökanden kan detta förslag inte medföra att skrivelsen kan anses vara ett provisoriskt beslut.

21 Av föregående överväganden följer att då kommissionen genom sin skrivelse av den 22 mars 1978, som stod i överensstämmelse med villkoren i artikel 6 i förordning nr 99/63, besvarade sökandens anmodan av den 31 januari 1978, tillställde kommissionen sökanden en rättsakt som utgör ett ställningstagande enligt betydelsen i artikel 175 andra stycket i fördraget.

22 Härav följer att kommissionen i detta fall inte har underlåtit att vidta åtgärder i fråga om sökandens ansökan och att villkoren i artikel 175 inte är uppfyllda.

23 Passivitetstalan skall därför avvisas.

B – Talan om ogiltigförklaring

24 Såsom redan angetts har sökanden den 19 mars 1979 framställt tilläggsyrkanden genom vilka sökanden yrkar ogiltigförklaring av "beslutet, som innefattas i kommissionens skrivelse till sökanden av den 22 mars 1978, att inte fortsätta det förfarande som inletts mot Radio Luxemburg (artikel 173 andra stycket i EEG-fördraget)". Sökanden har till stöd för sitt yrkande hävdat att detta grundar sig på samma omständigheter som sökanden redan angett som

grund för passivitetstalan. Sökanden har dessutom hävdat att detta yrkande innebär att en ny grund framställts, vilken baserar sig på sådana rättsliga omständigheter som framkommit först efter det att det skriftliga förfarandet avslutats, och att yrkandet följaktligen kan tas upp till prövning enligt artikel 42.2 första stycket i rättegångsreglerna.

25 Den rättsliga omständighet som sökanden åberopat är meddelandet av den 20 februari 1979 till sökanden av domskälen i Bundesgerichtshofs dom av den 12 december 1978 som meddelats i ett mål mellan sökanden och Radio Luxemburg, RMI och RTM, och som gällde samma omständigheter som ligger till grund för det förfarande som inletts av kommissionen mot dessa bolag. Av nämnda dom framgår att Bundesgerichtshof bl.a. fastslår att kommissionen hade avstått från att fortsätta detta förfarande. Enligt sökanden skulle Bundesgerichtshof ha betraktat kommissionens skrivelse av den 22 mars 1978 som ett beslut som avslutade förfarandet. Sökanden har framställt andrahandsyrkandet om ogiltighet för det fall domstolen skulle dela denna uppfattning.

26 Enligt artikel 42.2 första stycket i rättegångsreglerna, föreskrivs att nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under det skriftliga förfarandet. Genom denna bestämmelse ges alltså sökanden möjlighet att i undantagsfall åberopa nya grunder till stöd för de yrkanden som framställts i den handling varigenom målet anhängiggörs. Den ger inte sökanden tillfälle att inge nya yrkanden och än mindre att ändra en passivitetstalan till en talan om ogiltigförklaring. I föreliggande fall grundade sig yrkandena i den ursprungliga ansökan på artikel 175 i fördraget medan däremot yrkandena i tilläggsansökan grundas på att det förekommer en rättsakt mot vilken talan kan föras med stöd av artikel 173. Sökanden kan därför inte åberopa ovannämnda bestämmelser som skäl för att sökandens yrkande om ogiltigförklaring av beslutet, som innefattades i kommissionens skrivelse av den 22 mars 1978, skall upptas till prövning.

27 Andrahandsyrkandet om ogiltigförklaring skall därför avvisas.

Rättegångskostnader

28 I enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

29 Sökanden, som har tappat målet, skall följaktligen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, utom de kostnader som kan ha orsakats av interventionen från Radio Luxemburg och RMI, vilka skall ersättas enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna, på så sätt att sökanden och intervenienterna var och en skall bära sina kostnader, eftersom intervenienterna varken har inkommit med några skriftliga eller muntliga yttranden.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande:

1) Talan avvisas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna, utom de kostnader som kan ha orsakats av interventionen, vilka skall ersättas genom att sökanden och intervenienterna var och en skall bära sina kostnader.

Kutscher O'Keeffe Touffait

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Bosco

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 oktober 1979.

A. Van Houtte
Justitiesekreterare

H. Kutscher
Ordförande