Zelfs wanneer men veronderstelt dat een dergelijke mededeling een beschikking kan zijn, die derhalve op de voet van artikel 173 van het Verdrag zou kunnen worden bestreden, zou daaruit nog niet volgen dat een verzoeker in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 recht zou hebben op een definitieve beschikking van de Commissie betreffende het al of niet bestaan van de beweerde inbreuk. De Commissie kan immers niet verplicht zijn de procedure onder alle omstandigheden tot aan een definitieve beschikking voort te zetten. In de tegengestelde opvatting zou artikel 3 van verordening nr. 17/62, volgens hetwelk de Commissie onder bepaalde voorwaarden ervan kan afzien de betrokken ondernemingen door middel van een beschikking tot beëindiging van de vastgestelde inbreuk te verplichten, alle betekenis verliezen.

2. Een brief waarin de Commissie overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63, onder aanvoering van redenen en onder toekenning van een termijn voor het indienen van eventuele schriftelijke opmerkingen, degene die een verzoek heeft ingediend krachtens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 antwoordt, dat op op grond van de verkregen gegevens niet kan worden vastgesteld dat inbreuk is gemaakt op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, vormt een standpuntbepaling in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het EEG-Verdrag.

3. Ingevolge artikel 42, paragraaf 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering is het een verzoeker in bijzondere gevallen toegestaan, nieuwe middelen aan te voeren ter staving van de conclusies van het inleidend verzoekschrift. De bepaling beoogt echter niet, de verzoeker in staat te stellen nieuwe conclusies in te dienen, en zeker niet een beroep wegens nalaten te wijzigen in een beroep tot nietigverklaring.

In zaak 125/78,

GEMA, GESELLSCHAFT FÜR MUSIKALISCHE AUFFÜHRUNGS- UND MECHANISCHE VERVIELFÄLTIGUNGSRECHTE, te München, te dezen vertegenwoordigd door E. Arendt, advocaat te Luxemburg, en domicilie gekozen hebbende te diens kantore,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, te dezen vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur E. Zimmerman, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij M. Cervino, juridisch adviseur van de Commissie, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

COMPAGNIE LUXEMBOURGEOISE DE TELEDIFFUSION SA, te dezen vertegenwoordigd door haar algemeen directeur, G. Graas, en bijgestaan door prof. A. Deringer, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij J. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 2,

en

RADIO MUSIC INTERNATIONAL GMBH, te dezen vertegenwoordigd door haar algemeen directeur G. Graas, bijgestaan door prof. A. Deringer, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij J. Loesch,

interveniënten,

betreffende een beroep wegens verweersters nalatigheid om gevolg te geven aan een verzoek van verzoekster, ingediend op de voet van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (eerste uitvoeringsverordening van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag; PB 1962, blz. 204),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, A. O'Keeffe en A. Touffait, kamerpresidenten, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart en G. Bosco, rechters,

advocaat-generaal: F. Capotorti
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

I — De feiten en het procesverloop

Artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (eerste uitvoeringsverordening van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag; PB 1962, blz. 204) bepaalt onder meer het volgende:

„1. Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen en ondernemingsverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.

2. Tot het indienen van een verzoek, als in het eerste lid bedoeld, zijn gerechtigd

a) de Lid-Staten,

b) natuurlijke of rechtspersonen die aantonen hierbij een redelijk belang te hebben.

3. . . ."

Artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268) luidt als volgt:

„Wanneer de Commissie meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 ingediend verzoek gevolg te geven, deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede en geeft hun een termijn, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden".

Bij brief van 23 juli 1971 vroeg verzoekster, een Duitse vereniging ter behartiging van de zakelijke belangen van muziekauteurs, de Commissie krachtens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 een procedure in te leiden tegen:

1. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA, (hierna te noemen: Radio Luxemburg), te Luxemburg,

2. Radio Music International Sàrl (hierna te noemen: RMI), te Luxemburg,

3. Radio Tele-Musik GmbH (hierna te noemen: RTM), gevestigd te Berlijn-Wilmersdorf,

wegens schending van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag. Dit verzoek, bij het Directoraat-generaal IV van de Commissie geregistreerd onder nummer IV/26.932, had vooral betrekking op de volgende gedragingen van Radio Luxemburg:

— Zij sluit via haar dochteronderneming RMI met in Duitsland gevestigde en daar werkzame muziekuitgevers co-editie-overeenkomsten, krachtens welke de uitgevers als tegenprestatie voor de uitzending van gemeenschappelijk uitgegeven muziekwerken in Duitse uitzendingen met een grote luisterdichtheid de helft van de inkomsten uit auteursrechten voor deze werken aan RMI afstaan.

— Zij beheert, door middel van haar secretaris-generaal, tezamen met de uitgeverij Intro Gebrüder Meisel KG een muziekuitgeverij, Radio Télé-Musik GmbH, waarvan beide voor de helft aandeelhouder zijn en die tot doel heeft met betrekking tot muziekwerken die Radio Luxemburg in haar Duits programma herhaaldelijk op gunstige luistertijden uitzendt, uitgeverijovereenkomsten met andere uitgevers, componisten of tekstdichters te sluiten.

Verzoekster stelt dat het feit dat Radio Luxemburg en haar dochterondernemingen gemeenschappelijk amusementsmuziek uitgeven welke Radio Luxemburg herhaaldelijk uitzendt, tot gevolg heeft dat Radio Luxemburg als lid van de GEMA te hoge inkomsten uit auteursrechten ontvangt. Aangezien verzoekster — de enige vereniging voor de exploitatie van auteursrechten in Duitsland — de totale door haar ontvangen vergoedingen

volgens een vaste verdeelsleutel moet verdelen, leidt genoemde gedraging tot benadeling van andere uitgevers van amusementsmuziek.

Bij brief van 23 januari 1974 deelde de Commissie overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 de drie genoemde ondernemingen de punten van bezwaar mee, zij stelde daarbij dat inbreuk was gemaakt op artikel 86 van het Verdrag. Verzoekster ontving een afschrift van deze brief. Bij brief van 9 april 1974 maakten Radio Luxemburg en RMI hun standpunt ten aanzien van genoemde bezwaren kenbaar. Op 23 april 1974 werden partijen door de Commissie gehoord.

Bij brief van 31 januari 1978 nodigde verzoekster de Commissie uit, „binnen twee maanden een formele beschikking vast te stellen in de zaak IV/26.932 — Radio Luxemburg ...", en zij kondigde aan dat zij anders een beroep wegens nalaten zou instellen als bedoeld in artikel 175, lid 2 en 3, EEG-Verdrag.

Bij brief van 22 maart 1978 deelde de Commissie verzoekster met name het volgende mee:

„De Commissie is van mening dat de nieuwste gegevens waarover zij beschikt, het niet rechtvaardigen gevolg te geven aan uw verzoek krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17, tot vaststelling van een beschikking betreffende misbruik van machtspositie door Radio Luxemburg en de andere genoemde ondernemingen; gezien de recente ontwikkelingen komt het de Commissie thans onwaarschijnlijk voor dat ten genoege van de Commissie en van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen kan worden aangetoond dat Radio Luxemburg

— een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt inneemt en

— hiervan misbruik maakt".

Na vervolgens haar standpunt uitvoerig te hebben gemotiveerd, besloot de Commissie met de volgende woorden:

„Op deze gronden meent de Commissie dat een beschikking krachtens artikel 86 in de huidige omstandigheden niet gerechtvaardigd zou zijn. De Commissie geeft u echter overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG de mogelijkheid, binnen een termijn van twee maanden vanaf ontvangst van deze standpuntbepaling ten aanzien van genoemde gronden schriftelijke opmerkingen in te zenden".

De Commissie gaf in deze brief eveneens uiting aan haar opvatting, dat de verenigingen voor de exploitatie van auteursrechten over andere middelen beschikken om zich te beschermen tegen de praktijken van bepaalde radiozendstations die bij voorkeur eigen amusementsmuziek uitzenden. De Commissie stelde verzoekster een gesprek met twee van haar ambtenaren voor. Dit vond op 14 april 1978 in Brussel plaats. Verzoekster werd daarbij vertegenwoordigd door prof. Mestmäcker en advocaat Arendt. Volgens verzoekster had het gesprek betrekking op punten die door de Commissie in haar brief van 22 maart 1978 waren genoemd.

Bij telex van 28 april 1978 deelde verzoekster de Commissie mee, dat zij haar voorstellen, die met name betrekking hadden op wijziging van de statuten van de GEMA teneinde de door Radio Luxemburg toegepaste praktijk van gemeenschappelijke uitgeverijovereenkomsten te verhinderen, onuitvoerbaar achtte.

Op 30 mei 1978 heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld op grond

dat de Commissie geen gevolg had gegeven aan haar op 23 juli 1971 ingediend verzoek in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62.

Het beroep is op 31 mei 1978 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens paragraaf 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Wet op de oneerlijke mededinging) junctis de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, heeft verzoekster bij het Landgericht Keulen beroep ingesteld tegen Radio Luxemburg teneinde deze te doen verbieden co-editie-overeenkomsten te sluiten. Na verwerping van het beroep in eerste instantie door het Landgericht (1972) en in appel door het Oberlandesgericht Düsseldorf — Kartellsenat — (1973), heeft verzoekster beroep in cassatie (Revision) ingesteld bij het Bundesgerichtshof.

Radio Luxemburg en RMI hebben het Hof bij op 7 december 1978 ingekomen verzoekschrift verzocht te mogen interveniëren aan de zijde van de Commissie. Zij hebben er evenwel van afgezien schriftelijke opmerkingen te maken.

Bij beschikking van 17 januari 1979 heeft het Hof Radio Luxemburg en RMI overeenkomstig hun verzoek tot de interventie toegelaten.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, overeenkomstig artikel 92 van het Reglement voor de procesvoering besloten, zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan, doch zulks enkel ten aanzien van de vraag betreffende de ontvankelijkheid van het beroep.

II — Conclusies van partijen

In haar verzoekschrift concludeert *verzoekster* dat het de Hove behage:

1. het stilzitten van de Commissie onrechtmatig te verklaren;
2. de Commissie te gelasten, binnen twee maanden na het arrest van het Hof een formele beschikking te geven in zaak IV/26.932, dan wel verzoekster overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de afdoening van de zaak in kennis te stellen;
3. in geval van niet-inachtneming van de uitspraak, het gedrag van de Commissie in strijd met het EEG-Verdrag te verklaren;
4. de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

In haar verweerschrift concludeert de *Commissie* tot niet-ontvankelijkverklaring, subsidiair ongegrondverklaring van het beroep en tot verwijzing van verzoekster in de kosten van het geding.

In repliek persisteert *verzoekster* bij de conclusies van haar verzoekschrift.

In dupliek concludeert de *Commissie* tot niet-ontvankelijkverklaring, subsidiair, tot ongegrondverklaring van het beroep en tot verwijzing van verzoekster in de kosten van het geding.

III — Middelen en argumenten van partijen

Volgens *verzoekster* is de Commissie bij brief van 31 januari 1978 naar behoren aangemaand in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag. De Commissie heeft niet binnen twee maanden na de uitnodiging haar standpunt bepaald en het onderhavige beroep is binnen een nieuwe termijn van twee maanden ingesteld.

Het beroep wegens nalaten staat open voor iedere natuurlijke of rechtspersoon, wanneer 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".

In casu was de Commissie tot handelen verplicht, terwijl de gevraagde handeling — welke geen aanbeveling of een advies is — duidelijke rechtsgevolgen teweeg kan brengen.

Volgens verzoekster is het beroep derhalve ontvankelijk.

De Commissie is op twee punten in gebreke gebleven. Enerzijds heeft zij de door haar op grond van verordening nr. 17/62 ingeleide procedure niet voortgezet, anderzijds heeft zij verzoekster in strijd met artikel 6 van verordening nr. 99/63 niet meegedeeld, dat zij haar verzoek niet verder zou behandelen.

In het gemeenschapsrecht wordt algemeen aanvaard, dat wanneer de Commissie geen gevolg geeft aan een verzoek, de verzoeker ingevolge artikel 6 van verordening nr. 99/63 het recht heeft, een beroep wegens nalaten in te stellen (Mégret, Louis, Vignes, Waelbroeck, *Le Droit de la Communauté Economique Européenne,* deel 4, nr. 78, blz. 118; Goldman, *Droit Commercial européen,* nr. 360; Gleiss, Hirsch, *Droit des Ententes de la Communauté Economique européenne,* nr. 130; Steindorff, A.W.D. 1963, 353; Deringer *EWG Wettbewerbsrecht* VO nr. 17, Artikel 13, Anmerkung 3).

In haar verweerschrift merkt de *Commissie* ten aanzien van de feiten met name op, dat verzoekster geen gevolg heeft gegeven aan haar uitnodiging om opmerkingen te maken over haar brief van 22 maart 1978.

Na erop te hebben gewezen dat de twee door verzoekster aangevoerde aspecten van haar nalaten nauwelijks met elkaar in overeenstemming kunnen worden gebracht, stelt de Commissie dat het beroep op twee gronden niet ontvankelijk is.

In de eerste plaats geeft verzoekster in haar verzoekschrift niet aan, op grond waarvan zij meent dat de Commissie „in strijd met dit Verdrag" (artikel 175, eerste alinea) heeft nagelaten een besluit te nemen; het verzoekschrift bevat niet de volgens artikel 38, paragraaf 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering bedoelde „summiere uiteenzetting der aangevoerde middelen". In de tweede plaats is het beroep niet ontvankelijk, omdat de Commissie niet heeft nagelaten een besluit te nemen. Tot staving van deze opvatting wijst de Commissie op het arrest in zaak 8/71 (Komponistenverband, Jurispr. 1971, blz. 705) waarin het Hof heeft overwogen (blz. 710, r.o. 2) dat in artikel 175 wordt gedoeld „op een nalaten door zich te onthouden een besluit te nemen of een standpunt te bepalen". In gevallen waarin de Commissie binnen de in artikel 175 genoemde termijn haar standpunt heeft bepaald, zijn „de voorwaarden voor toepassing van dit artikel niet ... vervuld" (arrest 42/71, Nordgetreide, Jurispr. 1972, blz. 111, r.o. 4).

Ten aanzien van de bij brief van 31 januari 1978 aan haar gerichte uitnodiging heeft zij haar standpunt bepaald in haar brief van 22 maart 1978, dus binnen de in artikel 175, tweede alinea, genoemde termijn van twee maanden. Overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 heeft de Commissie verzoekster in deze brief de redenen meegedeeld op grond waarvan zij meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan het overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 indgediende verzoek gevolg te geven.

In deze brief gaat het wel degelijk om het in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde besluit waarop verzoekster recht heeft wanneer de Commissie van mening is geen gevolg te kunnen geven aan het verzoek. Aangezien de Commissie binnen twee maanden haar standpunt heeft bepaald, is het beroep niet ontvankelijk.

In repliek betoogt *verzoekster* dat verweerster, door te weigeren een inbreuk op artikel 86 vast te stellen en de noodzakelijke tegenmaatregelen te nemen in strijd komt met de door haarzelf in de punten van bezwaar gemaakte opmerkingen en juridische overwegingen. Als bewijs citeert verzoekster verscheidene passages uit de mededeling van de punten van bezwaar; zij concludeert daaruit dat zij op materieel-rechtelijke gronden een gerechtvaardigd belang heeft bij beëindiging van een inbreuk op de mededingingsregels.

Onder verwijzing naar de literatuur over artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 (inzonderheid op Thiesing in *Kommentar zum EWG-Vertrag,* 2e druk, 1974, artikel 3 van verordening nr. 17, opmerking 27), betoogt verzoekster dat zij er recht op heeft dat de inbreuk wordt vastgesteld en dat er een eind aan wordt gemaakt. In de context van het recht om krachtens artikel 3 van verordening nr. 17/62 een verzoek in te dienen, gaat het er bij de „standpuntbepaling" als bedoeld in artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag niet om dat de Commissie een of ander standpunt inneemt, maar dat zij handelend optreedt op grond van de mededingingsregels en van een daarmee overeenstemmende bestuurspraktijk. Om de door verzoekster aangevoerde materieel-rechtelijke redenen voldoet de brief van de Commissie van 22 maart 1978 niet aan deze vereisten.

Wat het gesprek van 14 april 1978 betreft, merkt verzoekster op, dat dit reeds wegens de feitelijke context moest dienen om alle in de brief van de Commissie van 22 maart 1978 besloten vraagpunten te kunnen bespreken. Over de inhoud van het gesprek was verzoekster geïnformeerd door een verslag van de hand van prof. Mestmäcker die tezamen met advocaat Arendt namens verzoekster daaraan had deelgenomen. Dit verslag, waarvan een kopie bij de memorie van repliek is gevoegd, was nodig omdat in dat gesprek andere oplossingen zijn besproken dan die welke de Commissie in haar brief van 22 maart 1978 had voorgesteld.

Bij telex van 28 april 1978 heeft verzoekster de Commissie meegedeeld dat zij de voorstellen tot wijziging van haar statuten niet uitvoerbaar achtte.

Het is derhalve niet juist dat verzoekster geen gevolg heeft gegeven aan de uitnodiging om opmerkingen te maken over de brief van de Commissie van 22 maart 1978. Zij heeft dat gedaan in het door de Commissie georganiseerde gesprek en in bovengenoemde telex.

Bovendien merkt verzoekster op dat zij er in de telex op heeft gewezen, dat het beroep wegens nalaten en het bij het Bundesgerichtshof tegen Radio Luxemburg aanhangige beroep tot beëindiging van de betrokken inbreuk naast elkaar moesten worden voortgezet.

Ten slotte wijst verzoekster op het fundamentele belang van de hier in geding zijnde rechtsvragen voor de toepassing van de mededingingsregels in de gemeenschappelijke markt. De in het onderhavige geval door de Commissie toegepaste bestuurspraktijk kan volgens haar de medewerking van de burgers en de nationale rechter bij de toepassing van de mededingingsregels praktisch onmogelijk maken. Inzonderheid kan een nationale rechter die partijen rechtsbescherming wil verlenen, het niet meer verantwoorden een procedure te schorsen totdat de Commissie een beschikking heeft genomen, indien deze de zaak meer dan drie jaar laat liggen om zich vervolgens aan een beroep wegens nalaten te ontrekken met behulp van opmerkingen die ingaan tegen de rechtsregels op grond

waarvan de procedure tot dan toe werd gevoerd. Alleen het Hof van Justitie kan deze gevolgen voorkomen, door verzoeksters op de voet van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 daadwerkelijk rechtsbescherming te verlenen.

In dupliek betoogt de *Commissie* dat de door verzoekster bedoelde tegenstrijdigheden niet bestaan. Na een diepgaand onderzoek en na het voeren van de administratieve procedure is zij ervan overtuigd geraakt, dat op dit ogenblik niet kan worden bewezen dat Radio Luxemburg en haar dochterondernemingen RMI en RTM misbruik hebben gemaakt van een machtspositie in de zin van artikel 86. Voor een beter begrip van de situatie schildert zij tot in bijzonderheden het verloop van de administratieve procedure.

Aangezien de Commissie er na de administratieve procedure van overtuigd was dat zij geen gevolg kon geven aan GEMA's verzoek, omdat zij van mening was niet te kunnen bewijzen dat Radio Luxemburg inbreuk had gemaakt op artikel 86 van het Verdrag, kon zij niets anders doen dan verzoekster tijdig de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling toe te zenden. Deze bepaling schrijft dwingend voor wat de Commissie moet doen wanneer zij meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen gevolg te geven aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 ingediend verzoek. Verweerster had derhalve geen keus op verzoeksters brief van 31 januari 1978 anders te reageren dan zij heeft gedaan.

In het betrokken stadium van de procedure bepaalt artikel 6 van verordening nr. 99/63 wat de rechtspositie van verzoekster is in het kader van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62. Nadat verzoekster zich bij brief van 31 januari 1978 tot de Commissie had gewend, had zij recht op deze mededeling. Volgens de Commissie gaat het hier om een „handeling" in de zin van artikel 175, tweede alinea, die, zo zij niet tijdig was verricht, een beroep van verzoekster wegens nalaten had kunnen rechtvaardigen (zie Roemer, *Die Untätigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft,* in S.E.W., 1966, blz. 13).

Ook al geeft artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 volgens de heersende leer verzoeker recht op een *handelen* van de Commissie, dit betekent niet dat — zoals verzoekster concludeert — het hier gaat om een recht op vaststelling van de inbreuk en beëindiging daarvan (vgl. Steindorff, *Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und seine prozessuale Durchsetzung,* Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, 1963, blz. 357).

Ten slotte gaat de Commissie in op de — haars inziens in de procedure voor het Hof niet relevante — bewering van verzoekster, als zou haar effectieve rechtsbescherming worden ontzegd indien het onderhavige beroep wegens nalaten werd verworpen.

Het antwoord op de vraag of een verzoeker als bedoeld in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62, in het geval van afwijzing van zijn verzoek door de Commissie recht zou hebben op een handeling waartegen hij een beroep krachtens artikel 173, tweede alinea, zou kunnen instellen indien de Commissie geen tot een derde gerichte positieve beschikking geeft, staat nog open en is van principieel belang.

De Commissie ziet drie mogelijke antwoorden op deze vraag, waarvan zij echter de derde onmiddellijk afwijst, omdat de diensten van de Commissie die toezien op de naleving van de mededingingsbepalingen in dat geval teveel zouden worden belast:

1. Artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 geeft uitsluitend recht op de mededeling; het instellen van beroep daartegen bij het Hof van Justitie is niet mogelijk.

2. De in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling vormt een beschikking waartegen verzoeker beroep kan instellen krachtens artikel 173, tweede alinea, van het Verdrag.

3. De mededeling heeft geen definitief karakter. De Commissie is verplicht het verzoek, na mededeling van de redenen overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63, door middel van een formele beschikking af te wijzen. Tegen deze beschikking kan verzoeker een klacht instellen krachtens artikel 173, tweede alinea.

De sub 1 genoemde oplossing kan volgens de Commissie zonder meer in overweging worden genomen. Gemeenschapsrechtelijk gezien worden verzoekers niet zonder rechtsbescherming gelaten, wanneer hun na de afwijzing van hun vertrek door de Commissie de weg naar het Hof is versperd. De in de artikelen 85 en 86 vervatte verboden vormen namelijk rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht. Verzoekers kunnen bij de nationale rechter beroep instellen tot beëindiging van de inbreuk en eventueel tot schadevergoeding. Indien zij de Commissie een dienstfout ten laste kunnen leggen, kunnen zij krachtens artikel 15 EEG-Verdrag schadevergoeding vorderen.

Gaat men ervan uit dat met de in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 bedoelde mogelijkheid om een verzoek in te dienen, in eerste instantie wordt beoogd natuurlijke en rechtspersonen een gerechtelijk te toetsen aanspraak toe te kennen, dan dient de sub 2 genoemde oplossing ernstig in overweging te worden genomen (vgl. met name Mertens de Wilmars, *Administratieve procedure en rechtswaarborgen in EEG-kartelzaken,* in Europees Kartelrecht, blz. 240 e.v.; *Waelbroeck* t.a.p., blz. 118). De mededeling overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 zou dan als een beschikking kunnen gelden, aangezien deze mededeling ten aanzien van verzoeker rechtsgevolgen heeft. Wanneer de Commissie meedeelt om welke redenen zij geen gevolg kan geven aan het verzoek, dan moet als regel worden aangenomen dat het om een definitief standpunt gaat. De mededeling betekent voor verzoeker dat aan zijn verzoek geen gevolg wordt gegeven. Het feit dat volgens artikel 6 van verordening nr. 99/63 aan verzoeker en termijn moet worden gegeven waarbinnen hij desgewenst schriftelijke opmerkingen kan inzenden, ontneemt aan de mededeling niet de hoedanigheid van een beschikking. Het wordt aan verzoeker overgelaten of hij ten aanzien van deze mededeling nog zijn standpunt wil bepalen. Doet hij dit niet, dan erkent hij daarmee het definitieve karakter van de mededeling. Maakt verzoeker van zijn recht om opmerkingen te maken gebruik en deelt de Commissie hem mee dat zij haar standpunt handhaaft, dan geldt de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling ook in dit geval als afwijzing van het verzoek.

Kiest men voor de sub 1 genoemde oplossing, dan heeft verzoekster overeenkomstig artikel 175, derde alinea, geen recht meer op de handeling bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 99/63; die handeling is immers reeds verricht.

Geeft men de voorkeur aan oplossing sub 2, dan had verzoekster tegen de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 van

22 maart 1978 bedoelde mededeling beroep kunnen instellen krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag.

Kiest men voor de oplossing sub 3, dan heeft verzoekster recht op een formele beschikking waarin de Commissie haar verzoek afwijst.

In geen van de genoemde gevallen kan het door verzoekster ingestelde beroep wegens nalaten worden toegewezen, aangezien de Commissie binnen de gestelde termijn „haar standpunt heeft bepaald". In het eerste geval heeft zij recht op een verdere behandeling. In de gevallen 2 en 3 geldt het beginsel dat in het systeem van de rechtsbescherming van het EEG-Verdrag het beroep tot nietigverklaring en het beroep wegens nalaten subsidiair zijn ten opzichte van elkaar, dat wil zeggen, wordt beroep tot nietigverklaring ingesteld, dan is geen beroep wegens nalaten meer mogelijk. In het derde geval zou verzoekster — na verwerping van het onderhavige beroep — bij de Commissie opnieuw een verzoek om een formele beschikking kunnen indienen. Stelt de Commissie de gevraagde beschikking vast, dan kan verzoekster hiertegen beroep instellen krachtens artikel 173, tweede alinea. Stelt de Commissie deze beschikking niet binnen de termijn van twee maanden na het verzoek vast, dan kan verzoekster opnieuw beroep instellen krachtens artikel 175.

De Commissie persisteert derhalve bij haar conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep.

IV — Aanvullende conclusie van verzoekster

Op 19 maart 1979 heeft verzoekster subsidiair de volgende aanvullende conclusie ingediend:

„Voor het geval het beroep wegens nalaten als zodanig niet ontvankelijk zou zijn, concludeert verzoekster tot nietigverklaring van het in de brief van de Commissie van 22 maart 1978 vervatte besluit om de procedure tegen Radio Luxemburg niet voort te zetten (artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag)."

Dit beroep tot nietigverklaring is volgens verzoekster gebaseerd op schending van artikel 86 van het Verdrag en van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad. Hieraan liggen dezelfde feiten ten grondslag als aan het beroep wegens nalaten.

Ter staving van haar aanvullende conclusie beroept verzoekster zich op het arrest van het Bundesgerichtshof van 12 december 1978 in het geschil tussen verzoekster enerzijds en Radio Luxemburg, RMI en RTM anderzijds, dat haar op 20 februari 1979 is betekend. In dit arrest verwierp het Bundesgerichtshof verzoeksters vordering om Radio Luxemburg te gelasten, ervan af te zien „met in de Bondsrepubliek Duitsland alsmede in West-Berlijn gevestigde muziekuitgevers gemeenschappelijke uitgeverijovereenkomsten te sluiten en/of met dezen gemeenschappelijke uitgeverijen op te richten, respectievelijk te doen sluiten of te doen oprichten, met het doel of het gevolg de gemeenschappelijk uitgegeven muziekwerken in het Duits programma van Radio Luxemburg bij voorkeur te doen uitzenden".

De ontvankelijkheid van de subsidiaire conclusie

Verzoekster betoogt dat het Bundesgerichtshof in laatste instantie heeft beslist. Het zou derhalve krachtens artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag verplicht zijn geweest de vragen van gemeenschapsrecht ter beslissing aan het Hof van Justitie voor te leggen. Van deze verwijzing heeft het Bundesgerichtshof afgezien, zonder zich over de materiële inhoud van de artikelen 85 en 86 uit te laten. In het feitelijk deel van het arrest overweegt het Bundesgerichtshof, dat het de brief

van de Commissie van 22 maart 1978 als een beschikking ter afsluiting van de procedure beschouwt. Door deze feitelijke beoordeling wordt verzoekster de weg naar het Hof versperd indien ook dit zou aannemen dat de Commissie niet in gebreke is gebleven, doch de procedure door een tot verzoekster gerichte beschikking heeft beëindigd. Dit is de reden waarom verzoekster de aanvullende conclusie indient.

Verzoekster beroept zich hierbij op artikel 42, paragraaf 2, eerste alinea, van 's Hofs Reglement voor de procesvoering. De rechtsgronden waarop deze conclusie steunt zijn eerst na het einde van de schriftelijke behandeling aan het licht getreden. De termijn van artikel 173, tweede alinea, van het Verdrag is in acht genomen.

De *Commissie* acht de conclusie niet ontvankelijk.

Verzoekster beroept zich op artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering, waarin het beginsel is neergelegd dat „nieuwe middelen in de loop van het geding niet (mogen) worden voorgedragen". Een uitzondering geldt voor het geval dat „zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken". Volgens de tweede alinea van deze bepaling moeten dergelijke middelen „tijdens de schriftelijke behandeling" worden voorgedragen.

Verzoekster draagt geen nieuwe middelen aan ter staving van haar beroep krachtens artikel 175, doch wil veeleer een nieuw beroep instellen op grond van artikel 173, tweede alinea. Dit valt echter niet onder artikel 42, paragraaf 2. De ware bedoeling van verzoekster, aldus de Commissie, is zich na de in artikel 173, tweede alinea, gestelde termijn een mogelijkheid te verschaffen om alsnog een beroep tot nietigverklaring in te stellen.

De rechtsgronden waarop verzoekster haar conclusie baseert, zijn niet eerst tijdens de schriftelijke behandeling aan het licht gekomen. Verzoekster heeft de brief van de Commissie van 22 maart 1978 ontvangen voordat zij het onderhavige beroep instelde. De mogelijkheid dat deze brief eventueel een aanvechtbare beschikking vormde, had voor verzoekster, ware zij voorzichtig te werk gegaan, aanleiding moeten zijn om een afzonderlijk beroep in te stellen dan wel subsidiaire conclusies in te dienen.

Het arrest van het Bundesgerichtshof kan niet worden beschouwd als een nieuw gegeven waarvan eerst tijdens de schriftelijke behandeling is gebleken. Ook indien het Bundesgerichtshof de brief van 22 maart 1978 als een beschikking ter afsluiting van de door de Commissie ingeleide procedure zou hebben beschouwd, dan hadden de rechtsgronden voor een dergelijke beslissing reeds bij de instelling van het onderhavige beroep bestaan.

Verzoeksters weg naar het Hof is niet versperd doordat het Bundesgerichtshof heeft geweigerd in te gaan op haar verzoek om krachtens artikel 177 EEG-Verdrag een vraag betreffende de uitlegging van de artikelen 85 en 86 aan het Hof uit te leggen. Zouden zulke vragen gesteld zijn, dan had het Hof toch niet meer kunnen doen dan „uitlegging" geven. Met haar aanvullende conclusies evenwel verlangt verzoekster een beslissing van het Hof *ten gronde.*

In elk geval heeft verzoekster haar conclusie eerst ingediend nadat de schriftelijke behandeling met de indiening van de memorie van dupliek van de Commissie van 3 november 1978 was beëindigd, dus na de in artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering genoemde termijn.

V — Mondelinge behandeling

Verzoekster, te dezen vertegenwoordigd door advocaat E. Arendt te Luxemburg, en verweerster, te dezen vertegenwoordigd door E. Zimmermann, als gemachtigde, hebben ter terechtziting van 20 juni 1979 mondelinge opmerkingen gemaakt.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 11 juli 1979 conclusie genomen.

In rechte

1 Het onderhavige geschil vindt zijn oorsprong in een brief van 23 juli 1971 van verzoekster, de Duitse vereniging voor de exploitatie van auteursrechten GEMA, waarin deze krachtens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 van 6 februari 1962 (PB 1962, 13, blz. 204) de Commissie verzocht een procedure in te leiden tot vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, door de Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA (hierna: Radio Luxemburg), en haar dochteronderneming Radio Music International Sàrl (hierna: RMI), beide te Luxemburg, en Radio Tele-Musik GmbH (hierna: RTM) te Berlijn-Wilmersdorf.

2 Volgens dit verzoek heeft Radio Luxemburg via haar dochteronderneming RMI met in de Bondsrepubliek Duitsland gevestigde en aldaar werkzame uitgevers van amusementsmuziek overeenkomsten gesloten, op grond waarvan RMI de helft van de inkomsten uit auteursrechten van door haarzelf en de betrokken uitgevers in co-editie uitgegeven muziekwerken ontving, zulks als tegenprestatie voor de herhaalde uitzending van deze werken door de Duitstalige zender van Radio Luxemburg op uren met een hoge luisterdichtheid. Deze praktijk zou ertoe leiden dat Radio Luxemburg als lid van de GEMA te hoge auteursrechtvergoedingen ontvangt. Aangezien immers verzoekster — de enige exploitante van auteursrechten in de Bondsrepubliek — haar totale ontvangsten volgens en vaste sleutel moet verdelen, zou bedoelde praktijk ten gevolge hebben dat andere uitgevers van amusementsmuziek, die eveneens lid van de GEMA zijn, worden benadeeld.

3 Ten vervolge op dit verzoek deelde de Commissie overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 bij brief van 23 januari 1974 aan de drie

voornoemde vennootschappen de punten van bezwaar mee. Op 23 april 1974 werden partijen door de Commissie gehoord, doch deze stelde verzoekster niet in kennis van het verdere verloop van de procedure.

4 Bij brief van 31 januari 1978 nodigde verzoekster de Commissie uit, binnen twee maanden „een formele beschikking in de betrokken zaak vast te stellen"; zo niet, zo dreigde zij, zou zij een beroep wegens nalaten instellen als bedoeld in artikel 175 EEG-Verdrag.

5 De Commissie antwoordde op 22 maart 1978. In haar schrijven gaf zij als haar opvatting te kennen dat „de nieuwste gegevens waarover zij beschikte", het niet rechtvaardigden gevolg te geven aan GEMA's verzoek om een beschikking te geven houdende vaststelling van misbruik van een machtspositie door Radio Luxemburg en de andere genoemde ondernemingen. Volgens de Commissie was het, gezien de recente ontwikkelingen, twijfelachtig of overtuigend kon worden aangetoond dat Radio Luxemburg een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt innam en daarvan misbruik maakte. De Commissie motiveerde haar standpunt uitvoerig en besloot dat een beschikking als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag niet gerechtvaardigd was. Overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268), stelde zij verzoekster echter in de gelegenheid, binnen een termijn van twee maanden vanaf „deze standpuntbepaling" desgewenst schriftelijke opmerkingen in te zenden.

6 De Commissie gaf in deze brief voorts te kennen, dat verenigingen voor de exploitatie van auteursrechten over andere middelen beschikten om zich te beschermen tegen concurrentievervalsingen die het gevolg zijn van het feit dat bepaalde radiozendstations bij voorkeur amusementsmuziek uitzenden ten aanzien waarvan zij zekere auteursrechten bezitten. In dit verband stelde de Commissie verzoekster een onderhoud met haar ambtenaren voor. Tijdens dit gesprek, dat op 14 april 1978 plaatsvond en volgens verzoekster betrekking had op alle door de Commissie in haar brief van 22 maart 1978 genoemde punten, stelde de Commissie met name voor, de statuten van de GEMA te wijzigen ten einde de door Radio Luxemburg toegepaste praktijk van co-editie-overeenkomsten te verijdelen. Bij telex van 28 april 1978 deelde

verzoekster de Commissie echter mee, dat zij die voorstellen onuitvoerbaar achtte.

7 Op 31 mei 1978 stelde verzoekster krachtens artikel 175 van het Verdrag beroep in ten einde te doen vaststellen dat het nalaten van de Commissie onrechtmatig was, en de Commissie te gelasten, in het kader van de in 1971 op verzoeksters klacht ingeleide procedure een formele beschikking te geven dan wel verzoekster overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 de beëindiging van de procedure mee te delen. Verzoekster betoogt dat de Commissie met haar brief van 22 maart 1978 haar uit artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 voortvloeiende verplichtingen niet had vervuld, aangezien zij (verzoekster) er recht op zou hebben, „dat de Commissie ... de procedure tegen Radio Luxemburg voortzet, de inbreuk vaststelt en de noodzakelijke maatregelen gelast".

8 Bij beschikking van 17 januari 1979 heeft het Hof de interventie van de Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA (Radio Luxemburg), en van Radio Music International Sàrl (RMI) aan de zijde van de Commissie toegestaan.

9 Op 19 maart 1979 heeft verzoekster subsidiair aanvullende conclusies ingediend, waarin zij, zo het beroep wegens nalaten niet ontvankelijk mocht worden verklaard, krachtens artikel 173, tweede alinea, van het Verdrag, nietigverklaring vordert 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 ontvankelijkheid

10 De Commissie betwist de ontvankelijkheid van het beroep wegens nalaten, op grond dat niet zou zijn voldaan aan de in artikel 175 gestelde vereisten.

11 Artikel 175, tweede alinea, onderstelt dat de Commissie na twee maanden, te rekenen vanaf de uitnodiging tot handelen, „haar standpunt nog niet heeft bepaald"; in casu zou de Commissie niet hebben stilgezeten, daar haar brief van 22 maart 1978 een standpuntbepaling in de zin van artikel 175 vormt. Dit wordt wederom door verzoekster betwist: enerzijds zou de brief van 22 maart eenvoudig een tussentijds bericht zijn, en anderzijds zou zij, waar zij een verzoek in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 heeft

ingediend, recht hebben op een „beschikking" als bedoeld in artikel 189 van het Verdrag. De Commissie voert voorts aan, dat verzoekster niet tot de natuurlijke of rechtspersonen behoort die zich krachtens artikel 175, derde alinea, tot het Hof kunnen wenden, daar de door verzoekster gevraagde beschikking niet tot haarzelf zou moeten worden gericht, maar tot de ondernemingen wier gedragingen in het oorspronkelijke verzoek werden gegispt.

12 De Commissie bestrijdt eveneens de ontvankelijkheid van verzoeksters aanvullend beroep. Verzoekster baseert dit op artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering, volgens hetwelk „nieuwe middelen in de loop van het geding niet mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken". De Commissie meent echter dat verzoekster met haar anvullend beroep geen nieuwe middelen voordraagt, doch veeleer een nieuw beroep instelt. Het aanvullend beroep zou evenwel in elk geval niet ontvankelijk zijn omdat het na de in artikel 173, derde alinea, bedoelde termijn is ingediend.

13 Derhalve dient zowel de ontvankelijkheid van het beroep wegens nalaten als van het aanvullende beroep te worden onderzocht.

A — Het beroep wegens nalaten

14 Vooreerst moet worden beslist of de brief van 22 maart 1978 een „standpuntbepaling" in de zin van artikel 175, tweede alinea, vormt. Daartoe moet in de eerste plaats worden nagegaan, welke verplichtingen de Commissie heeft in het kader van de bij verordening nr. 17/62 ingevoerde en bij verordening nr. 99/63 nader geregelde procedure tot vaststelling van inbreuken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

15 Artikel 3 van verordening nr. 17/62 bepaalt met name het volgende:

„1. Indien de Commissie op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.

2. Tot het indienen van een verzoek, als in het eerste lid bedoeld, zijn gerechtigd

   a) de Lid-Staten

   b) natuurlijke of rechtspersonen die aantonen hierbij een redelijk belang te hebben".

16 Artikel 6 van verordening nr. 99/63 luidt als volgt:

„Wanneer de Commissie meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 ingediend verzoek gevolg te geven, deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede en geeft hun een termijn, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden".

17 Hieruit, en met name uit de woorden „deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede", volgt dat de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling slechts moet garanderen, dat aan een verzoeker in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 de redenen worden meegedeeld die de Commissie hebben doen besluiten dat het volgens de door haar in de loop van het onderzoek verkregen gegevens niet gerechtvaardigd is aan het verzoek gevolg te geven. Deze mededeling onderstelt dat de procedure is beëindigd, doch belet de Commissie niet deze te heropenen wanneer zij dit nodig acht, met name wanneer verzoeker binnen de hem krachtens artikel 6 toegekende termijn nieuwe feitelijke of juridische gegevens aanvoert. Verzoeksters stelling, dat het indienen van een verzoek overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 recht geeft op een beschikking van de Commissie in de zin van artikel 189 van het Verdrag, waarbij een inbreuk wordt vastgesteld, kan derhalve niet worden aanvaard.

18 Zelfs wanneer men veronderstelt dat een dergelijke mededeling een beschikking is in de zin van artikel 189 EEG-Verdrag, die derhalve op de voet van artikel 173 van het Verdrag zou kunnen worden bestreden, zou daaruit nog niet volgen dat een verzoeker in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 recht zou hebben op een definitieve beschikking van de Commissie betreffende het al of niet bestaan van de beweerde inbreuk. De Commissie kan immers niet verplicht zijn de procedure onder alle omstandigheden tot aan een definitieve beschikking voort te zetten. In de door verzoekster voor-

gestane opvatting zou artikel 3 van verordening nr. 17/62, volgens hetwelk de Commissie onder bepaalde voorwaarden ervan kan afzien de betrokken ondernemingen door middel van een beschikking tot beëindiging van de vastgestelde inbreuk te verplichten, alle betekenis verliezen. Uit de aard van de in artikel 3 van de verordening geregelde procedure tot vaststelling van een inbreuk volgt derhalve, dat aan natuurlijke of rechtspersonen die overeenkomstig artikel 3, lid 2, sub b, van de verordening de Commissie hebben verzocht het bestaan van een inbreuk vast te stellen, geen recht kan worden toegekend op een definitieve beschikking inzake de procedure die de Commissie op hun verzoek heeft ingeleid.

19 Met betrekking tot de brief van 22 maart 1978 moet worden vastgesteld, dat de Commissie haar standpunt dat een beschikking krachtens artikel 86 van het Verdrag niet gerechtvaardigd zou zijn, aan verzoekster heeft meegedeeld en haar de feitelijke omstandigheden alsmede de gronden waarop dit standpunt was gebaseerd, heeft uiteengezet. Overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 heeft zij haar bovendien een termijn van twee maanden gelaten voor het inzenden van eventuele schriftelijke opmerkingen.

20 Bijgevolg was de handelwijze van de Commissie, toen zij verzoekster het resultaat van de procedure en de redenen van de beëindiging ervan meedeelde, in overeenstemming met vorenaangehaald artikel 6 van verordening nr. 99/63. Hieraan moet worden toegevoegd dat het voorstel van de Commissie, in een gesprek met verzoekster andere passende middelen tegen de gevolgen van de door haar bestreden handelwijze te zoeken, buiten het kader valt van de procedure wegens schending van de mededingingsregels die de Commissie naar aanleiding van het oorspronkelijke verzoek had ingeleid. Dit blijkt uit haar brief, die uit twee afzonderlijke delen bestond. Anders dan verzoekster beweert, kan de brief dus wegens dit voorstel niet als een tussentijds bericht worden beschouwd.

21 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, toen zij op verzoeksters aanmaning van 31 januari 1978 reageerde met haar op artikel 6 van verordening nr. 99/63 gebaseerde brief van 22 maart 1978, ten aanzien van verzoekster een rechtshandeling heeft verricht die een standpuntbepaling in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag vormt.

22 Bijgevolg heeft de Commissie niet nagelaten, ten aanzien van verzoeksters klacht een besluit te nemen; aan de vereisten van artikel 175 is dus niet voldaan.

23 Het beroep wegens nalaten moet derhalve niet ontvankelijk worden verklaard.

B — Het beroep tot nietigverklaring

24 Zoals reeds gezegd heeft verzoekster op 19 maart 1979 aanvullende subsidiaire conclusies ingediend strekkende tot „nietigverklaring van het in de brief van de Commissie van 22 maart 1978 vervatte besluit om de procedure tegen Radio Luxemburg niet voort te zetten (artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag)". Ter ondersteuning van deze conclusie betoogt zij dat deze op dezelfde feiten is gebaseerd als door haar zijn aangevoerd ter staving van het beroep wegens nalaten. Voorts stelt zij dat haar verzoek een nieuw middel vormt dat steunt op gegevens rechtens waarvan eerst na het einde van de schriftelijke behandeling is gebleken, en dat het derhalve ingevolge artikel 42, paragraaf 2, alinea 1, van het Reglement voor de procesvoering ontvankelijk dient te worden verklaard.

25 Het rechtsfeit waarop verzoekster zich beroept, zou worden gevormd door het haar op 20 februari 1979 meegedeelde volledige arrest van het Bundesgerichtshof van 12 december 1978 in de zaak GEMA tegen Radio Luxemburg, RMI en RTM, betrekking hebbend op dezelfde feiten als die welke ten grondslag liggen aan de door de Commissie tegen genoemde vennootschappen ingeleide procedure. Uit dit arrest blijkt met name dat het Bundesgerichtshof meent dat de Commissie van voortzetting van deze procedure heeft afgezien. Volgens verzoekster heeft het Bundesgerichtshof de brief van de Commissie van 22 maart 1978 beschouwd als een beschikking tot afsluiting van de procedure. Verzoekster heeft het subsidiaire beroep tot nietigverklaring ingesteld voor het geval het Hof dit standpunt mocht delen.

26 Naar luid van artikel 42, paragraaf 2, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering „mogen nieuwe middelen in de loop van het geding niet worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop der schriftelijke behandeling is gebleken". Ingevolge deze bepaling is het een verzoeker in bijzondere gevallen dus toegestaan, nieuwe middelen aan te voeren ter staving van de conclusies van het inleidend verzoekschrift. De bepaling beoogt echter niet, de verzoeker in staat te stellen nieuwe conclusies in te dienen, en zeker niet een beroep wegens nalaten te wijzigen in een beroep tot nietigverklaring. In het onderhavige geval zijn de conclusies van het oorspronkelijke verzoekschrift gebaseerd op artikel 175 van het Verdrag, terwijl die van het aanvullende verzoek uitgaan van het bestaan van een besluit dat krachtens artikel 173 kan worden bestreden. Voor de ontvankelijkheid van haar beroep tot nietigverklaring van het besluit dat in de brief van de Commissie van 22 maart 1978 zou zijn vervat, kan verzoekster zich derhalve niet op genoemde bepaling beroepen.

27 Het aanvullende beroep tot nietigverklaring moet bijgevolg niet ontvankelijk worden verklaard.

Kosten.

28 Volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen.

29 Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen, behoudens de welke eventueel door de interventie van Radio Luxemburg en RMI zijn veroorzaakt; deze worden ingevolge artikel 69, paragraaf 3, van het Reglement voor de procesvoering gecompenseerd in die zin, dat verzoekster en interveniënten ieder hun eigen kosten zullen dragen, aangezien laatstgenoemden schriftelijke noch mondelinge opmerkingen hebben gemaakt.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verklaart het beroep niet ontvankelijk;**

2. **Verwijst verzoekster in de kosten van het geding, behoudens die welke eventueel door de interventies zijn veroorzaakt en die worden gecompenseerd in die zin, dat verzoekster en interveniënten ieder hun eigen kosten hebben te dragen.**

Kutscher O'Keeffe Touffait

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart Bosco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 oktober 1979.

De griffier De president

A. Van Houtte H. Kutscher