FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

fremsat den 6. april 2006 [1]

1. Denne appel rejser på en lidt ny måde spørgsmålet om, hvad der udgør en retsakt, hvis lovlighed kan prøves i henhold til artikel 230 EF.

2. Den vedrører beslutninger truffet af Kommissionen om at anlægge erstatningssøgsmål i De Forenede Stater mod visse tobaksselskaber.

3. Retten i Første Instans afviste et søgsmål anlagt til prøvelse af disse beslutninger, hovedsageligt med den begrundelse, at de ikke havde nogen retligt bindende virkninger over for selskaberne. Appellanterne påstår nu, at der er begået en fejl ved vurderingen af disse virkninger, at deres ret til en effektiv domstolsbeskyttelse er blevet tilsidesat, at retspraksis om åbenbart ulovlige retsakter er anvendt urigtigt, og at artikel 292 EF er blevet tilsidesat.

4. Rådet har gjort opmærksom på en anden dimension: I sit interventionsindlæg gør det gældende, at, selv om en beslutning af den art, der her er tale om, aldrig vil kunne anfægtes af de berørte personer, så vil den kunne anfægtes af privilegerede sagsøgere i henhold til artikel 230 EF, for så vidt den vil kunne have retligt bindende virkninger for dem.

Artikel 230 EF

5. De første fire afsnit af artikel 230 EF har følgende ordlyd:

»Domstolen prøver lovligheden af retsakter vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, af Rådet, af Kommissionen eller af ECB, bortset fra henstillinger og udtalelser, samt de af Europa-Parlamentets retsakter, der skal have retsvirkning over for tredjemand.

1 — Originalsprog: engelsk.

I denne henseende har Domstolen kompetence til at udtale sig om klager, der af en medlemsstat, af Rådet eller af Kommissionen indbringes under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af denne traktat eller af retsregler vedrørende dens gennemførelse samt af magtfordrejning.

Domstolen har på samme grundlag kompetence til at udtale sig om klager, der indbringes af Europa-Parlamentet, af Revisionsretten og af ECB med henblik på at bevare disses prærogativer.

Enhver fysisk eller juridisk person kan på samme grundlag indbringe klage over beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt.«

De faktiske omstændigheder

6. I forbindelse med bekæmpelse af smugleri af cigaretter til Det Europæiske Fællesskab godkendte Kommissionen den 19. juli 2000 princippet om, at der skulle anlægges et civilt søgsmål i De Forenede Stater mod visse amerikanske tobaksselskaber. Kommissionen besluttede at underrette medlemsstaterne herom og bemyndigede sin formand og et kommissionsmedlem til at give Den Juridiske Tjeneste instruktioner om at træffe de nødvendige foranstaltninger.

7. Den 3. november 2000 anlagde Kommissionen på vegne af Det Europæiske Fællesskab og de medlemsstater, den var bemyndiget til at repræsentere, civile søgsmål ved United States District Court, Eastern District of New York, en forbundsdomstol i De Forenede Stater (herefter »District Court«), mod flere selskaber i Reynolds Tobacco-koncernen og mod Japan Tobacco Inc. (herefter samlet »tobaksselskaberne«) [2]. Kommissionen påstod, at tobaksselskaberne deltog i smugling af cigaretter til Fællesskabets område og distribution af dem, og nedlagde påstand om erstatning for tabte toldafgifter og moms. District Court afviste søgsmålet.

8. Den 25. juli 2001 godkendte Kommissionen princippet om, at Fællesskabet samt mindst en medlemsstat skulle anlægge et nyt civilt søgsmål ved de amerikanske domstole mod de samme cigaretproducenter, som var sagsøgt i den tidligere sag, og den bemyndigede atter sin formand og et kommissionsmedlem til at give Den Juridiske Tjeneste

2 — Et andet selskab, Philip Morris International Inc., var også sagsøgt i dette søgsmål, sagsøger ved Retten i Første Instans og oprindelig appellant i det foreliggende søgsmål. Det har imidlertid trukket sin appel tilbage.

instruktioner om at træffe de nødvendige foranstaltninger. I overensstemmelse hermed anlagde Kommissionen på vegne af Det Europæiske Fællesskab og de medlemsstater, den var bemyndiget til at repræsentere, samt 10 medlemsstater i deres eget navn yderligere to sager ved District Court, et i august 2001 og et i januar 2002. Igen afviste District Court disse søgsmål [3].

Den appellerede dom

9. I slutningen af 2000 og i 2001 anlagde tobaksselskaberne sag ved Retten i Første Instans [4] med påstand om annullation af Kommissionens beslutninger om at anlægge sag mod dem i De Forenede Stater (herefter »de anfægtede beslutninger«) [5].

10. Kommissionen har, støttet af Parlamentet og ni medlemsstater, anført, at en beslutning om at anlægge et civilt søgsmål ved en domstol ikke udgør en retsakt, der kan gøres til genstand for søgsmål i henhold til artikel 230, stk. 4, EF.

11. Retten i Første Instans var enig heri. Ved dom af 15. januar 2003 afviste den søgsmålet [6].

12. Retten i Første Instans fastslog, at kun foranstaltninger, som har retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, udgør retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål [7]. Den gik derefter over til at undersøge, om de anfægtede beslutninger opfyldte denne definition.

13. Retten i Første Instans udtalte, at et sagsanlæg generelt [8] har retsvirkninger. Virkningerne vedrører dog hovedsageligt proceduren ved den domstol, hvor sagen anlægges. Et sagsanlæg er nødvendigt for at opnå en bindende retsafgørelse, men fastsætter ikke endelige forpligtelser for parterne i tvisten: Dette kan nemlig kun ske ved selve dommen. De retlige følger, som kan udspringe af et sagsanlæg ved en domstol, såsom afbrydelse af forældelsesfristen eller forpligtelsen til at betale renter af det krævede beløb, udgør ikke som sådan retsvirkninger i henhold til artikel 230 EF. Når sagen er anlagt, kan den

3 — Derudover anlagde Kommissionen og ti medlemsstater en fjerde sag den 30.10.2002 efter afholdelsen af retsmødet ved Retten i Første Instans i den foreliggende sag.

4 — De fem sager blev efterfølgende forenet ved kendelse afsagt af formanden for Rettens Anden Udvidede Afdeling den 31.1.2002.

5 — Den 9.1.2003 anlagde Reynolds endnu en sag til prøvelse af Kommissionens beslutning, der resulterede i anlæggelsen af den tredje sag den 30.10.2002, som Kommissionen offentliggjorde i sin pressemeddelelse IP/02/1592 af 31.10.2002 (sag T-6/03); verserer fortsat ved Retten i Første Instans, og er ikke omfattet af den foreliggende appel.

6 — Forenede sager T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 og T-272/01, Philip Morris International m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1.

7 — Jf. den appellerede doms præmis 77, hvori citeres bl.a. Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9, og Domstolens kendelse af 4.10.1991, sag C-117/91, Bosman mod Kommissionen, Sml. I, s. 4837, præmis 13.

8 — Jf. den appellerede doms præmis 79-82.

domstol, som sagen er indbragt for, træffe beslutninger, der kan påvirke sagsøgtes retsstilling, men dette kan ikke tilskrives den, der anlagde sagen. Endelig tilsigter beslutningen om at anlægge sag ikke principielt at fremkalde andre virkninger — sagt med andre ord har den ikke til formål i sig selv at fremkalde de samme virkninger som en bindende retsafgørelse.

14. Da de anfægtede beslutninger vedrørte et søgsmål ved en udenlandsk domstol (nemlig en domstol i De Forenede Stater) og ikke ved en domstol i Fællesskabet [9], var det imidlertid også nødvendigt at undersøge, om de kunne have fremkaldt endelige retsvirkninger, som ændrede tobaksselskabernes retsstilling væsentligt enten i Fællesskabets retsorden eller i henhold til De Forenede Staters ret.

15. For det første [10] påstod tobaksselskaberne, at de anfægtede beslutninger havde påvirket den institutionelle ligevægt, idet de havde fremkaldt retsvirkninger med hensyn til kompetencefordelingen i henhold til traktaten.

16. Retten i Første Instans fastslog, at Kommissionen ved at vedtage beslutningerne tog stilling til sin kompetence. Dette havde imidlertid ingen selvstændig betydning i forhold til de vedtagne beslutninger og havde derfor ingen retligt bindende virkning. I modsætning til en retsakt, hvis formål er at tildele kompetence, berørte den derfor ikke kompetencefordelingen. Henstillinger og udtalelser indebærer også, at der tages stilling til kompetencen, men de har heller ingen retsvirkninger i sig selv og kan derfor ikke anfægtes.

17. De anfægtede retsakter ville heller ikke få retligt bindende virkninger, blot fordi Kommissionen manglede kompetence. Alvorligheden af det påståede retsbrud eller af dets påståede indvirkning på de grundlæggende rettigheder kan ikke berettige, at traktatens formalitetskrav ikke anvendes [11]. Det samme gælder en påstået tilsidesættelse af den institutionelle ligevægt.

18. Under særlige omstændigheder kan en domstolsprøvelse af en forberedende retsakt, som end ikke fremtræder lovlig, overvejes. Retspraksis vedrørende denne opfattelse [12] blev imidlertid fastlagt forud for Domstolens

9 — Jf. dommens præmis 83.

10 — Jf. dommens præmis 85-91.

11 — Domstolens kendelse af 10.5.2001, sag C-345/00 P, FNAB mod Rådet, Sml. I, s. 3811, præmis 39-42.

12 — IBM mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 7), præmis 23, Rettens dom af 18.12.1992, forenede sager T-10/92, T-11/92, T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 49.

klare afgørelse i FNAB-sagen, og der fandtes ikke i retspraksis [13] nogen mulighed for domstolsprøvelse af retsakter uden retsvirkninger. En beslutning om at give Kommissionens næstformand bemyndigelse til at undertegne en international aftale blev anset for at kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse [14], men den omhandlede aftale tilsigtede at have retsvirkninger gennem fastsættelse af gensidige forpligtelser, mens bemyndigelsen i den foreliggende sag kun omfattede anlæggelse af søgsmål ved District Court.

19. For det andet [15] påstod tobaksselskaberne, at de anfægtede beslutninger fremkaldte retligt bindende virkninger ved at fravige Fællesskabets og medlemsstaternes procedurer for opkrævning af afgifter og told og for bekæmpelse af svig, hvorved de fratages de retlige garantier i forbindelse med disse procedurer og undergives bestemmelserne i en anden retsorden.

20. Retten i Første Instans udtalte, at enhver domstol skal anvende procesreglerne i dens egen retsorden og bestemte materielle regler fastlagt i dens egne lovkonfliktregler, men den antog, at de retlige virkninger, som følger heraf, ikke kan tilskrives den part, der har anlagt sagen. Sagsanlæg ved en domstol, der anvender andre regler, er som sådan ikke tilstrækkeligt til at ændre parternes retsstilling væsentligt.

21. Visse processuelle beslutninger kan ændre de materielle rettigheder og forpligtelser. Blandt eksemplerne fra Fællesskabet kan nævnes beslutninger om at ophæve bødeimmuniteten på konkurrenceområdet og beslutninger om at indlede en undersøgelsesprocedure vedrørende statsstøtte, der eventuelt pålægger medlemsstaterne at ændre deres adfærd. Mangelen på en fællesskabsprocedure vedrørende opkrævning af afgifter og told kan imidlertid ikke sammenlignes med udtrykkeligt indrømmet bødeimmunitet, og selv om de anfægtede beslutninger kunne indebære, at Kommissionen havde foretaget en foreløbig vurdering af tobaksselskabernes adfærd, ændrede dette ikke deres forpligtelser, og det forpligtede dem heller ikke til at ændre deres adfærd.

22. Andre processuelle beslutninger kan anfægtes, fordi de griber ind i parternes processuelle rettigheder (f.eks. en beslutning om at udsætte en administrativ procedure i henhold til forordning nr. 17 og indlede en traktatbrudsprocedure). I den foreliggende sag ville tobaksselskaberne imidlertid ikke have haft nogen processuelle rettigheder i forbindelse med en traktatbrudsprocedure. De kunne derfor ikke fratages sådanne rettigheder. Da der endvidere ikke forelå fællesskabskompetence til at opkræve den

13 — Tobaksselskaberne har citeret Domstolens dom af 13.11.1991, sag C-303/90, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 5315, og af 12.5.1998, sag C-170/96, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2763.

14 — Domstolens dom af 9.8.1994, sag C-327/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3641.

15 — Jf. dommens præmis 92-106.

omhandlede told og de omhandlede afgifter, var der heller ikke i fællesskabsretten fastsat nogen garantier, som kunne fratages parterne.

23. Selv om medlemsstaternes procedurer for opkrævning af afgifter og told eller deres procedurer for bekæmpelse af svig kan begrænse ansvaret eller tildele processuelle garantier, havde tobaksselskaberne ikke gjort gældende, at konkrete procedurer var blevet tilsidesat eller omgået på grund af søgsmålet ved District Court, eller at der var indledt sådanne procedurer mod dem.

24. Ganske vist kunne District Court ikke anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF. Dette var imidlertid en følge af dens egne processuelle bestemmelser og ikke en retsvirkning i henhold til artikel 230 EF. Under alle omstændigheder omhandler artikel 234 EF medlemsstaternes domstoles ret eller forpligtelse til at anmode om en præjudiciel afgørelse. Den giver ikke tvistens parter en ret til at anlægge sag ved Domstolen.

25. Heraf følger, at de anfægtede retsakter ikke medførte retligt bindende virkninger i Fællesskabets retsorden ved, at tobaksselskaberne var blevet undergivet en anden retsorden, eller ved at ændre deres materielle eller processuelle retsstilling.

26. Retten i Første Instans undersøgte dernæst virkningerne af anlæggelsen af civile søgsmål i De Forenede Staters retsorden [16].

27. Retten var enig i, at sagsanlægget ved District Court, som tobaksselskaberne havde gjort gældende, havde følger for dem dels på grund af den processuelle lovgivning, dels på grund af de materielle bestemmelser. Den behandlede disse følger således.

28. Retten i Første Instans udtalte, at de processuelle virkninger enten ikke adskilte sig fra de virkninger, der uvægerligt er forbundet med sagsanlæg ved enhver domstol, eller at de var rent faktiske: Tobaksselskaberne måtte således f.eks. afholde udgifter til at forsvare sig.

16 — Jf. dommens præmis 109-118.

29. Et pålæg om at fremlægge faktiske oplysninger eller dokumenter ville have retligt bindende virkninger, men disse virkninger skyldtes District Courts selvstændige udøvelse af dens egne beføjelser og ikke de anfægtede beslutninger som sådan. Fællesskabet var ikke retligt bundet af ordlyden af søgsmålene, blot fordi District Court kunne pålægge sanktioner, hvis de var anlagt som udtryk for misbrug, eller på grundløs eller unødig vis — en domstols sanktionering af en adfærd kan ikke ligestilles med vedtagelsen af en retsakt, der har bindende virkninger.

30. Tobaksselskaberne ville blive berørt af en afgørelse, der gik dem imod, men beslutningerne om at anlægge søgsmål fastslog ikke i sig selv deres ansvar. Selv om de anfægtede retsakter således kunne have haft til følge, at det blev gjort klart for sagsøgerne, at de løb en reel risiko for at blive pålagt sanktioner af den amerikanske domstol, var dette ikke en retsvirkning, men en rent faktisk følge, og det samme gælder anklagen om en kriminel handling og de eventuelle følger, dette måtte have for aktiepriserne.

31. Beskyttelsen mod sagsanlæg for bagvaskelse fremsat under sagen fulgte af bestemmelserne i amerikansk ret og kunne derfor ikke tilskrives Kommissionen. District Courts offentliggørelse af Kommissionens klager på internettet under udøvelsen af dennes egne beføjelser kunne heller ikke ligestilles med en beslutning, hvorved Kommissionen ophæver et forbud mod at anvende et dokument i forbindelse med en sag ved nationale domstole.

32. Endelig [17] undersøgte Retten i Første Instans tobaksselskabernes argumenter om behovet for en effektiv domstolsbeskyttelse.

33. Sagsøgerne havde understreget, at de ikke havde andre muligheder for at få prøvet de anfægtede retsakter, såfremt deres sager ikke kunne antages til realitetsbehandling. Da den domstol, hvor sagen var anlagt, ligger i en tredjestat, og eftersom der ikke forelå en senere retsakt fra en fællesskabsinstitution, var det ikke muligt for hverken Fællesskabets retsinstanser eller for medlemsstaternes nationale domstole at træffe afgørelse om lovligheden af Kommissionens adfærd.

34. Retten i Første Instans bemærkede, at adgangen til domstolsprøvelse er et grundlæggende element i et retsfællesskab, som er garanteret ved et fuldstændigt retsmiddel- og proceduresystem for kontrol med legaliteten af fællesskabsforanstaltninger [18] og er et resultat af medlemsstaternes fælles forfat-

17 — Jf. dommens præmis 120-124.

18 — Dom af 23.4.1986, sag 294/83, Les Verts mod Parlamentet, Sml. s. 1339, præmis 23.

ningstraditioner og den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder [19], og at retten til en effektiv prøvelse blev bekræftet i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [20].

35. Borgerne fratages imidlertid ikke retten til adgang til domstolsprøvelse, fordi en adfærd, der ikke har karakter af en beslutning, ikke kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål [21], da muligheden for et erstatningssøgsmål fortsat står åben.

36. Selv om det kan synes ønskeligt, at borgerne råder over et retsmiddel mod en adfærd fra institutionerne, som ikke er udtryk for en beslutning, men som griber ind i deres interesser, er det ikke fastsat i traktaten. Det tilkommer således ikke Domstolen at sætte sig i stedet for fællesskabslovgiver for at udvirke en ændring af det retsmiddel- og proceduresystem, som er indført ved traktaten [22].

Stillingtagen til appellen

37. Tobaksselskaberne har fremsat fem anbringender i forbindelse med deres appel: urigtig fortolkning af artikel 230 EF, da det blev fastslået, at i) de anfægtede beslutninger og ii) anlæggelsen af civile søgsmål i De Forenede Stater ikke havde nogen retsvirkninger, iii) tilsidesættelse af den grundlæggende ret til en effektiv domstolsbeskyttelse, iv) urigtig anvendelse eller urigtig fortolkning af retspraksis vedrørende muligheden for at anfægte åbenbart ulovlige foranstaltninger og v) tilsidesættelse af artikel 292 EF.

38. Kommissionen, støttet af otte medlemsstater [23], Parlamentet og Rådet, har gjort gældende, at anbringenderne til støtte for appellen er uantagelige og/eller ubegrundede.

Formaliteten med hensyn til appellen

39. Kommissionen og Republikken Finland har fremsat indsigelse mod antagelse til realitetsbehandling af det første, andet og fjerde anbringende til støtte for appellen, og jeg vil undersøge dem senere.

19 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18, artikel 6 og 13 i denne konvention.

20 — EFT 2000 C 364, s. 1, artikel 47.

21 — Jf. artikel 235 EF og artikel 288, stk. 2, EF.

22 — Rettens dom af 27.6.2000, forenede sager T-172/98 og T-175/98 — T-177/98, Salamander mod Parlamentet og Rådet, Sml. II, s. 2487, præmis 75.

23 — Tyskland, Grækenland, Spanien, Frankrig, Italien, Nederlandene, Portugal og Finland.

40. Et potentielt mere grundlæggende spørgsmål opstod dog under retsmødet, da Kommissionens repræsentant som svar på et spørgsmål fra Domstolen vedrørende den aktuelle status for søgsmålet i De Forenede Stater erklærede: »Det er overstået. De vandt.«

41. Det ser ud til, at de søgsmål, der blev anlagt på grundlag af de anfægtede beslutninger, nu har udtømt deres muligheder [24]. Kommissionens søgsmål er blevet afvist, og der findes ikke flere appelmuligheder efter, at De Forenede Staters højesteret traf afgørelse den 9. januar 2006.

42. Hvad kan der så opnås med den foreliggende appel? Hvis tobaksselskaberne vandt, skulle sagen hjemvises til Retten i Første Instans. Stævningerne i første instans søgte imidlertid blot annullation af beslutningerne om at anlægge sag. Disse beslutninger har nu udtømt alle deres virkninger, uanset om de var retligt bindende i henhold til artikel 230 EF eller ej. Selv om afgørelsen i De Forenede Stater ikke gav tobaksselskaberne fuld tilfredshed med hensyn til omkostningerne, søger søgsmålene i første instans ikke godtgørelse for noget tab, og annullation af de anfægtede beslutninger ville ikke være en vigtig forudsætning for at opnå en sådan erstatning [25].

43. Domstolen kan af egen drift beslutte, at en part ikke har nogen interesse i at indbringe eller opretholde en appel, medmindre appellen sandsynligvis, hvis den tages til følge, vil medføre en fordel for appellanten [26]. Her ser der ved første øjekast ikke ud til at være nogen fordel.

44. Domstolen har imidlertid også fastslået, at en interesse i at anfægte en beslutning ikke kan afvises med den begrundelse, at beslutningen allerede var blevet gennemført, da søgsmålet blev anlagt; annullation kan i sig selv have retlige konsekvenser, navnlig ved at forhindre en gentagelse af den praksis, der klages over [27].

45. Selv om de anfægtede beslutninger som sådan derfor nu har udtømt alle de mulige virkninger for tobaksselskaberne, foreslår jeg ikke, at appellen afvises med denne begrundelse. Der kan stadig være en interesse i at undgå fremtidige sagsanlæg, og et andet søgsmål fra Reynolds, der anfægter beslut-

24 — Det fremgår af det, der blev sagt under retsmødet, at det søgsmål, der blev anlagt den 30.10.2002 stadig verserer, selv om det er uklart, hvorvidt det var baseret på nogen af de anfægtede beslutninger (jf. fodnote 3 og 5 ovenfor).

25 — Jf. punkt 73 ff. nedenfor.

26 — Jf. f.eks. dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 13, af 13.7.2000, sag C-174/99 P, Parlamentet mod Richard, Sml. I, s. 6189, præmis 33, kendelse af 19.1.2006 i sag C-82/04 P, Audi mod KHIM, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 19 ff.

27 — Dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 21.

ningen om at anlægge sagen ved domstolene i De Forenede Stater, verserer fortsat ved Retten i Første Instans [28].

46. Jeg vil derfor behandle appellens anbringender et for et. Generelt bør det gøres klart, at tobaksselskaberne ikke bestrider det veletablerede princip om, at kun foranstaltninger, som har retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. De søger snarere at fastslå, at sådanne virkninger eksisterende, og/eller at de nye omstændigheder i sagen krævede, at deres søgsmål blev antaget til realitetsbehandling af andre ekstraordinære årsager.

Appellens første anbringende: urigtig fortolkning af artikel 230 EF i den retning, at de anfægtede beslutninger ikke havde retsvirkninger

47. Dette anbringende præsenteres under fem underoverskrifter, der efter Kommissionens opfattelse og (for de fires vedkommende) efter Finlands opfattelse ikke kan antages til realitetsbehandling, da de blot er en gentagelse af argumenter, der blev fremført i første instans.

28 — Jf. fodnote 5 ovenfor.

48. Selv om de argumenter, som tobaksselskaberne har fremsat, i væsentligt omfang er sammenfaldende med de argumenter, de fremsatte i første instans, kan det ikke i sig selv føre til, at de afvises i forbindelse med en appel. Det, der har betydning, er, om der angiveligt er begået specifikke retlige fejl i klart identificerede elementer i den appellerede dom [29]. I den foreliggende sag forekommer det mig indlysende, at argumenterne opfylder dette kriterium, og jeg vil derfor gå over til at behandle realiteten.

Gennemgang af beslutningerne om at anlægge sag

49. Tobaksselskaberne har gjort gældende, at Retten i Første Instans tog fejl, da den i dommens præmis 79 fastslog, at en beslutning om at anlægge sag i princippet ikke kan anfægtes. De har gjort gældende, at det kun forholder sig således, når de pågældende foranstaltninger udgør en del af en procedure, der fører til en senere beslutning, der i sig selv kan gøres til genstand for domstolskontrol på fællesskabsplan, når spørgsmål om tidligere ulovlighed eller kompetence kan tages i betragtning [30].

29 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 4.7.2000, sag C-352/98 P, Bergaderm og Goupil mod Kommissionen, Sml. I, s. 5291, præmis 34 og 35, og af 30.9.2003, sag C-76/01 P, Eurocoton mod Rådet, Sml. I, s. 10091, præmis 46 og 47.

30 — Jf. dommen i sagen IBM mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 12), præmis 20, og dom af 29.9.1998, sag C-191/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5449, præmis 44.

50. Det er dog efter min opfattelse ikke sådan, Retten i Første Instans begrundede sin konklusion i den nævnte passus. Den nåede frem til denne konklusion, fordi en sådan beslutning »ændrer [...] ikke i sig selv den omtvistede retsstilling«. Jeg er derfor enig med Kongeriget Spanien og Forbundsrepublikken Tyskland, når de gør gældende, at det er årsagen til, at forberedende retsakter ikke kan anfægtes, og ikke fordi de er en del af en igangværende procedure — princippet er det samme som for afgørelser om fastholdelse af en tidligere afgørelse, meddelelser, udtalelser, rapporter og retsakter om intern organisation.

51. Det står endvidere klart, at Retten i Første Instans derefter foretog en indgående undersøgelse af, hvorvidt de anfægtede beslutninger medførte relevante retsvirkninger.

52. Argumentet er derfor ubegrundet.

Urigtig anvendelse af retspraksis på en specifik situation

53. Tobaksselskaberne har gjort gældende, at Retten i Første Instans ikke tilpassede anvendelsen af retspraksis til de enestående omstændigheder i sagen, der indebærer, at ingen retsakt og ingen følger, der indtræder efter vedtagelsen af de anfægtede beslutninger, vil kunne prøves ved Fællesskabets retsinstanser, hvilket indebærer den risiko, at Fællesskabets institutioner kan anlægge sag uden for Fællesskabets retsorden om ethvert spørgsmål og under alle omstændigheder.

54. Argumentet optræder dog kun som en indledning til de resterende tre underoverskrifter i dette anbringende og kræver ikke en selvstændig analyse.

Fraværet af en ordning med præjudiciel forelæggelse

55. Ifølge tobaksselskaberne anlagde Retten i Første Instans en urigtig fortolkning af praksis, da den i dommens præmis 105 fastslog, at den manglende mulighed for at opnå en præjudiciel afgørelse om Kommissionens kompetence til at træffe de anfægtede beslutninger ikke medførte nogen retsvirkninger, i modsætning til hvad der ville være tilfældet, hvis Kommissionen anlagde sag ved domstolene i en medlemsstat.

56. Jeg er enig med Retten i Første Instans i, at den omstændighed, at District Court må arbejde inden for sine egne procesregler og sin egen kompetence, ikke kan kvalificeres som en retsvirkning, som beslutningen om at

anlægge sag ved den har medført. Efter min mening ville den klage, der ligger til grund for dette argument, måske være mere relevant i forbindelse med det tredje anbringende vedrørende retten til en effektiv domstolsbeskyttelse.

59. Dette argument er derfor baseret på urigtige forudsætninger.

Endelig fastlæggelse af kompetence

Valg af procedure

60. Tobaksselskaberne har gjort gældende, at Retten i Første Instans undlod at anerkende retsvirkningerne af Kommissionens stillingtagen til dens kompetence. Ifølge dem kunne Kommissionen kun handle, hvis den afledte ret gav den beføjelser til at indlede den pågældende retssag. De anfægtede beslutninger havde således de samme retsvirkninger som en afledt retsakt. De godkendte ligeledes udgifterne i forbindelse med retssagen [34]. Ved reelt at træde i den primære eller afledte rets sted og ændre magtfordelingen i henhold til traktaten havde disse beslutninger til formål at ændre denne magtfordeling, en situation, der kan sammenlignes med situationen i sagen Frankrig mod Kommissionen [35].

57. Tobaksselskaberne mener, at Retten i Første Instans anvendte retspraksis — navnlig dommen i sagen Spanien mod Kommissionen [31] — urigtigt, da den fastslog, at når der først er truffet et endeligt valg af en procedure (her anlæggelse af sag i De Forenede Stater) frem for en anden (anlæggelse af sag i Fællesskabet), har beslutningen om dette valg retsvirkninger.

58. Jeg er enig med den spanske regering i, at det vigtigste i sagen Spanien mod Kommissionen ikke var valget af en bestemt procedure, men den omstændighed, at indledningen af proceduren medførte en vurdering fra Kommissionens side, der havde retsvirkninger for sagsøgeren [32]. Det samme gælder Cimenteries-sagen [33], der også citeres i appellen.

61. Sagsøgerne har efter min mening været ret opfindsomme, da de fremsatte argumentet om, at en beslutning om at gøre noget som helst har retsvirkninger, fordi den indirekte giver ophavsmanden til den juri-

31 — Dom af 30.6.1992, sag C-312/90, Sml. I, s. 4117.

32 — Jf. navnlig denne doms præmis 12-17.

33 — Dom af 15.3.1967, forenede sager 8/66-1/66, Cimenteries mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 337, org.ref.: Rec. s. 93.

34 — Sammenlign med kendelse af 24.9.1996 afsagt af Domstolens præsident i de forenede sager C-239/96 R og C-240/96 R, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. I, s. 4475.

35 — Dom af 9.10.1990, sag C-366/88, Sml. I, s. 3571.

diske beføjelser til at træffe den. Denne opfindsomhed går imidlertid i ring, da Kommissionen ikke har behov for juridiske beføjelser til at træffe en beslutning, der ikke har retsvirkninger. Eller sagt mere nøjagtigt med henvisning til den foreliggende sag, hvis en institution påtager sig de juridiske beføjelser til at vedtage en beslutning, som ikke har nogen retsvirkning over for en bestemt part, kan den omstændighed, at den påtager sig disse beføjelser, heller ikke have nogen retsvirkning over for denne part. Udgangspunktet (og i den foreliggende sag anstødsstenen) er selve beslutningen og ikke beslutningen om at træffe den.

62. Hvad angår anvendelsen af budgetmidler er jeg enig med Tyskland i, at det finansielle aspekt er underordnet i forhold til de anfægtede beslutninger. Jeg er enig med Parlamentet i, at Kommissionen har tilstrækkeligt mandat i henhold til artikel 211 EF til at afholde sådanne udgifter for at sikre, at fællesskabsretten anvendes, og i henhold til artikel 274 EF til at gennemføre budgettet på eget ansvar.

63. I sagen Frankrig mod Kommissionen blev spørgsmålet om de påståede manglende beføjelser afgjort i den del af dommen, der vedrørte realiteten, og ikke i den indledende undersøgelse af sagens formalitet [36].

36 — Jf. navnlig præmis 7-13 i dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen. Vedrørende et andet spørgsmål om den påståede inkompetence, jf. punkt 94 ff. nedenfor.

64. Jeg mener derfor, at ingen af tobaksselskabernes argumenter i appellens første anbringende viser, at der er sket en retlig fejl i den appellerede dom.

Andet anbringende: urigtig fortolkning af artikel 230 EF således, at anlæggelse af de civile søgsmål i De Forenede Stater ikke medførte retligt bindende virkninger

65. Tobaksselskaberne har gjort gældende, at Retten i Første Instans med urette gik ud fra den antagelse i dommens præmis 105, at District Court kunne afhjælpe mangelen på en ordning med præjudiciel forelæggelse ved selv at anvende fællesskabslovgivningen; i realiteten betød doktrinen »Act of State« — i henhold til hvilken de amerikanske domstole ikke kontrollerer officielle retsakter vedtaget af en udenlandsk myndighed — at det var usandsynligt, at denne ret ville udtale sig om Kommissionens kompetence til at anlægge sag i De Forenede Stater.

66. Kommissionen og den finske regering har gjort gældende, at dette argument er helt nyt og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling. Tobaksselskaberne hævder imidlertid, at de gjorde doktrinen Act of State gældende i det mindste i realiteten ved

Retten i Første Instans. Denne påstand underbygges efter min mening af den appellerede doms præmis 72[37], selv om doktrinen ikke nævnes som sådan.

67. Når dette er sagt, fjerner tobaksselskabernes egen brug af ordene »sandsynlig« og »ikke sandsynlig« i deres argumentation i forbindelse med appellen grundlaget for dette argument. Den omstændighed, at der er en større eller mindre sandsynlighed, betyder, at, uanset hvor bindende virkningerne måtte være, hvis de realiseres, så kan de ikke være virkninger af den oprindelige beslutning, men kun virkninger af en begivenhed, der er indtruffet i mellemtiden. Det hævdes imidlertid specifikt i dette anbringende, at selve anlæggelsen af civile søgsmål vil få bindende retlige virkninger.

Tredje anbringende: tilsidesættelse af den grundlæggende ret til en effektiv domstolsbeskyttelse

68. Dette anbringende henviser til udtalelsen i præmis 123 i den appellerede dom om, at »den enkelte borger ikke fratages adgangen til domstolsprøvelse som følge af, at en adfærd, som ikke har karakter af en beslutning, ikke kan gøres til genstand for annullationssøgsmål, idet der er mulighed for at anlægge søgsmål vedrørende ansvar uden for kontraktforhold [...], såfremt den pågældende adfærd er af en sådan beskaffenhed, at Fællesskabet kan drages til ansvar«.

69. Tobaksselskaberne har gjort gældende, at Retten i Første Instans begik en retlig fejl ved at bruge adgang til domstolsprøvelse og ikke eksistensen af effektive retsmidler som relevant kriterium[38]. Endvidere henviser Domstolen ikke til et erstatningssøgsmål i henhold til artikel 288 EF i sin redegørelse for et fuldstændigt system af retsmidler[39]. Eksistensen af et erstatningssøgsmål kan heller ikke altid give en effektiv domstolsbeskyttelse. Tobaksselskaberne søger beskyttelse mod sagsanlæg mod dem med den begrundelse, at Kommissionen ikke har kompetence til at anlægge sag. Denne manglende kompetence ville dog ikke i sig selv medføre erstatningsansvar. Normalt indebærer en manglende mulighed for at anlægge sag direkte en mulighed for en præjudiciel afgørelse. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag. Selv hvis District Court skulle træffe afgørelse om Kommissionens kompetence, kunne den ikke yde en effektiv domstolsbeskyttelse, fordi den mangler ekspertise og erfaring til at afgøre grundlæggende spørgsmål i Fællesskabets forfatningsret.

37 — »Efter sagsøgernes opfattelse har District Court imidlertid ikke kompetence til at afgøre spørgsmålet vedrørende Kommissionens kompetence, som er blevet rejst i forbindelse med denne sag.«

38 — Domstolens dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 39.

39 — Dom af 2.4.1998, sag C-321/95 P, Greenpeace m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1651, og Unión de Pequeños Agricultores-dommen, præmis 40.

70. Kommissionen har gjort gældende, at princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse ikke omfatter retsakter såsom de anfægtede beslutninger, der ikke kan tilsidesætte de frihedsrettigheder, der er garanteret i fællesskabsretten, og derfor ikke har nogen retsvirkninger for de pågældende. Med hensyn til alle deres rettigheder og friheder i henhold til De Forenede Staters lovgivning har tobaksselskaberne alle de garantier, der er tilgængelige i District Court. I Unión de Pequeños Agricultores-dommen [40] fastslog Domstolen, at fortolkningen af kravet om, at sagsøgeren skal være individuelt berørt i lyset af princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse ikke kan have den virkning, at dette krav tilsidesættes. Med hensyn til artikel 288 EF har Kommissionen gjort gældende, at tobaksselskaberne helt sikkert kunne anlægge erstatningssøgsmål. Deres problem i denne forbindelse ville ikke ligge i at godtgøre, at sagen kan antages til realitetsbehandling, men i at påvise, at Kommissionen havde handlet ulovligt ved at anlægge civile søgsmål, og at de havde lidt skade som en direkte følge heraf.

71. Kongeriget Spanien har tilføjet, at retten til en effektiv domstolsbeskyttelse ikke er så absolut, at alle retsakter kan anfægtes, eller at alle har søgsmålskompetence. Spanien har mindet om, at den præjudicielle forelæggelsesordning er en samarbejdsordning mellem Domstolen og medlemsstaternes nationale retter, der har til formål at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten. Anvendelsen af denne ordning har ingen forbindelse med muligheden for at anlægge et annullationssøgsmål.

72. Det tredje anbringende er efter min mening det vigtigste af de spørgsmål, der rejses i appellen. Adgang til domstolsprøvelse og tilgængeligheden af effektive retsmidler er sammen med respekten for de grundlæggende rettigheder hjørnestenene i et retssamfund. En vigtig del af Domstolens forpligtelse i henhold til artikel 220 EF til at »værne om lov og ret ved [...] anvendelsen af denne traktat« er således at sikre, at disse principper overholdes [41]. Når dette er sagt, er jeg i den foreliggende sag enig i såvel Kommissionens som Kongeriget Spaniens argumenter.

73. I forbindelse med tobaksselskabernes argument om, at Domstolen ikke nævner artikel 288 EF i dens praksis, hvori den understreger, at der findes et fuldstændigt system af retsmidler, finder jeg det vigtigt at fastslå, at Domstolen i disse domme i overvældende grad om ikke udelukkende har henvist til et komplet system for kontrol med gyldigheden af fællesskabsretsakter med bin-

40 — Nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 44.

41 — Jf. f.eks. Domstolens kendelse af 13.7.1990, sag C-2/88 Imm., Zwartveld, Sml. I, s. 3365, for en meget bred anvendelse af denne beføjelse. I forbindelse med omfanget og arten af Domstolens kontrolbeføjelser, jf. f.eks. dom af 5.10.2000, sag C-376/98, Tyskland mod Parlamentet og Rådet (»tobaksreklamer«), Sml. I, s. 8419, præmis 84. Jf. også udtalelse 1/92 af 10.4.1992 (Sml. I, s. 2821) om udkast til aftale om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

dende virkninger. Dette fremgår klart lige fra Les Verts-dommen [42] til Gaston Schul-dommen [43] som den seneste.

74. Et erstatningssøgsmål er ikke omfattet af dette system for domstolskontrol. Det er snarere »et selvstændigt retsmiddel, der har sin særlige funktion blandt de forskellige søgsmålstyper og er underkastet betingelser, der er afpasset efter dets særlige formål. Mens formålet med et annullationssøgsmål er [...] at få kendt en retligt bindende retsakt ugyldig [...], er erstatningssøgsmålets genstand erstatning for en skade, der er en følge af en retsakt eller en ulovlig adfærd, der kan tilregnes en institution eller et fællesskabsorgan« [44].

75. Der findes således et fuldstændigt system af retsmidler eller retsbeskyttelse, når en parts retsstilling berøres af en foranstaltning med retligt bindende virkninger. Der findes et andet supplerende retsmiddel, når en part har lidt skade som følge af en ulovlig adfærd. Begge kan være tilgængelige i særlige tilfælde, men vil ikke nødvendigvis være det i alle tilfælde.

76. I den anfægtede passus i dommen henviste Retten i Første Instans tydeligvis til det bredere »fuldstændige system« omfattende både kontrol af gyldigheden og fastsættelse af erstatningsansvar. Det var allerede blevet fastslået, at det ikke var muligt at kontrollere gyldigheden, fordi der ikke var nogen retligt bindende virkninger. Den påpegede imidlertid, at tobaksselskaberne ikke ville blive nægtet et retsmiddel i henhold til fællesskabsretten, hvis de kunne godtgøre, at de havde pådraget sig et tab som følge af Kommissionens ulovlige handling. En sådan argumentation kan efter min mening ikke kritiseres, medmindre forudsætningen — den manglende retligt bindende virkning — modbevises. Jeg mener ikke, at tobaksselskaberne har modbevist det i deres to første anbringender.

77. Det faktiske udfald af et erstatningssøgsmål er naturligvis usikkert. Der er ikke i øjeblikket anlagt et sådant søgsmål for Domstolen, og jeg kan ikke udtale mig om, hvorvidt det vil kunne antages til realitetsbehandling eller være velbegrundet, hvis det skulle blive anlagt. Hvis tobaksselskaberne ikke var i stand til at bevise en ulovlig adfærd fra fællesskabsinstitutionernes side [45], den

42 — Nævnt i fodnote 18, præmis 23.

43 — Dom af 6.12.2005, sag C-461/03, Gaston Schul Douane-expediteur, Sml. I, s. 10513,, præmis 22.

44 — Jf. senest dom af 23.3.2004, sag C-234/02 P, Den Europæiske Ombudsmand mod Lamberts, Sml. I, s. 2803, præmis 59 og den deri nævnte praksis. Denne og de følgende præmisser bekræfter ligeledes fast praksis om, at formaliteten med hensyn til et erstatningssøgsmål ikke hænger sammen med formaliteten med hensyn til et annullationssøgsmål i forbindelse med den samme påståede ulovlige retsakt. Et erstatningssøgsmål afhænger af, at en foranstaltning eller en ulovlig adfærd har negative materielle følger for sagsøgeren, mens et annullationssøgsmål afhænger af, at den har rethge virkninger.

45 — Eller som formuleret i dom af 2.12.1971, sag 5/71, Schöppenstedt mod Rådet, Sml. 1971, s. 275, org.ref.. Rec. s. 975, præmis 11, »en tilstrækkeligt kvalificeret krænkelse af en højere retsregel til beskyttelse af private«.

påståede skade og årsagsforbindelsen mellem denne adfærd og det påståede tab, ville de helt klart ikke få medhold. At de under disse omstændigheder ikke ville have ret til erstatning, betyder ikke, at de ville blive nægtet adgang til en effektiv retsbeskyttelse.

78. Man kan helt klart forestille sig ikke helt forskellige omstændigheder, under hvilke et erstatningssøgsmål ville kunne krones med held. Hvis man f.eks. forestillede sig, at Kommissionen besluttede uden nogen skygge af begrundelse at anlægge et aggressivt søgsmål mod en eller flere små landbrugsproducenter i et AVS-land, og derved udsatte dem for økonomisk udslettelse, inden tvisten kunne bilægges. Ikke blot ville det være rimeligt let at bevise det velbegrundede i et erstatningskrav, men betingelserne for at opnå foreløbige forholdsregler [46] kunne meget vel være til stede — måske endog tage form af en udsættelse af gennemførelsen af beslutningen om at anlægge sag [47].

79. Endelig kan jeg ikke acceptere det argument, som tobaksselskaberne fremførte under retsmødet, om, at femårsfristen for at gøre erstatningskrav gældende [48] muligvis var for kort. Denne tidsfrist gælder i alle sager og begynder først at løbe, når tre betingelser for anlæggelse af en sag er opfyldt [49].

80. Jeg er derfor af den opfattelse, at tobaksselskaberne ikke har godtgjort, at der er sket en tilsidesættelse af deres ret til en effektiv domstolsbeskyttelse.

Fjerde anbringende: urigtig anvendelse og urigtig fortolkning af retspraksis om, hvorvidt åbenbart ulovlige foranstaltninger kan anfægtes

81. Dette anbringende henviser hovedsageligt til præmis 87 og 88 i den appellerede dom, der er opsummeret i punkt 17 og 18 ovenfor. Tobaksselskaberne har gjort gældende, at intet i fællesskabsretten berettiger Kommissionen til at anlægge sag uden for Fællesskabets retsorden eller til at træffe gennemførelsesforanstaltninger til at inddrive told og moms. De anfægtede beslutninger er derfor åbenbart ulovlige, og sagsanlæggene burde have været antaget til realitetsbehandling i henhold til udtalelsen i dommen i sagen IBM mod Kommissionen om domstolskontrol under særlige omstændigheder, når der er tale om forberedende foranstaltninger, som »end ikke fremtræder

46 — I medfør af artikel 243 EF og artikel 104, stk. 1, andet afsnit, i procesreglement for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans.

47 — Muligheden for at beordre en ophævelse i forbindelse med et erstatningssøgsmål er aldrig blevet udtrykkeligt bekræftet, men står åben; jf. kendelser afsagt af Domstolens præsident den 23.5.1990 de forenede sager C-51/90 R og C-59/90 R, Comos-Tank m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 2167, præmis 33, og af Rettens præsident den 12.12.1995 i sag T-203/95 R Connolly mod Kommissionen, Sml. II, s. 2919, præmis 23.

48 — Jf. artikel 46 i Domstolens statut.

49 — Jf. f.eks. dom af 27.1.1982, forenede sager 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 og 5/81, Birra Wührer mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 85, præmis 9 og 10.

som lovlige«[50]. Da Domstolen i FNAB-sagen[51] talte om »traktatens udtrykkelige formalitetskrav«, henviste den til kriteriet om, at sagsøgeren skal være umiddelbart og individuelt berørt, og ikke til de særlige omstændigheder, der henvises til i IBM-dommen.

82. Kommissionen og Republikken Finland mener, at anbringendet bør afvises, fordi det blot gentager de argumenter, der blev fremsat i første instans. Igen mener jeg imidlertid, at det helt klart opfylder kriterierne i Bergaderm- og Eurocoton-dommene[52], og at det derfor kan antages til realitetsbehandling.

83. Kommissionen har gjort gældende, at privilegerede sagsøgere, hvis rettigheder kunne blive berørt af enhver overtagelse af beføjelser fra Kommissionens side, har støttet dens ret til at vedtage de anfægtede beslutninger. Rent principielt (som udtrykt i artikel 282 EF) har den monopol på at repræsentere Fællesskabet ved domstolene. Da den således i det mindste som udgangspunkt har kompetence, følger det heraf rent logisk, at de anfægtede beslutninger ikke kan fremtræde »som end ikke lovlige«. Spanien har endvidere gjort gældende, at dommen i sagen IBM mod Kommissionen ikke har den betydning, som tobaksselskaberne tilskriver den. Spørgsmålet om, hvorvidt sådanne foranstaltninger rent undtagelsesvist kunne kontrolleres, blev snarere ladt åbent i denne sag.

84. For det første er jeg enig med Spanien i fortolkningen af IBM-dommen. I præmis 23 udtales det: »Den foreliggende sag giver imidlertid ikke anledning til at tage stilling til, om et søgsmål på et tidligt stadium under særlige omstændigheder, når der er tale om foranstaltninger, som end ikke fremtræder som lovlige, som hævdet af IBM, kan betragtes som foreneligt med traktatens system af retsmidler, idet de forhold, som selskabet har påberåbt sig under sagen, overhovedet ikke kan begrunde en adgang til at rejse et sådant søgsmål«. Cimenteries CBR-dommen, der er den eneste anden sag, som tobaksselskaberne har nævnt til støtte for deres påstand, fandt ligeledes blot, at »der i alt fald ikke i sagen foreligger nogen særlig omstændighed«. I begge domme blev spørgsmålet således udtrykkeligt ladt åbent[53]. Retten i Første Instans kan ikke have begået en retlig fejl ved ikke at følge en ikke-eksisterende praksis.

50 — Nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 23; jf. også Cimenteries CBR-dommen (nævnt ovenfor i fodnote 12).

51 — Nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 40.

52 — Jf. punkt 48 og fodnote 29 ovenfor.

53 — Selv om tobaksselskaberne også henviste til dommen i sagen Kommissionen mod Rådet og i sagen Frankrig mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 13), vedrørte disse sager foranstaltninger, der helt klart havde retsvirkninger.

85. Under alle omstændigheder sætter undersøgelsen af, om en foranstaltning »end ikke fremtræder lovlig«, en meget høj standard. Den kan ikke siges at være opfyldt under omstændigheder, hvor den påståede ulovlighed ligger i påstanden om, at Kommissionen ikke havde kompetence til at vedtage den pågældende foranstaltning, og hvor andre institutioner og/eller medlemsstater, der angiveligt har kompetence i stedet for Kommissionen, ikke blot ikke bestrider Kommissionens kompetence, men også positivt støtter den.

86. Tobaksselskabernes subsidiære argumenter i forbindelse med dette anbringende er også ubegrundede. For det første har de, for så vidt anbringendet vedrører appellens realitet, gjort gældende, at Retten i Første Instans burde have knyttet spørgsmålet om formaliteten sammen med realiteten. Den praksis, de citerer [54], vedrører imidlertid ikke situationer, hvor der var tvivl om kompetence eller tale om en åbenbar ulovlighed. For det andet har de gjort gældende, at eftersom Retten i Første Instans ikke knyttede formalitetsspørgsmålet sammen med realiteten, burde den have undersøgt formaliteten — nemlig hvorvidt de anfægtede beslutninger havde retsvirkninger — på grundlag af de påståede omstændigheder [55] — nemlig den antagelse, at Kommissionen ikke havde kompetence. Det var imidlertid netop det Retten i Første Instans gjorde i dommens præmis 87. Den konkluderede, at manglende kompetence ikke var tilstrækkeligt til at give anledning til retligt bindende virkninger.

87. Jeg mener derfor heller ikke, at dette anbringende kan admitteres.

Femte anbringende: tilsidesættelse af artikel 292 EF

88. Ifølge tobaksselskaberne var Rettens konklusion om, at enhver tvist om Kommissionens kompetence kunne afgøres af District Court, i strid med artikel 292 EF og traktaternes ordning. Fællesskabets retsordens uafhængighed bringes i fare af ethvert eksternt system, der binder Fællesskabet og dets institutioner til en bestemt fortolkning af bestemmelserne i fællesskabsretten ved udøvelsen af deres interne beføjelser [56]. Dette ville være tilfældet, hvis District Court skulle træffe afgørelse om Kommissionens kompetence til at anlægge sag i De Forenede Stater med henblik på at inddrive told og moms.

54 — Dom af 22.9.1988, forenede sager 358/85 og 51/86, Frankrig mod Parlamentet, Sml. s. 4821, dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 35), og dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen (nævnt ovenfor i fodnote 13) samt dom af 16.6.1993 sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283.

55 — Dom af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz, Sml. s. 391, præmis 20.

56 — Udtalelse 1/91 af 14.12.1991, Sml. I, s. 6079, præmis 41-46, og udtalelse 1/00 af 18.4.2002, Sml. I, s. 3493, præmis 45.

89. For det første er jeg enig med Kommissionen i, at det klart fremgår af ordlyden af artikel 292 EF — »Medlemsstaterne forpligter sig til ikke at søge tvister vedrørende fortolkningen eller anvendelsen af denne traktat afgjort på anden måde end fastsat i traktaten« — at denne bestemmelse forpligter medlemsstaterne og ikke begrænser institutionernes handlingsmuligheder.

90. For det andet er en afgørelse truffet af en ret, som en fællesskabsinstitution har anlagt sag ved [57], ikke sammenlignelig med Fællesskabets undertegnelse af en international aftale, der er bindende for institutionerne ved udøvelsen af deres interne beføjelser som dem, de to ovennævnte udtalelser vedrører. En afgørelse om kompetence truffet af District Court ville kun være bindende i forbindelse med den bestemte sag. Den kan endog anfægtes for den samme ret i en anden sag, der indbringes for den på grundlag af en anden beslutning truffet af Kommissionen, og i endnu højere grad af andre retter og domsmyndigheder.

91. Jeg er endvidere enig med Kommissionen i, at District Court, der er beliggende i den retskreds, hvor størstedelen af tobaksselskaberne var etableret, og hvor de påståede aktiviteter fandt sted, var bedst i stand til at sikre en effektiv håndhævelse af den ønskede dom; jeg er også enig med Tyskland i, at tobaksselskabernes holdning til artikel 292 EF medfører en fare for, at enhver sagsøgt kan forhindre et søgsmål, der er lovligt anlagt ved en ret uden for Fællesskabet, blot ved at gøre den samme indsigelse gældende.

92. Endvidere har jeg ligesom Forbundsrepublikken Tyskland svært ved at se, hvordan en tilsidesættelse af artikel 292 EF, hvis den godtgøres, i sig selv kan skabe retligt bindende virkninger, der gør, at de anfægtede beslutninger kan anfægtes.

Konklusion om de under appellen fremførte anbringender

93. Efter at have undersøgt tobaksselskabernes fem anbringender er jeg af den opfattelse, at de ikke har godtgjort, at der er begået en retlig fejl i dommen afsagt af Retten i Første Instans, og at appellen derfor bør afvises.

57 — Som Forbundsrepublikken Tyskland har påpeget, forudsætter dette, at doktrinen Act of State ikke finder anvendelse, mens det andet anbringende i appellen forudsætter, at den *gør det*.

Rådets intervention

Emnet

94. Rådet har rejst et andet spørgsmål. Det vedrører privilegerede og ikke-privilegerede sagsøgeres status i forbindelse med kriteriet om retligt bindende virkninger inden for artikel 230 EF's område. Rådet har i det væsentlige gjort gældende, at Retten i Første Instans med rette afviste sagen, fordi de anfægtede beslutninger ikke medførte nogen retligt bindende virkninger for tobaksselskaberne. Det har imidlertid gjort gældende, at der bør sondres mellem den situation, der gør sig gældende for de privilegerede sagsøgere, der er nævnt i artikel 230 EF, og situationen for de ikke-privilegerede sagsøgere såsom tobaksselskaberne. Rådet mener, at privilegerede sagsøgere ikke med henvisning til formaliteten bør forhindres i at anfægte en beslutning af denne art (selv om Rådet tilføjer, at de ikke havde nogen grund til at anfægte dem i den foreliggende sag).

95. Kommissionen og Parlamentet er enige med Rådet. Tobaksselskaberne er også til dels enige. De har imidlertid af Rådets indlæg udledt det argument, at hvis de anfægtede beslutninger kan anfægtes af privilegerede sagsøgere, må de følgelig medføre retligt bindende virkninger i henhold til artikel 230 EF. Da der ydermere ikke kan være tvivl om, at disse beslutninger berører tobaksselskaberne umiddelbart og individuelt, burde søgsmålene have været afvist.

Stillingtagen

96. Rådets indlæg er angiveligt fremsat til støtte for Kommissionens påstand om, at appellen delvis ikke kan antages til realitetsbehandling og delvis er ugrundet. Det tilbageviser dog ingen af de argumenter, der er fremsat under appellen. Det forekommer derfor at være irrelevant i forbindelse med den anlagte sag.

97. Da Rådet med sit argument bestrider Rettens argumentation om eksistensen af retligt bindende virkninger i henhold til artikel 230 EF, ville det have været mere hensigtsmæssigt, om dette argument var blevet fremsat i form af en separat appel i henhold til Domstolens statuts artikel 56, stk. 3. Jeg er dog ikke sikker på, at den pågældende argumentation er i strid med Rådets holdning.

98. Ganske vist henviser den appellerede dom i præmis 85-91 kun til bindende virkninger generelt. På denne baggrund kunne man antage, at Retten i Første Instans

anvendte et generelt kriterium, som, hvis det ikke var opfyldt, ville forhindre alle parter i at anfægte enhver retsakt. Ikke desto mindre forekommer det indlysende, at undersøgelsen blev gennemført i lyset af kriteriet om retligt bindende virkninger for en bestemt sagsøger, der er fastslået som et generelt princip i præmis 77, og at Retten i Første Instans konkluderede, at der ikke var tale om sådanne bindende virkninger for tobaksselskaberne. Ud fra dette synspunkt er Rådets påstand om, at vurderingen af privilegerede sagsøgeres ret til at anlægge søgsmål burde føre til et andet resultat, ikke uforenelig med den fremgangsmåde, som Retten i Første Instans valgte.

99. Indlægget synes derfor at falde uden for appellens rammer, så Domstolen ikke har nødig at undersøge det. Jeg vil dog hellige spørgsmålet nogen opmærksomhed, da det kan bidrage til at klarlægge andre aspekter af appellen.

100. Forgængeren for de første tre stykker i artikel 230 EF[58] var EØF-traktatens artikel 173, stk. 1, der indtil den blev ændret til den nuværende ordlyd i Maastricht-traktaten, havde følgende ordlyd:

»Domstolen prøver lovligheden af Rådets og Kommissionens retsakter, dog ikke af henstillinger og udtalelser. I denne henseende har den kompetence til at udtale sig om klager, der af en medlemsstat, af Rådet eller af Kommissionen indbringes under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af denne traktat eller af retsregler vedrørende dens gennemførelse, samt af magtfordrejning.«

Formuleringen af det efterfølgende stykke vedrørende umiddelbart og individuelt berørte fysiske eller juridiske personers ret til at anlægge sag, er forblevet uændret.

101. Det var i denne forbindelse, at Domstolen udviklede sin praksis om kriteriet om retligt bindende virkninger (og faktisk om, at sagsøgeren skal være umiddelbart og individuelt berørt).

102. I de første sager, hvor spørgsmålet opstod, henviste Domstolen generelt til foranstaltninger, der har bindende retskraft, eller som skal have eller frembringe en retsvirkning[59]. I IBM-dommen[60] fremsatte

58 — Se punkt 5 ovenfor.

59 — Dom af 1.3.1966, sag 48/65, Lütticke mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 169, org.ref.: Rec. s. 27, af 31.3.1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, Sml. 1971, s. 41, org.ref.: Rec. s. 263, præmis 42; og af 27.3.1980, sag 133/79, Sucrimex mod Kommissionen, Sml. s. 1299, præmis 17.

60 — Nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 9.

den derefter den erklæring (mere begrænset, men på ingen måde uforenelig med dens tidligere praksis), at: »Ifølge Domstolens faste praksis foreligger der retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål [...], når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling«. Kriteriet om en retsvirkning for sagsøgeren er blevet anvendt konsekvent senest i dommen i sagen Kommissionen mod Greencore [61], hvor det optræder sammen med den mere generelle formulering. Retten i Første Instans har også fulgt det konsekvent fra sagen Marcopoulos mod Domstolen [62] til sagen Infront mod Kommissionen [63].

103. Det ser altså ud til, at det første kriterium for antagelse til realitetsbehandling i henhold til artikel 230 EF er eksistensen af en retligt bindende virkning *både* generelt *og* for den/de pågældende sagsøger(e). Når der overhovedet ikke findes en sådan retlig virkning, er det unødvendigt at undersøge, om der er en individuel interesse.

104. Dette kriterium ser i øvrigt ud til at finde anvendelse, uanset om en sagsøger er privilegeret eller ej i henhold til artikel 230 EF, sådan som det f.eks. fremgår af de to nyere sager, hvor en medlemsstat, Kongeriget Nederlandene, havde krævet annullation af en foranstaltning vedtaget af Kommissionen, blot for at få søgsmålet afvist med den begrundelse, at foranstaltningen ikke havde nogen retligt bindende virkning *over for sagsøgeren* [64].

105. På denne baggrund udgør kriteriet om en umiddelbar og individuel interesse i artikel 230, stk. 4, EF kun et særskilt og logisk efterfølgende kriterium for ikke-privilegerede sagsøgere. En forordning, der har en generel virkning, kan medføre retligt bindende virkninger for sådanne sagsøgere, men i henhold til retspraksis vil den normalt ikke berøre dem individuelt. Denne situation kan sammenlignes med det — atter særskilte — kriterium om at »bevare disses prærogativer«, der i henhold til artikel 230, stk. 3, EF finder anvendelse på »delvist privilegerede« sagsøgere. Ingen af disse separate og efterfølgende kriterier finder anvendelse på de »fuldt privilegerede« sagsøgere, der er omhandlet i den pågældende artikels stk. 2.

61 — Dom af 9.12.2004, sag C-123/03 P, Sml. I, s. 11647, præmis 44.

62 — Dom af 22.6.1990, forenede sager T-32/89 og T-39/89, Sml. II, s. 281, præmis 21.

63 — Dom af 15.12.2005, sag T-33/01, Sml. II, s. 5897, præmis 89.

64 — Dom af 5.10.1999, sag C-308/95, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 6513, navnlig præmis 26 og 29, og af 28.1.2004, sag C-164/02, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 1177, navnlig præmis 18 og 22.

106. Hvis Rådet eller en anden af de sagsøgere, der er nævnt i den pågældende artikels stk. 2, derfor ønskede at anfægte en beslutning vedtaget af Kommissionen svarende til dem, der er anfægtet i den foreliggende sag, måtte det godtgøre, at den havde retligt bindende virkninger for Rådet, og at den kunne berøre dets interesser gennem en væsentlig ændring af dets retsstilling.

107. På den anden side satte generaladvokat Jacobs for nylig spørgsmålstegn ved, om Domstolens fremgangsmåde i de to sager vedrørende Nederlandene var korrekt, idet han gav udtryk for det synspunkt, at kravet om retligt bindende virkninger for sagsøgeren kun syntes at give mening i forbindelse med individuelle, ikke-privilegerede sagsøgere [65]. Han mente, at en medlemsstat ikke behøvede at have en specifik retlig interesse i udfaldet af et søgsmål i henhold til artikel 230 EF.

108. Da dette spørgsmål imidlertid ikke var vigtigt i denne sag (og Domstolen henviste i sin dom blot til retsvirkningerne uden at præcisere, om virkningerne skulle gælde for medlemsstaten), og da det er irrelevant for udfaldet af den foreliggende appel, bør afgørelsen træffes i en senere sag, hvor den måske er fuldt relevant.

65 — Forslag til afgørelse i sag C-301/03, Italien mod Kommissionen, Sml. 2005 I, s. 10217, punkt 52 og 53 og fodnote 15.

Sagsomkostninger

109. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, skal medlemsstater og institutioner, der er indtrådt i en sag, bære deres egne omkostninger.

110. I den foreliggende sag mener jeg, at appellen bør forkastes. Kommissionen har nedlagt påstand om, at den tabende part pålægges at betale omkostningerne. Parlamentet, Rådet og otte medlemsstater har interveneret i sagen.

111. Derfor bør tobaksselskaberne bære deres egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger. Intervenienterne bærer deres egne omkostninger.

Forslag til afgørelse

112. Henset til ovenstående foreslår jeg Domstolen

— at forkaste appellen

— at pålægge appellanterne at bære deres egne omkostninger og at betale Kommissionens omkostninger

— at pålægge intervenienterne at bære deres egne omkostninger.