CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 6 april 2006 [1]

1. In deze hogere voorziening wordt in enigszins nieuwe bewoordingen de vraag gesteld wat volgens artikel 230 EG een voor beroep vatbare handeling is.

2. Het gaat om besluiten die door de Commissie zijn genomen om in de Verenigde Staten tegen bepaalde tabaksproducenten een vordering tot schadevergoeding in te stellen.

3. Het Gerecht van eerste aanleg (hierna: „Gerecht") heeft een tegen deze besluiten ingesteld beroep niet-ontvankelijk verklaard, voornamelijk omdat deze besluiten geen bindende rechtsgevolgen hadden voor de tabaksproducenten. Rekwiranten beroepen zich nu op een onjuiste beoordeling van die gevolgen, schending van hun recht op effectieve rechterlijke bescherming, onjuiste toepassing van de rechtspraak inzake kennelijk onrechtmatige maatregelen en schending van artikel 292 EG.

4. Een ander aspect wordt door de Raad belicht, die in zijn interventie heeft aangevoerd dat een besluit als dat waarom het in casu gaat, weliswaar nooit door de betrokken particulieren zou kunnen worden aangevochten, doch krachtens artikel 230 EG wel door geprivilegieerde rekwiranten, voor zover het bindende rechtsgevolgen voor hen in het leven roept.

Artikel 230 EG

5. De eerste vier alinea's van artikel 230 EG luiden:

„Het Hof van Justitie gaat de wettigheid na van de handelingen van het Europees Parlement en de Raad gezamenlijk, van de handelingen van de Raad, van de Commissie, en van de ECB, voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft, en van de handelingen van het Europees Parlement die beogen rechtsgevolgen ten aanzien van derden te hebben.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

Te dien einde is het Hof bevoegd uitspraak te doen inzake elk door een lidstaat, de Raad of de Commissie ingesteld beroep wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van dit Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid.

Het Hof van Justitie is onder dezelfde voorwaarden bevoegd uitspraak te doen inzake elk door het Europees Parlement, de Rekenkamer en het ECB ingesteld beroep dat op de vrijwaring van hun prerogatieven is gericht.

Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder dezelfde voorwaarden beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken."

De feiten

6. In een poging tot bestrijding van smokkel van voor de Gemeenschap bestemde sigaretten heeft de Commissie op 19 juli 2000 het principebesluit genomen, een burgerlijke rechtsvordering in de Verenigde Staten tegen bepaalde Amerikaanse tabaksproducenten in te stellen. Zij heeft besloten de lidstaten daarvan op de hoogte te brengen en heeft haar voorzitter alsmede een van haar leden gemachtigd de juridische dienst opdracht te geven de nodige maatregelen te nemen.

7. Op 3 november 2000 heeft de Commissie namens de Gemeenschap en de lidstaten die zij bevoegd was te vertegenwoordigen, dan ook een procedure aangespannen bij de United States District Court, Eastern District of New York (hierna: „District Court") tegen vennootschappen van de groep Reynolds Tobacco en tegen Japan Tobacco, Inc. (hierna gezamenlijk aangeduid als: „tabaksproducenten"). [2] Zij heeft aangevoerd dat de tabaksproducenten bij smokkel van voor de Gemeenschap bestemde sigaretten en hun verdeling aldaar betrokken waren, en heeft schadevergoeding gevorderd in verband met het verlies aan douanerechten en belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw"). De District Court heeft de vordering afgewezen.

8. Op 25 juli 2001 heeft de Commissie besloten, namens de Gemeenschap en ten minste één lidstaat een nieuwe burgerlijke rechtsvordering in de Verenigde Staten tegen dezelfde sigarettenproducenten in te dienen, en heeft zij wederom haar voorzitter en een van haar leden gemachtigd de juridische dienst opdracht te geven de nodige maatregelen te nemen. Bijgevolg zijn door de

2 — Een andere vennootschap, Philip Morris International, Inc., was in die procedure ook verweerster, alsmede verzoekster bij het Gerecht en aanvankelijk ook rekwirante in het onderhavige geding. Zij heeft haar hogere voorziening echter ingetrokken.

Commissie namens de Gemeenschap en de lidstaten die zij bevoegd was te vertegenwoordigen, alsmede door tien lidstaten nog twee andere vorderingen bij de District Court ingediend, een in augustus 2001 en een in januari 2002. Ook deze vorderingen zijn afgewezen. [3]

Het bestreden arrest

9. Eind 2000 en in 2001 hebben de tabaksproducenten beroep ingesteld bij het Gerecht [4], strekkende tot nietigverklaring van de besluiten van de Commissie om tegen hen procedures aan te spannen in de Verenigde Staten (hierna: „litigieuze besluiten"). [5]

10. De Commissie, daarbij gesteund door het Parlement en negen lidstaten, heeft aangevoerd dat tegen een besluit om een gerechtelijke procedure aan te spannen geen beroep krachtens artikel 230, vierde alinea, EG kon worden ingesteld.

11. Het Gerecht was het daarmee eens en heeft bij arrest van 15 januari 2003 het beroep niet-ontvankelijk verklaard. [6]

12. Het Gerecht heeft opgemerkt dat alleen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring. [7] Het heeft onderzocht of de litigieuze besluiten aan die definitie voldeden.

13. Het adiëren van een rechter heeft, volgens het Gerecht, in het algemeen [8] rechtsgevolgen, maar die hebben voornamelijk betrekking op de procedure voor de aangezochte rechter. Het adiëren van de rechter is noodzakelijk om een bindende rechterlijke uitspraak te verkrijgen, maar bepaalt niet de verplichtingen van partijen: die kunnen pas definitief worden bepaald in het vonnis van de rechter zelf. Bepaalde rechtsgevolgen — zoals stuiting van de verjaring of de verplichting om interesten te betalen over een gevorderd bedrag — kunnen uit het instellen van een beroep in rechte voortvloeien, maar vormen als zodanig geen rechtsgevolgen in de zin van artikel 230 EG. Wanneer een rechterlijke instantie is geadieerd, kan deze beslissingen

3 — Bovendien is er door de Commissie en tien lidstaten op 30 oktober 2002, na de terechtzitting bij het Gerecht in de onderhavige zaak, een vierde vordering ingediend.

4 — Deze vijf beroepen zijn bij beschikking van 31 januari 2002 van de president van de uitgebreide Tweede kamer van het Gerecht gevoegd.

5 — Op 9 januari 2003 heeft Reynolds nog een beroep ingesteld tegen het besluit van de Commissie, „dat, zoals officieel door de Commissie in haar perscommuniqué IP/02/1592 van 31 oktober 2002 bekend is gemaakt, heeft geleid tot het indienen van de derde vordering op 30 oktober 2002"; die zaak T-6/03 is nog steeds bij het Gerecht aanhangig en geen voorwerp van de onderhavige hogere voorziening.

6 — Philip Morris International e.a./Commissie (T-77/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 en T-272/01, Jurispr. blz. II-1).

7 — Zie punt 77 van het bestreden arrest waarin met name wordt verwezen naar het arrest van het Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9), en de beschikking van het Hof van 4 oktober 1991, Bosman/Commissie (C-117/91, Jurispr. blz. I-4837, punt 13).

8 — Zie punten 79-82 van het bestreden arrest.

geven die de rechtspositie van een verweerder beïnvloeden, maar dat gevolg kan niet aan de partij worden toegeschreven die de rechter heeft geadieerd. Ten slotte kan het besluit om een rechter te adiëren, in beginsel niet tot doel hebben andere gevolgen teweeg te brengen; met andere woorden, het besluit op zichzelf beoogt niet de gevolgen van de rechterlijke beslissing teweeg te brengen.

14. Aangezien de litigieuze besluiten betrekking hebben op procedures voor een rechterlijke instantie van een derde staat (namelijk de Verenigde Staten) en niet binnen de Gemeenschap, moest evenwel [9] ook worden nagegaan of daardoor andere definitieve rechtsgevolgen in het leven zijn geroepen die de rechtspositie van de tabaksproducenten in de communautaire rechtsorde dan wel volgens het Amerikaanse recht aanmerkelijk hebben gewijzigd.

15. Ten eerste [10] hebben de tabaksproducenten betoogd dat de litigieuze besluiten rechtsgevolgen ten aanzien van de door het Verdrag voorziene bevoegdheidsverdeling hebben teweeggebracht, doordat zij het institutionele evenwicht aantasten.

16. Het Gerecht heeft aanvaard dat de Commissie door de besluiten te nemen een standpunt heeft ingenomen over haar bevoegdheid. Deze standpuntbepaling heeft echter geen zelfstandige betekenis ten opzichte van deze besluiten en derhalve geen bindend rechtsgevolg. Anders dan een handeling die een bevoegdheid toekent, brengt zij geen wijziging aan in de bevoegdheidsverdeling. Aanbevelingen en adviezen bevatten ook een standpuntbepaling over de bevoegdheid, maar brengen als zodanig evenmin bindende rechtsgevolgen teweeg en zijn derhalve niet vatbaar voor beroep.

17. Ook wanneer de Commissie eenvoudig onbevoegd was geweest, zouden de bestreden handelingen geen bindende rechtsgevolgen hebben kunnen krijgen. De ernst van een gesteld verzuim dan wel de vermeende daaruit voortvloeiende aantasting van grondrechten kan geen reden vormen om af te wijken van de in het Verdrag neergelegde voorwaarden voor ontvankelijkheid. [11] Hetzelfde geldt voor een vermeende aantasting van het institutionele evenwicht.

18. Bij uitzondering, wanneer zelfs de schijn van wettigheid ontbreekt, kan een rechtsvordering tegen een voorbereidende handeling mogelijk zijn. De rechtspraak ten faveure van deze stelling [12] dateert echter van vóór de duidelijke beslissing van het Hof in de

9 — Zie punt 83 van het bestreden arrest.

10 — Zie punten 85-91 van het bestreden arrest.

11 — Beschikking van het Hof van 10 mei 2001, FNAB e.a./Raad (C-345/00 P, Jurispr. blz. I-3811, punten 39-42).

12 — Arrest IBM/Commissie, aangehaald in voetnoot 7, punt 23, en arrest Gerecht van 18 december 1992, Cimenteries CBR e.a./Commissie (T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Jurispr. blz. II-2667, punt 49).

zaak FNAB e.a./Raad, en er is geen arrest [13] waarin een beroep tegen een handeling zonder rechtsgevolgen is toegelaten. Een besluit tot machtiging van de vice-voorzitter van de Commissie om een internationale overeenkomst te ondertekenen is weliswaar als voor beroep vatbaar beschouwd [14], maar de betrokken overeenkomst in die zaak had tot doel rechtsgevolgen teweeg te brengen door de invoering van wederzijdse verplichtingen, terwijl de verstrekte machtiging in casu alleen betrekking heeft op het instellen van een vordering bij de District Court.

19. In de tweede plaats [15] hebben de tabaksproducenten betoogd dat de bestreden handelingen bindende rechtsgevolgen hebben teweeggebracht doordat zij de communautaire en nationale procedures inzake de invordering van belastingen en douanerechten en inzake fraudebestrijding opzijzetten, waardoor zij hun de juridische waarborgen in het kader van die procedures ontnemen en hen aan de regels van een andere rechtsorde onderwerpen.

20. Het Gerecht heeft opgemerkt dat elke rechter zijn eigen procedureregels en de door zijn eigen collisieregels aangewezen materiële regels moet toepassen, maar dat de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien, niet kunnen worden toegeschreven aan de partij die de rechter heeft geadieerd. Het instellen van een vordering bij een rechter die andere regels toepast, wijzigt als zodanig de rechtspositie van de partijen niet aanmerkelijk.

21. Bepaalde procedurebeschikkingen kunnen rechten en verplichtingen van materiële aard wijzigen. Voorbeelden hiervan in het gemeenschapsrecht zijn beschikkingen tot opheffing van de vrijwaring van boetes op het gebied van de mededinging en beschikkingen tot inleiding van het onderzoek van staatssteun, waardoor lidstaten genoodzaakt kunnen zijn om hun gedrag te wijzigen. Het ontbreken van een communautaire procedure inzake de inning van belastingen en douanerechten kan niet worden gelijkgesteld met een uitdrukkelijk toegekende vrijwaring, en de litigieuze besluiten kunnen weliswaar een voorlopige beoordeling van de gedragingen van de tabaksproducenten door de Commissie inhouden, maar dat brengt geen wijziging in hun verplichtingen en noodzaakt hen niet hun gedragingen te veranderen.

22. Andere procedurebeschikkingen zijn vatbaar voor beroep omdat zij de procedurele rechten van partijen aantasten, bijvoorbeeld een beschikking om een administratieve procedure krachtens verordening nr. 17 te schorsen of een niet-nakomingsprocedure in te leiden. In casu zouden de tabaksproducenten evenwel niet over procedurele rechten hebben beschikt in een niet-nakomingsprocedure. Die rechten konden hun

13 — De tabaksproducenten hadden de arresten van het Hof van 13 november 1991, Frankrijk/Commissie (C-303/90, Jurispr. blz. I-5315), en 12 mei 1998, Commissie/Raad (C-170/96, Jurispr. blz. I-2763) aangehaald.

14 — Arrest van het Hof van 9 augustus 1994, Frankrijk/Commissie (C-327/91, Jurispr. blz. I-3641).

15 — Zie punten 92-106 van het bestreden arrest.

derhalve niet worden ontnomen. Bovendien zijn er, nu de Gemeenschap niet bevoegd is om de betrokken rechten en belastingen te innen, geen communautaire waarborgen geweest die hun ontnomen konden zijn.

23. Weliswaar kunnen de procedures van de lidstaten voor de inning van belastingen en douanerechten en fraudebestrijding de aansprakelijkheid beperken dan wel procedurele waarborgen toekennen, maar de tabaksproducenten hebben niet aangevoerd dat enige concrete procedure was opzijgezet of omzeild als gevolg van de procedure bij de District Court, of dat er ooit een dergelijke procedure tegen hen was ingesteld.

24. De District Court kan inderdaad niet om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 234 EG verzoeken. Dat is echter het gevolg van zijn eigen procedurele regels en geen rechtsgevolg in de zin van artikel 230 EG. In elk geval gaat het in artikel 230 EG om het recht dan wel de verplichting van rechterlijke instanties van lidstaten om een prejudiciële beslissing te vragen. Het kent procespartijen geen recht toe om het Hof te adiëren.

25. De litigieuze handelingen hebben derhalve geen bindende rechtsgevolgen in de communautaire rechtsorde teweeggebracht door de tabaksproducenten aan een andere rechtsorde te onderwerpen dan wel hun rechtspositie op materieel of procedureel vlak te wijzigen.

26. Het Gerecht heeft vervolgens de gevolgen van het instellen van de vorderingen in de rechtsorde van de Verenigde Staten behandeld. [16]

27. Het heeft toegegeven dat, zoals de tabaksproducenten hebben aangevoerd, het instellen van de vorderingen bij de District Court gevolgen had, zowel procedureel als materieelrechtelijk. Het heeft ter zake het volgende overwogen.

28. De procedurele gevolgen waren naar zijn oordeel ofwel dezelfde als noodzakelijkerwijze zijn verbonden aan het adiëren van een rechter, ofwel zuiver feitelijk; zo hadden de tabaksproducenten bijvoorbeeld kosten moeten maken om zich te verweren.

16 — In de punten 109-118 van het bestreden arrest.

29. Een gerechtelijk bevel tot het bekendmaken van feitelijke gegevens of documenten zou wel bindende gevolgen hebben, maar deze vloeien voort uit de autonome uitoefening van de eigen bevoegdheden van de District Court en niet uit de litigieuze besluiten als zodanig. De Gemeenschap is niet reeds juridisch gebonden door de formulering van de vorderingen, omdat de District Court sancties kan opleggen ingeval deze vorderingen misbruik opleveren, lichtzinnig of vexatoir zijn; een door een rechter bestrafte gedraging is niet te vergelijken met een handeling met bindende rechtsgevolgen.

30. Een veroordelend vonnis zou een negatieve uitwerking hebben op de tabaksproducenten, doch de besluiten om de rechter te adiëren hebben als zodanig geen aansprakelijkheid vastgesteld. Door de besluiten zijn de tabaksproducenten erop geattendeerd dat een veroordelend vonnis mogelijk is, maar dit is niet een rechts-, maar een feitelijk gevolg, net als bij een beschuldiging van strafbare gedragingen en de eventuele effecten daarvan op de koers van hun aandelen op de beurs.

31. De vrijwaring van vorderingen wegens laster op grond van lasterlijke uitlatingen in het kader van de procedure is een gevolg van het Amerikaanse recht en kan daarom niet de Commissie worden toegeschreven. Evenmin kan de bekendmaking van de vorderingen van de Commissie op het internet door de District Court in de uitoefening van zijn bevoegdheid, worden vergeleken met een beschikking van de Commissie tot opheffing van een verbod om een document in een nationale gerechtelijke procedure te gebruiken.

32. Ten slotte [17] heeft het Gerecht de argumenten van de tabaksproducenten onderzocht, die betrekking hadden op de noodzaak van een effectieve rechterlijke bescherming.

33. Volgens de producenten zou, indien hun beroepen niet-ontvankelijk waren, hun elk rechtsmiddel om de bestreden handelingen aan te vechten worden ontnomen. Aangezien de geadieerde rechter zich in een derde Staat bevond en een latere handeling van een gemeenschapsinstelling ontbrak, zouden immers noch de communautaire rechterlijke instanties, noch de rechterlijke instanties van de lidstaten uitspraak kunnen doen over de wettigheid van de gedragingen van de Commissie.

34. Het Gerecht heeft opgemerkt dat de toegang tot de rechter één van de constitutieve elementen van een rechtsgemeenschap is, gewaarborgd wordt door een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures voor het toezicht op de wettigheid van de handelingen van de instellingen [18] en is voortgekomen uit de grondwettelijke tradi-

17 — In de punten 120-124 van het bestreden arrest.

18 — Arrest van 23 april 1986, Les Verts/Parlement (294/83, Jurispr. blz. 1339, punt 23).

ties die de lidstaten gemeen hebben, en uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [19], en dat het recht op een doeltreffende voorziening in rechte opnieuw in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is bevestigd. [20]

35. De justitiabelen wordt evenwel de toegang tot de rechter niet ontzegd doordat een handeling zonder beschikkend karakter niet vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring, aangezien een schadevergoedingsactie [21] mogelijk blijft.

36. Hoewel een voorziening in rechte tegen niet-beschikkende gedragingen van instellingen die belangen van particulieren kunnen schaden, wenselijk kan lijken, voorziet het Verdrag daar niet in. Het staat echter niet aan de gemeenschapsrechter om zich in de plaats van de grondleggers van de Gemeenschap te stellen door het neergelegde stelsel van rechtsmiddelen en procedures te wijzigen. [22]

Beoordeling van de hogere voorziening

37. De tabaksproducenten hebben vijf middelen ter staving van hun hogere voorziening aangevoerd: onjuiste uitlegging van artikel 230 EG doordat i) de litigieuze besluiten en ii) de indiening van burgerlijke rechtsvorderingen in de Verenigde Staten geen rechtsgevolgen teweegbrachten; iii) schending van het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming; iv) onjuiste toepassing en uitlegging van de rechtspraak van het Hof inzake de mogelijkheid om kennelijk onwettige maatregelen aan te vechten; en v) schending van artikel 292 EG.

38. De Commissie, daarbij gesteund door acht lidstaten [23], het Parlement en de Raad, stelt dat de in het kader van de hogere voorziening aangevoerde middelen niet-ontvankelijk en/of ongegrond zijn.

Ontvankelijkheid van de hogere voorziening

39. De Commissie en de Republiek Finland hebben bezwaren opgeworpen tegen de ontvankelijkheid van het in het kader van de hogere voorziening aangevoerde eerste, tweede en vierde middel. Ik zal deze bezwaren behandelen waar deze aan de orde komen.

19 — Arrest van 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18); artikelen 6 en 13 van dat Verdrag.

20 — PB 2000, C 364, blz. 1; artikel 47.

21 — Volgens de artikelen 235 EG en 288, tweede alinea, EG.

22 — Arrest Gerecht van 27 juni 2000, Salamander e.a./Parlement en Raad (T-172/98, T-175/98–T-177/98, Jurispr. blz. II-2487, punt 75).

23 — Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Italië, Nederland, Portugal en Spanje.

40. Een mogelijk meer fundamentele vraag is evenwel ter terechtzitting gerezen, toen de gemachtigde van de Commissie in antwoord op een vraag van het Hof naar de huidige stand van de procedures in de Verenigde Staten heeft verklaard: „Die zijn afgelopen. Zij hebben gewonnen."

41. De na de litigieuze besluiten ingestelde procedures blijken thans geheel te zijn afgerond. [24] De vorderingen van de Commissie zijn afgewezen en er staat geen andere rechtsgang meer open na de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court van 9 januari 2006.

42. Waartoe zou dan de onderhavige hogere voorziening kunnen dienen? Als de tabaksproducenten zouden winnen, zou de zaak naar het Gerecht moeten worden verwezen. De in eerste instantie ingediende verzoekschriften strekten alleen maar tot nietigverklaring van de besluiten om een vordering in te stellen. Deze besluiten hebben nu geen gevolgen meer, of die nu rechtens bindend in de zin van artikel 230 EG waren of niet. Ook al zou de afdoening in de Verenigde Staten voor de tabaksproducenten qua kosten niet in alle opzichten succesvol zijn geweest, strekken de in eerste aanleg ingestelde beroepen nochtans niet tot vergoeding van enigerlei schade, terwijl nietigverklaring van de litigieuze besluiten geen essentiële voorwaarde is voor het verkrijgen van die schadevergoeding. [25]

43. Het Hof kan ambtshalve beslissen dat een partij geen enkel procesbelang heeft bij het instellen of handhaven van een hogere voorziening tenzij de uitslag van de hogere voorziening in het voordeel van de rekwirant kan zijn. [26] In casu lijkt er op het eerste gezicht geen voordeel te zijn.

44. Het Hof heeft echter ook uitgemaakt dat een belang bij een beroep tegen een litigieus besluit niet kan worden ontkend op grond dat het reeds was uitgevoerd toen het beroep werd ingesteld. De nietigverklaring kan immers op zichzelf rechtsgevolgen hebben, met name doordat wordt voorkomen dat nog eens op dezelfde wijze wordt gehandeld. [27]

45. Ik ben dan ook van mening dat, ook al kunnen de litigieuze besluiten nu geen gevolgen meer hebben voor de tabaksproducenten, de hogere voorziening niet op die grond niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Er kan nog steeds een belang bij het voorkomen van toekomstige procedures

24 — Uit hetgeen ter terechtzitting is aangevoerd, blijkt dat de op 30 oktober 2002 ingestelde procedure nog steeds aanhangig is, hoewel niet duidelijk is of deze op een van de litigieuze besluiten was gebaseerd (zie voetnoten 3 en 5 hierboven).

25 — Zie verder punten 73 e.v. van deze conclusie.

26 — Zie bijvoorbeeld arresten van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie (C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319, punt 13), en 13 juli 2000, Parlement/Richard (C-174/99 P, Jurispr. blz. I-6189, punt 33), en beschikking van 19 januari 2006, Audi/OHMI (C-82/04 P, niet gepubliceerd, punten 19 e.v.).

27 — Arrest van 24 juni 1986, AKZO Chemie/Commissie (53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 21).

bestaan, en er is nog een beroep van Reynolds aanhangig bij het Gerecht tegen een besluit om in de Verenigde Staten een vordering in te stellen. [28]

46. Ik zal derhalve de in het kader van de hogere voorziening aangevoerde middelen achtereenvolgens behandelen. In algemene zin merk ik op dat de tabaksproducenten niet het gevestigde beginsel aanvechten, dat een beroep tot nietigverklaring alleen tegen maatregelen kan worden ingesteld die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen voor de verzoeker en die zijn belangen kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen. Zij willen aantonen dat die gevolgen er waren en/of dat de ongewone omstandigheden van de zaak verlangden dat hun beroep om andere, buitengewone redenen ontvankelijk werd verklaard.

Eerste middel: onjuiste uitlegging van artikel 230 EG doordat de litigieuze besluiten geen rechtsgevolgen teweegbrachten

47. Dit middel bestaat uit vijf onderdelen die de Commissie alle en de Finse regering (op vier punten) niet-ontvankelijk achten, aangezien zij enkel de in eerste instantie aangevoerde argumenten herhalen.

28 — Zie voetnoot 5 hierboven.

48. De argumenten van de tabaksproducenten mogen weliswaar in aanzienlijke mate overeenkomen met die welke in eerste aanleg zijn aangevoerd, doch dit kan als zodanig dit middel in hogere voorziening niet niet-ontvankelijk maken. Van belang is of ze specifieke onjuistheden in duidelijk aangeven punten van het bestreden arrest betreffen. [29] Het lijkt mij duidelijk dat de argumenten aan dit criterium voldoen, en ik zal ze daarom inhoudelijk onderzoeken.

Toetsing van de besluiten om een rechtsvordering in te stellen

49. Volgens de tabaksproducenten heeft het Gerecht de plank misgeslagen door in punt 79 van zijn arrest te oordelen dat tegen een besluit om een rechtsvordering in te stellen in beginsel geen beroep open staat. Dit is volgens hen alleen het geval wanneer de betrokken maatregelen onderdeel zijn van een procedure die uitmondt in een volgend besluit dat zelf vatbaar is voor rechterlijke toetsing in het communautaire kader, wanneer kwesties inzake een eerdere onrechtmatigheid of onbevoegdheid kunnen worden onderzocht. [30]

29 — Zie bijvoorbeeld arresten Hof van 4 juli 2000, Bergaderm en Goupil/Commissie (C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291, punten 34 en 35), en 30 september 2003, Eurocoton e.a./Raad (C-76/01 P, Jurispr. blz. I-10091, punten 46 en 47).

30 — Zie arrest IBM/Commissie, aangehaald in voetnoot 7, punt 20, en arrest van 29 september 1998, Commissie/Duitsland (C-191/95, Jurispr. blz. I-5449, punt 44).

50. Het Gerecht heeft echter volgens mij zijn conclusie in het aangehaalde punt niet aldus gemotiveerd. Het is tot die conclusie gekomen op grond van het feit dat een dergelijk besluit „op zich niet de litigieuze rechtssituatie [wijzigt]". Ik ben het wat dit betreft eens met de zienswijze van het Koninkrijk Spanje en de Bondsrepubliek Duitsland, dat om die reden voorbereidende handelingen niet kunnen worden aangevochten, niet omdat zij deel uitmaken van een voortdurende procedure — ditzelfde beginsel geldt voor bevestigende handelingen, aanbevelingen, adviezen, verslagen en interne organisatiemaatregelen.

51. Bovendien heeft het Gerecht onmiskenbaar daarna in detail onderzocht of de litigieuze besluiten relevante rechtsgevolgen teweeg hebben gebracht.

52. Het argument is bijgevolg ongegrond.

Onjuiste toepassing van de rechtspraak op een unieke situatie

53. Volgens de tabaksproducenten heeft het Gerecht nagelaten om bij de toepassing van de rechtspraak deze aan de omstandigheden van het onderhavige geval aan te passen, die geen precedent kennen en waarin geen enkele handeling na de litigieuze besluiten of een daarna ingetreden gevolg aan de toetsing door de gemeenschapsrechter kan worden onderworpen, met het gevaar dat de communautaire instellingen over ieder punt en in elke omstandigheid een procedure kunnen aanspannen buiten de communautaire rechtsorde.

54. Dit argument lijkt echter louter de inleiding te zijn van de overige drie onderdelen van het onderhavige middel en behoeft niet apart te worden onderzocht.

Afwezigheid van een stelsel van prejudiciële verwijzing

55. Volgens de tabaksproducenten heeft het Gerecht de rechtspraak onjuist uitgelegd door in punt 105 van zijn arrest te oordelen dat geen rechtsgevolg voorvloeit uit het feit dat geen mogelijkheid bestaat om een prejudiciële beslissing te verkrijgen over de bevoegdheid van de Commissie om de litigieuze besluiten te nemen, zoals wel mogelijk is wanneer de Commissie een vordering in een lidstaat instelt.

56. Ik ben het met het Gerecht eens dat het feit dat het District Court binnen zijn eigen procedures en bevoegdheden moet opereren, niet kan worden beschouwd als een rechtsgevolg van het besluit om die rechter te

adiëren. Volgens mij is de aan dit argument ten grondslag liggende grief wellicht meer van belang voor het derde middel, inzake het recht op effectieve juridische bescherming.

Keuze van procedure

57. Volgens de tabaksproducenten heeft het Gerecht de rechtspraak — in het bijzonder het arrest Spanje/Commissie [31] — onjuist toegepast in die zin dat, nadat definitief is gekozen voor een procedure (in casu een procedure in de Verenigde Staten) boven een andere procedure (in de Gemeenschap), het besluit dat die keuze belichaamt, rechtsgevolgen heeft.

58. Met de Spaanse regering ben ik van mening dat in het arrest Spanje/Commissie niet de keuze van een specifieke procedure van belang was, maar het feit dat de inleiding van deze procedure een beoordeling van de Commissie inhield, die rechtsgevolgen had voor de verzoekende partij. [32] Hetzelfde is het geval in de eveneens in de hogere voorziening aangehaalde zaak Cimenteries e.a./Commissie. [33]

59. Dit argument berust derhalve op een onjuiste veronderstelling.

Definitieve vaststelling van de bevoegdheid

60. De tabaksproducenten betogen dat het Gerecht ten onrechte niet heeft erkend dat een standpuntbepaling van de Commissie over zijn bevoegdheid rechtsgevolgen heeft. Volgens hen kon de Commissie de betrokken procedure enkel aanspannen indien zij op grond van secundair recht daartoe bevoegd was. De litigieuze besluiten hadden dus dezelfde rechtsgevolgen als een handeling van secundair recht. Zij hielden ook de machtiging tot het doen van uitgaven ten behoeve van de gerechtelijke procedure in. [34] Doordat deze besluiten in feite in de plaats zijn getreden van een handeling van primair dan wel secundair recht waarbij de in het Verdrag neergelegde bevoegdheidsregeling werd gewijzigd, beoogden zij die bevoegdheidsverdeling te wijzigen, hetgeen vergelijkbaar is met de situatie in het arrest Frankrijk/Commissie. [35]

61. Ik moet zeggen dat de stelling dat een besluit om iets te ondernemen, rechtsgevolg heeft omdat het degene die het besluit neemt, impliciet daartoe machtigt, van vindingrijkheid getuigt. Deze heeft echter het

31 — Arrest van 30 juni 1992 (C-312/90, Jurispr. blz. I-4117).

32 — Zie in het bijzonder punten 12-17 van dit arrest.

33 — Arrest van 15 maart 1967 (8/66-11/66, Jurispr. blz. 93).

34 — Vergelijk de beschikking van de voorzitter van het Hof van 24 september 1996, Verenigd Koninkrijk/Commissie (C-239/96 R en C-240/96 R, Jurispr. blz. I-4475).

35 — Arrest van 9 oktober 1990 (C-366/88, Jurispr. blz. I-3571)

karakter van een cirkelredenering, aangezien de Commissie geen machtiging nodig heeft om een besluit te nemen zonder rechtsgevolgen. Of, om het met het oog op de onderhavige zaak nauwkeuriger uit te drukken, als een instelling zich de bevoegdheid toe-eigent om een besluit zonder rechtsgevolgen jegens een bepaalde partij te nemen, kan deze toe-eigening ook geen rechtsgevolgen jegens die partij hebben. Het uitgangspunt (en in casu het struikelblok) is het besluit zelf en niet het besluit om het te gaan nemen.

62. Wat de aanwending van de begrotingsmiddelen betreft ben ik het met de Bondsrepubliek Duitsland eens dat het financiële aspect louter een bijkomstigheid is van de litigieuze besluiten. Met het Parlement ben ik het eens dat artikel 211 EG de Commissie voldoende bevoegdheid verleent om die uitgaven aan te gaan ter verzekering van de toepassing van het gemeenschapsrecht, en artikel 274 EG om de begroting onder haar eigen verantwoordelijkheid uit te voeren.

63. Daarbij is in de zaak Frankrijk/Commissie de vraag van de vermeende onbevoegdheid van de Commissie in dat deel van het arrest beslist, waarin de zaak ten gronde en niet de ontvankelijkheid werd behandeld. [36]

36 — Zie in het bijzonder punten 7-13 van het arrest Frankrijk/Commissie. Voor een andere vraag in verband met vermeende onbevoegdheid, zie punt 94 e.v. van deze conclusie.

64. Bijgevolg ben ik van mening dat geen van de door de tabaksproducenten in hun eerste middel aangevoerde argumenten een onjuiste rechtsopvatting laat zien.

Tweede middel: onjuiste uitlegging van artikel 230 EG doordat het instellen van de burgerlijke rechtsvorderingen in de Verenigde Staten geen bindende rechtsgevolgen teweegbracht

65. De tabaksproducenten betogen dat het Gerecht in punt 105 van zijn arrest ten onrechte ervan is uitgegaan dat het District Court het ontbreken van een stelsel van prejudiciële verwijzing kon verhelpen door zelf het gemeenschapsrecht toe te passen; op grond van de „Act of State"-doctrine — volgens welke de Amerikaanse rechter officiële handelingen van een vreemde soevereine mogendheid niet toetst — was het in feite onwaarschijnlijk dat die rechter uitspraak zou doen over de bevoegdheid van de Commissie om de procedures in de Verenigde Staten aan te spannen.

66. De Commissie en de Finse regering achten dit argument geheel nieuw en daarom niet-ontvankelijk. De tabaksproducenten stellen echter dat zij, althans inhoudelijk, voor het Gerecht een beroep op de „Act of State"-doctrine hebben gedaan. Hun stelling

wordt in mijn ogen gestaafd door punt 72 van het bestreden arrest [37], ook al wordt deze doctrine daar niet als zodanig genoemd.

67. Dit zo zijnde, verliest het argument evenwel zijn grondslag doordat de tabaksproducenten zelf de woorden „waarschijnlijk" en „onwaarschijnlijk" in de toelichting bij dit middel in hogere voorziening gebruiken. Het feit dat er een zekere graad van waarschijnlijkheid bestaat, betekent dat hoe bindend de gevolgen, mochten die intreden, ook zijn, zij niet de gevolgen van het oorspronkelijke besluit kunnen zijn, maar enkel van een zich daarna voordoende gebeurtenis. In dit middel beroepen rekwiranten zich niettemin uitdrukkelijk op bindende rechtsgevolgen die uit het instellen van de burgerlijke rechtsvorderingen zouden voortvloeien.

Derde middel: schending van het fundamentele recht op effectieve rechterlijke bescherming

68. Dit middel verwijst naar het oordeel in punt 123 van het bestreden arrest, dat „de justitiabelen de toegang tot de rechter niet wordt ontzegd doordat een handeling zonder beschikkend karakter niet vatbaar is voor een beroep tot nietigverklaring, aangezien het [...] beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid mogelijk blijft wanneer een dergelijke handeling van dien aard is dat de Gemeenschap aansprakelijk is".

69. De tabaksproducenten voeren aan dat het Gerecht van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door als ter zake relevant criterium de toegang tot de rechter te nemen en niet het bestaan van een doeltreffende voorziening in rechte. [38] Bovendien verwijst het Hof in zijn uiteenzetting betreffende het volledige stelsel van rechtsmiddelen niet naar een beroep tot vergoeding van schade krachtens artikel 288 EG. [39] Ook kan een schadevergoedingsactie niet altijd een effectieve rechterlijke bescherming bieden. De tabaksproducenten trachten zich tegen het instellen van vorderingen tegen hen te beschermen op de grond dat de Commissie daartoe onbevoegd zou zijn. Die onbevoegdheid kan echter als zodanig geen aansprakelijkheid voor schade doen ontstaan. Wanneer er geen rechtstreeks beroep kan worden ingesteld, impliceert dit normaliter de mogelijkheid van een prejudiciële verwijzing. Dat is in casu niet het geval. Ook als het District Court uitspraak zou hebben gedaan over de bevoegdheid van de Commissie, kon het geen effectieve rechterlijke bescherming bieden, omdat het de kennis en ook de ervaring mist om fundamentele vragen van constitutioneel gemeenschapsrecht te beslissen.

37 — „Volgens hen is de District Court niet bevoegd om kennis te nemen van de in het kader van de onderhavige beroepen opgeworpen bevoegdheidsvraag."

38 — Arrest Hof van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad (C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39).

39 — Arrest van 2 april 1998, Greenpeace e.a./Commissie (C-321/95 P, Jurispr. blz. I-1651), en Unión de Pequeños Agricultores/Raad, reeds aangehaald, punt 40.

70. Volgens de Commissie geldt het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming niet voor handelingen zoals de litigieuze besluiten, die geen inbreuk kunnen maken op rechten of vrijheden die door het gemeenschapsrecht worden gewaarborgd, en derhalve voor de betrokkenen geen rechtsgevolgen kunnen hebben. Wat hun rechten en vrijheden naar Amerikaans recht betreft, beschikken de tabaksproducenten over alle garanties die door de District Court kunnen worden verleend. Het Hof was in het arrest Unión de Pequeños Agricultores/Raad [40] van oordeel dat het feit dat de voorwaarde van individuele geraaktheid tegen de achtergrond van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming moet worden uitgelegd, die voorwaarde niet tot een dode letter mag maken. Wat artikel 288 EG betreft, stelt de Commissie dat de tabaksproducenten zeker een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen. Het probleem zou daarbij niet liggen in het aantonen van de ontvankelijkheid, maar in het bewijs dat de Commissie onrechtmatig heeft gehandeld door deze burgerlijke rechtsvorderingen in te stellen en dat de tabaksproducenten als rechtstreeks gevolg daarvan schade hebben geleden.

71. Het Koninkrijk Spanje voegt hieraan toe dat het recht op effectieve rechterlijke bescherming niet zo absoluut is, dat tegen iedere handeling beroep open moet staan of dat iedereen een vordering kan instellen. Het brengt in herinnering dat het stelsel van de prejudiciële verwijzing er een is van samenwerking tussen het Hof en de rechters van de lidstaten om de uniforme uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht te waarborgen. Het gebruik van dit stelstel staat los van de mogelijkheid om beroep tot nietigverklaring in te stellen.

72. Het derde middel betreft volgens mij het belangrijkste van de in de hogere voorziening aangevoerde onderwerpen. De toegang tot de rechter en het voorhanden zijn van een doeltreffende voorziening in rechte zijn, samen met de eerbiediging van de grondrechten, de hoekstenen van een rechtsgemeenschap. Een essentieel element van de verplichting van het Hof krachtens artikel 220 EG om de „eerbiediging van het recht bij de [...] toepassing van het Verdrag" te verzekeren, is inderdaad de zorg voor de handhaving van deze beginselen. [41] Dit vooropgesteld, ben ik het in casu eens met de argumenten van zowel de Commissie als van Spanje.

73. Wat het argument van de tabaksproducenten betreft dat het Hof artikel 288 EG niet noemt in zijn rechtspraak waarin het de nadruk op het volledige stelsel van rechtsmiddelen legt, acht ik het van belang dat het Hof in die arresten bijna altijd, zo niet uitsluitend, refereert aan een volledig stelsel van toezicht op de geldigheid van gemeenschapshandelingen met bindende rechtsge-

40 — Aangehaald hierboven, punt 44.

41 — Zie bijvoorbeeld beschikking Hof van 13 juli 1990, Zwartveld e.a. (C-2/88, Jurispr. blz. I-3365) voor een zeer ruim gebruik van die bevoegdheid. Voor de omvang en de aard van de toetsingsbevoegdheden van het Hof, zie bijvoorbeeld arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Parlement en Raad (C-376/98, Jurispr. blz. I-8419, punt 84). Zie ook advies 1/92 van 10 april 1992, (Jurispr. blz. I-2821) over de ontwerp-overeenkomst van de Europese Economische Ruimte.

volgen. Dat blijkt duidelijk sinds het arrest Les Verts [42] tot, zeer recentelijk, het arrest Gaston Schul. [43]

74. Een beroep tot schadevergoeding valt niet onder het stelsel van rechterlijk toezicht. Het is eerder „een zelfstandige rechtsweg, die binnen het stelsel der beroepsmogelijkheden een bijzondere functie heeft en aan de aanwending waarvan in verband met zijn bijzondere doel bepaalde voorwaarden zijn verbonden [...]., Terwijl de beroepen tot nietigverklaring [...] ertoe strekken de onwettigheid van een juridisch bindende handeling [...] te bestraffen, betreft het beroep tot schadevergoeding de vordering tot vergoeding van schade die voortvloeit uit een onrechtmatige handeling of handelwijze die aan een communautaire instelling of een communautair orgaan is toe te rekenen". [44]

75. Er is dus een volledig stelsel van rechtsmiddelen of rechterlijke bescherming ingeval de rechtspositie van een partij door een maatregel met bindende rechtsgevolgen wordt aangetast. Er bestaat een andere, aanvullende voorziening wanneer een partij schade als gevolg van een onrechtmatige gedraging heeft geleden. Deze mogelijkheden kunnen in bepaalde omstandigheden beide voorhanden zijn, maar dat behoeft niet altijd het geval te zijn.

76. In de aangevochten passage van het arrest doelt het Gerecht duidelijk op het „volledige stelsel" in ruime zin, dat zowel het toezicht op de geldigheid als de vaststelling van de aansprakelijkheid voor schade omvat. Het Gerecht had al vastgesteld dat het niet mogelijk was de geldigheid te toetsen omdat er geen bindende rechtsgevolgen waren. Naar zijn oordeel werd de tabaksproducenten niettemin geen rechtsmiddel volgens het gemeenschapsrecht ontnomen als zij konden aantonen dat zij schade hadden geleden ten gevolge van een onrechtmatige gedraging van de Commissie. Op deze redenering kan naar mijn mening geen kritiek worden uitgeoefend, tenzij de vooronderstelling — het ontbreken van bindende rechtsgevolgen — onjuist zou zijn. Volgens mij hebben de tabaksproducenten dit in hun eerste twee middelen niet aangetoond.

77. De werkelijke uitkomst van een beroep tot schadevergoeding is uiteraard onzeker. Thans is een zodanig beroep niet aanhangig en er valt niet te zeggen of, als het werd ingesteld, het ontvankelijk en gegrond zou zijn. Als de tabaksproducenten niet in staat zijn om het bestaan van een onrechtmatige gedraging van de zijde van de communautaire instellingen [45], de gestelde schade en een causaal verband tussen de gedraging en

42 — Aangehaald in voetnoot 18, punt 23.

43 — Arrest van 6 december 2005 (C-461/03, Jurispr. blz. I-10513, punt 22).

44 — Aldus het zeer recente arrest van 23 maart 2004, Europese Ombudsman/Lamberts, C-234/02 P, Jurispr. blz. I-2803, punt 59, en de aldaar aangehaalde rechtspraak. Dit punt en de volgende bevestigen de vaste rechtspraak, dat de ontvankelijkheid van een beroep tot schadevergoeding losstaat van de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van dezelfde vermeende onrechtmatige handeling. Een beroep tot schadevergoeding veronderstelt een maatregel of onrechtmatige gedraging die daadwerkelijk nadelige gevolgen heeft voor de verzoeker, terwijl een beroep tot nietigverklaring van het bestaan van rechtsgevolgen afhangt.

45 — Of, volgens de formulering in het arrest Schöppenstedt, van „een voldoende gekwalificeerde schending van een te hunner bescherming gegeven hogere rechtsregel" (arrest van 2 december 1971, Jurispr. blz. 975, punt 11).

de schade te bewijzen, slaagt hun beroep uiteraard niet. Het feit dat zij in die omstandigheden geen schadevergoeding kunnen verkrijgen, betekent niet dat hun de toegang tot effectieve rechterlijke bescherming wordt ontnomen.

78. Er zijn zeker — niet eens heel erg anders liggende — omstandigheden denkbaar waarin een beroep tot schadevergoeding waarschijnlijk wel kan slagen. Gesteld bijvoorbeeld dat de Commissie zonder de minste reden zou hebben besloten om offensieve procedures aan te spannen tegen een of meer kleine landbouwers in een ACP-staat, waardoor deze economisch ten onder dreigen te gaan voordat het geschil is opgelost. Niet alleen zou de gegrondheid van een schadevordering redelijk gemakkelijk zijn aan te tonen, ook zou kunnen zijn voldaan aan de voorwaarden voor het verkrijgen van voorlopige maatregelen [46], wellicht zelfs in de vorm van een opschorting van de uitvoering van het besluit om een geding aan te spannen. [47]

79. Ten slotte aanvaard ik niet het argument dat de tabaksproducenten ter terechtzitting hebben aangevoerd, volgens hetwelk de termijn van vijf jaar voor het instellen van beroep tot schadevergoeding [48] te kort zou kunnen zijn. Deze termijn geldt in alle gevallen en begint pas te lopen wanneer aan de drie voorwaarden voor het instellen van beroep is voldaan. [49]

80. Ik ben derhalve van mening dat de tabaksproducenten niet hebben aangetoond dat hun recht op effectieve rechterlijke bescherming is geschonden.

Vierde middel: onjuiste toepassing en uitlegging van de rechtspraak inzake de mogelijkheid om kennelijk onrechtmatige maatregelen aan te vechten

81. Dit middel betreft voornamelijk de punten 87 en 88 van het bestreden arrest, die hierboven in de punten 17 en 18 kort zijn samengevat. De tabaksproducenten stellen dat er geen bepaling van gemeenschapsrecht is die de Commissie de bevoegdheid verleent een gerechtelijke procedure aan te spannen buiten de communautaire rechtsorde dan wel executiemaatregelen te nemen om douanerechten en btw te innen. De litigieuze besluiten zijn dus kennelijk onrechtmatig en de beroepen hadden ontvankelijk verklaard

46 — Overeenkomstig artikel 243 EG en artikel 104, lid 1, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

47 — De mogelijkheid van opschorting in samenhang met een beroep tot schadevergoeding is nooit uitdrukkelijk bevestigd, maar blijft open: zie de beschikkingen van de president van het Hof van 23 mei 1990, Comos Tank e.a./Commissie (C-51/90 R en C-59/90 R, Jurispr. blz. I-2167, punt 33), en van de president van het Gerecht van 12 december 1995, Connolly/Commissie (T-203/95 R, Jurispr. blz. II-2919, punt 23).

48 — Artikel 46 van het Statuut van het Hof van Justitie.

49 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 januari 1982, Birra Wührer/Raad en Commissie, (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 en 5/81, Jurispr. blz. 85, punten 9 en 10).

moeten worden conform het arrest IBM/Commissie [50] over het rechterlijke toezicht in uitzonderlijke omstandigheden op voorbereidende handelingen die „zelfs de schijn van wettigheid missen". Toen het Hof in het arrest FNAB e.a./Raad [51] naar de „de uitdrukkelijk in het Verdrag vastgestelde ontvankelijkheidscriteria" verwees, doelde het op de criteria voor rechtstreekse en individuele geraaktheid, en niet op de uitzonderlijke omstandigheden genoemd in het arrest IBM/Commissie.

82. De Commissie en Finland achten dit middel niet-ontvankelijk omdat het slechts de in eerste instantie aangevoerde argumenten herhaalt. Wederom meen ik evenwel dat dit middel duidelijk aan de in de arresten Bergaderm en Goupil/Commissie en Eurocoton e.a./Raad [52] neergelegde criteria voldoet en derhalve ontvankelijk is.

83. De Commissie merkt op dat de bevoorrechte partijen wier prerogatieven konden zijn geraakt doordat zij een bevoegdheid aan zich had getrokken, haar recht om de litigieuze besluiten te nemen hebben verdedigd. Volgens het in artikel 282 EG neergelegde beginsel heeft de Commissie het monopolie van de vertegenwoordiging van de Gemeenschap voor de rechter. Omdat zij dus althans op het eerste gezicht bevoegd is, kan logischerwijs bij de bestreden beschikkingen „zelfs de schijn van wettigheid" niet ontbreken. Bovendien betoogt Spanje dat het arrest IBM/Spanje niet de draagwijdte heeft die de tabaksproducenten daaraan toekennen. Het Hof heeft veeleer de vraag opengelaten, of dergelijke maatregelen bij wijze van uitzondering getoetst konden worden.

84. Ten eerste deel ik de zienswijze van Spanje over de uitlegging van het arrest IBM/Commissie. Punt 23 van het arrest luidt: „in de onderhavige zaak behoeft niet te worden beslist [of] een beroep in rechte in een vroeg stadium, gelijk IBM meent, in bijzondere omstandigheden, waarin de betrokken maatregelen zelfs de schijn van wettigheid missen, kan worden geacht verenigbaar te zijn met het door het Verdrag ingevoerde stelsel van rechtsmiddelen; de omstandigheden die in casu door verzoeker zijn gesteld, kunnen immers de ontvankelijkheid van het beroep in geen geval rechtvaardigen." In het arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, het enige andere arrest dat de tabaksproducenten voor hun stelling aanvoeren, oordeelt het Gerecht kortweg dat zich hoe dan ook „in de onderhavige zaak geen enkele bijzondere omstandigheid [...] voordoet". In beide arresten is dit punt derhalve uitdrukkelijk opengelaten. [53] Het Gerecht kan derhalve niet blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich niet te houden aan een rechtspraak die niet bestaat.

50 — Aangehaald in voetnoot 7, punt 23; zie ook arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, aangehaald in voetnoot 12.

51 — Aangehaald in voetnoot 11, punt 40.

52 — Zie punt 48 en voetnoot 29 van deze conclusie.

53 — De tabaksproducenten hebben weliswaar ook de arresten Commissie/Raad en Frankrijk/Commissie (zie voetnoot 13) genoemd, maar in die zaken ging het om maatregelen die duidelijk rechtgevolgen hadden.

85. In elk geval stelt de maatstaf of een maatregel „zelfs de schijn van wettigheid" mist, een hele hoge norm. Deze kan niet vervuld worden beschouwd wanneer de gestelde onrechtmatigheid zou zijn gelegen in onbevoegdheid van de Commissie om de betrokken maatregel te nemen, en wanneer andere instellingen en/of lidstaten, die in plaats van de Commissie bevoegd zouden zijn geweest, de bevoegdheid van de Commissie niet alleen niet betwisten, maar zelfs uitdrukkelijk bevestigen.

86. De andere argumenten die de tabaksproducenten in het kader van dit middel aanvoeren, zijn eveneens ongegrond. Zij betogen in de eerste plaats dat voor zover het middel betrekking kan hebben op de gegrondheid van het beroep, het Gerecht de kwestie van de ontvankelijkheid had moeten voegen met de zaak ten gronde. De door hen aangehaalde rechtspraak [54] heeft evenwel geen betrekking op situaties waarin het op enigerlei wijze ging om de bevoegdheid of een kennelijke onwettigheid. Ten tweede had volgens hen het Gerecht, nu het de ontvankelijkheid niet met de zaak ten gronde heeft gevoegd, de ontvankelijkheid — dat wil zeggen, of de litigieuze besluiten rechtsgevolgen hadden — moeten onderzoeken op de grondslag van de aangevoerde feiten [55], dus uitgaande van de veronderstelling dat de Commissie niet bevoegd was. Dat is echter precies wat het Gerecht in punt 87 van zijn arrest heeft gedaan. Het heeft de conclusie getrokken dat de enkele onbevoegdheid geen rechtsgevolgen kon doen ontstaan.

87. Ik ben derhalve van mening dat ook dit middel niet kan slagen.

Vijfde middel: Schending van artikel 292 EG

88. Volgens de tabaksproducenten is de conclusie van het Gerecht dat de District Court elk geschil betreffende de bevoegdheid van de Commissie kon beslechten, in strijd met artikel 292 EG en het stelsel van de verdragen. De autonomie van de communautaire rechtsorde loopt in hun ogen gevaar door een niet-communautair stelsel dat de Gemeenschap en haar instellingen in de uitoefening van hun interne bevoegdheden aan een bepaalde uitlegging van de regels van gemeenschapsrecht bindt. [56] Dat zou het geval zijn als de District Court beslist over de bevoegdheid van de Commissie om in de Verenigde Staten een procedure in te stellen teneinde douanerechten en btw te innen.

54 — Arresten van 22 september 1988, Frankrijk/Parlement (358/85 en 51/86, Jurispr. blz. 4821); 9 oktober 1990, Frankrijk/Commissie (C-366/88), aangehaald in voetnoot 35; 13 november 1991, Frankrijk/Commissie (C-303/90), aangehaald in voetnoot 13, en 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, Jurispr. blz. I-3283).

55 — Arrest van 28 januari 1986, Cofaz/Commissie (169/84, Jurispr. blz. 391, punt 20).

56 — Adviezen van 14 december 1991 (1/91, Jurispr. blz. I-6079, punten 41-46), en 18 april 2002 (1/00, Jurispr. blz. I-3493, punt 45).

89. Ten eerste ben ik het op dit punt eens met de zienswijze van de Commissie, dat de formulering van artikel 292 EG, „[d]e lidstaten verbinden zich, een geschil betreffende de uitlegging of de toepassing van het Verdrag niet op andere wijze te doen beslechten dan in dit Verdrag is voorgeschreven", duidelijk aangeeft dat die bepaling een verplichting inhoudt voor de lidstaten en niet een beperking van de bewegingsvrijheid van de instellingen.

90. Ten tweede is een beslissing over de bevoegdheid door een rechter bij wie een communautaire instelling een vordering aanhangig heeft gemaakt [57], niet te vergelijken met de ondertekening door de Gemeenschap van een internationale overeenkomst die de instellingen in de uitoefening van hun interne bevoegdheden bindt dan wel een omvangrijk stelsel van regels, zoals die waarover de beide aangehaalde adviezen gingen, in de communautaire rechtsorde invoert. Een beslissing omtrent de bevoegdheid door de District Court zou alleen voor de specifieke procedure bindend zijn. Deze beslissing zou zelfs voor dezelfde rechter in een andere, op grond van een ander besluit van de Commissie aangespannen procedure kunnen worden aangetast, en a fortiori bij andere rechters en andere fora.

91. Ik ben het verder met de Commissie eens dat de District Court, in wiens rechtsgebied het merendeel van de tabaksproducenten is gevestigd en waarin de gelaakte activiteiten zijn verricht, de meest geëigende instantie was om een doeltreffende tenuitvoerlegging van de rechterlijke uitspraak te verkrijgen, en met de Bondsrepubliek Duitsland, dat de opvatting van de tabaksproducenten met betrekking tot artikel 292 EG het gevaar meebrengt dat iedere verweerder een rechtmatig aangespannen procedure voor een niet-communautaire rechter zou kunnen dwarsbomen door alleen maar ditzelfde bezwaar naar voren te brengen.

92. Bovendien zie ik, net als de Bondsrepubliek Duitsland, niet in hoe een schending van artikel 292 EG, zo die al is aangetoond, als zodanig rechtsgevolgen kan doen ontstaan waardoor de litigieuze besluiten vatbaar voor beroep worden.

Conclusie over de in het kader van de hogere voorziening aangevoerde middelen

93. Na de vijf door de tabaksproducenten aangevoerde middelen te hebben onderzocht, ben ik van mening dat zij geen onjuiste rechtsopvatting in het arrest van het Gerecht hebben aangetoond en dat de hogere voorziening dus moet worden afgewezen.

57 — Zoals de Bondsrepubliek Duitsland aangeeft, veronderstelt dit dat de Act of State doctrine *niet* zal gelden, terwijl het tweede middel ervan uitgaat dat deze doctrine *wel zal* gelden.

Interventie van de Raad

Het probleem

94. Een andere kwestie is door de Raad opgeworpen. Het betreft de positie van geprivilegieerde en niet-geprivilegieerde verzoekers in verband met het criterium van bindende rechtsgevolgen in het stelsel van artikel 230 EG. In wezen stelt de Raad dat het Gerecht het beroep terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard omdat de litigieuze besluiten geen bindende rechtsgevolgen voor de tabaksproducenten teweeg hebben gebracht. Hij stelt evenwel dat de situatie van de in artikel 230, tweede alinea, EG, genoemde geprivilegieerde verzoekers moet worden onderscheiden van die van niet-geprivilegieerde verzoekers zoals de tabaksproducenten. De Raad is van mening dat geprivilegieerde verzoekers niet om redenen van ontvankelijkheid ervan mogen worden weerhouden om dit soort besluiten aan te vechten (al had hij, zo voegt de Raad toe, geen reden om dat in casu te doen).

95. De Commissie en het Parlement onderschrijven uitdrukkelijk het standpunt van de Raad. De tabaksproducenten zijn het ook gedeeltelijk hiermee eens. Zij leiden echter uit de stelling van de Raad het verdere argument af, dat als de litigieuze besluiten door geprivilegieerde verzoekers aangevochten konden worden, deze ook rechtsgevolgen in de zin van artikel 230 EG moeten hebben gehad. Aangezien daarbij buiten kijf staat dat deze besluiten de tabaksproducenten rechtstreeks en individueel raken, hadden de vorderingen ontvankelijk verklaard moeten worden.

Beoordeling

96. Dit argument strekt duidelijk ter ondersteuning van de conclusie van de Commissie, dat de hogere voorziening ten dele niet-ontvankelijk moet worden verklaard en ten dele afgewezen. Het weerlegt evenwel geen van de in hogere voorziening aangevoerde argumenten. Het lijkt derhalve niet van belang voor de onderhavige procedure.

97. Voor zover de Raad met zijn argument de overwegingen van het Gerecht betwist over het bestaan van bindende rechtsgevolgen in de zin van artikel 230 EG, zou het juister zijn geweest het in een aparte hogere voorziening krachtens artikel 56, derde alinea van het Statuut van het Hof aan te voeren. Ik ben er echter niet van overtuigd dat de betrokken overwegingen in strijd zijn met de zienswijze van de Raad.

98. De punten 85 tot en met 91 van het bestreden arrest hebben inderdaad alleen betrekking op bindende gevolgen in het algemeen. Op grond daarvan zou men

kunnen menen dat het Gerecht een algemeen criterium heeft toegepast, dat, wanneer er niet aan wordt voldaan, in de weg staat aan een beroep van welke partij ook. Niettemin blijkt duidelijk dat het Gerecht is uitgegaan van het in punt 77 als algemeen beginsel aangegeven criterium, dat er sprake moet zijn van rechtsgevolgen die voor de specifieke verzoeker bindend zijn, en dat het de conclusie heeft getrokken dat dergelijke gevolgen er voor de tabaksproducenten niet waren. Vanuit dat standpunt is de stelling van de Raad, dat de beoordeling van het recht van beroep van geprivilegieerde verzoekers een andere uitkomst zou moeten opleveren, niet onverenigbaar met de benadering van het Gerecht.

99. Bijgevolg lijkt de stelling buiten het kader van de hogere voorziening te vallen, zodat het Hof deze niet zou behoeven te onderzoeken. Ik zal er niettemin enkele beschouwingen aan wijden, aangezien dit kan ertoe bijdragen om andere aspecten van de hogere voorziening te verduidelijken.

100. De eerdere versie van artikel 230 EG , eerste, tweede en derde alinea [58], was artikel 173, eerste alinea, dat vóór de wijziging bij het Verdrag van Maastricht van 1992 naar de huidige tekst, luidde:

„Het Hof van Justitie gaat de wettigheid na van de handelingen van de Raad en van de Commissie, voor zo ver het geen aanbevelingen of adviezen betreft. Te dien einde is het bevoegd uitspraak te doen inzake elk door een lidstaat, de Raad of de Commissie ingesteld beroep wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van dit Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid."

De formulering van de volgende alinea, betreffende het recht van beroep van rechtstreeks en individueel geraakte natuurlijke of rechtspersonen, is niet gewijzigd.

101. In die context heeft het Hof zijn rechtspraak met betrekking tot het criterium van bindende rechtsgevolgen (en ook de rechtstreekse en individuele geraaktheid) ontwikkeld.

102. In de eerste zaken waarbij deze kwestie aan de orde kwam, heeft het Hof in het algemeen gesproken van maatregelen die bindende werking hadden dan wel ertoe strekten om rechtsgevolgen te hebben of teweeg te brengen. [59] Vervolgens heeft het in

58 — Zie punt 5 van deze conclusie.

59 — Arresten van 1 maart 1966, Lütticke/Commissie EEG (48/65, Jurispr. blz. 27); 31 maart 1971, Commissie/Raad (22/70, Jurispr. blz. 263, punt 42), en 27 maart 1980, Sucrimex/Commissie (133/79, Jurispr. blz. 1299, punt 17).

het arrest IBM/Commissie [60] (restrictiever, maar geenszins onverenigbaar met zijn vorige formuleringen) verklaard: „Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring [...] te beschouwen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen". Het criterium van bindende rechtsgevolgen voor de verzoeker is steeds gevolgd, zeer recent in het arrest Commissie/Greencore [61], waar het voorkomt naast de meer algemene formulering. Het is ook steeds door het Gerecht gevolgd, van het arrest Marcopoulos/Hof [62] tot het arrest Infront WM AG /Commissie. [63]

103. Het lijkt derhalve dat voor de ontvankelijkheid van een beroep volgens artikel 230 EG de eerste toets is, of er bindende rechtsgevolgen *zowel* in het algemeen *als* voor de betrokken verzoeker(s) zijn. Ontbreekt ieder zodanig rechtsgevolg, hoeft niet verder te worden onderzocht of er al dan niet een individueel gevolg is.

104. Dit criterium lijkt bovendien te gelden ongeacht of het al dan niet een „geprivilegieerde" verzoeker in de zin van artikel 230 EG is, zoals blijkt uit het voorbeeld van twee recente zaken waarin een lidstaat, Nederland, om nietigverklaring van een maatregel van de Commissie had verzocht en zijn verzoek alleen niet-ontvankelijk verklaard werd omdat er geen bindende rechtsgevolgen waren *voor verzoeker*. [64]

105. Zo gezien is het in artikel 230, vierde alinea, EG, vervatte criterium van rechtstreekse en individuele geraaktheid een apart en logischerwijs secundair criterium voor uitsluitend niet-geprivilegieerde verzoekers. Zo kan een verordening met algemene werking bindende rechtsgevolgen voor die verzoekers hebben, maar zal ze volgens de rechtspraak hen gewoonlijk niet individueel raken. Deze situatie kan worden vergeleken met het — wederom aparte — criterium van „vrijwaring van hun prerogatieven", dat geldt voor de „semi-geprivilegieerde" verzoekers genoemd in artikel 230, derde alinea, EG. Geen van deze aparte en secundaire criteria geldt voor de in de tweede alinea van dit artikel genoemde „geheel geprivilegieerde" verzoekers.

60 — Aangehaald in voetnoot 7, punt 9.

61 — Arrest van 9 december 2004 (C 123/03 P, Jurispr. blz. I-11647, punt 44).

62 — Arrest van 22 juni 1990 (T 32/89 en T 39/89, Jurispr. blz. II-281, punt 21).

63 — Arrest van 15 december 2005 (T-33/01, Jurispr. blz. II-5897, punt 89).

64 — Arrest van 5 oktober 1999, Nederland/Commissie (C-308/95, Jurispr. blz. I-6513, punten 26 en 29), en beschikking van 28 januari 2004, Nederland/Commissie (C-164/02, Jurispr. blz. I-1177, met name punten 18 en 22).

106. Als de Raad of welke andere in artikel 230, tweede alinea, EG, vermelde verzoeker dan ook een besluit van de Commissie als hier aan de orde, wenst aan te vechten, moet hij dus aantonen dat er bindende rechtsgevolgen voor hem zijn die zijn belangen kunnen aantasten doordat zij zijn rechtspositie aanmerkelijk wijzigen.

107. Anderzijds heeft advocaat-generaal Jacobs zich recentelijk afgevraagd of de benadering van het Hof in de twee arresten waarbij Nederland was betrokken, terecht was, daar het vereiste van bindende rechtsgevolgen zijns inziens alleen betekenis heeft in het geval van individuele, niet-geprivilegieerde verzoekers.[65] Volgens hem behoeft een lidstaat geen specifiek juridisch belang bij de uitkomst van een beroep krachtens artikel 230 EG aan te tonen.

108. Omdat dit punt echter niet van belang was voor die zaak (en het Hof in zijn arrest louter naar de rechtsgevolgen heeft verwezen, zonder te specificeren of deze de lidstaat moesten betreffen) en irrelevant is voor de uitkomst van de onderhavige hogere voorziening, verdient het wellicht de voorkeur om hierover in een latere zaak te beslissen waarin dit punt juist zeer relevant kan zijn.

65 — Conclusie bij het arrest van het Hof van 1 december 2005, Italië/Commissie (C-301/03, Jurispr. blz. I-10217, punten 52 en 53), alsook voetnoot 15 van deze conclusie).

Kosten

109. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. Krachtens artikel 69, lid 4, dragen de lidstaten en instellingen die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten.

110. In casu ben ik van mening dat de hogere voorziening moet worden afgewezen. De Commissie heeft een kostenvordering ingediend. Het Parlement, de Raad en acht lidstaten zijn in het geding tussengekomen.

111. Bijgevolg behoren de tabaksproducenten hun eigen kosten en die van de Commissie te dragen. De interveniënten moeten hun eigen kosten dragen.

Conclusie

112. Ik concludeer derhalve tot:

— afwijzing van de hogere voorziening;

— verwijzing van rekwiranten in hun eigen kosten en in die van de Commissie;

— verwijzing van interveniënten in hun eigen kosten.