FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 6 april 2006 [1]

1. I detta överklagande uppkommer, ur en ny synvinkel, frågan om vad som utgör en rättsakt som kan prövas enligt artikel 230 EG.

2. Målet avser kommissionens beslut att väcka skadeståndstalan i Förenta staterna mot vissa tobaksföretag.

3. Förstainstansrätten avvisade en talan avseende ovannämnda beslut, huvudsakligen på grund av att besluten saknade bindande rättsverkan för bolagen. Klagandena påstår i domstolen att det föreligger en felaktig tolkning av denna rättskraft, åsidosättande av deras rätt till ett effektivt rättsskydd, felaktig tillämpning av rättspraxis avseende uppenbart rättsstridiga rättsakter och åsidosättande av artikel 292 EG.

4. Ytterligare en aspekt påpekas av rådet, som i sin intervention har påstått att även om talan avseende ett beslut av den typ som avses i det förevarande målet inte kan väckas av de berörda enskilda personerna, så kan talan avseende beslutet väckas av en särskild kategori sökande enligt artikel 230 EG till den del beslutet kan få bindande rättsverkningar för dem.

Artikel 230 EG

5. I artikel 230 EG punkterna 1–4 föreskrivs följande:

"Domstolen skall granska lagenligheten av de rättsakter som antas av Europaparlamentet och rådet gemensamt, av rådet, av kommissionen eller av ECB och som inte är rekommendationer och yttranden, samt sådana rättsakter som antas av Europaparlamentet och som skall ha rättsverkan i förhållande till tredje man.

1 — Originalspråk: engelska.

För detta ändamål skall domstolen vara behörig att pröva talan som väcks av en medlemsstat, av Europaparlamentet, av rådet eller av kommissionen rörande bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av detta fördrag eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning eller rörande maktmissbruk.

Domstolen skall på samma villkor vara behörig att pröva en talan som revisionsrätten eller ECB väcker för att tillvarata sina rättigheter.

Varje fysisk eller juridisk person får på samma villkor väcka talan mot ett beslut som är riktat till honom eller mot ett beslut som, även om det utfärdats i form av en förordning eller ett beslut riktat till en annan person, direkt och personligen berör honom."

Bakgrund

6. I kampen mot smuggling av cigaretter till Europeiska gemenskapen beslutade kommissionen den 19 juli 2000 att väcka en civilrättslig talan mot vissa amerikanska cigarettillverkare. Kommissionen beslutade att informera medlemsstaterna och gav kommissionens ordförande och en ledamot befogenhet att instruera rättstjänsten att vidta nödvändiga åtgärder.

7. Kommissionen, som företrädde Europeiska gemenskapen och de medlemsstater som den har behörighet att företräda, väckte den 3 november 2000 en civilrättslig talan vid United States District Court, Eastern District of New York, en federal domstol i Amerikas förenta stater (nedan kallad District Court), mot ett flertal bolag som hör till Philip Morris group (nedan kallad Philip Morris) och till Reynolds group (nedan kallad Reynolds) samt mot bolaget Japan Tobacco, Inc. (nedan kallade tobaksbolagen). [2] Kommissionen gjorde gällande att tobaksbolagen deltagit i organiserad smuggling av cigaretter och distribution av dessa inom gemenskapen och yrkade ersättning för uteblivna tullavgifter och mervärdesskatt. District Court ogillade talan.

8. Kommissionen fattade den 25 juli 2001 ett principbeslut om att väcka en ny civilrättslig talan i Förenta staterna för gemenskapens och minst en medlemsstats räkning mot samma koncerner av cigarettillverkare, och gav även denna gång ordföranden och en ledamot befogenhet att instruera rättstjäns-

2 — Ett annat bolag, Philip Morris International, Inc., var också svarande i de målen, sökande vid förstainstansrätten samt inledningsvis klagande i de förevarande målen. Bolaget har emellertid dragit tillbaka sitt överklagande.

ten att vidta nödvändiga åtgärder. I enlighet med detta väckte kommissionen i augusti 2001 respektive januari 2002 två nya talan vid District Court. Kommissionen företrädde härvid gemenskapen och de medlemsstater den hade behörighet att företräda respektive tio medlemsstater. Även talan i dessa mål ogillades. [3]

Den överklagade domen

9. I slutet av år 2000 samt år 2001 väckte tobaksbolagen talan vid förstainstansrätten [4] om ogiltigförklaring av kommissionens beslut att godkänna att talan väcktes mot dem i Förenta staterna (nedan kallade de ifrågasatta besluten). [5]

10. Kommissionen påstod, med stöd av Europaparlamentet och nio medlemsstater, att ett beslut att väcka talan inte kunde prövas med tillämpning av artikel 230.4 EG.

11. Förstainstansrätten delade kommissionens uppfattning och avvisade talan genom dom av den 15 januari 2003. [6]

12. Förstainstansrätten påpekade att det följer av fast rättspraxis att endast åtgärder med bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligen förändra dess rättsliga situation utgör rättsakter eller beslut som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring. [7] Förstainstansrätten prövade därefter huruvida de ifrågasatta besluten överensstämde med denna definition.

13. Förstainstansrätten angav att det i allmänhet [8] gäller att när talan väcks vid en domstol får detta rättsverkningar. Dessa verkningar gäller emellertid först och främst förfarandet vid den domstol vid vilken talan har väckts. För att kunna erhålla ett bindande domstolsbeslut är det nödvändigt att väcka talan, men de skyldigheter som åligger parterna i tvisten fastställs emellertid inte på ett slutgiltigt sätt i beslutet att väcka talan utan endast genom beslut av den domstol vid vilken talan har väckts. Vissa följder kan bli resultatet av att en talan väcks vid domstol — såsom att preskriptionstiden avbryts eller att skyldigheten att betala ränta på ett begärt belopp upphör — men utgör inte i sig rättsverkningar i den mening som avses i artikel 230 EG. När en talan har

3 — Därtill väcktes en fjärde talan av kommissionen och tio medlemsstater den 30 oktober 2002, efter att förhandling hade hållits i förstainstansrätten i förevarande mål.

4 — De fem målen förenades därefter genom beslut av den 31 januari 2002 av ordföranden för förstainstansrättens andra avdelning (i utökad sammansättning).

5 — Reynolds väckte ytterligare en talan mot "kommissionens beslut av den 30 oktober 2002 att väcka talan mot sökandena för tredje gången vid New York District Court, såsom tillkännagetts i kommissionens pressmeddelande IP/05/1592 av den 31 oktober 2002" den 9 januari 2002 (mål T-6/03), vilket fortfarande är anhängigt vid förstainstansrätten och inte omfattas av förevarande överklagande.

6 — Dom av den 15 januari 2003 i de förenade målen T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 och T-272/01, Philip Morris International m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. II-1).

7 — Se punkt 77 i den överklagade domen, vari det bland annat hänvisas till dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (REG 1981, s. 2639), punkt 9, svensk specialutgåva, volym VI, s. 225, och av den 4 oktober 1991 i mål C-117/91, Bosman mot kommissionen (REG 1991, s. I-4837), punkt 13.

8 — Se punkterna 79–82 i den överklagade domen.

väckts vid domstol kan denna fatta beslut som kan komma att påverka parternas rättsliga ställning, men den effekten kan inte hänföras till den part som har väckt talan. Slutligen har ett beslut att väcka talan vid domstol i princip inte till syfte att uppnå andra verkningar — eller det är med andra ord inte avsett att i sig uppnå de verkningar som en dom har.

14. Eftersom [9] de ifrågasatta rättsakterna avser talan vid en domstol i tredje land (nämligen en domstol i Förenta staterna) och inte inom gemenskapen var det också nödvändigt att pröva huruvida rättsakterna hade fått slutgiltiga rättsverkningar, utöver dem som nödvändigtvis uppstår när en talan väcks vid någon domstol, rättsverkningar som väsentligen förändrat tobaksbolagens rättsliga situation, antingen inom gemenskapens rättsordning eller enligt Förenta staternas lagstiftning.

15. För det första [10] påstod tobaksbolagen att de ifrågasatta rättsakterna har fått rättsverkningar för den fördelning av behörigheter som föreskrivs i fördraget, genom att den institutionella jämvikten har rubbats.

16. Förstainstansrätten godtog att kommissionen genom att anta besluten hade bedömt sin behörighet att anta dem. Denna bedömning saknade emellertid självständig betydelse i förhållande till de antagna besluten och hade därmed ingen bindande verkan. I motsats till vad som gäller för en rättsakt som syftar till att ge behörighet, kan de därför inte medföra en förändring av fördelningen av behörigheter. Rekommendationer och yttranden kräver också att deras upphovsman bedömer sin behörighet, men dessa rättsakter har inte heller några självständiga rättsverkningar och talan kan därför inte väckas avseende dem.

17. Kommissionens bristande behörighet var inte tillräcklig för att dra slutsatsen att de ifrågasatta rättsakterna skulle få bindande rättsverkningar. Den omständigheten att en påstådd överträdelse är allvarlig eller att den påstås medföra en avsevärd kränkning av grundläggande rättigheter medför inte att man kan avvika från de villkor som anges i fördraget i syfte att ta upp en talan om ogiltigförklaring till sakprövning. [11] Detsamma gäller avseende ett eventuellt åsidosättande av den institutionella jämvikten.

18. Under särskilda omständigheter, då det är fråga om åtgärder som inte ens kan betraktas som lagliga, kan en talan avseende en förberedande rättsakt bli prövad. De beslut som har gett upphov till denna hypotes [12] är emellertid äldre än beslutet i

9 — Se punkt 83 i domen.

10 — Se punkterna 85–91 i domen.

11 — Beslut av den 10 maj 2001 i mål C-345/00 P, FNAB mot rådet (REG 2001, s. I-3811), punkterna 39–42.

12 — Målet IBM mot kommissionen (ovan fotnot 7), punkt 33, och dom av den 18 december 1992 i de förenade målen T-10/92, T-11/92, T-12/92 och T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. II-2667), punkt 49, svensk specialutgåva, volym XIII, s. II-97.

målet FNAB m.fl. mot rådet och det finns inget stöd i rättspraxis [13] för prövning av rättsakter som saknar rättsverkan. Ett beslut att ge kommissionens vice ordförande befogenhet att underteckna ett internationellt avtal har ansetts kunna prövas [14] men det avtal som avsågs i det målet var avsett att få rättsverkan genom att inrätta ömsesidiga skyldigheter, medan den behörighet som avses i målet vid förstainstansrätten endast avsåg frågan att väcka talan vid District Court.

19. För det andra [15] har tobaksbolagen påstått att de ifrågasatta besluten hade en bindande rättsverkan, eftersom de inte följde gemenskapens och medlemsstaternas förfaranden för uppbärande av skatter och tullavgifter och kampen mot bedrägeri, vilket gjorde att tobaksbolagen berövades de rättsliga garantier som följer av dessa förfaranden och att de kom att omfattas av bestämmelser i en annan rättsordning.

20. Förstainstansrätten anmärkte att alla domstolar måste tillämpa sina förfaranderegler och den materiella rätt som följer av tillämpningen av deras lagvalsregler, men rätten fann att de rättsverkningar som följer därav inte kan tillskrivas den part som har väckt talan. Väckande av talan vid en domstol som tillämpar andra bestämmelser kan inte i sig medföra en väsentlig förändring av parternas rättsliga ställning.

21. Vissa beslut av processrättslig beskaffenhet kan få bindande rättsverkningar. Exempel inom gemenskapsrätten är beslut att häva immunitet från åläggande av böter inom konkurrensområdet och beslut om att inleda ett undersökningsförfarande angående statliga stöd, vilka kan medföra krav på att medlemsstaterna ändrar sitt handlande. Avsaknaden av ett gemenskapsförfarande för att uppbära skatter och tullavgifter är emellertid inte jämförbart med en uttrycklig immunitet och även om de ifrågasatta besluten kan innebära att kommissionen har gjort en provisorisk bedömning av tobaksbolagens agerande har inte tobaksbolagens skyldigheter ändrats och de har inte tvingats förändra sitt beteende.

22. Talan kan väckas avseende andra beslut av processrättslig beskaffenhet, eftersom de påverkar de berördas processuella rättigheter — till exempel ett beslut att inställa ett administrativt förfarande enligt förordning nr 17 och att väcka talan om fördragsbrott. I förevarande mål skulle emellertid tobaksbolagen inte ha åtnjutit några processuella rättigheter inom ramen för något fördragsbrottsförfarande. De har således inte berö-

13 — Tobaksbolagen hänvisade till dom av den 12 maj 1998 i mål C-170/96, kommissionen mot rådet (REG 1998, s. I-2763), och av den 13 november 1991 i mål C-303/90, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-5315).

14 — I dom av den 9 augusti 1994 i mål C-327/91, Frankrike mot kommissionen (REG 1994, s. I-3641).

15 — Se punkterna 92–106 i domen.

vats några sådana rättigheter. I avsaknad av behörighet för gemenskapen att uppbära tullavgifterna och skatterna i fråga fanns det dessutom inte några gemenskapsrättsliga garantier som sökandena kunde ha berövats.

23. Även om medlemsstaternas förfaranden för uppbörd av skatt och tullavgifter eller för kampen mot bedrägeri kan begränsa ansvaret eller medföra processuella garantier, så hade tobaksbolagen inte gjort gällande att konkreta förfaranden skulle ha åsidosatts eller kringgåtts genom förfarandet vid District Court, eller att något sådant förfarande ens har inletts mot dem.

24. Det skall medges att District Court inte kan begära förhandsavgörande med tillämpning av artikel 234 EG. Detta är emellertid en följd av den amerikanska domstolens egna förfaranderegler och inte en rättsverkan i den mening som avses i artikel 230 EG. Artikel 234 EG avser rätten eller skyldigheten för medlemsstaternas domstolar att begära förhandsavgörande. Artikeln medför ingen sådan rätt för parter i ett mål.

25. Av denna anledning har de ifrågasatta rättsakterna inte fått bindande rättsverkningar inom gemenskapens rättsordning genom att underställa tobaksbolagen en annan rättsordning eller genom att ändra deras rättsliga ställning i sak eller beträffande förfarandet.

26. Förstainstansrätten behandlade därefter konsekvenserna av att förfaranden inletts i Förenta staterna. [16]

27. Förstainstansrätten medgav att inledandet av förfaranden vid District Court, såsom tobaksbolagen hade påstått, fick konsekvenser både med avseende på processuella och materiella bestämmelser. Rätten behandlade dessa konsekvenser enligt följande.

28. Förstainstansrätten ansåg att de processuella konsekvenserna antingen inte skilde sig från dem som nödvändigtvis uppkommer när en talan väcks, eller endast är faktiska: exempelvis hade tobaksbolagen ådragit sig kostnader för sitt försvar.

16 — Se punkterna 109–118 i domen.

29. Ett beslut att redovisa sakomständigheter eller att inge handlingar har bindande rättsverkan, men dessa rättsverkningar utgjorde en följd av District Courts självständiga utövande av sin egen behörighet och inte av de ifrågasatta besluten i sig. Gemenskapen var inte rättsligt bunden av lydelsen av de yrkanden som framförts enbart för att District Court kunde ålägga gemenskapen sanktioner om yrkandena utgjorde missbruk, eller gemenskapen agerat lättsinnigt eller mot bättre vetande — vilket är ett straffbart handlande som sanktioneras av en domstol och som inte kan jämföras med att anta en rättsakt med bindande rättsverkningar.

30. Tobaksbolagen skulle påverkas av ett beslut som gick dem emot, men besluten att inleda förfaranden fastställde inte i sig om det förelåg ett ansvar. Även om besluten informerade tobaksbolagen om att en dom mot dem var möjlig, så utgjorde detta inte en rättsverkan utan en faktisk effekt, på samma sätt som påståenden om brottsligt agerande har följder för aktiekurserna.

31. Immuniteten mot talan om förtal avseende påståenden under förfarandet följde av Förenta staternas lagstiftning och kunde inte hänföras till kommissionen. Publiceringen av kommissionens käromål på Internet, som gjordes av District Court med tillämpning av dess egen behörighet kan inte heller den jämföras med ett beslut av kommissionen att häva ett förbud att använda denna handling i ett nationellt rättsligt förfarande.

32. Slutligen [17] prövade förstainstansrätten tobaksbolagens argument avseende behovet av ett effektivt rättsligt skydd.

33. Bolagen påstod att om deras talan inte kunde tas upp till sakprövning berövades de alla möjligheter att bestrida de ifrågasatta besluten. Eftersom den domstol vid vilken talan har väckts ligger i tredje land och då det saknas en senare rättsakt antagen av en gemenskapsinstitution, kan varken gemenskapens eller medlemsstaternas domstolar pröva om kommissionens agerande är rättsenligt.

34. Förstainstansrätten uttalade att rätten till domstolsprövning utgör en grundläggande del av en rättslig gemenskap, som garanteras av ett fullständigt system med rättsmedel och förfaranden avsett att göra det möjligt för domstolen att granska lagenligheten av gemenskapens rättsakter [18] och som härleds från författningstraditioner som är gemen-

17 — Se punkterna 120–124 i domen.

18 — Dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, Parti écologiste Les Verts mot Europaparlamentet (REG 1986, s. 1339; svensk specialutgåva, volym VIII, s. 529), punkt 23.

samma för medlemsstaterna och från Europakonventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.[19] Rätten till ett effektivt rättsmedel bekräftas av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.[20]

35. Individer berövas emellertid inte rätten till domstolsprövning enbart för att en handling som inte utgör ett beslut inte kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring, eftersom en talan om utomobligatoriskt skadestånd[21] fortfarande kan väckas.

36. Även om det framstår som önskvärt att enskilda ges möjlighet att väcka talan avseende handlingar från institutionerna som inte utgör beslut men som kan påverka deras intressen, föreskrivs inte detta i fördraget. Gemenskapsdomstolarna saknar behörighet att sätta sig i stället för gemenskapens grundare genom att ändra det bestående systemet av rättsmedel och förfaranden.[22]

Bedömning av överklagandet

37. Klagandena har anfört fem grunder för sitt överklagande. De är felaktig tolkning av artikel 230 EG då artikeln påstods innebära att (i) de ifrågasatta besluten och (ii) väckandet av civilrättslig talan i Förenta staterna inte hade någon rättslig effekt, (iii) åsidosättande av den grundläggande rättigheten till effektivt rättsskydd, (iv) felaktig tillämpning och tolkning av rättspraxis huruvida uppenbart rättsstridiga åtgärder kan bli föremål för en talan och (v) åsidosättande av artikel 292 EG.

38. Kommissionen påstod, med stöd från åtta medlemsstater[23], Europaparlamentet och rådet, att grunderna för överklagandet skall avvisas eller ogillas.

Frågan huruvida överklagandet kan tas upp till sakprövning

39. Invändningar huruvida talan kan tas upp till sakprövning avseende de första, andra och fjärde grunderna i överklagandet har framställts av kommissionen och Finland. Jag skall granska dem senare.

19 — Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym VIII, s. 597), punkt 18; artiklarna 6 och 13 i konventionen.

20 — EGT C 364, 18.12.2000, s. 1; artikel 47.

21 — Enligt artikel 235 EG och artikel 288 EG andra stycket.

22 — Dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen T-172/98 och T-175/98, Salamander mot Europaparlamentet och rådet (REG 2000, s. II-2487), punkt 75.

23 — Finland, Frankrike, Tyskland, Grekland, Italien, Nederländerna, Portugal och Spanien.

40. En fråga som potentiellt sett är av mer grundläggande karaktär uppkom emellertid vid förhandlingen, när kommissionens ombud, som svar på en fråga från domstolen om förfarandet i Förenta staterna, svarade: "Det är slut. De vann."

41. Det framstår som om de förfaranden som har inletts på grundval av de ifrågasatta besluten nu har genomförts. [24] Kommissionens talan har ogillats och det finns ingen möjlighet att överklaga längre, efter ett beslut av Förenta staternas högsta domstol den 9 januari 2006.

42. Vad kan då uppnås med denna talan? Om tobaksbolagen vinner framgång måste målet återförvisas till förstainstansrätten. Men ansökan i första instans avser endast ogiltigförklaring av besluten att inleda förfaranden. Dessa beslut har nu förlorat all sin verkan, vare sig det rör sig om bindande rättsverkningar i det avseende som menas i artikel 230 EG eller inte. Trots att förlikningen i Förenta staterna inte gav tobaksbolagen full ersättning för kostnader avser målen i förstainstansrätten inte ersättning för någon förlust, och en ogiltigförklaring av de ifrågasatta besluten utgör inte en nödvändig förutsättning för att erhålla sådan ersättning. [25]

43. Domstolen kan *ex officio* fastställa att en part inte har ett berättigat intresse av att överklaga eller fullfölja ett överklagande om inte överklagandet, om det är framgångsrikt, kan medföra en fördel för klaganden. [26] I förevarande mål förefaller det inte föreligga någon sådan fördel.

44. Domstolen har emellertid även framhållit att intresset av att väcka talan mot ett beslut inte kan förnekas med hänvisning till att beslutet redan hade verkställts när talan väcktes. En ogiltigförklaring kan i sig själv ha rättsverkningar, särskilt genom att förhindra upprepningar av det förfarande som har ifrågasatts. [27]

45. Trots att de ifrågasatta besluten i sig nu har förlorat hela sin eventuella effekt för tobaksbolagen, föreslår jag följaktligen inte att överklagandet skall avvisas på den grunden. Det kan fortfarande finnas ett intresse av att förhindra framtida förfaran-

24 — Av vad som sades vid förhandlingen framgår att den talan som väcktes den 30 oktober 2002 fortfarande är anhängig, även om det inte framgår om den baseras på någon av de ifrågasatta besluten (se ovan fotnoterna 3 och 5).

25 — Se vidare nedan i punkt 73 och följande punkter.

26 — Se till exempel dom av den 19 oktober 1995 i mål C-19/93 P, Rendo mot kommissionen (REG 1995, s. I-3319), punkt 13, av den 13 juli 2000 i mål C-174/99 P, Europaparlamentet mot Richard (REG 2000, s. I-6189), punkt 33, beslut av den 19 januari 2006 i mål C-82/04 P, Audi mot OHMI (ej publicerat i rättsfallssamlingen), punkt 19 och följande punkter.

27 — Se dom av den 24 juni 1986 i mål 53/85, AKZO mot kommissionen, REG 1986, s. 1965, punkt 21; svensk specialutgåva, s. 649.

den, och en annan talan av Reynolds i vilken ett beslut att väcka talan vid en domstol i Förenta staterna ifrågasätts är fortfarande anhängigt vid förstainstansrätten. [28]

46. Jag skall därför behandla grunderna för överklagandet i tur och ordning. Som en allmän utgångspunkt skall det klargöras att tobaksbolagen inte har ifrågasatt den fastställda principen att en talan om ogiltigförklaring endast kan väckas avseende åtgärder vars rättsliga verkan är bindande för sökanden och som kan påverka sökandens intressen genom att medföra en tydlig förändring av hans rättsliga ställning. Tobaksbolagen försöker snarare att bevisa att en sådan verkan förelåg eller att nya omständigheter i målet innebar att deras talan skall tas upp till sakprövning av andra extraordinära omständigheter.

Den första grunden: Felaktig tolkning av artikel 230 EG enligt vilken denna artikel skulle innebära att de ifrågasatta besluten inte hade någon rättsverkan

47. Denna grund är uppdelad i fem delar, vilka enligt kommissionen och (avseende fyra av dem) Finland inte kan tas upp till sakprövning, eftersom de utgör en upprepning av argument som framförts i första instans.

28 — Ovan fotnot 5.

48. Även om tobaksbolagens yrkanden till en väsentlig del sammanfaller med deras yrkanden i första instans, medför inte det att yrkandena inte kan prövas efter överklagande. Det som är av betydelse är om de utgör påståenden om specifika rättsliga fel i tydligt avgränsade delar av den överklagade domen. [29] I det förevarande målet framstår det för mig som klart att argumenten uppfyller det kriteriet och jag föreslår att de skall prövas.

Prövning av besluten att inleda förfaranden

49. Tobaksbolagen har påstått att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till ett fel då rätten, som en principsak, i punkt 79 i sin dom angav att ett beslut att inleda ett förfarande inte kan ifrågasättas. Det kan enligt tobaksbolagen bara göras när åtgärderna i fråga utgör del av ett förfarande som leder till ett senare beslut som i sin tur kan granskas vid en domstol inom gemenskapen, varvid tidigare frågor om lagstridighet och behörighet kan beaktas. [30]

29 — Se, till exempel, dom av den 4 juli 2000 i mål C-352/98, Bergaderm och Goupil mot kommissionen (REG 2000, s. I-5291), punkterna 34 och 35, och av den 30 september 2003 i mål C-76/01 P, Eurocoton mot rådet (REG 2003, s. I-10091), punkterna 46 och 47.

30 — Se domen i målet IBM (ovan fotnot 12), punkt 20, och av den 29 september 1998 i mål C-191/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-5449), punkt 44.

50. Enligt min mening är det emellertid inte så som förstainstansrätten uttryckte sig i den angivna delen. Rätten kom fram till slutsatsen på grundval av att ett sådant beslut "förändrar inte i sig den omtvistade rättsliga situationen". Jag håller med Spanien och Tyskland när de säger att det är av den anledningen som förberedande rättsakter inte kan utgöra föremål för talan, snarare än att de utgör en del av ett fortlöpande förfarande — varvid principen är densamma som för bekräftande rättsakter, meddelanden, yttranden, rapporter och rättsakter avseende den interna organisationen.

51. Det framgår vidare tydligt av domen att förstainstansrätten i detalj granskade huruvida de ifrågasatta besluten hade några relevanta rättsverkningar.

52. Argumentet är således felaktigt.

Felaktig tillämpning av rättspraxis i en särskild situation

53. Tobaksbolagen har påstått att förstainstansrätten underlät att anpassa sin tillämpning av rättspraxis till de helt nya omständigheterna i målet, enligt vilka ingen rättsakt eller följd av de ifrågasatta besluten kunde granskas av gemenskapens domstolar, vilket medförde en risk för att gemenskapens institutioner skulle kunna väcka talan utanför gemenskapen i vilket ämne som helst och under vilka omständigheter som helst.

54. Argumentet framstår emellertid endast som en inledning till de tre återstående delargumenten för överklagandet enligt denna grund och kräver inte en egen analys.

Möjlighet att begära förhandsavgörande saknas

55. Enligt tobaksbolagens åsikt misstolkade förstainstansrätten rättspraxis då den i punkt 105 i domen ansåg att det inte följde någon rättsverkan av att det saknades möjlighet att erhålla ett förhandsavgörande avseende kommissionens behörighet att fatta de ifrågasatta besluten, till skillnad från vad som skulle ha varit fallet om kommissionen skulle ha väckt talan i en domstol i en medlemsstat.

56. Jag delar förstainstansrättens bedömning att den omständigheten att District Court måste arbeta enligt sina förfaranden och enligt sin egen behörighet inte kan anses utgöra en rättsverkan av beslutet att väcka

talan vid denna amerikanska domstol. Det framstår för mig som att den invändning som är orsaken till detta påstående kan vara mer relevant i förhållande till den tredje grunden för överklagandet, avseende rätten till ett effektivt rättsskydd.

Val av förfarande

57. Tobaksbolagen anser att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig tillämpning av rättspraxis — särskilt domen i målet Spanien mot kommissionen [31] — vilket medförde att i de fall då ett definitivt val har gjorts avseende ett förfarande (här, förfaranden i Förenta staterna) framför ett annat (förfaranden inom gemenskapen), så har det beslut som innehåller detta val rättsverkan.

58. Jag delar Spaniens uppfattning att det som var av betydelse i domen i målet Spanien mot kommissionen inte var valet av en viss typ av förfarande, utan att inledandet av förfarandet medförde en bedömning av kommissionen som medförde rättsverkningar för sökanden. [32] Detsamma gäller för domen i målet Cimenteries [33] som också nämns i överklagandet.

59. Detta argument vilar således på ett felaktigt antagande.

Slutgiltigt fastställande av behörighet

60. Tobaksbolagen har påstått att förstainstansrätten har underlåtit att beakta att kommissionens beslut om sin behörighet hade rättsverkan. Kommissionen kan endast agera om sekundärrätten ger den behörighet att inleda domstolsförfarandena i fråga. De ifrågasatta besluten hade således samma rättsverkan som en sekundärrättsakt. Besluten medgav även utlägg för domstolsförfarandena. [34] Genom att ersätta primär- eller sekundärrätt och därmed ändra maktfördelningen enligt fördraget var dessa beslut avsedda att ändra maktfördelningen, vilket är en situation som liknar den i målet Frankrike mot kommissionen. [35]

61. Det är på sätt och vis fyndigt att påstå att ett beslut att göra någonting har rättsverkan, eftersom det indirekt ger dess upphovsman en lagstadgad rätt att fatta beslutet. Det fyndiga i påståendet är emellertid av cirkel-

31 — Dom av den 30 juni 1992 i mål C-312/90, Spanien mot kommissionen (REG 1992, s. I-4117).

32 — Se särskilt punkterna 12–17 i den domen.

33 — Dom av den 15 mars 1967 i de förenade målen 8/66 till 11/66, Cimenteries mot kommissionen (REG 1967, s. 75; svensk specialutgåva, volym I, s. 317).

34 — Jämför med dom av den 24 september 1996 i de förenade målen C-239/96 R och C-240/96 R, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1996, s. I-4475).

35 — Dom av den 9 oktober 1990 i mål C-366/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-3571).

natur, eftersom kommissionen inte behöver någon lagstadgad behörighet för att fatta ett beslut som saknar rättsverkan. Eller, för att uttrycka sig mer tydligt med avseende på det förevarande målet, om en institution ger sig behörighet att fatta ett beslut som inte har någon rättsverkan i förhållande till en part så kan detta antagande om behörighet inte heller ha någon rättsverkan i förhållande till den parten. Utgångspunkten (och i detta fall haken) är själva beslutet, inte beslutet att fatta beslutet.

62. Vad beträffar användningen av budgetmedel håller jag med Tyskland om att den ekonomiska aspekten är rent tillfällig i de ifrågasatta besluten. Jag håller med Europaparlamentet om att kommissionen har tillräcklig behörighet enligt artikel 211 EG att ådra sig sådana utgifter i syfte att tillförsäkra att gemenskapsrätten tillämpas, och enligt artikel 274 EG för att genomföra budgeten på sitt eget ansvar.

63. I domen i målet Frankrike mot kommissionen avgjordes frågan om den påstådda avsaknaden av behörighet i den del av domen som avser sakfrågan, inte i den preliminära bedömningen av om talan kan tas upp till sakprövning. [36]

36 — Se särskilt punkterna 7–13 i domen i målet Frankrike mot kommissionen. Beträffande en annan fråga som har nära anknytning till påståendet om avsaknad av behörighet, se nedan punkt 94 och följande punkter.

64. Jag finner således att inget av tobaksbolagens argument enligt den första grunden för överklagandet påvisar någon felaktig rättstillämpning i den överklagade domen.

Den andra grunden: Felaktig tolkning av artikel 230 EG enligt vilken denna artikel innebär att det inte medförde några bindande rättsverkningar att inleda ett förfarande i Förenta staterna

65. Tobaksbolagen har påstått att förstainstansrätten felaktigt har antagit i punkt 105 i den överklagade domen att District Court kan avhjälpa avsaknaden av möjlighet att begära förhandsavgörande genom att själv tillämpa gemenskapsrätt. I själva verket innebär Act of State-doktrinen — enligt vilken Förenta staternas domstolar inte behandlar officiella rättsakter från främmande stat — att det var osannolikt att domstolen skulle avgöra frågan om kommissionens behörighet att väcka talan i Förenta staterna.

66. Kommissionen och Finland har påstått att detta argument är helt nytt och därför inte kan prövas. Tobaksbolagen har emellertid påstått att de åtminstone i sak har stött sin talan vid förstainstansrätten på Act of

State-doktrinen. Det framgår enligt min mening av punkt 72 i den överklagade domen,[37] även om doktrinen inte nämns vid namn.

67. Trots detta innebär den omständigheten att tobaksbolagen använder sig av uttrycken "sannolik" och "osannolik" när de utvecklar sina argument i överklagandet att argumenten berövas sin grund. Att det till viss del är sannolikt innebär att effekterna, oaktat hur bindande de är om de faller ut, inte kan utgöra effekterna av det ursprungliga beslutet utan endast av den mellankommande händelsen. I grunden till överklagandet påstås inte desto mindre särskilt att bindande rättsverkningar följer av att en civilprocess inleds.

Den tredje grunden: Den grundläggande rätten till ett effektivt rättsskydd har åsidosatts

68. Denna grund avser uttalandet i punkt 123 i den överklagade domen att "de berörda inte har berövats rätten till domstolsprövning på grund av att en handling som inte utgör något beslut inte kan utgöra föremål för en talan om ogiltigförklaring [,eftersom] [e]n talan om utomobligatoriskt skadestånd [...] fortfarande [kan] väckas om en sådan handling är av sådan beskaffenhet att gemenskapens skadeståndsansvar aktualiseras".

69. Tobaksbolagen har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning då de valde rätten till domstolsprövning och inte förekomsten av ett verksamt rättsligt skydd som det relevanta kriteriet.[38] Domstolen hänvisar dessutom inte till en talan om skadestånd enligt artikel 288 EG i sin redogörelse för det fullständiga systemet med olika former av talan.[39] En skadeståndstalan kan inte heller alltid ge ett verksamt rättsligt skydd. Tobaksbolagen vill ha skydd mot att talan väcks mot dem, eftersom kommissionen saknar behörighet att väcka sådan talan. Bristen ger emellertid inte i sig en rätt till skadestånd. Normalt sett innebär avsaknaden av en möjlighet till direkt talan att det finns en möjlighet till förhandsavgörande. Det är inte fallet i förevarande mål. Även om District Court skulle komma att besluta om kommissionens behörighet, skulle den inte kunna ge ett verksamt rättsligt skydd, eftersom den saknar kunskapen och erfarenheten att besluta i frågor avseende grundläggande konstitutionell gemenskapsrätt.

37 — "De har emellertid gjort gällande att District Court saknar behörighet att pröva den fråga om kommissionens behörighet som är aktuell i förevarande mål."

38 — Dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet (REG 2002, s. I-6677), punkt 39.

39 — Dom av den 2 april 1998 i mål C-321/95 P, Greenpeace mot kommissionen (REG 1998, s. I-1651), och domen i det ovan nämnda målet Unión de Pequeños Agricultores, punkt 40.

70. Kommissionen har påstått att principen om ett verksamt rättsligt skydd inte omfattar rättsakter, som de ifrågasatta besluten, vilka inte kan åsidosätta rättigheter eller friheter som garanteras av gemenskapsrätten och därmed få rättsverkan för dem som berörs. Vad beträffar tobaksbolagens rättigheter och friheter enligt amerikansk lag, åtnjuter de alla tillgängliga garantier vid District Court. Domstolen angav i sin dom i målet Unión de Pequeños Agricultores [40] att tolkningen av kravet på att vara personligen berörd mot bakgrund av principen om verkningsfullt rättsligt skydd inte kan medföra att det kravet åsidosätts. Beträffande artikel 288 EG har kommissionen påstått att tobaksbolagen förvisso kan väcka en skadeståndstalan. Tobaksbolagens svårigheter i det avseendet skulle inte bestå i att fastställa om talan kunde prövas, utan i att visa att kommissionen handlat i strid med lag då den inledde civilrättsliga förfaranden och att tobaksbolagen skadats som en direkt följd av detta.

71. Spanien har tillfogat att rätten till ett verkningsfullt rättsligt skydd inte är så absolut att alla rättsakter måste kunna ifrågasättas eller att alla och envar kan väcka talan. Spanien har påmint om att systemet med förhandsavgöranden utgör ett samarbete mellan domstolen och medlemsstaternas domstolar, avsett att tillförsäkra en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten. Tillämpningen av detta system är inte knuten till möjligheten att väcka en talan om ogiltighet.

72. Denna tredje grund är enligt min mening den viktigaste i förevarande överklagande. Rätten till domstolsprövning och tillgängligheten av ett verkningsfullt rättsskydd är, tillsammans med efterlevnaden av de grundläggande rättigheterna, grundstenen i gemenskapens rättsordning. En viktig del av domstolens skyldighet enligt artikel 220 EG, är att vid kontrollen av att "lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av detta fördrag" tillförsäkra att dessa principer efterlevs. [41] Trots detta delar jag de argument som har framförts av kommissionen och Spanien.

73. Vad beträffar tobaksbolagens argument att domstolen inte har nämnt artikel 288 EG i sin rättspraxis avseende förekomsten av ett fullständigt system med rättsmedel, anser jag att det är viktigt att påpeka att domstolen i berörda domar i hög grad, om än inte uteslutande, hänvisade till ett fullständigt system för kontroll av giltigheten av gemenskapens rättsakter med bindande rättsver-

40 — Punkt 44 ovan.

41 — Se till exempel beslut av den 6 december 1990 i mål C-2/88, Imm Zwartveld (REG 1990, s. I-3365), för en vid tillämpning av behörigheten. Vad gäller räckvidden för och karaktären av domstolens behörighet att göra en överprövning, se exempelvis dom av den 5 oktober 2000 i mål C-376/98, Tyskland mot Europaparlamentet och rådet (Tobaksreklam) (REG 2000, s. I-8419), punkt 84. Se även yttrande C-1/92 (REG 1992, s. I-2821) om utkastet till EES-avtalet.

kan. Detta framgår tydligt av domen i målet Les Verts [42] och, senast, domen i målet Gaston Schul. [43]

74. Ett rättsmedel för att få skadestånd omfattas inte av detta system för domstolsprövning. Snarare är det "en självständig form av talan, som har en särskild funktion i rättsmedelssystemet och är underkastad villkor som utformats med hänsyn till dess särskilda syfte. Medan talan om ogiltigförklaring [...] syftar till att vidta sanktionsåtgärder då en juridiskt bindande rättsakt är rättsstridig [...], är skadeståndstalans föremål ett yrkande om ersättning för en skada som följer av en rättsakt eller av ett otillåtet agerande som en institution eller gemenskapsorgan är ansvarigt för." [44]

75. Det finns således ett fullständigt system för rättsmedel eller rättsskydd, i de fall då en parts rättsliga ställning påverkas av en rättsakt som har bindande rättsverkan. Det finns ett annat kompletterande rättsmedel i fall då en part har åsamkats skada som en följd av rättsstridigt beteende. Båda kan vara tillgängliga under vissa särskilda omständigheter, men det är inte nödvändigtvis i alla tänkbara fall.

76. I den ifrågasatta delen av sin dom hänvisade förstainstansrätten helt klart till det mer omfattande "fullständiga systemet", som omfattar såväl en bedömning av giltighet som fastställande av skadestånd. Förstainstansrätten hade redan fastställt att det inte fanns någon möjlighet att göra en bedömning av giltigheten, eftersom det inte förelåg någon bindande rättsverkan. Rätten påpekade emellertid att tobaksbolagen inte skulle nekas ett rättsmedel enligt gemenskapsrätten om de kunde fastställa att de hade åsamkats en förlust som en följd av kommissionens rättsstridiga handlande. Ett sådant resonemang kan enligt min mening inte kritiseras om inte premissen — avsaknad av bindande verkan — skall motbevisas. Jag anser inte att tobaksbolagen har motbevisat detta inom ramen för de två första grunderna i överklagandet.

77. Utgången av en skadeståndstalan är naturligtvis oviss. Det föreligger för närvarande ingen sådan talan vid domstolen och det går inte att ange huruvida den, om den väcktes, skulle kunna tas upp till sakprövning eller rentav bifallas. Det är tydligt att om tobaksbolagen inte skulle kunna fastställa att det förelåg ett rättsstridigt agerande från gemenskapsinstitutionernas sida, [45] den påstådda skadan och ett kausalsamband

42 — Ovan fotnot 18, punkt 23.

43 — Dom av den 6 december 2005 i mål C-461/03, Gaston Schul Douane-expediteur (REG 2005, s. I-10513), punkt 22.

44 — Se senast dom av den 23 mars 2004 i mål C-234/02 P, Europeiska ombudsmannen mot Lamberts (REG 2004, s. I-2803), punkt 59, och däri angiven rättspraxis. I punkt 59 och följande punkter bekräftas också den fasta rättspraxis med följden att frågan om en skadeståndstalan kan upptas till sakprövning inte är kopplad till frågan om en talan om ogiltigförklaring avseende samma påstått rättsstridiga rättsakt. En skadeståndstalan beror på om en olaglig åtgärd eller ett olagligt agerande har negativa materiella konsekvenser för sökanden, medan en talan om ogiltigförklaring beror på huruvida åtgärden eller agerandet har rättsliga konsekvenser.

45 — Eller, som det har formulerats i dom av den 2 december 1971 i mål 5/71, Schöppenstedt (REG 1971, s. 975; svensk specialutgåva, volym I, s. 607), punkt 11, "en tillräckligt tydlig överträdelse av en rättsregel av högre valör till skydd för enskilda".

mellan det agerandet och den påstådda förlusten, så skulle tobaksbolagen inte vinna framgång. Det förhållandet att de under sådana omständigheter inte skulle ges rätt till skadestånd innebär inte att de skulle nekas ett verkningsfullt rättsligt skydd.

78. Man kan tänka sig inte helt olika situationer där en skadeståndstalan troligen skulle kunna vinna framgång. Anta att kommissionen utan någon som helst motivering skulle besluta att inleda en aktivistisk talan avseende en eller flera små jordbruksproducenter i en AVS-stat, varvid dessa hotades av ekonomisk undergång innan tvisten var löst. Inte bara skulle rätten till skadestånd framstå som relativt lätt att fastställa, men villkoren för att erhålla uppskov med verkställighet [46] skulle mycket väl kunna vara uppfyllda — kanske till och med i form av inställande av verkställigheten av beslutet att inleda förfarande. [47]

79. Jag kan avslutningsvis inte godta tobaksbolagens påstående vid förhandlingen att tidsfristen på fem år för att väcka en skadeståndstalan [48] skulle vara alltför kort. Den tidsfristen är tillämplig i alla fall och börjar inte löpa förrän de tre villkoren för att väcka talan är uppfyllda. [49]

80. Jag anser mot bakgrund av detta att tobaksbolagen inte har visat att det föreligger något åsidosättande av deras rätt till ett verkningsfullt rättsligt skydd.

Den fjärde grunden: Felaktig tillämpning och tolkning av rättspraxis huruvida uppenbart felaktiga åtgärder kan överklagas

81. Denna grund för överklagandet avser huvudsakligen punkterna 87 och 88 i den överklagade domen, vilka sammanfattades ovan i punkterna 17 och 18. Tobaksbolagen har påstått att det saknas bestämmelser i gemenskapsrätten som ger kommissionen behörighet att inleda domstolsförfaranden utanför gemenskapens rättsordning eller att vidta verkställande åtgärder för uppbörd av tullavgifter och mervärdesskatt. De ifrågasatta besluten är därför uppenbart rättsstridiga och talan skulle ha tagits upp till

46 — Enligt artikel 243 EG och artikel 104.1 andra stycket i förstainstansrättens rättegångsregler.

47 — Möjligheten att besluta om vilandeförklaring i samband med en skadeståndstalan har aldrig uttryckligen bekräftats, men är fortfarande möjlig. Se besluten av den 23 maj 1990 i målen C-51/90 R och C-59/90 R Comos-Tank m.fl. mot kommissionen (REG 1990, s. I-2167), punkt 33, och av den 12 december 1995 i mål T-203/95 R, Connolly mot kommissionen (REG 1995, s. II-2919), punkt 23.

48 — Artikel 46 i stadgan för Europeiska gemenskapernas domstol.

49 — Se till exempel dom av den 13 november 1984 i de förenade målen 256/80, 257/80, 265/80 och 267/80 och 5/81, Birra Wührer mot rådet och kommissionen (REG 1982, s. 85), punkterna 9–10.

sakprövning, med tillämpning av domskälen i domen i målet IBM mot kommissionen [50] som avser domstolsprövning under särskilda omständigheter av förberedande åtgärder som "inte ens betraktas som lagliga". När domstolen i sin dom i målet FNAB [51] talade om "de villkor för att ta upp ett mål till prövning i sak som uttryckligen stadgas i fördraget", avsåg domstolen kriterierna för att vara direkt och personligen berörd, inte de exceptionella omständigheter som det hänvisades till i domen i målet IBM.

82. Kommissionen och Finland har angett att de anser att grunden inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den endast utgör en upprepning av de argument som framförts i första instans. Jag anser emellertid återigen att grunden klart uppfyller de kriterier som anges i domarna i målen Bergaderm och Eurocoton [52] och därför kan tas upp till sakprövning.

83. Kommissionen har påpekat att de privilegierade sökande vars rättigheter skulle kunna påverkas om kommissionen var behörig har stött kommissionens rätt att anta de ifrågasatta besluten. I princip (som kommer till uttryck i artikel 282 EG) har kommissionen ett monopol på att företräda gemenskapen vid domstol. Eftersom kommissionen således, åtminstone vid ett första påseende, förefaller vara behörig, följer det logiskt att de ifrågasatta besluten inte kan vara av sådan beskaffenhet att de "inte ens betraktas som lagliga". Spanien har därutöver anfört att domen i målet IBM mot kommissionen inte har den betydelse som tobaksbolaget vill ge den. Frågan huruvida sådana åtgärder i undantagsfall kan prövas lämnades nämligen öppen i det målet.

84. För det första instämmer jag med Spanien avseende tolkningen av domen i målet IBM. I punkt 23 anges följande: "Det finns dock inte anledning att i förevarande fall avgöra om — under särskilda omständigheter, då det nämligen är fråga om åtgärder som inte ens betraktas som lagliga — en talan i ett tidigare skede, vilket IBM eftersträvar, kan betraktas som förenlig med det system för väckande av talan som föreskrivs i fördraget, eftersom de omständigheter som sökanden har åberopat i detta fall inte under några omständigheter kan berättiga att en sådan talan tas upp till prövning." I domen i målet Cimenteries CBR, vilket är det enda mål som tobaksbolagen i övrigt har hänvisat till som stöd för sin talan, anges det på liknande sätt att "i vart fall [föreligger det] inga exceptionella omständigheter i det förevarande målet". I båda avgörandena lämnades denna fråga uttryckligen öppen. [53] Förstainstansrätten kan inte ha gjort en felaktig rättslig bedömning om den underlät att följa en rättspraxis som inte förelåg.

50 — Fotnot 7, punkt 23 ovan; se även Cimenteries CBR (ovan fotnot 12).

51 — Fotnot 11, punkt 40 ovan.

52 — Se punkt 48 och fotnot 29 ovan.

53 — Även om tobaksbolagen också har hänvisat till domarna i målen kommissionen mot rådet och Frankrike mot rådet (ovan fotnot 13), avsåg dessa mål åtgärder som helt uppenbart inte hade någon rättsverkan.

85. I vart fall innebär testet huruvida en åtgärd "inte ens betraktas som laglig [...]" mycket höga krav. Villkoret kan inte anses uppfyllt när den påstådda rättsstridigheten bygger på antagandet att kommissionen inte hade behörighet att anta åtgärden i fråga och andra institutioner eller medlemsstater som påstås ha den behörigheten i stället för kommissionen inte bara underlåter att ifrågasätta kommissionens behörighet men även aktivt stöder den.

86. Tobaksbolagens alternativa argument enligt denna grund kan inte heller läggas till grund för domen. För det första anger tobaksbolagen att förstainstansrätten, till den del grunden för överklagandet avser sakfrågan i överklagandet, borde ha förenat frågan om upptagande till sakprövning med en prövning av sakfrågan. Den rättspraxis de hänvisar till [54] avser emellertid inte situationer där det var fråga om behörighet eller uppenbar rättsstridighet. För det andra har de hävdat att, eftersom förstainstansrätten inte förenade behandlingen av frågan om upptagande till sakprövning med sakfrågan, skulle förstainstansrätten ha behandlat upptagandet till sakprövning — närmare bestämt frågan huruvida de ifrågasatta besluten hade någon rättsverkan — på grundval av de påstådda omständigheterna [55] — det vill säga ha antagit att kommissionen inte var behörig. Förstainstansrätten gjorde emellertid detta i punkt 87 i domen. Bristande behörighet kan i sig inte ge upphov till bindande rättsverkningar.

87. Jag anser därför inte heller att denna grund kan läggas till grund för domen.

Den femte grunden: Artikel 292 EG har åsidosatts

88. Tobaksbolagen har påstått att förstainstansrättens slutsats att tvister om kommissionens behörighet kan avgöras av District Court strider mot artikel 292 EG och det system som följer av fördragen. Oberoendet hos gemenskapens rättsordning hotas om rättsordningar utanför gemenskapen binder gemenskapen och dess institutioner till en särskild tolkning av gemenskapsrättsliga regler när de utövar sina interna behörigheter. [56] Det skulle bli resultatet om District Court kunde fastställa kommissionens behörighet att inleda förfarande i Förenta staterna för uppbörd av tullavgifter och mervärdesskatt.

54 — Dom av den 22 september 1988 i de förenade målen 358/85 och 51/86, Frankrike mot Europaparlamentet (REG 1988, s. I-4821; svensk specialutgåva, volym IX, s. 607), mål C-366/88, Frankrike mot kommissionen (ovan fotnot 13), och dom av den 16 juni 1993 i mål C-325/91, Frankrike mot kommissionen (REG 1993, s. I-3283; svensk specialutgåva, tillägg, s. 67).

55 — Dom av den 28 januari 1986 i mål 169/84, Cofaz (REG 1986, s. 391; svensk specialutgåva, volym VIII, s. 421), punkt 20.

56 — Yttrande 1/91 (REG 1991, s. I-6079), punkterna 41–46, yttrande 1/00 (REG 2002, s. I-3493), punkt 45.

89. För det första delar jag kommissionens uppfattning om att lydelsen av artikel 292 EG — "Medlemsstaterna förbinder sig att inte lösa tvister om tolkningen eller tillämpningen av detta fördrag på annat sätt än som bestämts genom fördraget" — tydligt anger att bestämmelsen utgör ett åtagande från medlemsstaternas sida, inte en begränsning av institutionernas möjlighet att agera.

90. För det andra är ett beslut om behörighet av en domstol vid vilken institutionerna för talan [57] inte jämförbart med att gemenskaperna undertecknar ett internationellt avtal som binder institutionerna vid utövandet av deras interna behörighet eller som medför att en stor mängd bestämmelser införs i gemenskapens rättsordning, såsom avses i de två nämnda yttrandena. Ett beslut av District Court i behörighetsfrågan skulle endast vara bindande i det enskilda förfarandet. Det skulle till och med kunna ifrågasättas vid samma domstol i ett annat förfarande som inletts med ett annat beslut av kommissionen som grund och vid andra domstolar och i andra rättsordningar.

91. Jag delar vidare kommissionens uppfattning att eftersom District Court var behörig domstol i den rättsordning där de flesta av tobaksbolagen var etablerade och där den verksamhet som talan avser ägde rum, så var District Court bäst skickad att garantera domens genomförande. Jag är dessutom enig med Tysklands uppfattning att tobaksbolagens inställning till artikel 292 EG medför en risk för att förfaranden som i enlighet med gällande rätt har inletts vid domstolar utanför gemenskapen kan hindras av en svarande genom att denne gör samma invändning en gång till.

92. Dessutom kan jag i likhet med Tyskland inte se hur ett åsidosättande av artikel 292 EG, om det skulle kunna fastställas, i sig skulle kunna medföra bindande rättsverkningar som innebär att de ifrågasatta besluten kan prövas.

Bedömning av grunderna för överklagandet

93. Efter att ha granskat tobaksbolagens fem grunder för överklagande anser jag att de inte har kunnat påvisa en felaktig rättstillämpning i förstainstansrättens dom. Överklagandet skall därför ogillas.

57 — Som Tyskland har påpekat innebär detta ett antagande att Act of State-doktrinen inte kommer att vara tillämplig medan den andra grunden i överklagandet innebär ett antagande att den kommer att vara tillämplig.

Rådets intervention

Saken

94. Rådet har tagit upp en annan fråga. Frågan avser ställningen för privilegierade och icke-privilegierade sökande i förhållande till kriterierna för att det skall föreligga bindande rättsverkan med avseende på artikel 230 EG. Rådet har i huvudsak påstått att det var riktigt av förstainstansrätten att fastställa att talan inte kunde tas upp till sakprövning, eftersom de ifrågasatta besluten inte medförde bindande rättsverkningar för tobaksbolagen. Rådet påstår emellertid att situationen för de privilegierade sökande som anges i artikel 230 EG andra stycket skall skiljas från den som gäller för icke-privilegierade sökande såsom tobaksbolagen. Rådet anser att privilegierade sökande inte skall förhindras på grund av begränsningar av upptagande till sakprövning från att föra talan avseende ett beslut av samma slag (även om rådet tillägger att rådet inte har någon anledning att väcka en sådan talan i detta mål).

95. Kommissionen och Europaparlamentet har angett att de delar rådets inställning. Även tobaksbolagen har instämt till en del. Tobaksbolagen härleder emellertid ytterligare ett argument från rådets påstående, vilket går ut på att om de ifrågasatta besluten skulle kunna ifrågasättas av privilegierade sökande så måste de få bindande rättsverkningar enligt artikel 230 EG. Eftersom det dessutom inte kan ifrågasättas att besluten berör tobaksbolagen direkt och personligen skulle talan således ha tagits upp till sakprövning.

Bedömning

96. Rådets synpunkt har skenbart framförts till stöd för det beslut som kommissionen eftersträvar, nämligen att överklagandet skall ogillas. Delvis för att det inte kan tas upp till sakprövning, delvis för att det saknar grund. Synpunkten vederlägger emellertid inte något av de argument som har framförts i överklagandet och framstår därmed som betydelselöst för förfarandet.

97. Då rådets synpunkt avser förstainstansrättens resonemang beträffande förekomsten av bindande rättsverkningar med avseende på artikel 230 EG, skulle det ha varit lämpligare som ett separat överklagande i enlighet med artikel 56 tredje stycket i stadgan för Europeiska gemenskapernas domstol. Jag är emellertid inte övertygad om att resonemanget i fråga står i strid med rådets inställning.

98. Det är riktigt att det i punkterna 85–91 i den överklagade domen endast hänvisas till bindande rättsverkningar i allmänhet. Av det skulle slutsatsen kunna dras att

förstainstansrätten tillämpade ett allmänt kriterium, som, om det inte uppfylldes, skulle utesluta talan från alla parter. Inte desto mindre framstår det som klart att prövningen gjordes mot bakgrund av kriteriet om bindande rättsverkningar för den specifika sökanden, vilket anges som en allmän princip i punkt 77, samt att förstainstansrättens slutsats var att det inte förelåg några sådana bindande verkningar för tobaksbolagen. Ur den synvinkeln är rådets synpunkt att en bedömning av privilegierade sökandes rätt att väcka talan skulle medföra ett annat resultat inte oförenlig med förstainstansrättens inställning.

99. Följaktligen förefaller synpunkten falla utanför överklagandet, varför det skulle vara onödigt för domstolen att pröva den. Jag skall emellertid ägna frågan en viss uppmärksamhet, eftersom den kan bidra till att klarlägga andra aspekter av överklagandet.

100. Föregångaren till de tre första styckena i artikel 230 EG [58] var första stycket i artikel 173 i EEG-fördraget vilket, innan det ändrades till den nuvarande lydelsen genom Maastricht-fördraget, hade följande lydelse:

"Domstolen skall granska lagenligheten av de rättsakter som antas av rådet och kommissionen som inte är rekommendationer och yttranden. För detta ändamål skall domstolen vara behörig att pröva talan som väcks av en medlemsstat, av rådet eller av kommissionen rörande bristande behörighet, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter, åsidosättande av detta fördrag eller av någon rättsregel som gäller dess tillämpning eller rörande maktmissbruk."

Lydelsen av det påföljande stycket, avseende fysiska och juridiska personers talerätt om de är direkt och personligen berörda, har inte ändrats.

101. Det var i detta sammanhang som domstolen utvecklade sin rättspraxis avseende kriteriet om bindande rättsverkningar (och avseende kravet att vara direkt och personligen berörd).

102. I de första målen där frågan aktualiserades hänvisade domstolen generellt till åtgärder som har bindande verkan eller avsedda att ha eller leda till en rättsverkan. [59]

58 — Se punkt 5 ovan.

59 — Dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65, Lütticke mot kommissionen (REG 1966, s. 19; svensk specialutgåva, volym I, s. 237), punkt 27, av den 31 mars 1971 i mål 22/70, kommissionen mot rådet (REG 1971, s. 263; svensk specialutgåva, volym I, s. 551), punkt 42, och av den 27 mars 1980 i mål 133/79, Sucrimex mot kommissionen (REG 1980, s. 1299), punkt 17.

Sedan, i domen i målet IBM [60], gjorde domstolen uttalandet (som var snävare, men på intet sätt oförenligt med tidigare uttalanden): "Enligt domstolens fasta rättspraxis utgörs rättsakter eller beslut som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring i den mening som avses i artikel 173 av åtgärder som medför bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att på ett tydligt sätt förändra dennes rättsliga läge. Däremot saknar den form i vilken de vidtas i princip betydelse vad gäller möjligheten att angripa dem genom en talan" om ogiltigförklaring. Det kriteriet för rättsverkan för sökanden har därefter följts, senast i domen i målet Le Pen mot Europaparlamentet [61] där det står jämsides med den mer allmänt hållna formuleringen. Det har också genomgående följts av förstainstansrätten, från Marcopoulos mot domstolen [62] till Infront mot kommissionen. [63]

103. Det framstår således som om det första provet för om en talan kan tas upp till sakprövning enligt artikel 230 EG är förekomsten av bindande rättsverkan *både* i allmänhet *och* med avseende på sökanden (a) i fråga. Saknas båda rättsverkningarna helt är det onödigt att pröva om det föreligger någon individuell rättsverkan.

104. Provet förefaller vara tillämpligt oavsett om en sökande är "privilegierad" eller inte enligt artikel 230 EG, vilket kan ses i två aktuella exempel där en medlemsstat, Nederländerna, har fört talan om ogiltigförklaring av en åtgärd vidtagen av kommissionen, varvid ansökan har avvisats på grund av att det inte förelåg någon bindande rättsverkan för *sökanden*. [64]

105. I detta perspektiv utgör villkoret att sökanden skall vara direkt och personligen berörd, vilket framgår av artikel 230 EG, en separat och logisk efterföljande prövning som endast görs med avseende på icke-privilegierade sökande. Således kan en förordning ha bindande rättsverkningar för sådana sökande, men den berör dem enligt rättspraxis vanligtvis inte direkt och personligen. Den situationen skall jämföras med det — återigen separata — testet avseende "skyddet för rättigheter" vilket är tillämpligt på "halvprivilegierade" sökande med tillämpning av artikel 230 tredje stycket EG. Inget av dessa separata och på varandra följande prov är tillämpliga på de "fullt ut privilegierade" sökande som anges i andra stycket.

60 — Fotnot 7, punkt 9 ovan.

61 — Dom av den 7 juli 2005 i mål C-208/03 P, Le Pen mot Europaparlamentet (REG 2005, s. I-114645), punkt 77.

62 — Dom av den 22 juni 1990 i de förenade målen T-32/89 och T-39/89, Marcopoulos mot domstolen (REG 1990, s. II-281), punkt 21.

63 — Dom av den 15 december 2005 i mål T-33/01, Infront mot kommissionen (REG 2005, s. II-5897), punkt 89.

64 — Dom av den 5 oktober 1999 i mål C-308/95, Nederländerna mot kommissionen (REG 1999, s. I-6513), särskilt punkterna 26 och 29 och av den 28 juni 2004 i mål C-164/02, Nederländerna mot kommissionen (REG 2004, s. I-1177), särskilt punkterna 18 och 22.

106. Om rådet, eller någon annan av de sökande som anges i sistnämnda stycke, skulle vilja väcka talan avseende ett beslut fattat av kommissionen som är av samma natur som de som ifrågasätts i förevarande mål, skulle rådet följaktligen vara tvunget att fastställa att beslutet har bindande rättsverkningar som skulle kunna påverka rådets intressen genom att medföra en tydlig ändring av rådets rättsliga ställning.

107. Å andra sidan har generaladvokat Jacobs nyligen ställt frågan huruvida domstolens inställning i de två *nederländska* målen var riktig, och därvid angett att kravet på bindande rättsverkningar för sökanden föreföll logiskt endast för enskilda icke-privilegierade sökande.[65] Han ansåg att en medlemsstat inte var skyldig att påvisa ett specifikt rättsligt intresse av utgången av ett förfarande enligt artikel 230 EG.

108. Då den frågan inte var betydelsefull i det målet (och domstolen i sin dom endast hänvisade till rättsverkningar utan att ange om de skulle avse medlemsstaten), och eftersom frågan saknar betydelse för utgången i detta mål, kan frågan besvaras i ett senare mål där den kan vara helt relevant.

65 — Förslag till avgörande i mål C-301/03, Italien mot kommissionen (REG 2005, s. I-10217), punkterna 52 och 53, och fotnot 15.

Rättegångskostnader

109. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats av den vinnande parten. Enligt artikel 69.4 skall medlemsstater och institutioner som har intervenerat bära sina rättegångskostnader.

110. I det förevarande målet anser jag att överklagandet skall ogillas. Kommissionen har yrkat ersättning för sin rättegångskostnad. Europaparlamentet, rådet och åtta medlemsstater har intervenerat.

111. Följaktligen skall tobaksbolagen bära sina egna rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnad. Intervenienterna skall bära sina egna rättegångskostnader.

Förslag till avgörande

112. I enlighet med vad som anförts föreslår jag att domstolen skall

— ogilla talan,

— förplikta klagandena att bära sina egna och kommissionens rättegångskostnader,

— förplikta intervenienterna att bära sina egna rättegångskostnader.