CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 1 juni 1989 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het door Maclaine Watson & Company Limited (hierna: Maclaine Watson) tegen de Europese Gemeenschap ingestelde beroep wegens aansprakelijkheid spruit voort uit een situatie die blijkbaar zonder precedent is [1], namelijk dat een internationale organisatie, de Internationale Tinraad (hierna: de Tinraad) is opgehouden met betalen.

2. Op 24 oktober 1985 besloot de uitvoerend voorzitter van de Tinraad namelijk de operaties met de buffervoorraad bij gebrek aan financiële middelen te schorsen. Door deze maatregel stortte de tinmarkt in. Naar aanleiding hiervan zag de Londense metaalbeurs, de *London Metal Exchange* (hierna: LME), zich gedwongen de prijsnoteringen van tin te staken.** De schulden van de organisatie zouden toen tot omstreeks 900 miljoen UKL zijn gestegen.

3. Uit de beschikbare informatie blijkt, dat in de maanden na de schorsing van de operaties diverse pogingen om tot een minnelijke schikking te komen tussen de Tinraad en zijn leden enerzijds en de schuldeisers van de organisatie anderzijds zijn gestrand. Verzoekster, makelaar bij de LME, heeft met de Tinraad honderdvierenvijftig contracten gesloten, die tot dusver niet zijn uitgevoerd.

4. Een en ander leidde ertoe, dat de verschillende schuldeisers van de Tinraad zowel tegen de Tinraad zelf als tegen diens leden rechtsgedingen aanspanden. [2] Zonder uitvoerig op deze rechtszaken in te gaan, moet worden geconstateerd, dat tot nu toe — het *House of Lords* heeft immers nog geen uitspraak over deze kwestie gedaan — de Britse rechters van mening waren, dat de leden van de Tinraad niet aansprakelijk zijn voor de contractuele schulden van deze organisatie, omdat de Tinraad eigen rechtspersoonlijkheid heeft. De *Court of Appeal* was voorts van mening, dat de Gemeenschap zich in het kader van deze vordering niet op immuniteit kon beroepen.

5. Verzoekster zelf verkreeg een arbitraal vonnis tegen de Tinraad. [3] Zij stelde enkel tegen het Verenigd Koninkrijk een vordering tot betaling in; deze vordering werd afgewezen op grond dat de Tinraad een aparte rechtspersoon is. [4] Bovendien verzocht zij om aanwijzing van een „receiver" [5], wat door rechter Millett [6] en vervolgens door de *Court of Appeal* [7] werd gewei-

* Oorspronkelijke taal: Frans.

** De *Times* van heden (1.6.1989, blz. 24) kondigt echter in het artikel „LME returns to tin trading" de hervatting van deze prijsnotering aan.

1 — Zie evenwel de beslissing van het Tribunal d'arbitrage de la chambre de commerce internationale van 3.3.1984 in de zaak-Westland/Arab Organization for Industrialisation, Arabische Republiek Egypte en andere staten, ILM XXIII (1984), blz. 1082; zie ook enkele voorbeelden die worden genoemd door Seidl-Hohenveldern in „Responsability of Member States of an International Organization for Acts of Trust Organization", Études en l'honneur de Roberto Ago, deel III, 1987, blz. 427-428.

2 — In een bijlage bij deze conclusie is een lijst opgenomen van de belangrijkste beslissingen tot nu toe.

3 — Maclaine Watson heeft bovendien op 24.3.1986 een ander arbitraal vonnis verkregen, waaraan de Tinraad op 21.4.1986 gevolg heeft gegeven.

4 — Vonnis van 29 juli 1987, bevestigd door de Court of Appeal op 27 april 1988; de zaak is thans aanhangig bij de House of Lords.

5 — Sekwester.

6 — Vonnis van 13 mei 1987.

7 — Arrest van 27 april 1988.

gerd op grond dat de rechten van de Tinraad jegens zijn leden voortvloeien uit de Zesde Internationale Tinovereenkomst, waaromtrent de Britse gerechten geen uitspraak kunnen doen. De hiertegen ingestelde hogere voorziening is aanhangig bij het *House of Lords*. Verzoekster verkreeg daarentegen wel een rechterlijk bevel [8] waarbij de Tinraad werd gelast volledig opening van zaken te geven over zijn activa in het Verenigd Koninkrijk. Verder kreeg zij verschillende beschikkingen waarbij de activa van de Tinraad werden „bevroren". Ten slotte heeft Maclaine Watson het Hof ter terechtzitting gemeld, dat zij alle bij Britse gerechten tegen de Gemeenschap ingestelde vorderingen heeft ingetrokken.

6. Tijdens de tenuitvoerlegging van de Zesde Internationale Tinovereenkomst (hierna: de Zesde overeenkomst) is de Tinraad opgehouden met betalen. De tinovereenkomsten zijn multilaterale akkoorden, waarmee wordt beoogd een evenwicht te creëren tussen de wereldproduktie en het wereldverbruik van tin en buitensporige schommelingen van de tinprijzen te voorkomen. Zij zijn een onderdeel van het geïntegreerde grondstoffenprogramma, dat is vastgesteld door de Conferentie van de Verenigde Naties inzake handel en ontwikkeling (Unctad). [9]

7. De twee voornaamste middelen om de doelstellingen van deze overeenkomsten te bereiken, zijn:

— interventies op de markt met een door de leden van de Tinraad gefinancierde buffervoorraad, ten einde de prijzen te houden binnen een „marge" die wordt gevormd door een plafondprijs en een bodemprijs die beide door de Tinraad worden vastgesteld;

— de mogelijkheid om de producerende staten exportbeperkingen op te leggen.

8. De Internationale Tinraad, ingesteld in 1956 bij de Eerste Tinovereenkomst, is sedertdien belast met de tenuitvoerlegging van de achtereenvolgende overeenkomsten.

9. Ieder lid bezit in de Raad een vast aantal stemmen plus een aantal stemmen dat, naar gelang van het geval, in verhouding staat tot zijn produktie of zijn verbruik. Artikel 15 bepaalt, dat de besluiten in beginsel worden genomen met een gedistribueerde volstrekte meerderheid. [10]

10. De Raad benoemt met een gedistribueerde tweederde meerderheid een onafhankelijke uitvoerend voorzitter die verantwoording verschuldigd is aan de Raad. Hij benoemt tevens de beheerder van de buffervoorraad, die verantwoording verschuldigd is aan de uitvoerend voorzitter.

11. Artikel 16, lid 1, van de Zesde overeenkomst bepaalt: „De Raad bezit rechtspersoonlijkheid. In het bijzonder bezit hij de bevoegdheden tot het sluiten van contracten, het verwerven en vervreemden van roerende en onroerende eigendommen en het aanspannen van rechtsgedingen." Verder hebben de Tinraad en het Verenigd Koninkrijk op 9 februari 1979 een overeenkomst inzake vestiging van de zetel gesloten, waarin de status en de voorrechten en immuniteiten van de Tinraad zijn geregeld.

8 — 9 juli en 18 december 1987, bevestigd door de Court of Appeal op 27 april 1988.

9 — Zie advies 1/78 van het Hof van 4 oktober 1979 (Jurispr. 1979, blz. 2871) over de Internationale overeenkomst betreffende natuurlijk rubber; in de punten 4 en 5 van dat advies onderzocht het Hof het geïntegreerde programma, dat met name tot doel heeft de verbetering van de structuur van de internationale handel in grondstoffen die van belang zijn voor de ontwikkelingslanden.

10 — Dat wil zeggen, dat zowel binnen de groep van de producerende staten als binnen de groep van verbruikende staten een gewone meerderheid wordt behaald.

12. De Zesde overeenkomst is ondertekend door drieëntwintig staten [11], waaronder de tien toenmalige Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap. Laatstgenoemde heeft de overeenkomst eveneens ondertekend.

13. Deze gezamenlijke deelneming volgt uit de beslissing, dat de Lid-Staten en niet de Gemeenschap voor de financiering van de buffervoorraad moeten instaan, wat overeenkomstig advies 1/78 van het Hof over de internationale overeenkomst betreffende natuurlijk rubber meebrengt, dat eerstgenoemden aan de overeenkomst moeten deelnemen. In dit advies overwoog het Hof:

„De vraag of de Gemeenschap bij uitsluiting bevoegd is, hangt in casu af van de wijze waarop de operaties van de bij die overeenkomst in te stellen buffervoorraad worden gefinancierd ... *Worden die lasten ... rechtstreeks door de Lid-Staten gedragen, dan houdt dit in dat de Lid-Staten te zamen met de Gemeenschap aan de overeenkomst moeten deelnemen.*" [12]

14. Opgemerkt zij, dat artikel 56, lid 1, van de overeenkomst uitdrukkelijk voorziet in de deelneming van „intergouvernementele organisaties". Verder wordt in dat artikel bepaald, dat „in geval van stemming over aangelegenheden die binnen hun bevoegdheid liggen, zodanige organisaties het aantal stemmen uitbrengen dat gelijk is aan het totale aantal stemmen dat ... toekomt aan hun Lid-Staten, die in dit geval niet individueel hun stem uitbrengen".

15. De onderhandelingen over de Zesde overeenkomst vonden plaats in 1980-1981, tijdens de onder auspiciën van de Verenigde Naties georganiseerde Tinconferentie. De overeenkomst werd op 3 augustus 1981 ter ondertekening opengesteld.

16. Het „besluit van de Raad" betreffende de ondertekening en kennisgeving van voorlopige toepassing van de Zesde overeenkomst werd op 31 maart 1982 genomen. [13]

17. Artikel 55 van de Zesde overeenkomst bepaalde, dat deze definitief in werking zou treden, indien op 1 juli 1982 de regeringen van produktielanden die ten minste 80% van het totale produktiepercentage vertegenwoordigen, en de regeringen van verbruikslanden die ten minste 80% van het totale verbruikspercentage vertegenwoordigen, een akte van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding hebben neergelegd. [14]

18. Artikel 55, lid 2, bepaalde, dat indien de overeenkomst op genoemde datum niet definitief in werking is getreden, zij voorlopig in werking treedt, indien op die datum de regeringen van produktielanden en van verbruikslanden die respectievelijk ten minste 65% van het totale produktiepercentage en ten minste 65% van het totale verbruikspercentage vertegenwoordigen, een akte van bekrachtiging, aanvaarding, goedkeuring of toetreding hebben neergelegd, of ter kennis hebben gebracht, dat zij deze overeenkomst voorlopig zullen toepassen.

19. Ten slotte bepaalde artikel 55, lid 3, dat indien het overeenkomstig het eerste of het tweede lid vereiste percentage op 1 juni 1982 niet is bereikt, de secretaris-generaal van de Verenigde Naties de regeringen die een akte van bekrachtiging (enzovoort) hebben neergelegd, uitnodigt bijeen te komen om te besluiten of deze overeenkomst definitief of voorlopig, geheel of gedeeltelijk, tussen hen in werking zal treden op een door hen te bepalen datum.

11 — Australië, Indonesië, Maleisië, Nigeria, Thailand en Zaïre, producerende landen; Canada, Finland, Indië, Japan, Noorwegen, Zweden, Zwitserland en de tien landen van de Gemeenschap, verbruikende landen.

12 — Reeds aangehaald, zie hiervoor noot 9, blz. 2920, eigen cursivering.

13 — PB 1982, L 342, blz. 1.

14 — De hier in aanmerking genomen percentages staan in bijlage A bij de Overeenkomst (PB 1982, L 342, blz. 29).

20. Volgens Maclaine Watson, die op dit punt niet wordt tegengesproken, was de overeenkomst op 1 juni 1982 ondertekend door landen die 82,24% van de totale tinproduktie vertegenwoordigden, terwijl dat percentage wat de verbruikslanden betreft, slechts 50,31% van het totale verbruik bedroeg.

21. Het is dus op basis van artikel 55, lid 3, van de overeenkomst dat werd besloten de Zesde overeenkomst vanaf 1 juli 1982 voorlopig tussen de ondertekenaars in werking te doen treden.

22. Er is heel wat geschreven over de diepere oorzaken van de crisis in de Tinraad. [15] De analyse die verzoekster hiervan maakt, moet ik kort samenvatten, zodat haar juridisch betoog duidelijk wordt.

23. De onderhandelingen over en de sluiting van de Zesde overeenkomst moeten in de eerste plaats worden gezien tegen de achtergrond van de structurele overproduktie van tin. Bovendien veroorzaakten speculatieve transacties van een „mysterieuze" koper in de jaren 1980-1981 een onverwachte, maar kunstmatige prijsverhoging en een daaraanvolgende verhoging van de plafond- en bodemprijzen door de Tinraad.

15 — Zie met name Eisenmann, P. M.: „Crise du Conseil international de l'étain et insolvabilité d'une organisation intergouvernementale", AFDI 1986, blz. 781; Anderson, G.: „Commodity agreements and commodity markets; Lesson from tin", *The Economic Journal*, Cambridge, vol. 98, nr. 389, maart 1988, blz. 1-15; Marques, I. en Giraud, P. N.: „Tin: the end of an agreement", Natural resources forum, Londen, vol. 11, nr. 3, augustus 1987, blz. 207-218; Mc Fadden, E.: „The collapse of tin; restructuring a failed commodity agreement", *American Journal of International law*, vol. 80, nr. 4, oktober 1986, blz. 811-830; Chimni, B. S.: „International commodity agreements: a legal study", Croom Helm 1987, hoofdstuk 10, blz. 197; Wasserman, U.: „Tin and other commodities in crisis", JWTL, vol. 20/1986, blz. 233.

24. Een en ander had tot gevolg, dat de Tinraad bij de voorlopige inwerkingtreding van de Zesde overeenkomst reeds exportbeperkingen had opgelegd, een aanzienlijke tinvoorraad had gevormd en hoge bankleningen had gesloten. Ondanks deze maatregelen waren de tinprijzen lager dan de bodemprijs te Londen.

25. Hierbij komt nog, dat de Zesde overeenkomst niet was ondertekend door de Verenigde Staten, de grootste verbruiker ter wereld, die bovendien over aanzienlijke marktvoorraden beschikte, en evenmin door belangrijke producenten als met name Bolivië en Brazilië.

26. Hierdoor waren de exportbeperkingen tot mislukking gedoemd, aangezien zij enkel konden worden opgelegd aan de producenten van de Zesde overeenkomst, die slechts 50 tot 60% van de wereldproduktie vertegenwoordigden. Dergelijke beperkingen, die overigens door „smokkelaars" konden worden omzeild, verminderden de exportopbrengsten van de betrokken leden van de Tinraad, maar hadden geen invloed op de inkomsten van de landen die geen partij bij de Zesde overeenkomst waren. Daar komt trouwens nog bij, dat de Tinraad in de loop van de overeenkomst geen produktiebeperkende maatregelen tegen verbruikende leden had genomen [16] en dat de EEG zich tegen elk besluit in die zin had verzet.

27. Bovendien was bepaald, dat de bodemprijzen en de plafondprijzen zouden worden uitgedrukt in Maleisische ringgit [17], terwijl de operaties van de Tinraad op de LME in Britse ponden plaatsvonden. Volgens verzoekster werd de doeltreffendheid van de operaties van de Tinraad aldus afhankelijk

16 — Het gaat hier om leden die, hoewel zij verbruikende leden van de Tinraad zijn, zelf ook tin produceren; dit is bij voorbeeld het geval voor het Verenigd Koninkrijk.

17 — Artikel 27, lid 1, van de overeenkomst.

van schommelingen van de wisselkoersen, die op het tijdstip van de onderhandelingen over de Zesde overeenkomst duidelijk te voorzien waren. De Tinraad heeft evenwel nooit gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid tot wijziging van de valuta waarin de bodemprijs en de plafondprijs konden worden uitgedrukt.

28. De Zesde overeenkomst vertoonde dus vanaf de inwerkingtreding innerlijke gebreken.

29. De Tinraad heeft tijdens de werkingsduur van de overeenkomst altijd getracht een te hoge bodemprijs te garanderen, wat er slechts toe kon leiden, dat er extra hoeveelheden tin op de markt terechtkwamen en dat de neerwaartse druk op de prijzen werd versterkt.

30. Onder die omstandigheden rustte op de buffervoorraad een bijzonder zware taak, die deze evenwel niet naar behoren heeft kunnen vervullen. In de eerste plaats voorzag de Zesde overeenkomst niet in voldoende middelen, waarbij komt dat in feite slechts een deel van de voorziene middelen in de buffervoorraad terechtkwam, daar sommige staten niet aan de Zesde overeenkomst deelnamen. Voorts werden de meeste bijdragen niet in geld maar in tin geleverd.

31. De buffervoorraad had dus bijkomende fondsen moeten krijgen. De beheerder ervan vestigde bij herhaling de aandacht van de Raad op het feit, dat voor de totale ineenstorting van de Tinraad moest worden gevreesd. In maart 1984 meldde hij, dat de middelen uit de financiële bijdragen waren uitgeput en dat de voorraad enkel nog functioneerde dank zij leningen. Toen andere leden aanvullende bijdragen voorstelden, verzetten de Gemeenschap en Japan zich hiertegen. In feite heeft de Tinraad steeds een afwachtende houding aangenomen.

32. Door het ontbreken van voldoende financiële middelen werd het onvermijdelijk om veelvuldig met leningen te gaan werken. Maar aangezien deze leningen hoofdzakelijk werden gegarandeerd door tinwarrants, was de Tinraad tevens genoodzaakt de prijzen hoog te houden om een daling van de waarde van de voor de leningen verstrekte zekerheden te voorkomen.

33. Het gevolg hiervan was, dat de beheerder van de buffervoorraad moest trachten meer tin te controleren dan de hem ter beschikking staande geldmiddelen toelieten, met name door met makelaars ingewikkelde transacties af te sluiten — waarvan de verenigbaarheid met de Zesde overeenkomst twijfelachtig was en die waren bedoeld om de indruk te wekken dat de vraag groter was dan het aanbod — ten einde de prijzen op het niveau van een kunstmatig opgeschroefde bodemprijs te handhaven.

34. Doordat hij hierbij met dertien verschillende makelaars werkte, kon de beheerder van de buffervoorraad de werkelijke omvang van de transacties voor hen verborgen houden. Hij heeft bovendien de indruk gewekt over voldoende financiële middelen te beschikken, door eventuele twijfels aan de kredietwaardigheid van de Tinraad krachtig te bestrijden.

35. De leden van de Tinraad waren grotendeels op de hoogte van de operaties van de beheerder en van de gevolgen daarvan voor de financiële positie van de Tinraad, hoewel moeilijk valt te beoordelen, hoe gedetailleerd hun inlichtingen waren. Gewaarschuwd over de operaties van de beheerder, heeft het Verenigd Koninkrijk nog getracht nadere inlichtingen te verkrijgen om te kunnen beoordelen of betrokkene zijn bevoegdheden niet overschreed. Dit initiatief in de vorm van een communautair document werd niet gesteund door de andere leden van de Tinraad. De produktielanden en de beheerder verzetten zich hiertegen; laatstgenoemde beriep zich met name op de regels

betreffende de werking van de buffervoorraad. De Gemeenschap heeft verder niets meer ondernomen.

36. Nog steeds volgens verzoekster heeft de Tinraad ook nagelaten, de Commissie voor de financiering van de buffervoorraad zo vaak bijeen te laten komen als nodig was voor de uitoefening van de haar opgedragen controletaak.

37. Indien de onwetendheid van de leden dus aan de Zesde overeenkomst zelf zou liggen, toont dit aan hoe gebrekkig deze overeenkomst was op het tijdstip waarop de Gemeenschap toetrad en waarop werd besloten de overeenkomst in werking te doen treden. Wanneer deze onwetendheid daarentegen niet aan een of ander gebrek van de overeenkomst is toe te schrijven, dan is er sprake van nalatigheid van de leden van de Tinraad, waaronder de Gemeenschap, die de initiatieven van het Verenigd Koninkrijk niet heeft gesteund.

38. De onwetendheid van de leden van de Tinraad kan evenwel hoogstens betrekking hebben gehad op datum waarop de Tinraad is opgehouden met betalen. De leden beschikten in ieder geval over voldoende informatie om zonder meer tot de conclusie te komen, dat iets dergelijks onvermijdelijk was.

39. Tot daar in zeer grote lijnen de analyse die Maclaine Watson heeft gemaakt op basis van talloze documenten, met name afkomstig van de Tinraad, en van een groot aantal verklaringen van functionarissen en gewezen functionarissen, bewijzen waarvan de overlegging aan de rechter overigens zowel door de verwerende instellingen als door het Verenigd Koninkrijk wordt betwist. Het is, althans in dit stadium, absoluut onnodig, de juistheid van de door verzoekster verstrekte uitleg te beoordelen. Ik beperk mij ertoe vast te stellen, dat de auteurs — behalve op sommige door verzoekster genoemde factoren — eveneens wijzen op de rol die de „brokers van de LME" bij het ontstaan van de crisis hebben gespeeld. [18]

40. Het Hof heeft besloten, eerst de ontvankelijkheid van dit beroep te onderzoeken, ofschoon de verwerende instellingen hiertoe geen formeel verzoek hebben ingediend.

41. Hoewel het niet mijn taak is, een oordeel te geven over de wijze waarop partijen hun middelen en argumenten aan het Hof voorleggen, wil ik erop wijzen, dat het het Hof, wiens taak in het onderhavige geval alleen al vanwege de complexiteit van de feiten en rechtsvragen bijzonder moeilijk is, niet gemakkelijk wordt gemaakt.

42. Ofschoon verzoekster, gezien het grote aantal middelen die zij het Hof heeft voorgelegd, een zeer groot „net" heeft uitgeworpen, hebben de verwerende instellingen daarop geantwoord met een algemene exceptie van niet-ontvankelijkheid, waarvan dikwijls moeilijk is vast te stellen, op welke middelen zij nu eigenlijk betrekking heeft. De regering van het Verenigd Koninkrijk, interveniënte aan de zijde van de Gemeenschap wier betoog zij nader heeft uitgewerkt, heeft zonder twijfel blijk gegeven van meer respect voor het Hof, want zij heeft getracht het Hof een uitgebreider onderzoekskader te leveren.

43. De juridische argumenten van verzoekster hebben betrekking op de houding van de Gemeenschap tijdens de onderhandelingen over en de inwerkingtreding en tenuitvoerlegging van de Zesde overeenkomst. Maar hiermee is slechts globaal aangegeven welke middelen aan het Hof zijn voorgelegd. De rijke inhoud en soms ook presentatie van de middelen maken het moeilijk deze samen te vatten.

18 — Zie Eisenmann, op cit., blz. 737; Chimni op. cit., blz. 201.

44. Dit gezegd zijnde, blijkt dat Maclaine Watson het Hof uiteindelijk de navolgende negen middelen voorlegt:

1) de Gemeenschap is aansprakelijk voor het optreden van de Tinraad, die vóór zijn ondergang meer schulden heeft gemaakt dan hij kon aflossen; indien de Tinraad geen rechtspersoon is, zijn de leden ervan rechtstreeks aansprakelijk; indien hij daarentegen als een rechtspersoon moet worden beschouwd, zijn de leden ervan aansprakelijk krachtens de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben met betrekking tot de aansprakelijkheid van directeuren van handelsvennootschappen;

2) de Gemeenschap heeft verzoekster niet gewaarschuwd, dat het riskant was zaken te doen met de organisatie, en is, meer in het algemeen, haar zorgplicht niet nagekomen;

3) de Gemeenschap heeft onrechtmatig gehandeld door de Zesde overeenkomst te ondertekenen en mee te werken aan het besluit om deze overeenkomst voorlopig in werking te doen treden, aangezien deze overeenkomst inhoudelijke gebreken vertoonde en onverenigbaar was met het EEG-Verdrag;

4) de Gemeenschap heeft tijdens de onderhandelingen over en de deelname aan de Zesde overeenkomst haar bevoegdheden niet volledig uitgeoefend en heeft met name niet geëist, dat de Lid-Staten haar recht om te beslissen over zaken die tot haar uitsluitende bevoegdheid behoren, zouden respecteren;

5) de Raad en de Commissie hebben het Europees Parlement niet geraadpleegd, ofschoon een dergelijke raadpleging nuttig ware geweest, aangezien de gebreken van de overeenkomst dan openbaar waren geworden, waardoor de Gemeenschap waarschijnlijk, net als de Verenigde Staten en Bolivië, haar deelname zou hebben geweigerd;

6) de Commissie heeft de Lid-Staten van de Gemeenschap onvoldoende aangespoord om de Zesde overeenkomst te ratificeren, aan de buffervoorraad bij te dragen en aanvullende bijdragen te betalen; het ging hier om een schending van artikel 5 EEG-Verdrag waaromtrent de instellingen passende maatregelen hadden kunnen nemen en de Commissie een procedure krachtens artikel 169 had kunnen inleiden;

7) gelet op het aantal stemmen waarover zij beschikte en de daarmee gepaard gaande invloed binnen de Tinraad, is de Gemeenschap rechtens aansprakelijk voor de „handelingen en nalatigheden" van de Tinraad; zij heeft haar invloed immers niet in het belang van de Gemeenschap uitgeoefend en de operaties van de organisatie onvoldoende gecontroleerd;

8) de Gemeenschap heeft onrechtmatig gehandeld door niet te verhinderen dat de activiteiten van de Tinraad ontaardden in een misbruik van een machtspositie;

9) los van enige onwettige gedraging, moet de Gemeenschap de door verzoekster geleden schade vergoeden, wegens het risico dat aan de Zesde overeenkomst en aan de activiteiten van de Tinraad was verbonden.

45. Tegenover deze indrukwekkende reeks grieven werpen de Commissie en de Raad, ondersteund door het Verenigd Koninkrijk, een exceptie van niet-ontvankelijkheid op die bestaat uit drie onderdelen:

— het beroep is niet-ontvankelijk want het is gericht tegen handelingen en gedragingen van de Gemeenschap met betrekking tot de *behartiging van de internationale betrekkingen*;

— het beroep levert een *misbruik van de rechtsweg van artikel 215* op, met name omdat het in feite erop is gericht, de Gemeenschap te laten opdraaien voor de contractuele aansprakelijkheid van de Tinraad, een groot aantal door de Gemeenschap, de Tinraad of zijn leden gestelde handelingen te laten nietig verklaren en verwerende partijen op te zadelen met aansprakelijkheid voor een organisatie die niet onder de rechtsmacht van het Hof valt;

— het beroep is *voorbarig en abstract*; het Hof wordt immers verzocht om een uitspraak over het beginsel van een hypothetische en voorwaardelijke aansprakelijkheid, aangezien nog niet vaststaat of de bij de Britse gerechten tegen de Tinraad ingestelde vorderingen definitief zullen worden afgewezen.

46. Ik zal beginnen met het onderzoek van het laatste onderdeel van de exceptie van niet-ontvankelijkheid, dat volgens mij snel kan worden afgehandeld.

I — Het voorbarige of abstracte karakter van het beroep

47. Aangezien sommige door Maclaine Watson bij de Britse gerechten tegen de Tinraad aangespannen rechtszaken nog hangende zijn, zou de gestelde schade zuiver hypothetisch zijn. Verzoeksters zouden namelijk niet kunnen bewijzen, dat de Tinraad definitief heeft besloten om niet te betalen. Onder deze omstandigheden zou het beroep niet-ontvankelijk zijn, aangezien het erop is gericht het Hof een arrest te laten wijzen waarin de aansprakelijkheid in abstracto wordt vastgesteld.

48. Allereerst moet de vraag of er sprake is van schade, naar mijn mening worden beantwoord bij het onderzoek ten gronde. In de rechtspraak van het Hof zijn weliswaar beroepen wegens aansprakelijkheid niet-ontvankelijk verklaard omdat zij te vroeg waren ingesteld, doch het Hof verklaarde daarbij wel:

„Deze argumentatie van de Raad... heeft in werkelijkheid betrekking op een van de voorwaarden voor de gegrondheid van een aansprakelijkheidsactie tegen de Gemeenschap, te weten *het bestaan van schade, en zal dan ook worden beoordeeld bij het onderzoek ten gronde.*" [19]

49. Het lijkt mij in elk geval zeer de vraag, of er in deze zaak zou kunnen worden gesproken van eventuele schade. Onzeker is mijns inziens wel — gezien de sinds 24 oktober 1985 verstreken tijd —, of de Tinraad zijn schulden zal betalen.

50. Bovendien wijs ik erop, dat het Hof reeds eerder de ontvankelijkheid van beroepen „ter vaststelling van de aansprakelijkheid" heeft aanvaard en zich daarbij liet leiden door de in het recht van verschillende Lid-Staten gekozen oplossingen. Het Hof overwoog namelijk, dat

„artikel 215 van het Verdrag niet in de weg staat aan een beroep op het Hof ter vaststelling van de aansprakelijkheid der Gemeenschap voor op handen zijnde en met voldoende zekerheid te verwachten schade, zelfs niet wanneer het nadeel nog niet nauwkeurig kan worden becijferd". [20]

51. Het lijkt mij, dat a fortiori dezelfde oplossing moet worden gekozen wanneer de

19 — Arrest van 17 december 1981, gevoegde zaken 197/80 tot en met 200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, Ludwigshafener Walzmühle, Jurispr. 1981, blz. 3211, r. o. 12, eigen cursivering

20 — Arrest van 2 juni 1976, gevoegde zaken 56/74 tot en met 60/74, Kampfmeyer, Jurispr. 1976, blz. 711.

schade duidelijk is en pas zou verdwijnen door betaling, hetgeen in de gegeven omstandigheden onzeker moet worden geacht.

52. Ten slotte heeft het Hof in de zaak-Granaria[21] eraan herinnerd, dat er aanleiding kan zijn om

„in een eerste stadium van de procedure te beslissen over de vraag of het gedrag van de instellingen tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap kon leiden, en het onderzoek van de vragen betreffende het causaal verband en de aard en omvang van de schade voor een eventueel later stadium te bewaren".[22]

53. Het lijkt mij niet zonder belang, dat het Hof bij de ontvankelijkverklaring van het beroep heeft overwogen:

„In casu leent de *vraag betreffende de rechtsgrondslag van de aansprakelijkheid zich bijzonder goed om overeenkomstig die praktijk afzonderlijk te worden beslist.*"[23]

54. Ongetwijfeld is dit eveneens het geval bij het onderhavige beroep. Ik geef het Hof dan ook in overweging, dit onderdeel van de exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen.

II — De rechterlijke toetsing en de externe betrekkingen van de Gemeenschap

55. Uit een zorgvuldig onderzoek van 's Hofs rechtspraak blijkt, dat dit in feite niet de eerste keer is dat de gemeenschapsinstellingen het Hof verzoeken een beroep tegen besluiten inzake de externe betrekkingen van de Gemeenschap niet-ontvankelijk te verklaren.

56. Zo heeft het Hof zich in het arrest-Fediol I[24] moeten uitspreken over een exceptie van niet-ontvankelijkheid die door de Commissie was opgeworpen met betrekking tot een beroep tegen de weigering om een anti-subsidieprocedure tegen Brazilië in te leiden. De Commissie stelde namelijk, dat de beslissingen op dit gebied vallen onder een bevoegdheid van politieke aard die niet vatbaar is voor rechterlijke toetsing.

57. Het Hof heeft deze exceptie verworpen met een verwijzing naar de duidelijke processuele rechten die de bedrijfstak in de Gemeenschap aan de geldende regeling kon ontlenen. Het Hof heeft dienaangaande verklaard, dat de stelling van de Commissie „te ver" ging omdat zij beoogde in beginsel elk beroep te doen uitsluiten; het Hof wees erop, dat het volgens artikel 164 EEG-Verdrag zijn taak was de eerbiediging van het recht te verzekeren en een rechterlijk toezicht uit te oefenen dat past bij de aard van de op dit gebied aan de gemeenschapsinstellingen voorbehouden bevoegdheden.

58. Het Hof verklaarde, dat

„de rechter het toezicht heeft uit te oefenen dat in het geval van een discretionaire bevoegdheid van de overheid normalerwijze tot zijn taak behoort, overigens zonder dat hij daarbij kan treden in de beoordeling die op grond van genoemde verordening is voorbehouden aan de gemeenschapsautoriteiten"[25],

en gaf aan, op welke punten dit minimale toezicht moet worden geconcentreerd. Deze oplossing is bevestigd in het arrest-Timex.[26]

21 — Arrest van 28 maart 1979, zaak 90/78, Granaria Jurispr. 1979, blz. 1081.

22 — Rechtsoverweging 6.

23 — Ibidem, eigen cursivering

24 — Arrest van 4 oktober 1983, zaak 191/82, Fediol, Jurispr. 1983, blz. 2913.

25 — Rechtsoverweging 30.

26 — Arrest van 20 maart 1985, zaak 264/82, Timex, Jurispr. 1985, blz. 849, r. o. 16.

59. In de zaak-Adams[27], heeft de Commissie zich eveneens op haar absolute beoordelingsvrijheid bij de behartiging van de externe betrekkingen beroepen met betrekking tot de grief van verzoeker, dat zij had verzuimd de zaak voor te leggen aan het in het kader van de vrijhandelsovereenkomst tussen Zwitserland en de Gemeenschap ingestelde Gemengd Comité. Dit argument was evenwel als *middel ten gronde* aangevoerd en is ook als zodanig door het Hof onderzocht. Het Hof verwierp het beroep met de opmerking:

„Bijgevolg kan de beslissing om een zaak al dan niet aan het Gemengd Comité voor te leggen slechts worden genomen met betrekking tot aangelegenheden die uitsluitend algemene belangen van de Gemeenschap raken, zulks na een beoordeling die in wezen een politiek karakter heeft en die niet door een particulier voor het Hof kan worden betwist." [28]

60. Voorts heeft het Hof herhaaldelijk handelingen van de Gemeenschap op het gebied van de externe betrekkingen moeten onderzoeken, zonder dat een exceptie van niet-ontvankelijkheid was opgeworpen. Ik geef enkele opvallende voorbeelden.

61. In de zaak-Faust[29] trachtte een Duitse importeur van Chinese champignons de Gemeenschap aansprakelijk te stellen voor de beperking van de invoer uit Taiwan na de sluiting van een handelsakkoord met de Volksrepubliek China.

62. Het Hof onderzocht de grieven van verzoeker, met name die betreffende de schending van het gewettigd vertrouwen, zonder dat niet-ontvankelijkheid was opgeworpen of door het Hof zelf aan de orde was gesteld. Het Hof oordeelde:

„Daar de gemeenschapsinstellingen over een ruime beoordelingsmarge beschikken bij de keuze van de middelen die voor de verwezenlijking van hun beleid noodzakelijk zijn, kunnen de handelaars geen gewettigd vertrouwen hebben in het voortbestaan van een situatie die door besluiten van de instellingen in het kader van hun beoordelingsbevoegdheid kan worden gewijzigd." [30]

63. Het arrest-„Speciale hulp aan Turkije" [31] lijkt mij eveneens vermeldenswaard. Zoals het Hof zich herinnert, ging het daarbij om een beroep van de Helleense Republiek tegen een besluit van de Raad waarbij in wezen hulp werd verleend aan Turkije. Het is duidelijk, dat er externe betrekkingen op het spel stonden, en ik hoef er niet op te wijzen, dat de zaak politieke achtergronden had. Niemand heeft toen zelfs maar gesteld, dat het toezicht van het Hof beperkt zou zijn.

64. De zaak-Clemessy[32] heeft aanleiding gegeven tot een diepgaand onderzoek van de grieven aangevoerd tegen de praktijken van de Commissie bij de openbare inschrijving voor de bouw van het Farmaceutische Instituut van Somalië. Toen is niet gesteld, dat het beroep niet-ontvankelijk is omdat het betrekking heeft op de externe betrekkingen van de Gemeenschap.

65. Ten slotte moet vooral worden gewezen op de bevoegdheid van het Hof[33] tot voorafgaande toetsing van externe overeenkomsten en op de in het advies 1/75[34] van het Hof geformuleerde aanwijzingen voor toetsing „achteraf". Ik zal straks op deze kwestie terugkomen.

27 — Arrest van 7 november 1985, zaak 53/84, Adams, Jurispr. 1985, blz. 3595.

28 — Rechtsoverweging 15.

29 — Arrest van 28 oktober 1982, zaak 52/81, Faust, Jurispr. 1982, blz. 3745

30 — Rechtsoverweging 27.

31 — Arrest van 27 september 1988, zaak 204/86, Griekenland/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5323.

32 — Arrest van 24 juni 1986, zaak 267/82, Clemessy, Jurispr. 1986, blz. 1907.

33 — Artikel 228, lid 1, tweede alinea.

34 — 11 november 1975, Jurispr. 1975, blz. 1355.

66. Gelet op het belang van dit principiële probleem, lijkt het wenselijk, na te gaan welke oplossingen in het recht van de Lid-Staten zijn gekozen ter zake van het rechterlijk toezicht op de buitenlandse betrekkingen.

67. In het Italiaanse recht voorziet artikel 113 van de grondwet in algemene termen in de rechtsbescherming van particulieren tegen handelingen van de overheid.[35] Maar artikel 28 van de wet betreffende de Corte costituzionale bepaalt, dat deze hoge rechterlijke instantie geen enkel politiek oordeel mag vellen over zaken die tot de discretionaire bevoegdheid van het Parlement behoren. Voorts is elk beroep bij de Consiglio di stato uitgesloten wanneer de regering bij het nemen van de betrokken besluiten haar politieke bevoegdheid heeft uitgeoefend.

68. De sluiting en de ratificatie van internationale verdragen, en meer in het algemeen de besluiten op het gebied van de internationale betrekkingen, worden beschouwd als „politieke handelingen", die volgens een bijzonder duidelijke uitspraak van de Corte di cassazione absolute immuniteit genieten:

„La responsabilità degli organi di governo per gli atti internazionali si pone sul piano politico, e può essere fatto valere non dinanzi a gli organi della giurisdizione, ma con i mezzi ed attraverso gli istituti nei quali si concreta il controllo politico sull'attività di governo." [36]

35 — Voor een toepassing zie bij voorbeeld de zaak „Governo della Gran Bretagna tegen Guerrato", waarin de Corte costituzionale een decreet ongrondwettig verklaarde omdat daarin elk beroep tegen besluiten van de minister van Justitie betreffende inbeslagneming van aan andere staten toebehorende goederen werd uitgesloten; de Corte costituzionale verklaarde: „Il fatto invero che tale esame possa in determinati casi riuscire delicato e financo difficile, non esclude che si tratta sempre di un accertamento di dati di fatto e giuridici che non può essere sottratto al sindacato giurisdizionale", 13.7.1963, *„La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale"*, 1976, Starace-De Caro, blz. 126, 131.

36 — *Rivista di diritto internazionale*, vol. II 1969, blz. 583, 586.

69. Ten slotte bestaat er een opvallende neiging om het gebied van de „politieke handelingen" binnen enge perken te houden door middel van het begrip „hoger-bestuurshandelingen", welke handelingen wel volledig aan rechterlijk toezicht zijn onderworpen.

70. In het Deense recht wordt gediscussieerd over de vraag, of een particulier kan opkomen tegen een handeling die behoort tot de door de grondwet rechtstreeks aan de regering verleende bevoegdheden, zoals de bevoegdheid tot het vestigen van een ambassade of het erkennen van een staat. De belemmeringen lijken te liggen in de algemene voorwaarden voor het instellen van beroep, namelijk, in het geval van een beroep tot schadevergoeding, het bestaan van een rechtens beschermd belang. De doctrine is daarentegen van mening, dat tegen de handelingen die de diplomatieke bescherming van een Deens onderdaan in het buitenland betreffen, zowel een beroep tot nietigverklaring als een beroep tot schadevergoeding kan worden ingesteld. Ten slotte is het in ieder geval uitgesloten, dat een particulier de wettigheid van een verdragsluiting door de rechter laat toetsen of met betrekking tot een dergelijke handeling een beroep tot schadevergoeding instelt.

71. Ofschoon de Duitse rechtspraak en doctrine verdeeld lijken te zijn over de vraag, of er *„Regierungsakte"* dan wel *„Justizfreie Hoheitsakte"* bestaan, toch leidt het concrete resultaat van deze twee analyses in feite niet tot erg uiteenlopende oplossingen. Een door een particulier ingesteld beroep is namelijk slechts ontvankelijk wanneer het bestreden besluit diens subjectieve rechten aantast, en besluiten waarmee de grote politieke lijnen worden vastgesteld, hebben zelden dergelijke gevolgen.

72. Het Bundesverfassungsgericht heeft er bovendien aan herinnerd, dat de rechterlijke functie slechts kan worden uitgeoefend

wanneer er rechtsregels bestaan. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak, waarbij een beroep tegen de afkondiging van de militaire staat van paraatheid werd verworpen bij gebreke van juridische criteria.[37] Volgens de doctrine[38] heeft het Bundesverfassungsgericht een zelfde standpunt ingenomen in zijn arrest van 16 december 1983[39] betreffende het besluit van de bondsregering om de plaatsing van Pershing-raketten toe te staan. Deze hoge rechterlijke instantie oordeelde weliswaar dat sommige grieven, gelet op de beoordelingsmarge waarover de politieke gezagsdragers bij het bepalen van het defensiebeleid beschikken, niet tot een rechterlijke toetsing konden leiden, maar onderzocht wel, of er in het internationaal publiekrecht een algemeen beginsel als bedoeld in artikel 25 van het Grundgesetz bestond, waarbij het bezit en het gebruik van kernwapens wordt verboden, en kwam tot de conclusie dat zulks niet het geval was. Op grond hiervan kon men menen, dat het Bundesverfassungsgericht geen gebruik had willen maken „van het achterpoortje van de theorie van de regeringshandeling"[40] en had gekozen „voor een standpunt dat politieke wijsheid en realisme koppelt aan het streven om de handelingen van de overheid binnen de grondwettelijke perken te houden. Bestaan er dergelijke beperkingen, zoals in artikel 25 van het Grundgesetz, dan moet het Bundesverfassungsgericht zijn taak vervullen en de gewraakte handeling aan de opgeworpen normen toetsen."[41]

73. De aan de politieke gezagsdragers toegekende beoordelingsvrijheid op het gebied van de buitenlandse betrekkingen is in de regel zeer ruim, want de bondsregering moet bij het nemen van haar besluiten met name rekening kunnen houden met de reacties van haar partners.

74. Partijen zijn uitgebreid op het Britse recht ingegaan, maar bleken het niet eens te zijn over de juiste stand van zaken in dit verband. Er moeten blijkbaar twee verschillende situaties worden onderscheiden.

75. In de eerste plaats zijn er de politieke handelingen die de betrekkingen tussen het Verenigd Koninkrijk en andere staten raken, zoals de sluiting en de tenuitvoerlegging van verdragen en oorlogsverklaringen: tegen de geldigheid van dergelijke handelingen kan niet in rechte worden opgekomen.[42] Met betrekking tot beroepen wegens aansprakelijkheid lijkt doorslaggevend te zijn, of de handeling binnen of buiten het Britse grondgebied is verricht. In het arrest-Buron/Denmann zijn de door een buitenlander ingestelde beroepen ter zake van een buiten het Britse grondgebied tegen hem gepleegde handeling niet-ontvankelijk verklaard.[43] Het is niet duidelijk, of deze oplossing ook voor een Brits onderdaan geldt.[44] Is de handeling evenwel op het Britse grondgebied verricht, kan deze niet tegen elke eiser als verweermiddel worden aangevoerd.[45]

76. Anderzijds hebben de Britse rechterlijke instanties zich soms „terughoudend" opgesteld bij beroepen *tussen particulieren* waarin het gedrag van andere souvereine staten indirect in geding werd gebracht. Ik denk hierbij aan de zaak-„Buttes" waarin Lord Wilberforce verklaarde: „*Leaving aside all possibility of embarrassment in our foreign relations (which it can be said not to have been drawn to the attention of the Court by the executive) there are ... no judicial or manage-*

37 — *Bundesverwaltungsgericht*, 12.10.1962, BVenv GE 15, blz. 63, 65.

38 — Ergec, R.: „Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: actes de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire", *Revue de droit international et de droit comparé* 1986, blz. 72, 77.

39 — Archiv des Völkerrechts 1984, blz. 220.

40 — Ergec, op. cit., blz. 78.

41 — Ibidem.

42 — Rustomjee/The Queen (1876) 2 QBD69, 73, CA.

43 — Het ging daar om een „Act of State"; Lord Wilberforce wijst er in de zaak Buttes (AC. 1982, blz. 939, 930-931) echter op, dat de term „Act of State" eveneens wordt gebruikt voor gevallen waarin de rechter moet bepalen, of een buitenlandse wettelijke regeling op zijn eigen grondgebied van toepassing is.

44 — Attorney General/Nissan (1970), A. C. 1979 HL.

45 — Ibidem.

able standards by which to judge these issues, or to adopt another phrase, the Court would be in a judicial no-man's land." [46]

77. In dit verband zij opgemerkt, dat in de Amerikaanse rechtspraak de zogenaamde leer van de „*Act of State*" tot soortgelijke oplossingen leidt: de rechters „onthouden zich" in geval van een beroep tussen particulieren waarin de gedragingen van derde landen in geding worden gebracht. Deze rechtspraak berust uitdrukkelijk op de exclusieve bevoegdheid van de uitvoerende macht ter zake van de buitenlandse betrekkingen. [47] Van deze doctrine [48] wordt afgeweken wanneer het Ministerie van Buitenlandse Zaken uitdrukkelijk heeft verklaard, dat de toepassing ervan in het betrokken geval de buitenlandse politieke belangen van de Verenigde Staten niet dient. [49]

78. Voorts is het van belang, hier terloops te wijzen op de Amerikaanse leer van de „political questions", die de rechter ertoe kan brengen geen uitspraak te doen in geschillen waarvoor er zijns inziens geen gerechtelijke oplossing bestaat. [50] Dienaangaande zij enkel opgemerkt, dat het bestaan van door de rechter hanteerbare beoordelingscriteria [51] een van de beslissende factoren [52] is voor het antwoord op de vraag of de rechter bevoegd is.

79. In het Franse recht kunnen handelingen die de betrekkingen van de regering met een andere staat of een internationale organisatie raken, niet voor de rechter worden gebracht. Dit is met name het geval voor alle handelingen betreffende de onderhandelingen over en de sluiting en tenuitvoerlegging van internationale verdragen. [53] De handelingen van de Franse autoriteiten ter zake van de buitenlandse betrekkingen zijn in de regel aan rechterlijk toezicht onttrokken. [54] Dit zijn volgens de Franse rechter handelingen die naar hun aard niet vatbaar zijn voor beroep of regeringshandelingen. De werkingssfeer van deze „immuniteit" wordt evenwel steeds kleiner als gevolg van twee ontwikkelingen:

— de theorie van de „actes détachables", volgens welke dergelijke handelingen

46 — *The law reports*, 1982, blz. 938.

47 — Underhill/Hernandez, 168 US 250, 252 (1897) vormt de grondslag van dit beginsel: „Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves."

48 — In de doctrine wordt het onderscheid tussen regeringshandeling en „Act of State" aldus omschreven: „Construction jurisprudentielle d'origine essentiellement anglo-saxonne, la doctrine de l'Act of State consiste à exclure de l'appréciation du juge la régularité des ‚actes de souveraineté' des États étrangers, alors que la théorie de l'acte de gouvernement se rapporte aux actes de l'État du juge saisi. La doctrine de l'Act of State ressortit principalement du droit international public et du droit international privé, alors que l'acte de gouvernement se meut essentiellement dans la sphère du droit public interne" (Ergec, „Le contrôle juridictionnel de l'administration dans des matières qui se rattachent aux rapports internationaux", *Revue de droit international et de droit comparé* 1986, blz. 73, 74); in dezelfde gedachtengang ligt, dat de „Act of State" een „règle de conflits de lois du deuxième degré" zou zijn, Falck, aangehaald door Brazyovam „Reflections on Immunity of States from the point of view of international law", *Questions of International Law*, vol. 3, Dordrecht 1986, blz. 46.

49 — In het arrest-First National City Bank verklaarde rechter Rehnquist: „It would be wholly illogical to insist that such a rule (de ‚Act of State'), fashioned because of fear that adjudication would interfere with the conduct of foreign relations, be applied in the face of an assurance from that branch of the Federal Government that conducts foreign relations that such a result would not obtain", blz. 483.

50 — Zie voor het gehele vraagstuk Lenaerts, K.: „Le juge et la constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen", blz. 98 en volgende en de verwijzingen op blz. 104 en 105.

51 — Ten einde de toepassing van deze leer in de zaak-Baker/Carr uit te sluiten, verklaarde rechter Brennan: „Nor need the appellants, in order to succeed in this action, ask the Court to enter upon policy determinations for which judicially manageable standards are linking", 369 US 186, blz. 691.

52 — Maar niet de enige factor: zie de opsomming van de voorwaarden die door rechter Brennan wordt gegeven in de zaak-Baker/Carr, reeds aangehaald, blz. 691; zie ook Lenaerts, reeds aangehaald.

53 — Vaste rechtspraak; zie bij voorbeeld Conseil d'État (CE) 5 februari 1926, Dame Caraco, blz. 125; CE, 16 maart 1962, Prince Sliman Bey, blz. 179; CE, 13 juli 1979, Cofarex, blz. 319.

54 — Tijdelijk scheepvaartverbod in een maritieme veiligheidszone in verband met nucleaire proeven (CE, 11 juli 1975, Paris de la Bollardière, blz. 423); tussenkomst bij een andere staat ter bescherming van de goederen en belangen van een Fransman (CE, 2 maart 1966, Cramennel, blz. 157); weigering om een zaak bij een internationale rechterlijke instantie aanhangig te maken (CE, 9 januari 1952, Geny, blz. 17); weigering om een vakbond in kennis te stellen van aan een internationale instelling gedane voorstellen (CE, 10 februari 1978, CFDT, blz. 61).

aan de rechter kunnen worden voorgelegd „wanneer de Franse autoriteiten over een zekere vrijheid beschikken bij de keuze van de methoden waarmee zij hun internationale verplichtingen uitvoeren en zelf de middelen mogen kiezen om aan deze verplichtingen te voldoen";[55] voorbeelden hiervan zijn de besluiten tot uitwijzing en uitlevering van vreemdelingen;

— de bevestiging van het beginsel, dat de staat zonder schuld aansprakelijk is voor een volgens de regels gepubliceerde internationale overeenkomst[56], mits de gestelde schade abnormaal hoog en van bijzondere aard is en de vergoeding ervan niet door de overeenkomst zelf is uitgesloten;[57] tot dusver is deze oplossing niet uitgebreid tot handelingen en gedragingen ter zake van de buitenlandse betrekkingen.

80. Opgemerkt zij overigens, dat het begrip „regeringshandeling" ernstige kritiek heeft gekregen[58], maar eveneens is verdedigd als een eenvoudige wijze om aan te geven, dat de rechter niet bevoegd is ter zake van de activiteiten van de regering die moeten worden onderscheiden van de bestuurlijke handelingen.[59]

55 — Conclusie Odent voor het Tribunal des conflits, 2 februari 1950, Radiodiffusion franßaise, RDP 1950, blz. 423, 427.

56 — In een deel van de doctrine wordt erop gewezen: „si les traités internationaux intéressent évidemment les relations de l'Etat franßais avec les Etats étrangers, ils ne sont pas des actes de gouvernement. Au fait qu'ils ne sont pas des actes de droit interne, puisqu'ils n'émanent pas du seul gouvernement franßais, s'ajoute le fait que leur régime est ‚tout autre que celui des actes de gouvernement„„ Chapus, *Droit administratif général*, 1985, blz. 618 en 619.

57 — Conseil d'État 30 maart 1966, Compagnie générale d'énergie radio-électrique, Rec. Lebon, blz. 257; zie over dit arrest: AJDA 20 juni 1966, Chronique Puissochet et Lecat, blz. 349; deze rechtspraak betekent in feite, dat de aansprakelijkheid zonder schuld, die tot dan toe slechts voor wetten gold, wordt uitgebreid tot internationale overeenkomsten.

58 — Men was van mening, dat de regeringshandeling uit het „droit public de tout pays civilisé" moest worden gebannen, Duguit, *Traité de droit institutionnel*, 3e druk, III, 1930.

59 — Chapus, „L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?" D. 1958, Chr. blz. 5; andere auteurs menen, dat de onbevoegdheid uit de gemengde aard van de handeling voortvloeit: Virally: „L'introuvable acte de gouvernement" RDP 1952, blz. 338.

81. In een aantal betrekkelijk oude uitspraken[60] heeft de Luxemburgse Conseil d'Etat het begrip „regeringshandeling" toegepast zoals dit in het Franse recht was ontwikkeld. Bij de huidige stand van het recht zouden enkel de betrekkingen tussen het staatshoofd en een andere staat[61] aan rechterlijke toetsing kunnen worden onttrokken.

82. Het Griekse recht kent een begrip regeringshandeling; dergelijke handelingen zijn niet vatbaar voor wettigheidscontrole. Dit is met name het geval voor de sluiting van internationale verdragen. De doctrine is verdeeld over de vraag, of beroepen wegens aansprakelijkheid op dit gebied ontvankelijk zijn, en hierover lijkt nog geen rechterlijke uitspraak te zijn gedaan.

83. In België bestaat verdeeldheid over de vraag, of de theorie van de regeringshandeling in de nationale rechtspraak is aanvaard. In een recente, zeer gedetailleerde studie[62] over het rechterlijk toezicht op de activiteiten van de overheid op het gebied van de internationale betrekkingen, neigt men tot de conclusie, dat volgens de rechtspraak deze materie nog steeds tot het terrein van de discretionaire bevoegdheid behoort.

84. In ieder geval lijkt het nuttig, de in de arresten gebruikte formuleringen te vermelden. Zo heeft het Hof van beroep te Brussel in verband met de onafhankelijkheid van Congo verklaard, dat „de grief zo niet tegen de wetgevende macht dan toch tegen de uitvoerende macht is gericht en dat de soevereine besluiten van laatstgenoemde niet aan het oordeel van de rechtbanken kunnen worden voorgelegd".[63] Hetzelfde Hof ver-

60 — Conseil d'État, 20 januari 1876, Mangin; Conseil d'État, 26 april 1933, *Pasicrisie* VIII, blz. 108; zie Bonn, A.: „Le contentieux administratif en droit luxembourgeois", blz. 144, nr. 157, en Schockweiler, F.: „Le contentieux administratif et la procédure administrative non contentieuse en droit luxembourgeois", blz. 28, nr. 74.

61 — F. A. Schockweiler, op. cit.

62 — Ergec, op. cit.

63 — 4 december 1963, JT 15 december 1963, blz. 782, zie ook Civ. Bruxelles 23 september 1964, JT 25 oktober 1964, blz. 600.

klaarde in een aansprakelijkheidsgeschil tussen een particulier en de Belgische staat en de Verenigde Naties in verband met de interventie in Katanga, dat „de hoven en rechtbanken niet bevoegd zijn om een oordeel uit te spreken over de diplomatieke acties van de uitvoerende macht". [64]

85. In de zaak-Pittakos, waarin werd verzocht om een uitspraak over de fouten die waren gemaakt door Congo onafhankelijkheid te verlenen zonder eerst de passiva van de kolonie aan de nieuwe staat over te dragen, verklaarde de rechtbank te Brussel, dat de Belgische staat „*terecht* tegenwerpt, dat dit nieuwe middel in ieder geval ongegrond is, omdat het verlenen van onafhankelijkheid een regeringshandeling is die aan de rechterlijke toetsing is onttrokken". [65]

86. Ten slotte verklaarde de Raad van State met betrekking tot handelsovereenkomsten, „dat verzoekster niet het recht heeft kritiek te leveren op de opportuniteit van de sluiting van handelsverdragen". [66]

87. Naar Nederlands recht lijken de door een particulier ter zake van handelingen op het gebied van de buitenlandse betrekkingen ingestelde beroepen wegens aansprakelijkheid, niet zonder meer niet-ontvankelijk te worden verklaard.

88. De aanzienlijke discretionaire bevoegdheid die de regering op dit gebied bezit, leidt er evenwel toe, dat de rechter bij de uitoefening van zijn controletaak zeer terughoudend is. Het is evenwel niet uitgesloten, dat een beroep slaagt wanneer er duidelijk sprake is van misbruik van bevoegdheid of van machtsmisbruik.

89. Wat met name de onderhandelingen over en de sluiting van internationale verdragen betreft, moet worden geconstateerd, dat de president van de rechtbank te 's-Gravenhage [67] een verzoek tot verbod van een verdrag tussen Nederland en de Bondsrepubliek Duitsland heeft afgewezen, op grond dat een dergelijk verzoek in strijd was met de staatsrechtelijke organisatie van het koninkrijk. Vermeldenswaard is ook het feit dat het verzoek om na te gaan of het verdrag tussen Nederland en de Verenigde Staten betreffende de plaatsing van Pershing-raketten verenigbaar was met het internationale recht, werd afgewezen op grond van de overweging, dat de totstandkomingsprocedure van een internationale handeling niet door de rechter kan worden getoetst. [68]

90. Ten slotte besliste de *Hoge Raad* [69] in verband met de overeenkomst tussen Nederland en Indonesië over de evacuatie van Nederlandse militairen van Indonesische afkomst, dat een handeling die de vrijheid en het leven van personen rechtstreeks in gevaar brengt, niet kan worden aanvaard, niettegenstaande de zeer ruime discretionaire bevoegdheid waarover de overheid bij de uitvoering van een verdrag beschikt.

91. Door de vaststelling van de Spaanse grondwet van 1978 [70] is een einde gemaakt aan de uit artikel 2, sub b, van de wet van 27 december 1956 voortvloeiende regel, dat politieke handelingen niet voor de admini-

64 — 15 september 1969, *Pasicrisie belge*, blz. 247, 249.

65 — 14 januari 1963, JT 27 januari 1963, blz. 64, 66.

66 — 14 december 1973, Recueil des arrêts, blz. 955.

67 — 21 mei 1984, KG 1984, 168.

68 — President van de Rechtbank te 's-Gravenhage, 5 november 1985, KG 1985, blz. 376.

69 — 2 maart 1951, NJ 51.217.

70 — In het bijzonder artikel 24, lid 1, dat luidt: „Iedereen heeft aanspraak op rechtsbescherming bij de uitoefening van zijn wettelijke rechten en de behartiging van zijn wettelijke belangen. Deze bescherming kan hem nooit worden geweigerd."

stratieve rechter kunnen worden gebracht. Dit artikel bepaalde echter wel, dat de rechter schadevergoeding voor de betrokken handelingen kan toekennen. Zeer bijzondere aandacht verdienen de arresten van het Tribunal supremo[71] waarbij aan particulieren een vergoeding werd toegekend voor schade die rechtstreeks of indirect voortvloeide uit de wijze waarop de staat zijn verplichting tot diplomatieke bescherming jegens hen was nagekomen.

92. Voor zover mij bekend, is in het Ierse recht sinds 1922 geen gebruik gemaakt van een begrip als de *„Act of State"* of de *„Prerogative Act"*. Het lijkt er overigens op, dat een particulier de rechter om vergoeding van elke financiële schade kan verzoeken[72], en dat een eventuele immuniteit van de staat op het gebied van de buitenlandse betrekkingen zich niet met de grondwet zou verdragen.[73]

93. In het Portugese recht sluit artikel 4.1. van de *Estatuto dos Tribunais Administrativos et Fiscais* (ETAF) elk beroep tegen politieke handelingen uit. Niet betwist wordt, dat diplomatieke handelingen, en met name de onderhandelingen over en de goedkeuring van internationale overeenkomsten, tot deze categorie behoren. Toch blijft het de vraag, in hoeverre genoemde wet verenigbaar is met artikel 20 van de grondwet, dat aan eenieder rechtsbescherming verleent tegen elke handeling waardoor „zijn wettelijk beschermde rechten en belangen" worden aangetast.

71 — 29 december 1986, REDI 1988, nr. 2, noot Castro-Rial Garrone; zie eveneens, 16 november 1974, Aranzadi, Jurisprudencia 1974, nr. 4510; zie in verband met dit arrest „Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno", M. Paz Andrés Sáenz de Santa Maria, ADI, vol. III (1976), blz. 321.

72 — Byrne/Ireland, 1972, I. R. 241.

73 — Crotty/An Taoiseach (1987), 2 CMLR 657 waarin wordt verklaard, dat de verzoeker het recht heeft om zijn grieven met betrekking tot de grondwettelijkheid van de Europese Akte aan de rechter voor te leggen.

94. Welke conclusies kan men uit dit onderzoek trekken?

95. Het zou naar mijn mening bijzonder riskant zijn te stellen, dat de niet-ontvankelijkheid van beroepen wegens aansprakelijkheid voor de handelingen van de staat op het terrein van de buitenlandse betrekkingen kan worden aangemerkt als een van de „beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben".

96. De uiterst beperkte omvang van de rechterlijke controle op dit gebied vormt zonder enige twijfel de rode draad door dit korte onderzoek van het recht van de Lid-Staten.

97. Naar mijn oordeel dient het Hof zich niet vast te leggen op een soortgelijk begrip als het begrip „regeringshandeling", waardoor een beroep wegens aansprakelijkheid voor handelingen van de instellingen op het gebied van de externe betrekkingen in beginsel niet-ontvankelijk zou zijn. Zulks zou mijns inziens ook moeilijk verenigbaar zijn met de rechtspraak van het Hof. Hierdoor zou een extra voorwaarde worden gesteld voor de ontvankelijkheid van rechtstreekse beroepen van particulieren, want de ter zake van de aansprakelijkheid gekozen oplossing zou vervolgens natuurlijk worden overgenomen bij de wettigheidscontrole, die bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof reeds voldoende beperkingen bevat.

98. Bovendien zou deze oplossing niet echt berusten op een beginsel dat de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben, doch zou zij overdreven veel belang hechten aan het veelvuldig bekritiseerde begrip regeringshandeling, waarvan de werkingssfeer in sommige rechtsstelsels, die voorheen op dit punt juist zeer streng waren, snel kleiner wordt.

99. Toch bestaat de taak van de rechter juist in het *toezicht op de eerbiediging van het recht.* Bepaalde handelingen berusten evenwel op beoordelingen die de rechter naar positief recht niet kan toetsen zonder zijn beslissing in de plaats te stellen van de instelling wiens gedrag hem wordt voorgelegd. Dit is, zoals wij hebben gezien, het uitdrukkelijke standpunt van het Duitse Bundesverfassungsgericht.[74] Volgens mij heeft het Hof zelf bij bepaalde gelegenheden een soortgelijk standpunt ingenomen.[75]

100. Dat de rechter moet weigeren uitspraak te doen — beter gezegd de onmogelijkheid waarin de rechter zich bevindt — wordt pas duidelijk, wanneer de aangevoerde grieven ten gronde worden onderzocht[76]: de rechter moet hiervoor „over de muur kijken". Ik geef het Hof dan ook in overweging, de exceptie van niet-ontvankelijkheid te verwerpen of, op zijn minst, de uitspraak dienaangaande aan te houden tot na het onderzoek ten gronde. Dit laatste lijkt mij in casu beter. Het zou namelijk van overdreven formalisme getuigen, het beroep in dit stadium ontvankelijk te verklaren en het vervolgens te moeten verwerpen op grond dat

„de beslissing ... slechts kan worden genomen met betrekking tot aangelegenheden die uitsluitend algemene belangen van de Gemeenschap raken, zulks na een beoordeling die in wezen een politiek karakter heeft en die *niet* door een particulier voor het Hof *kan worden betwist*".[77]

101. Wordt deze conclusie ontkracht door de omstandigheid dat de argumenten van verzoekster deels betrekking hebben op de onverenigbaarheid van de Zesde overeenkomst met het EEG-Verdrag?

102. Over de controle „achteraf" van externe overeenkomsten, „een netelige kwestie"[78], zijn in de doctrine grondige studies verricht, waarvan ik hier slechts de grote lijnen zal aangeven.

103. Het beginsel van een controle achteraf is bestreden met het argument, dat het bestaan van een preventieve procedure elk later beroep uitsluit, zelfs wanneer geen advies van het Hof is ingewonnen.[79] Tegen deze stelling is aangevoerd, dat zij de instellingen en de Lid-Staten de mogelijkheid biedt „de herzieningsprocedure te omzeilen door het Hof eenvoudigweg niet te consulteren".[80] Het Hof zou dus de mogelijkheid moeten hebben, „vast te stellen dat een niet volgens de regels tot stand gekomen overeenkomst geen gevolgen heeft, wanneer iemand zich voor het Hof rechtstreeks op deze overeenkomst beroept dan wel deze aanvoert als grondslag van een verordening of een omstreden intern besluit".[81]

74 — Zie eveneens de beslissing van de Franse Conseil constitutionnel van 15 januari 1975 betreffende de vrijwillige zwangerschapsafbreking: „Considérant que l'article 61 de la Constitution *ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique* à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois mises à son examen"; Décision 74.54, Rec DC 19, (eigen cursivering); in dit verband kan eveneens worden gewezen op het standpunt van het Amerikaanse Supreme Court.

75 — Zie het arrest van 3 juli 1986, zaak 34/86, Raad/Parlement, Jurispr. 1986, blz. 2155, waarin het Hof verklaarde: „dat het Hof er weliswaar op moet toezien, dat de instellingen die te zamen de begrotingsautoriteit vormen, *de grenzen van hun bevoegdheden in acht nemen, maar dat het zich niet dient te mengen in de onderhandelingen tussen Raad en Parlement die, binnen bedoelde grenzen* tot vaststelling van de algemene begroting van de Gemeenschappen moeten leiden (eigen cursivering); zie ook Lenaerts (op. cit.) die ook wijst op het arrest van 22 november 1978 (zaak 93/78, Mattheus, Jurispr. 1978, blz. 2203), waarin het Hof zich onbevoegd verklaarde om ten gronde antwoord te geven op een vraag betreffende de toetredingsvoorwaarden voor Spanje en Portugal.

76 — Ik kan in dit verband verwijzen naar de zeer recente conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in zaak 70/87; na de verwerping te hebben gesuggereerd van de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, die berustte op de overweging dat de regeling inzake verdediging tegen onrechtmatige handelspraktijken verzoekster slechts beperkte rechtsbescherming biedt, verklaart mijn collega *bij zijn onderzoek van het beroep ten gronde,* dat er sprake is van een discretionaire bevoegdheid van politieke aard die niet vatbaar is voor rechterlijke controle, wanneer de sleutelbegrippen waarvan de bevoegdheidsuitoefening afhankelijk wordt gemaakt, niet *juridisch definieerbaar* zijn (punt 18, blz. 31).

77 — Zaak 53/84, Adams, reeds aangehaald, r. o. 15, eigen cursivering.

78 — Jacot-Guillarmod, O.: *Droit communautaire et droit international public,* Genève 1979, blz. 237.

79 — Catalano, *Manuel de droit des Communautés européennes,* Paris 1965, blz. 73, waarin wordt gepleit voor uitsluiting van elke controle achteraf.

80 — Pescatore, P.: *Les relations extérieures des Communautés européennes,* 1961, blz. 129.

81 — Ibidem, blz. 128.

104. Met betrekking tot de grondslag van de bevoegdheid van het Hof is opgemerkt, dat niet als een „eenzijdige handeling" [82] van de instellingen kan worden aangemerkt een overeenkomst die het resultaat is van „een samenloop van wilsverklaringen" van partijen waarvan er een niet aan de rechtsmacht van het Hof is onderworpen [83], en ter zake waarvan bij het Hof dus geen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld. [84]

105. Bovendien lijken de gevolgen van de nietigverklaring van een internationale overeenkomst juridisch gezien niet te voorspellen. [85] Ten slotte wordt de opportuniteit van een dergelijke controle ernstig betwist „op grond van de rechtszekerheid, de bescherming van derden en de politieke geloofwaardigheid van de Gemeenschap". [86]

106. Niettegenstaande deze niet van elke pertinentie verstoken argumenten heeft het Hof verklaard, dat een door de Raad gesloten overeenkomst „*wat de Gemeenschap betreft, een handeling is, welke door een der instellingen van de Gemeenschap is verricht*" en als zodanig door het Hof kan worden uitgelegd [87], en vooral:

„Daar de vraag of het *sluiten van een bepaald akkoord al dan niet tot de bevoegdheden van de Gemeenschap behoort* en of *deze bevoegdheden* eventueel *zijn uitgeoefend overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag*, in beginsel, hetzij *rechtstreeks* op grond van *artikel 169 of artikel 173 van het Verdrag*, hetzij *door middel van een prejudiciële procedure*, aan het Hof van Justitie kan worden voorgelegd, derhalve dient te worden erkend, dat deze ook door middel van de prealabele procedure van artikel 228 voor het Hof kan worden gebracht." [88]

107. Het lijdt dus geen enkele twijfel, dat het Hof het beginsel van een controle achteraf heeft bevestigd. [89]

108. Het Hof heeft overigens de rechtsgrondslag van een besluit van de Raad met betrekking tot de sluiting van een internationale overeenkomst getoetst, ofschoon, zoals wij hebben gezien, sommige rechtsgeleerde schrijvers een dergelijk besluit als een regeringshandeling beschouwden. [90]

109. Hoever reikt nu de controle van het Hof met betrekking tot het onderhavige beroep? De eerste vraag is, of het eigenlijk wel mogelijk is een gemengde overeenkomst als de Zesde overeenkomst aan enige controle te onderwerpen. Sommige auteurs [91] ontkennen dit krachtig en wijzen erop, dat

82 — Het „besluit van de Raad" waarbij de overeenkomst werd gesloten, vormde in dit verband een „regeringshandeling" die niet vatbaar was voor beroep en in elk geval niet van de overeenkomst kon worden losgemaakt; zie Kovar, „Les accords liant les Communautés européennes", RMC 1974, blz. 345, 358; Melchior, „La procédure de conclusion des accords externes de la CEE", *Revue belge de droit international* 1965, blz. 187.

83 — Zie Kovar, op. cit., blz. 357.

84 — Voor een pleidooi tegen geldigheidscontrole via artikel 177, zie verder: Kovar, JDI 1976, blz. 197; Simon, RTDE 1975, blz. 454; zie ook Barav, ELR 1977, blz. 8.

85 — Volgens O. Jacot-Guillarmod zou een verklaring, dat de overeenkomst nietig en van onwaarde is (artikel 174 EEG-Verdrag) een „juridische aberratie" zijn; de nietigverklaring van het communautaire goedkeuringsbesluit „zou hetzelfde catastrofale resultaat hebben" en de stelling dat de overeenkomst zelf daardoor niet wordt aangetast zou een „dualistische inconsequentie" zijn, want beide handelingen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, op cit., blz. 240.

86 — Zie Simon, D.: „Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes", RTDE 1975, blz. 454.

87 — Arrest van 30 april 1974, zaak 181/73, Haegemann, Jurispr. 1974, blz. 449, r. o. 3, 4, 5 en 6, eigen cursivering.

88 — Advies 1/75, reeds aangehaald, eigen cursivering

89 — Er is op gewezen, dat dit standpunt „merkwaardig genoeg lijnrecht ingaat" tegen de houding van het Hof met betrekking tot de nationale controle van de grondwettigheid van wetten ter goedkeuring van verdragen, Joliet, „Le droit institutionnel des Communautés européennes, les institutions, les sources", 1983, blz. 252.

90 — Arrest van 27 september 1988, zaak 165/87, Commissie/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5545.

91 — Melchior, op. cit.; Joliet, op. cit., die verklaart: „Au point de vue de la Communauté, c'est la procédure de l'article 228, paragraphe 1, premier alinéa, du traité CEE qui sera suivie; du point de vue des Etats membres, c'est la procédure ordinaire de conclusion des traités internationaux qui sera mise en oeuvre. La procédure de conclusion d'un accord mixte ressemble donc de très près à la procédure de révision de l'article 236, surtout si la base choisie est, dans le chef de la Communauté, l'article 238 du traité CEE qui implique la consultation du PE. Se posera donc la question de savoir quels sont les rapports (hiérarchie ou égalité) entre le traité CEE lui-même et l'accord mixte", blz. 237; „l'on voit mal comment la CJCE pourrait s'arroger le pouvoir d'apprécier la validité d'un traité signé et ratifié par les États membres", blz. 251.

de procedure in een dergelijk geval in wezen identiek is met de herzieningsprocedure van artikel 236. Anderen wijzen er evenwel op, dat „de Lid-Staten worden geacht slechts (aan de overeenkomst) te hebben meegewerkt voor het gedeelte dat tot hun bevoegdheid behoort en niet voor het gedeelte dat tot de bevoegdheid van de Gemeenschap behoort. De mogelijkheid van rechterlijke toetsing blijft dus onverlet voor de bepalingen die tot de bevoegdheid van laatstgenoemde behoren." [92]

110. Het zou het kader van deze opmerkingen overschrijden, het voor en tegen van deze twee standpunten te bespreken. Het eerste standpunt lijkt mij in ieder geval niet houdbaar voor overeenkomsten die, zoals in casu, op basis van artikel 113 zijn gesloten, want in dat geval verschilt de toepasselijke procedure aanzienlijk van die van artikel 236, met name doordat het Europees Parlement hierbij niet wordt geraadpleegd.

111. Waar het hier echter in wezen om gaat, is de vraag, of het feit dat het Hof artikel 178 niet onder de mogelijke rechtswegen heeft genoemd, volstaat om de aansprakelijkheidsacties uit te sluiten. In dit opzicht is ongetwijfeld grote voorzichtigheid geboden, doch het lijkt mij gevaarlijk, uit deze omissie de conclusie te trekken dat deze rechtsweg is uitgesloten. Dienaangaande moet erop worden gewezen, dat een beroep wegens aansprakelijkheid, dat strekt tot het verkrijgen van *schadevergoeding*, niet meer problemen oplevert dan de wettigheidscontrole van externe overeenkomsten, problemen die het Hof in zijn eerder genoemd advies evenwel terzijde heeft gesteld.

112. Maar ook bij een beroep wegens aansprakelijkheid is het natuurlijk uitgesloten, dat het Hof de gestelde onrechtmatigheid van besluiten betreffende een externe overeenkomst zou kunnen onderzoeken wanneer deze besluiten enkel berusten op *opportuniteitsoverwegingen* [93], daar geen enkele verdragsregel het Hof toestaat dergelijke overwegingen te toetsen. En daarmee kom ik mijns inziens precies terug bij het resultaat van mijn eerder onderzoek. Bijgevolg handhaaf ik mijn conclusie en geef het Hof in overweging, een uitspraak over de exceptie van niet-ontvankelijkheid aan te houden tot na het onderzoek ten gronde.

III — Het misbruik van de procedure van artikel 215

113. Laat ik het maar duidelijk zeggen: de exceptie die de verwerende instellingen dienaangaande opwerpen, is niet op alle punten even relevant.

114. Ik stel voor, te beginnen met de behandeling van twee van hun argumenten die slechts een zeer kort onderzoek vergen.

115. Verweerders voeren aan, dat wanneer het Hof het beroep ontvankelijk verklaart, het verplicht is politieke beslissingen opnieuw te onderzoeken op basis van wat achteraf is gebeurd, ten einde te bepalen hoe ernstig de eventueel aan de verwerende partij toe te rekenen fout wel is.

116. Het is duidelijk, dat hier opnieuw wordt aangevoerd dat de Gemeenschap immuniteit van jurisdictie geniet. De opmerking, dat gestelde onrechtmatigheid van gedragingen die zich in het verleden hebben afgespeeld, moeilijk is te beoordelen, getuigt weliswaar van een zekere toewijding voor

92 — Louis, J.-V.: *L'ordre juridique communautaire*, 4e éd., blz. 84.

93 — M. Melchior (op. cit., blz. 209) beklemtoont met betrekking tot de omvang van de controle van het Hof in het kader van een advies als bedoeld in artikel 228, dat er daarbij slechts sprake kan zijn van een wettigheidscontrole en niet van opportuniteitscontrole; a fortiori moet voor een soortgelijke oplossing worden gekozen wanneer er een beroep wordt ingesteld, daaronder begrepen een beroep wegens aansprakelijkheid.

het Hof, doch die moeilijkheid vormt geen grond van niet-ontvankelijkheid.

117. Verder zou het beroep ertoe strekken, „dat het Hof de gemeenschapsinstellingen daadwerkelijk gelast, voortaan te handelen op een manier die zich verdraagt met de opvatting van verzoekster over hetgeen de Gemeenschap als partij bij de Zesde overeenkomst had moeten doen, en dit niettegenstaande het feit, dat zelfs indien de Gemeenschap aldus had gehandeld, het resultaat voor verzoekster niet noodzakelijkerwijze anders zou zijn geweest". Dit argument heeft deels betrekking op het causaal verband, dus op de grond van de zaak, en laat opnieuw doorklinken, dat de controle van het Hof beperkt is.

118. Voorts zou het beroep in feite zijn gericht op de nietigverklaring van „een groot aantal handelingen" van de Tinraad en zijn leden, waaronder de Gemeenschap. Doordat het hier gaat om handelingen of gedragingen die buiten de rechtsmacht van het Hof vallen, loopt dit middel samen met het nog door mij te onderzoeken middel, volgens hetwelk het Hof wordt verzocht om een uitspraak over de aansprakelijkheid van de Tinraad.

119. Laat ik mij er dus toe beperken, de relevantie van deze exceptie van niet-ontvankelijkheid te onderzoeken voor zover zij betrekking heeft op handelingen of nalatigheid van de Gemeenschap.

120. Het valt mijns inziens niet te betwisten, dat het beroep van Maclaine Watson strekt „tot vaststelling van subjectieve rechten" [94] jegens de Gemeenschap. Volgens de rechtspraak van het Hof staat het zonder meer vast, dat het beroep tot schadevergoeding volledig losstaat van de beroepen tot nietigverklaring [95] en wegens nalaten [96], hetgeen de verwerende instellingen overigens in hun opmerkingen hebben erkend. Deze beginselen moeten inzonderheid in de onderhavige zaak worden toegepast, en mijns inziens ook op de grief dat de Commissie bij de Lid-Staten van de Gemeenschap niet de „nodige stappen" heeft ondernomen om hen, eventueel door middel van procedures krachtens artikel 169 EEG-Verdrag, te dwingen hun financiële verplichtingen jegens de Tinraad na te komen [97], alsook op het middel als zou het niet verhinderen dat de Tinraad bij zijn optreden misbruik maakte van zijn machtspositie, een onrechtmatige daad opleveren.

121. Het Hof kan deze exceptie van niet-ontvankelijkheid dus terzijde schuiven.

122. Volgens de verwerende instellingen is dit beroep ook niet-ontvankelijk, omdat het in feite erop is gericht, het Hof te laten oordelen over een vordering wegens contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor de schulden van een derde. Maclaine Watson zou de Gemeenschap de rol van borg of verzekeraar proberen op te dringen.

94 — Conclusie van A. Dutheillet de Lamothe in gevoegde zaken 9/71 en 11/71, arrest van 13 juni 1972, Compagnie d'approvisionnement, Jurispr. 1972, blz. 411.

95 — Gevoegde zaken 9/71 en 11/71, reeds aangehaald; arresten van 2 december 1971, zaak 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt, Jurispr. 1971, blz. 975; 24 oktober 1973, zaak 43/72, Merkur, Jurispr. 1973, blz. 1055; 4 oktober 1979, zaak 238/78, Ireks-Arkady, Jurispr. 1979, blz. 2955; 4 oktober 1979, gevoegde zaken 241/78, 242/78, 245/78 tot en met 250/78, DGV, Jurispr. 1979, blz. 3017; 4 oktober 1979, gevoegde zaken 261/78 en 262/78, Interquell Stärke-Chemie, Jurispr. 1979, blz. 3045; 12 december 1979, zaak 12/79, Hans-Otto Wagner, Jurispr. 1979, blz. 3657; 12 april 1984, zaak 281/82, Unifrex, Jurispr. 1984, blz. 1969; 17 december 1981, gevoegde zaken 197/80 tot en met 200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, Ludwigshafener Walzmühle, Jurispr. 1981, blz. 3211.

96 — Arresten van 28 april 1971, zaak 4/69, Lütticke, Jurispr. 1971, blz. 325; 2 juli 1974, zaak 153/73, Holtz & Willemsen, Jurispr. 1974, blz. 675.

97 — Zie R. Lecourt, in *Mélanges Teitgen*, „Le rôle unificateur du juge dans la Communauté", blz. 223, 229; zie de conclusie van A. Dutheillet de Lamothe in zaak 4/69, reeds aangehaald: „Wij menen derhalve, dat de omstandigheid dat de aansprakelijkheidsactie in casu wordt gebaseerd op miskenning van de artikelen 97, tweede alinea, of 169 van het Verdrag, ten principale wel van zeer grote betekenis is, ... doch op de ontvankelijkheid van het verzoek om schadevergoeding niet van invloed is."

123. Economisch gezien is de schade van verzoekster uiteraard ontstaan doordat de Tinraad zijn verplichtingen niet nakwam. Maar Maclaine Watson merkt zeer terecht op, dat de niet-uitvoering van een overeenkomst het gevolg kan zijn van de handelingen van een derde. De door de schuldeiser tegen de veroorzaker van het schadebrengende feit ingestelde vordering verliest daardoor niet het karakter van een vordering wegens niet-contractuele aansprakelijkheid, of van een vordering uit al dan niet opzettelijke onrechtmatige daad.

124. Verzoekster herhaalt, dat zij het Hof niet verzoekt de Gemeenschap te veroordelen tot nakoming van de contracten van de Tinraad, maar vraagt de Gemeenschap te veroordelen tot vergoeding van de schade die deze door haar eigen gedrag heeft veroorzaakt.

125. Tegen de ontvankelijkheid van één van de door verzoekster aangevoerde middelen rijzen evenwel in elk geval ernstige bezwaren: het gaat om het middel betreffende de risicoaansprakelijkheid van de Gemeenschap. Zelf ben ik niet gekant tegen de opneming van dit soort aansprakelijkheid in het gemeenschapsrecht, maar ik wijs erop, dat de regeling van dit soort aansprakelijkheid, gelet op de door het Hof gestelde regels voor de schuldaansprakelijkheid, ongetwijfeld ernstige problemen zal opleveren.

126. In het onderhavige geval lijkt verzoekster dit middel evenwel aan te wenden om de Gemeenschap aansprakelijk te doen stellen voor de schulden van de Tinraad. Laat ik om te beginnen herinneren aan de argumenten die hiervoor zijn aangevoerd. Verzoekster wijst erop, dat het Hof in zijn rechtspraak ervoor heeft gezorgd het beginsel van risicoaansprakelijkheid niet uit te sluiten, en zij verzoekt het Hof vervolgens, te verklaren dat de Gemeenschap op grond van dit beginsel verzoeksters schade moet vergoeden, stellende dat de opstelling van de Zesde overeenkomst door de Gemeenschap en de deelname van de Gemeenschap aan de Tinraad verzoekster verliezen hebben toegebracht die ver uitgaan boven de risico's die normaliter aan de uitoefening van haar activiteiten zijn verbonden. Uiteraard loopt een handelaar op een markt van het type van de LME risico's als gevolg van koersschommelingen of doordat een van zijn handelspartners zijn verplichtingen niet nakomt, maar het „faillissement" van de Tinraad overschrijdt de grenzen van de economische risico's die inherent zijn aan op deze markt verrichte operaties. Dit risico, dat uitsluitend voortvloeit uit de totstandkoming van de Zesde overeenkomst en uit de wijze waarop men de Tinraad heeft laten functioneren, mag niet volledig bij verzoekster (en bij andere personen die rechtstreekse banden met de Tinraad hadden) worden gelegd. Indien het algemeen belang rechtvaardigde, dat de Gemeenschap tot de Zesde overeenkomst toetrad en lid werd van de Tinraad, dan moeten de schadelijke gevolgen hiervan ook door de hele Gemeenschap en niet door een klein aantal individuen worden gedragen.

127. Dit betoog lijkt mij alleen maar een slimme „aankleding" van een vordering waarmee wordt getracht de Gemeenschap als lid van de Tinraad in het kader van een niet-contractuele actie aansprakelijk te doen stellen voor de contractuele schulden van de Tinraad. Wat volgens verzoekster zelf aan de Gemeenschap kan worden verweten, is dat deze is toegetreden tot de Zesde overeenkomst en lid is van de Tinraad. Het risico waarvoor verweerster zou moeten instaan, „houdt verband met de totstandkoming van de Zesde overeenkomst en de daaraanvolgende activiteiten van de Tinraad". Eigenlijk kan worden gesteld, dat dit „risico" gewoonweg samenvalt met het risico van insolvabiliteit van de Tinraad. De enige band tussen dit passief en de Gemeenschap bestaat in het feit dat de Gemeenschap lid is van de Tinraad.

128. De vraag, of verzoekster — en de „andere personen en ondernemingen die rechtstreekse banden met de Tinraad heb-

ben gehad" — dit risico volledig in haar eentje moet dragen dan wel of de vergoeding van de schade ten laste van de hele Gemeenschap komt, is erop gericht, het Hof via een actie wegens niet-contractuele aansprakelijkheid een uitspraak te ontlokken over de vraag, of *de leden van de Tinraad als zodanig gehouden zijn jegens de schuldeisers van de organisatie*. Dit middel is derhalve een heimelijke poging om bij het Hof een vordering in te stellen die punt voor punt samenvalt met de vordering waarvan verzoekster zelf heeft gezegd, dat zij niet binnen het kader van dit beroep past. Verzoekster heeft het Hof immers uitdrukkelijk meegedeeld wat zij als haar „hoofdeis" beschouwt, te weten de vaststelling dat de leden van de Tinraad „contractueel" gehouden zijn tot betaling van de schulden van deze organisatie, welke eis thans door Britse rechterlijke instanties wordt onderzocht.[98] Zoals u ziet, wordt met het onderhavige middel in feite geprobeerd ditzelfde probleem aan het Hof voor te leggen.

129. De gemeenschapsinstellingen voeren ten slotte aan, dat met het beroep wordt getracht de Gemeenschap wegens haar deelname aan de Tinraad voor deze organisatie aansprakelijk te stellen en aldus het geschil voor te leggen aan het Hof, dat evenwel niet bevoegd is ten aanzien van de Tinraad.

130. Laat ik allereerst herinneren aan de argumenten van Maclaine Watson. Zij stelt, dat haar actie niet is ingegeven door de ongeoorloofde praktijken van de Tinraad, maar door het eigen gedrag van de Gemeenschap. Deze laatste zou:

— *als lid van de Tinraad*, ongeacht of deze rechtspersoonlijkheid bezit, aansprakelijk zijn voor de onrechtmatige daden van de Tinraad;

— „rechtens aansprakelijk zijn" voor de talrijke beheersfouten van de Tinraad, omdat zij, door het aantal stemmen waarover zij beschikte, grote invloed had binnen de Tinraad en dus had kunnen zorgen voor een verantwoord beleid.

131. Laat ik maar terstond zeggen, dat deze twee middelen niet-ontvankelijk zijn:

— het eerste, omdat de Tinraad een afzonderlijke rechtspersoon is en zijn onrechtmatige daden niet aan verweerster mogen worden toegerekend op de enkele grond dat zij lid is van deze organisatie;

— het tweede, omdat voor de aansprakelijkstelling van de Gemeenschap voor haar eigen gedrag in de Tinraad in elk geval eerst moet worden vastgesteld, dat de Tinraad beheersfouten heeft begaan en, meer in het algemeen, daarvoor aansprakelijk is, een beoordeling waartoe het Hof niet bevoegd is.

Laten we deze twee punten eens nader bekijken.

132. Volgens verzoekster heeft de Tinraad zijn werkzaamheden voortgezet in een uitzichtloze financiële situatie die bij een serieus onderzoek onmiddellijk aan het licht zou zijn gekomen. Onder deze omstandigheden zou de Gemeenschap hiervoor aansprakelijk zijn als lid van de Tinraad. Wanneer de Tinraad geen rechtspersoonlijkheid bezit, zouden de onrechtmatige daden rechtstreeks aan zijn leden kunnen worden toegerekend. Ingeval er daarentegen wel sprake is van een aparte rechtspersoonlijkheid, dan zouden voor de aansprakelijkheid van de leden de gemeenschappelijke beginselen inzake de aansprakelijkheid van direc-

98 — Zie blz. 7 van de Franse taalversie van het beroep; ik wijs erop, dat Maclaine Watson ter terechtzitting heeft gemeld, dat zij al haar bij Britse rechterlijke instanties aanhangige beroepen tegen de Gemeenschap heeft ingetrokken.

teuren van handelsvennootschappen van toepassing zijn.

133. Allereerst moet worden vastgesteld, of de Tinraad een afzonderlijke rechtspersoon is. Daartoe kan mijns inziens niet worden volstaan met een verwijzing naar artikel 16 van de Zesde overeenkomst, dat betrekking heeft op de *civiele* rechtspersoonlijkheid van de organisatie.[99]

134. De vraag die hier rijst is, of de Tinraad ten opzichte van zijn leden kan worden beschouwd als een „zelfstandig rechtssubject",[100] dus als een afzonderlijke instantie. Precies deze vraag betreffende de internationale rechtspersoonlijkheid heeft het Internationale Gerechtshof met betrekking tot de Verenigde Naties moeten onderzoeken in zijn advies over de vergoeding van in dienst van de Verenigde Naties geleden schade. Het Internationale Gerechtshof verklaarde toen: „Het Handvest heeft zich er niet toe beperkt van de opgerichte organisatie een centrum te maken waarin de krachtsinspanningen van de naties worden gebundeld ten einde de door hen vastgestelde gemeenschappelijke doelstellingen te bereiken... Het heeft de organisatie ook voorzien van organen en haar met een specifieke taak belast; verder heeft het de positie van de leden ten opzichte van de organisatie bepaald waar het voorschrijft, dat de leden de organisatie volledige bijstand moeten verlenen bij alle door deze ondernomen acties en de besluiten van de Veiligheidsraad moeten aanvaarden en toepassen."[101] Deze elementen, die zijn genoemd om de positie van de Verenigde Naties in haar betrekkingen met de Lid-Staten aan te geven, lijken ook bij de Tinraad ruimschoots aanwezig.

135. In de eerste plaats is de Internationale Tinraad bij de tenuitvoerlegging van de Zesde overeenkomst belast met de verwezenlijking van de doelstellingen van de overeenkomst, hoofdzakelijk het verzekeren van een evenwicht op de wereldmarkt voor tin. De Tinraad beperkt zich daarbij evenwel niet tot het „bundelen" van de krachtsinspanningen van de leden, maar vervult deze taak hoe dan ook zelf en met eigen middelen. Hierbij geeft de Tinraad blijk van een wil die niet samenvalt met die van zijn leden, wat tot uiting komt in het feit dat belangrijke besluiten, naargelang van het geval, met eenvoudige dan wel gekwalificeerde *meerderheid* worden genomen. Het gaat hierbij om:

— de vaststelling van de bodemprijzen en de plafondprijzen;

— het sluiten van leningen ten behoeve van de buffervoorraad;

— de exportbeperkingen.

Verder wordt de positie van de leden ten opzichte van de Tinraad gekenmerkt door de omstandigheid, dat de leden al deze beslissingen als ***bindend*** dienen te aanvaarden (artikel 41, lid 2) en al hun krachten moeten inspannen om te bevorderen dat de doelstellingen worden bereikt. We hebben hier dus te maken met soortgelijke beginselen als die in het Handvest van de Verenigde Naties, waaromtrent het Internationale Gerechtshof, zoals ik reeds zei, heeft verklaard, dat zij *„de positie van de leden ten opzichte van de organisatie* bepalen door voor te schrijven dat de leden de organisatie volledige bijstand moeten verlenen bij alle door deze ondernomen acties... en de besluiten van de Veiligheidsraad moeten aanvaarden en toepassen". Ten slotte is de voorzitter van de Tinraad een echt orgaan. Aan deze *onafhankelijke voorzitter*, die met tweederde meerderheid door de leden wordt gekozen, is de beheerder van de buffervoorraad verantwoording verschuldigd. Bovendien beschikt de voorzitter over eigen bevoegdheden, zoals de bevoegdheid tot beperking of schorsing van operaties met de buffervoorraad wanneer de Raad niet in zitting bijeen is.

99 — Zie over het onderscheid tussen civiele rechtspersoonlijkheid en internationale rechtspersoonlijkheid en de twee aspecten van laatstgenoemde: Pescatore, „Les relations extérieures des Communautés européennes", blz. 32 en volgende.

100 — Simon, D.: „L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales", Pedone 1981, blz. 639.

101 — CIJ, advies van 11. april 1949, Rec. CIJ 1949, blz. 178.

136. De Tinraad lijkt dus wel degelijk een van zijn leden te onderscheiden instantie met een „eigen wil" te zijn. Zijn gedragingen kunnen dus niet aan een van zijn leden worden toegerekend zonder de „individualiteit" van de organisatie ten opzichte van de leden te miskennen. Onder deze omstandigheden is verwijzing naar de privaatrechtelijke regels betreffende directeuren van handelsvennootschappen volstrekt irrelevant. Men kan zich bij voorbeeld niet beroepen op het arrest van het Internationale Gerechtshof in de zaak-Barcelona Traction.[102] Het Internationale Gerechtshof overwoog bij die gelegenheid weliswaar, dat ook in het internationale recht „de sluier van de aparte rechtspersoonlijkheid" kan worden opgelicht, doch het ging hier juist om *privaatrechtelijke handelsvennootschappen.* Met betrekking tot een internationale organisatie moet evenwel — ik citeer — „iedere analogie — die noodzakelijkerwijs misleidend is — met de mechanismen van het handelsrecht worden uitgesloten".[103]

137. Al gaat het hier om een overweging betreffende de aansprakelijkheid van de leden van de Tinraad voor diens schulden[104] den toch geldt zij „a fortiori" voor de *toerekening* van de gedragingen van de Tinraad. De onmogelijkheid om de gedragingen van een internationale organisatie aan een van haar leden toe te rekenen, volgt uit de afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, ook al menen sommigen, dat het beginsel van de aansprakelijkheid voor de schulden van de rechtspersoon daardoor onverlet wordt gelaten.

138. Bijgevolg moet het middel, dat de Gemeenschap op de enkele grond dat zij lid is van de Tinraad, instaat voor de onrechtmatige daden van deze organisatie, niet-ontvankelijk worden verklaard.

139. Ik kom nu bij het middel dat de Gemeenschap aansprakelijk tracht te stellen voor haar rol bij de door de Tinraad gemaakte beheersfouten. Zoals het Hof zich herinnert, heeft de Gemeenschap volgens verzoekster in algemeen nagelaten haar invloed aan te wenden om de Tinraad tot een verantwoord financieel beleid te brengen. Zij zou met name geen steun hebben verleend aan de pogingen van het Verenigd Koninkrijk om de situatie van de buffervoorraad op te helderen en zij zou zich hebben verzet tegen hogere financiële bijdragen en tegen beperking van de produktie. Het is dus omdat de Gemeenschap in de Tinraad een „blokkerende minderheid" bezat, dat zij voor het Hof zou kunnen worden gedaagd.

140. Ik herinner er hier aan, dat het aantal stemmen waarover de Gemeenschap beschikte, meer dan de helft van de aan de verbruikslanden toegekende stemmen, niet tot gevolg heeft dat het gedrag van de Tinraad aan verweerster kan worden toegerekend, *dat wil zeggen bij verweerster kan worden gelegd,* daar de organisatie een afzonderlijke rechtspersoon is.

141. Maar kan de Gemeenschap eigenlijk wel aansprakelijk worden gesteld, zonder dat eerst de onrechtmatige daden van de Tinraad zelf zijn vastgesteld ? Ik denk het

102 — CIJ, arrest van 5. februari 1970, Rec. CIJ 1970, blz. 1, 39.

103 — Eisenmann, P.: „Crise du Conseil international de l'étain", op. cit., blz. 730.

104 — De afzonderlijke rechtspresoonlijkheid van de organisatie en de aansprakelijkheid van de leden vormen nemalijk twee aparte vraagstukken; juist hierdoor ontstaat de vraag — die in dit beroep aan de orde is —, of de leden van de Tinraad aansprakelijk zijn voor diens schulden. De Britse rechters waren tot dusver van mening, dat de rechtspersoonlijkheid van de organisatie elke aansprakelijkheid van de leden voor de schulden van de organisatie uitsluit. Heel wat auteurs menen, dat het in dit verband van belang is te onderzoeken, of de statuten een bepaling bevatten waarin de aansprakelijkheid van de leden duidelijk wordt uitgesloten (zie met name Mann, F.A.: „International corporations and national law", BYIL 1967, blz. 145, 160-161; zie Schermers, „Liability of international organization", 1 L JIL (1988), blz. 3, 8-9; Chimni, op. cit., blz. 208; zie voor het standpunt dat de leden, althans subsidiair, instaan voor de verbintenissen van de organisatie: Seidl-Hohenveldern, op. cit., blz. 423 e.v.; zie in die zin de beslissing van het scheidsgerecht van de IKK in de zaak-Westland; anders: Eisenmann, op. cit.).

niet. De Gemeenschap kan slechts voor het niet verhinderen van de onrechtmatige daden van de Tinraad aansprakelijk worden gesteld, wanneer is vastgesteld dat het om onrechtmatige daden gaat en dat deze de schade hebben veroorzaakt waarvoor verzoekster vergoeding eist. Het in dit verband gevoerde betoog berust op een opsomming van talloze verkeerde gedragingen van de Tinraad [105] die de Gemeenschap niet heeft trachten te verhinderen of te corrigeren zo zij deze in sommige gevallen al niet heeft vergemakkelijkt. De gestelde schade is evenwel logischerwijze allereerst het resultaat van de door de Tinraad gestelde onrechtmatige daden waarvoor de Gemeenschap aansprakelijk zou zijn. Met andere woorden, hoewel in dit beroep zorgvuldig wordt vermeden om explicieter te zijn, duidt de massale verwijzing naar de onrechtmatige daden van de Tinraad op niets anders dan op de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de organisatie voor haar eigen beleid. [106]

142. Wanneer men de leden van de Tinraad, waaronder de Gemeenschap, evenwel aansprakelijk wil stellen voor schade die uit de handelingen en taken van de organisatie zou zijn voortgevloeid, dan moet eerst worden uitgemaakt, of de organisatie onrechtmatig heeft gehandeld en, zo ja, of dit de oorzaak van de gestelde schade is. Ik zeg „eerst", want het is duidelijk, dat ingeval bij voorbeeld het onrechtmatige handelen van de Tinraad niet als de oorzaak van de schade kan worden beschouwd, de Gemeenschap uiteraard niet kan worden aangesproken voor het feit dat zij dit handelen niet heeft verhinderd. Dit is dus de eerste voorwaarde om de Gemeenschap aansprakelijk te kunnen stellen voor haar optreden in de Tinraad.

105 — Zie blz. 98-101 van de Franse taalversie van het beroep.

106 — Wanneer het Hof in dit verband het verzoekschrift in zaak 19/89 raadpleegt, zoals verzoekster ter terechtzitting heeft gevraagd, dan zal het daarin een uitdrukkelijke verwijzing naar de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Tinraad vinden.

143. Het Hof is evenwel niet bevoegd om uitspraak te doen over deze voorafgaande vraag betreffende de aansprakelijkheid van de Tinraad voor zijn beleidsfouten. Het Hof heeft *attributieve bevoegdheden.* Deze bevoegdheden staan het Hof niet toe, uitspraak te doen over de beheersfouten die de Tinraad in het kader van de Zesde overeenkomst zou hebben gemaakt. Het onderzoek van het betrokken middel impliceert evenwel, dat het Hof *eerst* over dit punt oordeelt en daarbij dus zijn bevoegdheid overschrijdt. Ik concludeer derhalve dat het middel niet-ontvankelijk is.

144. Deze conclusie doet naar mijn mening een nog fundamentelere vraag rijzen. Hoewel ik het met Maclaine Watson eens ben, dat de deelname van de Gemeenschap aan de Tinraad moet worden onderscheiden van de activiteiten van de organisatie zelf, ben ik tot de vaststelling gekomen, dat een voorafgaande uitspraak over de onrechtmatige daden van deze organisatie onvermijdelijk is. Zou deze impasse evenwel niet voortvloeien uit het feit dat het gestelde „gedrag" van de Gemeenschap in feite volledig samenvalt met de interne besluitvormingsprocedure van de Tinraad? Het is wel duidelijk, dat wanneer het Hof van mening zou zijn dat de deelname van een van de leden van de Tinraad aan de activiteiten van de organisatie kan worden „losgekoppeld" van de activiteiten van de organisatie zelf, het dan zou vaststellen, dat het verzoek van Maclaine Watson aan het Hof *uitsluitend* betrekking heeft op het gedrag van de Tinraad zelf.

145. Het middel betreffende de schending door de Gemeenschap van haar „waarschuwings- en zorgplicht" jegens verzoekster, onderstelt daarentegen niet, dat het Hof zich eerst over de aansprakelijkheid van de Tinraad uitspreekt. Bij het onderzoek van dit middel moet eerst worden nagegaan, of in het kader van de Zesde overeenkomst op de Gemeenschap dergelijke verplichtingen rustten. Het moet dus te zamen met de hoofdzaak worden beoordeeld.

146. Het middel als zou de Gemeenschap niet hebben verhinderd dat de Tinraad bij zijn werkzaamheden misbruik maakte van zijn machtspositie, doet naar mijn mening een vraag rijzen die niet volledig samenvalt met de vraag of de Zesde overeenkomst met het EEG-Verdrag in overeenstemming is. Het gaat namelijk om de vraag, of de gemeenschapsinstellingen zich jegens de internationale organisatie op het gemeenschapsrecht hadden kunnen beroepen of dit gemeenschapsrecht zelf hadden kunnen *toepassen*. Met andere woorden, kunnen de betrekkingen tussen de Tinraad en zijn leden worden beheerst door het recht van een van de leden ? Dit is mijns inziens de vraag en ik stel voor deze te zamen met de grond van de zaak te behandelen, omdat in deze vraag aspecten betreffende de grond van de zaak en aspecten betreffende de ontvankelijkheid van het betrokken middel nauw met elkaar verweven zijn.

147. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging:

„1) pas na behandeling van de grond van de zaak uitspraak te doen over de ontvankelijkheid van de middelen met betrekking tot

— de schending door de Gemeenschap van haar „waarschuwings- en zorgplicht" jegens verzoekster;

— het onrechtmatige handelen waaraan de Gemeenschap zich schuldig zou hebben gemaakt door de Zesde overeenkomst te tekenen en deel te nemen aan het besluit om deze overeenkomst voorlopig in werking te doen treden, ofschoon deze innerlijke gebreken vertoonde en onverenigbaar was met het EEG-Verdrag;

— het niet uitoefenen door de Gemeenschap van haar exclusieve bevoegdheden bij de onderhandelingen over de Zesde overeenkomst en met betrekking tot haar deelname aan die overeenkomst;

— het niet raadplegen van het Europees Parlement;

— het feit dat de Commissie bij de Lid-Staten van de EEG niet de nodige stappen heeft ondernomen in verband met de deelname van de Lid-Staten aan de Zesde overeenkomst;

— de omstandigheid dat de Gemeenschap niet heeft belet dat de Tinraad bij zijn activiteiten misbruik maakte van zijn machtspositie;

2) de rest van de door verzoekster aangevoerde middelen niet-ontvankelijk te verklaren;

3) de beslissing over de kosten aan te houden."

Bijlage

1) Voor de tegen de Tinraad ingestelde beroepen, zie met name:

— 17 april 1986, Standard Chartered Bank/ITC and others (Queen's Bench Division — Bingham, J.) (1986) 3 AllER257, (1987) 1WLR641, in re ITC; 22 januari 1987 (Chancery Division — Millett, J.) 1CH419, (1987) 1AllER890 (1987) 2WLR1229 en, in hoger beroep, 27 april 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Financial Times* van 4 mei 1988;

— 13 november 1986, Maclaine Watson/ITC (Queen's Bench Division — Staughton, J.);

— 13 mei 1987, Maclaine Watson/ITC (Chancery Division — Millett, J.) (1987) 2A11ER787 en, in hoger beroep, 27 april 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Financial Times* van 3 mei 1988;

— 9 juli 1987, Maclaine Watson/ITC (Chancery Division — Millett, J.) (1987) 3A11ER886 (1987) 1WLR1711, 18 december 1987 (zelfde rechter) niet gepubliceerd, en, in hoger beroep, 27 april 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Times* van 5 mei 1988;

— 9 juni en 5 juli 1988, Maclaine Watson/ITC (Chancery Division, Millett, J.; Chancery Division, Peter Gibson, J.), *Times* van 27 juni en 16 juli 1988; zie voor de vorderingen ingesteld bij Amerikaanse rechterlijke instanties 25 januari 1988 ITC/Amalgamet, 524NYS2d971. Supreme Court New York County, *American Journal of International Law* 1988, blz. 837.

2) Wat betreft de tegen de leden van de Tinraad ingestelde beroepen wegens aansprakelijkheid voor de contractuele schulden van de Tinraad:

— 24 juni 1987, Rayner (Mincing Lane) and others/Department of Trade and Industry (DTI) (Queen's Bench Division — Staughton, J.) (1987) BCLC667, en 29 juli 1987, Maclaine Watson/DTI (Chancery Division — Millett J.) (1987) BCLC707;

— op het hoger beroep tegen deze twee vonnissen, 27 april 1988 (Court of Appeal — Civil Division), *Times* van 28 april 1988 en 30 juni 1988 (Court of Appeal — Civil Division); verder zou de High Court of Justice slechts ten dele immuniteit verlenen aan de Lid-Staten van de Tinraad tegen dewelke door verschillende schuldeisers van de Tinraad een vordering wegens onrechtmatige daad is ingesteld.