FRANZ EGENBERGER

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. L. A. GEELHOED présentées le 1er décembre 2005 [1]

I — Introduction

1. La présente affaire, un renvoi préjudiciel du Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Allemagne) concerne la validité de certains aspects du règlement (CE) n° 2535/2001 de la Commission, du 14 décembre 2001, portant modalités d'application du règlement (CE) n° 1255/1999 du Conseil en ce qui concerne le régime d'importation du lait et des produits laitiers et l'ouverture de contingents tarifaires (JO L 341, p. 29). L'affaire soulève un certain nombre d'importantes questions de principe. Premièrement, quel est le niveau approprié de contrôle juridictionnel de la législation de la Commission dans le domaine agricole quant à sa conformité aux normes supérieures de droit communautaire, en particulier celles relatives à la non-discrimination? En termes plus spécifiques, le contrôle juridictionnel devrait-il dans ce domaine être en toutes circonstances limité? Deuxièmement, dans quelle mesure la Commission peut-elle être tenue par les règles de la concurrence de la Communauté, et en particulier l'article 86, paragraphe 1, CE, lorsqu'elle adopte des mesures législatives? Troisièmement, la Cour devrait-elle réexaminer sa propre jurisprudence spécifiant les circonstances dans lesquelles le droit communautaire dérivé peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel quant à sa conformité au droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)? Cela soulève de nouveau la délicate question des rapports entre l'ordre juridique communautaire et le droit de l'OMC. Nous retournerons à ces questions après avoir décrit le contexte de l'affaire.

II — Contexte historique et juridique du renvoi préjudiciel

A — *Contexte historique*

2. Avant son adhésion à la Communauté économique européenne en 1973, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord était le marché d'exportation traditionnel pour le beurre de Nouvelle-Zélande. Afin de préserver ce marché, le protocole n° 18 de l'acte d'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni (ci-après le «protocole n° 18») autorisait l'importation au Royaume-Uni de contingents déterminés de beurre et de

1 — Langue originale: l'anglais.

fromage néo-zélandais à des taux de douane réduits pour une période initiale de cinq ans [2]. En vertu de l'article 1er, paragraphe 4, du protocole nº 18, la condition pour ces droits réduits était que les produits importés au Royaume-Uni conformément au protocole ne pouvaient pas faire l'objet d'échanges intracommunautaires ou d'une réexportation vers les pays tiers. Les restrictions initiales au commerce ont été graduellement levées: le beurre néo-zélandais importé pouvait être utilisé pour la transformation (pas seulement pour la consommation directe) au Royaume-Uni à la suite du règlement (CEE) nº 3667/83 du Conseil; il pouvait aussi librement faire l'objet d'échanges au sein de la Communauté (pas seulement au sein du Royaume-Uni) à la suite du règlement (CEE) nº 3841/92 du Conseil [3]. Le régime d'importation prévu dans le protocole a été prolongé jusqu'en 1995 par une série de règlements du Conseil adoptés sur la base de l'article 5, paragraphe 2, du protocole nº 18.

3. À partir du 1er juillet 1995, les contingents tarifaires pour le lait et les produits laitiers ont été régis par l'accord sur l'agriculture conclu dans le cadre du cycle de l'Uruguay des négociations commerciales multilatérales du GATT (General Agreement on Tariffs and Trade — accord général sur les tarifs douaniers et le commerce) et l'OMC. En ce qui concerne les Communautés européennes, l'accord incluait des concessions tarifaires pour certains produits laitiers destinés à être importés dans la Communauté à des taux réduits qui sont exposés dans la forme pertinente pour la présente affaire dans l'annexe CXL établie à la suite des négociations conduites en vertu de l'article XXIV, paragraphe 6, du GATT (ci-après l'«annexe CXL»). Les contingents tarifaires prévus par cet accord pour l'importation de beurre néo-zélandais dans la Communauté ont été mis en œuvre en droit communautaire par des règlements de la Commission [4].

B — *Droit communautaire applicable*

Règlement (CE) nº 1255/1999 du Conseil

4. Le règlement (CE) nº 1255/1999 [5], adopté sur la base de l'article 37 CE, pose le régime régissant l'organisation commune du marché pour le lait et les produits laitiers. Ce régime

2 — Protocole nº 18 concernant l'importation au Royaume-Uni de beurre et de fromage en provenance de la Nouvelle-Zélande (JO 1972, L 73, p. 173, articles 1er et 2. Ces droits ont été fixés à l'origine avec pour objectif de permettre à la Nouvelle-Zélande de réaliser un prix pour le beurre et le fromage représentant le prix moyen obtenu sur le marché du Royaume-Uni durant les années 1962-1972 sans porter préjudice à la commercialisation du beurre et du fromage communautaire: voir articles 1er, paragraphe 3, et 2, paragraphe 2, du protocole nº 18.

3 — Règlements (CEE) nº 3667/83, du 19 décembre 1983, relatif à la poursuite de l'importation de beurre néo-zélandais au Royaume-Uni dans des conditions particulières (JO L 366 p. 16), et (CEE) nº 3841/92, du 17 décembre 1992, relatif à la poursuite de l'importation de beurre néo-zélandais au Royaume-Uni dans des conditions particulières (JO L 390, p. 1).

4 — Voir règlements (CE) nº 1600/95, du 30 juin 1995, portant modalités d'application du régime d'importation et portant ouverture de contingents tarifaires dans le secteur du lait et des produits laitiers (JO L 151, p. 12), et (CE) nº 1374/98, du 29 juin 1998, portant modalités d'application du régime d'importation et portant ouverture de contingents tarifaires dans le secteur du lait et des produits laitiers (JO L 185, p. 21).

5 — Règlement du Conseil, du 17 mai 1999, portant organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers (JO L 160, p. 48, tel qu'amendé).

prévoit un marché intérieur communautaire du lait et des produits laitiers fondé sur un principe d'intervention (titre I dudit règlement) ainsi qu'un régime unique des échanges de ces produits avec les pays tiers (titre II). D'après le dix-septième considérant du préambule du règlement n° 1255/1999, ce régime des échanges est basé sur les engagements pris par la Communauté dans le cadre des négociations commerciales multilatérales du cycle de l'Uruguay.

Règlement n° 2535/2001 de la Commission

5. L'article 26, paragraphe 1, du règlement n° 1255/1999 dispose que «[t]oute importation dans la Communauté des produits visés à l'article 1er est soumise à la présentation d'un certificat d'importation. Toute exportation hors de la Communauté de ces produits peut être soumise à la présentation d'un certificat d'exportation». En vertu de l'article 26, paragraphe 2, «[l]e certificat est délivré par les États membres à tout intéressé qui en fait la demande, quel que soit le lieu de son établissement dans la Communauté, sans préjudice des dispositions prises pour l'application des articles 29, 30 et 31. Le certificat est valable dans toute la Communauté [...]». L'article 26, paragraphe 3, du règlement n° 1255/1999 dispose que la Commission adopte la liste des produits pour lesquels des certificats d'exportation sont exigés, la période de validité des certificats et les autres modalités d'application de l'article, conformément à la procédure posée à l'article 42. L'article 29, paragraphe 1, du règlement n° 1255/1999 dispose que «[l]es contingents tarifaires pour les produits visés à l'article 1er découlant des accords conclus en conformité avec l'article 300 du traité ou de tout autre acte du Conseil sont ouverts et gérés selon les modalités fixées selon la procédure prévue à l'article 42». Les méthodes possibles de gestion des contingents sont exposées à l'article 29, paragraphe 2, qui spécifie que ces méthodes «évitent toute discrimination entre les opérateurs intéressés» [6]. En vertu de l'article 44 du règlement n° 1255/1999, le règlement «doit être appliqué de telle sorte qu'il soit tenu compte, parallèlement et de manière appropriée, des objectifs prévus aux articles 33 et 131 du traité».

6. Le règlement n° 2535/2001, adopté sur la base des articles 26, paragraphe 3, et 29, paragraphe 1, du règlement n° 1255/1999, pose les règles pour la mise en œuvre du régime d'importation du lait et des produits laitiers et l'ouverture des contingents tarifaires. Le titre 2 du règlement n° 2535/2001 prévoit des règles spécifiques relatives aux importations à droit réduit. Ce titre pose trois régimes d'importation alternatifs, chacun s'appliquant à certains produits définis et entraînant un droit réduit.

7. Le premier régime possible (titre 2, chapitre I) prévoit un système d'importations dans le cadre de contingents ouverts par la

6 — Trois méthodes possibles de gestion sont spécifiées à l'article 29, paragraphe 2, du règlement n° 1255/1999. Une liste analogue des méthodes est contenue à l'article 30 de ce règlement.

Communauté sur la base du seul certificat d'importation, pour lequel la demande doit être faite auprès de la Commission via les autorités des États membres. Le deuxième régime possible (titre 2, chapitre II) prévoit un système d'importations préférentielles hors contingents sur la base du seul certificat d'importation. Le troisième régime possible (titre 2, chapitre III) prévoit un système d'importations sur la base d'un certificat d'importation couvert par un certificat dit «Inward Monitoring Arrangement» (IMA 1). Ce chapitre comprend deux sections distinctes: la section 1, une section générale posant le régime du certificat IMA 1, et la section 2, qui s'applique uniquement aux importations de beurre néo-zélandais.

8. En vertu de l'article 24 de la section 1, les importations auxquelles s'applique la section 1 s'étendent à celles faites dans le cadre des contingents pour des pays d'origine déterminés, énumérés dans l'annexe CXL, ce qui, ainsi qu'il est détaillé dans l'annexe III-A du règlement n° 2535/2001, inclut les importations de beurre néo-zélandais. Cette annexe détaille les droits à appliquer à chacune des catégories des produits énumérés et, lorsque cela s'avère approprié, les quantités annuelles maximales à importer. L'article 25, paragraphe 1, de la section 1 dispose qu'«[u]n certificat d'importation pour les produits énumérés à l'annexe III au taux du droit indiqué n'est délivré que sur présentation d'un certificat IMA 1 correspondant, pour la quantité nette totale qui y figure. Le certificat IMA 1 doit remplir les conditions fixées à l'article 40, paragraphe 1, pour le beurre du contingent 09.4589 visé à l'annexe III.A (ci-après dénommé le 'beurre néo-zélandais') ou aux articles 29 à 33 pour les autres produits. Le certificat d'importation porte le numéro et la date de délivrance du certificat IMA 1 correspondant».

9. L'article 30 de la section 1 prévoit certaines exigences formelles qui doivent être remplies par les certificats IMA 1. En vertu de l'article 30, paragraphe 2, ces certificats seront imprimés et remplis dans l'une des langues officielles de la Communauté et peuvent aussi être imprimés et remplis dans la langue officielle ou l'une des langues officielles du pays d'exportation. En vertu de l'article 32, paragraphe 2, les certificats IMA 1 ne seront valables que s'ils sont dûment complétés et visés par un organisme émetteur figurant à l'annexe XII, ce qui dans le cas de la Nouvelle-Zélande est le MAF Food Assurance Authority of the New Zealand Ministry of Agriculture and Forestry (ci-après le «MAF»).

10. Le chapitre III, section 2, qui s'applique uniquement au beurre néo-zélandais, dispose à l'article 35, paragraphe 2, qu'«[u]ne demande de certificat d'importation ne peut être déposée qu'au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni contrôle tous les certificats IMA 1 délivrés, annulés, modifiés, corrigés ou pour lesquels des copies ont été délivrées. Il veille à ce que la quantité totale pour laquelle des certificats d'importation sont délivrés ne dépasse pas le contingent pour aucune année d'importation». L'article 38 de la section 2 prévoit pour l'organisme émetteur néo-zélandais l'obligation de communiquer, à la Commission et aux autorités du Royaume-Uni, certaines informations relati-

ves aux certificats IMA 1 émis, comprenant le nombre de certificats délivrés et toutes annulations ou modifications des certificats. L'article 39 de la section 2 prévoit un système de contrôle des quantités importées de beurre néo-zélandais, ce qui oblige les États membres et le Royaume-Uni en particulier à transmettre à la Commission diverses données relatives à de telles importations.

11. En vertu du titre 3 du règlement n° 2535/2001, les États membres prennent les mesures nécessaires au contrôle du bon fonctionnement du régime des certificats prévu par le règlement.

C — *Le cadre juridique néo-zélandais*

Le régime néo-zélandais des licences d'exportation

12. La procédure pour obtenir des licences d'exportation pour le beurre néo-zélandais vers la Communauté est exposée dans le New Zealand Dairy Industry Restructuring Act 2001 (ci-après le «DIRA»). Le DIRA a fondamentalement modifié le cadre économique de l'industrie laitière néo-zélandaise, y compris son régime d'exportation. Le DIRA a en particulier autorisé la fusion des deux plus grandes coopératives laitières de Nouvelle-Zélande (à l'époque) — New Zealand Cooperative Dairy Company Ltd et Kiwi Cooperative Dairies Ltd — au sein de la nouvelle Fonterra Cooperative Group Limited (ci-après «Fonterra Cooperative»). Fonterra Cooperative elle-même détient toutes les parts du New Zealand Dairy Board (ci-après le «NZDB»), un organisme anciennement semi-étatique converti en entreprise par le DIRA. La sous-partie 3 du DIRA régit le commerce international avec les marchés désignés, posant entre autres quelles parties peuvent profiter de préférences tarifaires pour les importations dans la Communauté. En vertu de l'article 21, paragraphe 1, du DIRA, l'objet de la sous-partie 3 est de «(a) maximiser les avantages économiques pour la Nouvelle-Zélande qui découlent des contingents établis par les gouvernements étrangers pour le contrôle de l'accès à leurs marchés nationaux; (b) s'assurer que l'industrie laitière néo-zélandaise est bénéficiaire de ces avantages; (c) garantir les intérêts de la Nouvelle-Zélande en ce qui concerne ces contingents; (d) garantir que les mesures administratives et autres mesures soient en conformité avec les obligations internationales de la Nouvelle-Zélande». L'article 21, paragraphe 2, dispose que «la Couronne détient les droits de protéger les avantages économiques découlant des contingents tarifaires auxquels il est fait référence à la sous-section (1)[...]».

13. L'article 23 du DIRA prévoit que les licences d'exportation sont nécessaires afin d'exporter les produits laitiers vers certains marchés désignés (à savoir ceux où des contingents tarifaires préférentiels s'appliquent). En vertu de l'article 24, paragraphe 1, du DIRA, le NZDB a le droit exclusif sur ces licences, initialement jusqu'au 31 décembre

2007, pour toutes les exportations pertinentes de produits laitiers vers la Communauté. En vertu de l'article 25 du DIRA, ces licences initiales se maintiendront après cette date jusqu'au 31 décembre 2010 pour des quantités réduites de produits laitiers, telles que spécifiées à l'article 25, paragraphe 2, du DIRA. L'article 26 dispose que tous les droits relatifs aux licences d'exportation qui deviennent disponibles après le 31 décembre 2007 (c'est-à-dire qui ne sont pas automatiquement attribués au NZDB) retournent à la Couronne et doivent être redistribués par la Couronne. Cette réattribution peut se faire au profit du NZDB [7]. En vertu de l'article 28 du DIRA, le NZDB ne peut pas transférer, donner en sous-licence ou disposer autrement au profit d'une autre personne d'une licence initiale à l'égard d'un marché désigné.

Régime néo-zélandais pour les certificats IMA 1

14. Conformément au règlement nº 2535/2001 et ainsi que nous l'avons souligné plus haut, le seul organisme compétent pour délivrer des certificats IMA 1 pour les exportations de Nouvelle-Zélande est le MAF. La délivrance de certificats IMA 1 pour le beurre, le cheddar et certains autres fromages néo-zélandais destinés à la transformation est régie par le Dairy Industry (IMA Certification) Regulations 2000 (ci-après les «IMA Regulations»). L'article 5 des IMA Regulations soumet la délivrance d'un certificat IMA 1 à certaines conditions, dont l'une est que la demande doit être faite par un organisme qui a de manière régulière le droit d'exporter des produits soumis à des contingents tarifaires [8]. Puisque, en vertu des articles 24 et 25 du DIRA, seul le NZDB a le droit à l'heure actuelle d'obtenir un certificat d'exportation pour le beurre néo-zélandais à exporter vers la Communauté aux taux préférentiels, le NZDB est de même le seul organisme qui peut se voir accorder un certificat IMA 1.

D — *Résumé de la procédure d'exportation de beurre néo-zélandais vers la Communauté à des tarifs préférentiels*

15. Cette procédure débute en somme avec l'achat de lait et la production de produits laitiers par Fonterra Cooperative. Ces produits sont vendus au NZDB qui, conformément au DIRA, est le seul organisme à recevoir une licence d'exportation pour l'exportation à un tarif préférentiel de beurre vers la Communauté. En tant que seul détenteur de telles licences d'exportation, le NZDB est également, en vertu des IMA Regulations, le seul organisme susceptible de recevoir des certificats IMA 1 du MAF néo-zélandais. Le NZDB vend ce beurre, avec le certificat IMA 1, uniquement à une filiale indirecte de Fonterra Cooperative établie au Royaume-Uni, Fonterra Logistics Limited

7 — Article 26, paragraphes 2 et 4, du DIRA.

8 — Article 5, paragraphe 1, sous b), des IMA Regulations.

(ci-après «Fonterra Logistics»). La conséquence en est que, puisque, en vertu du règlement nº 2535/2001, la possession d'un certificat IMA 1 est une condition nécessaire pour accorder une licence d'importation de beurre néo-zélandais dans la Communauté, Fonterra Logistics est le seul organisme qui peut se voir accorder une telle licence d'importation. Fonterra Logistics est donc le seul organisme qui peut importer du beurre préférentiel néo-zélandais dans la Communauté. Après l'exécution des formalités douanières — incluant le paiement du tarif préférentiel —, Fonterra Logistics revend le beurre importé à des filiales indirectes «sœurs» de Fonterra Cooperative opérant dans les États membres autres que le Royaume-Uni [9].

III — Contexte matériel du renvoi préjudiciel et questions déférées

16. Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk (ci-après la «requérante») est une entreprise allemande qui, entre autres, importe des produits laitiers dans la Communauté, y compris du beurre en application des contingents tarifaires préférentiels convenus dans le cadre de l'OMC sans spécification du pays d'origine. En 2001, elle a adressé à Fonterra Logistics une demande d'achat de beurre préférentiel néo-zélandais qui n'était pas encore passé par la procédure douanière communautaire, demande qui a été rejetée au motif que le Fonterra Group ne vendait du beurre au stade pré-douanier pour l'importation dans la Communauté qu'à Fonterra Logistics. En août 2003, la requérante a demandé à la Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (Office fédéral pour l'agriculture et l'alimentation — ci-après la «BLE») de lui accorder une licence d'importation pour 100 000 kg de beurre néo-zélandais à un tarif préférentiel, en vertu de l'article 25 du règlement nº 2535/2001. En octobre 2003, la BLE a décidé de rejeter sa demande au motif que: 1) en vertu de l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001, une licence d'importation ne pourrait être accordée que sur présentation d'un certificat IMA 1 que la requérante ne possédait pas, et 2) les demandes de licences d'importation au titre du contingent de beurre préférentiel néo-zélandais ne pouvaient être adressées qu'aux autorités du Royaume-Uni, en vertu de l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001. En novembre 2003, la requérante a fait appel de cette décision, recours qui a été rejeté par la BLE en janvier 2004. En février 2004, la requérante a formé recours contre ce rejet auprès du Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, qui a suspendu la procédure et a renvoyé à la Cour les questions suivantes:

«1) L'article 35, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 2535/2001 de la Commission viole-t-il le droit communautaire de rang supérieur, en particulier l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent à l'article 28 CE, l'interdiction de discrimination de l'article 34,

9 — Ces entreprises sont des filiales de NZDB (AMP) Ltd, un holding britannique faisant partie du Fonterra Group. NZDB (AMP) Ltd est la société mère directe de Fonterra Logistics.

paragraphe 2, deuxième alinéa, CE ainsi que l'article 26, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1255/1999 du Conseil et est-il par conséquent nul?

2) L'article 25, paragraphe 1, du règlement (CE) nº 2535/2001 de la Commission viole-t-il le droit communautaire de rang supérieur, en particulier l'interdiction de discrimination de l'article 34, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE et l'interdiction de discrimination de l'article 29, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1255/1999 du Conseil, l'article 28 CE, ainsi que l'article 82, paragraphe 1, CE et est-il donc nul?

3) L'article 25, paragraphe 1, et l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001 de la Commission violent-ils l'article XVII 1 a de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et l'article 1er, paragraphe 3, du traité sur les procédures relatives aux licences d'importation et sont-ils donc nuls?»

17. Conformément à l'article 93 du règlement de procédure, des mémoires en intervention ont été introduits dans la présente affaire par la requérante, la BLE et Fonterra Logistics ainsi que par la République française, la République fédérale d'Allemagne et la Commission. Une audience a eu lieu le 27 septembre 2005, au cours de laquelle des observations orales ont été présentées par chacune des parties intervenantes — à l'exception de la République française — ainsi que par la République de Pologne.

IV — Analyse

A — *Sur la première question*

18. Par sa première question, le Verwaltungsgericht demande essentiellement si l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001, dans la mesure où il dispose que les demandes de licences d'importation pour le beurre préférentiel néo-zélandais ne peuvent être faites qu'au Royaume-Uni, viole 1) le principe de la libre circulation des marchandises de l'article 28 CE; 2) le principe de non-discrimination de l'article 34, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE, et/ou 3) l'article 26, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999.

1. Article 28 CE

19. La juridiction de renvoi, appuyée par la requérante, la BLE et le gouvernement allemand, soutient que l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001 viole

l'article 28 CE. Selon elle, l'exigence que les demandes de licences d'importation doivent être introduites au Royaume-Uni rend l'importation de beurre néo-zélandais plus difficile pour des importateurs potentiels non établis au Royaume-Uni et constitue donc une restriction au commerce intracommunautaire.

20. Cet argument ne tient cependant pas compte du fait que, ainsi qu'il est disposé à l'article 23, paragraphe 2, CE, l'article 28 CE s'applique uniquement aux produits qui sont originaires des États membres ainsi qu'aux produits en provenance de pays tiers qui se trouvent en libre pratique dans les États membres. En vertu de l'article 24 CE, «[s]ont considérés comme étant en libre pratique dans un État membre les produits en provenance de pays tiers pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douane et taxes d'effet équivalent exigibles ont été perçus dans cet État membre, et qui n'ont pas bénéficié d'une ristourne totale ou partielle de ces droits et taxes». Dans la présente affaire, l'exigence de demander une licence d'importation au Royaume-Uni s'applique par définition à l'égard du beurre néo-zélandais pour lequel les formalités pour l'importation dans la Communauté n'ont pas encore complétées et pour lequel les droits de douane n'ont pas encore été versés, ce qui signifie que ce beurre ne peut pas (encore) être considéré comme étant en libre pratique dans la Communauté. La conséquence en est que, ainsi que confirmé par les arrêts de la Cour dans des affaires comme l'affaire Donckerwolcke et Schou [10], l'interdiction des restrictions quantitatives contenue à l'article 28 CE ne s'applique pas à cette exigence. L'article 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 tombe donc en dehors du champ de l'article 28 CE et ne devrait pas être considéré comme l'enfreignant.

2. Article 34, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE

21. L'article 34 CE expose les voies par lesquelles la Communauté atteindra ses objectifs dans le domaine agricole tels qu'énumérés à l'article 33, paragraphe 1, CE: il s'agit de l'établissement d'une organisation commune des marchés agricoles. L'étendue de cette organisation commune est définie à l'article 34, paragraphe 2, CE. Tandis que l'organisation commune peut inclure «toutes les mesures nécessaires pour atteindre les objectifs définis à l'article 33, notamment des réglementations des prix, des subventions tant à la production qu'à la commercialisation des différents produits, des systèmes de stockage et de report, des mécanismes communs de stabilisation à l'importation ou à l'exportation», elle est soumise à trois limites expresses. Premièrement, l'organisation commune «doit se limiter à poursuivre les objectifs énoncés à l'article 33». Deuxièmement, elle «doit exclure toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Commu-

10 — Arrêt du 15 décembre 1976 (41/76, Rec. p. 1921, point 16).

nauté». Troisièmement, au cas où une politique commune des prix est utilisée pour un produit, cette politique sera «fondée sur des critères communs et sur des méthodes de calcul uniformes».

22. La question ici est de savoir si l'exigence de demander la licence d'importation pour le beurre néo-zélandais au Royaume-Uni viole la deuxième de ces limites, c'est-à-dire l'obligation de ne pas discriminer entre les producteurs et les consommateurs au sein de la Communauté. La Cour a constamment affirmé que cette obligation est l'expression spécifique de l'exigence d'égalité de traitement, signifiant que des situations comparables ne doivent pas être traitées différemment et que des situations différentes ne doivent pas être traitées de manière similaire, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié [11]. Ainsi, la différenciation entre les producteurs et les consommateurs lors de l'adoption de mesures en vertu de la politique agricole commune (PAC) ne doit être effectuée qu'en fonction de critères objectifs [12]. Toutefois, «le fait que l'adoption d'une mesure donnée dans le cadre d'une organisation commune de marché puisse avoir des répercussions différentes pour certains producteurs, en fonction de la nature spécifique de leur production ou des conditions locales, ne saurait être considéré comme une discrimination [...] si cette mesure est fondée sur des critères objectifs, adaptés aux besoins du fonctionnement global de l'organisation commune de marché» [13].

23. Tout d'abord, bien qu'il soit vrai que tous les demandeurs de licences d'importation au titre de l'article 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 ne sauraient être qualifiés de «producteurs» directs au sein de la Communauté, terme utilisé à l'article 34, paragraphe 2, CE, cela ne devrait pas selon nous affecter notre analyse. Cela découle de l'exigence d'interpréter l'interdiction de discrimination, en tant que principe fondamental du droit communautaire, de manière large. En outre, les deux règlements en cause dans la présente affaire utilisent le terme plus large de non-discrimination entre «opérateurs» ou «importateurs» [14].

24. La première question ici est donc celle de savoir si l'exigence que les demandes de licences d'importation doivent être faites au Royaume-Uni équivaut à une différence de traitement des importateurs potentiels dans des situations comparables. Tandis que la juridiction de renvoi, la requérante, la BLE, la Commission ainsi que les gouvernements

11 — Arrêts du 20 septembre 1988, Espagne/Conseil (203/86, Rec. p. 4563, point 25); du 13 juillet 2000, Unilet et Le Bars (C-117/99, Rec. p. I-6077, point 23); du 13 janvier 2005, Heineken Brouwerijen (C-126/04, Rec. p. I-331, point 16), et du 17 mars 2005, Espagne/Conseil (C-91/03, Rec. p. I-2267, point 43).

12 — Arrêt du 20 septembre 1988, Espagne/Conseil, précité à la note 11, point 25.

13 — Voir arrêt du 9 juillet 1985, Bozzetti (179/84, Rec. p. 2301, point 34); du 19 mars 1992, Hierl (C-311/90, Rec. p. I-2061), et du 11 mai 2000, Gascogne Limousin viandes (C-56/99, Rec. p. I-3079, point 44).

14 — Voir règlement n° 1255/1999, article 29, paragraphe 2: «[les méthodes de gestion des contingents tarifaires] évitent toute discrimination entre les opérateurs intéressés», et règlement n° 2535/2001, préambule, deuxième considérant: «En application des dispositions des articles 26 et 29 du règlement (CE) n° 1255/1999, les certificats d'importation doivent être délivrés à tout intéressé qui en fait la demande, quel que soit le lieu de son établissement dans la Communauté, et [...] toute discrimination entre importateurs doit être évitée».

français et allemand soutiennent que cette exigence favorise les importateurs potentiels de beurre néo-zélandais qui sont établis au Royaume-Uni par rapport à ceux qui sont établis dans d'autres États membres, Fonterra Logistics nie que cela puisse équivaloir à une différence de traitement pertinente au sens du principe de non-discrimination. Fonterra Logistics soutient en particulier qu'il n'y a pas de preuve que des demandeurs non établis au Royaume-Uni seraient sujets à de plus grandes difficultés et à des coûts plus élevés que les demandeurs établis au Royaume-Uni.

25. Nous ne saurions accepter les arguments de Fonterra Logistics sur ce point. Il est clair, ainsi que l'observe la juridiction de renvoi, que le fait de déposer la demande de licence au Royaume-Uni entraînera plus de difficultés pour les importateurs non britanniques par rapport aux importateurs établis au Royaume-Uni. Premièrement, il est plus aisé pour un importateur de faire une demande dans sa «langue maternelle». Bien qu'il soit vrai que, pour de très grandes entreprises, une demande en anglais pourrait constituer une procédure normale n'entraînant pas de coûts ou de problèmes supplémentaires, l'exigence pourrait bien, pour de plus petites entreprises, entraîner par exemple des frais de traduction supplémentaires. De plus, en cas de contentieux, le fait que ce contentieux se déroulerait dans un système juridique étranger équivaut à un désavantage pour les entreprises non britanniques. Selon nous, ces difficultés supplémentaires potentielles pour les importateurs non britanniques sont suffisantes pour constituer une différence de traitement au sens du principe de non-discrimination. Il ne suffit pas d'affirmer qu'il est en pratique improbable que ces difficultés soient considérées comme étant substantielles par la majorité des entreprises cherchant à opérer dans les échanges internationaux: aucune règle de minimis ne s'applique à l'appréciation.

26. Ayant établi que l'article 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 traite les importateurs britanniques et non britanniques différemment, la deuxième question est celle de savoir si cette différence peut être objectivement justifiée. À cet égard, la Commission soutient que la différence de traitement est objectivement justifiée en ce sens qu'elle est proportionnée à l'objectif poursuivi par la disposition. Elle s'appuie principalement sur l'argument que, puisque la Commission a un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses compétences dans le domaine de la PAC, le contrôle juridictionnel de cet exercice devrait se limiter à examiner si la Commission a manifestement outrepassé ses compétences. De plus, l'objectif de l'exigence de faire la demande de licence d'importation au Royaume-Uni est de permettre à cet État membre de contrôler efficacement tous les certificats IMA 1 demandés, annulés ou modifiés et de garantir que la quantité totale de beurre importé ne dépasse pas le contingent pour cette année.

27. Nous ne trouvons pas ces arguments convaincants, et ce pour les raisons suivantes.

28. Tout d'abord, tant la Commission que Fonterra Logistics fondent leur argumentation ici dans une large mesure sur la prémisse que le niveau de contrôle juridictionnel des mesures législatives de la Commission dans le domaine agricole devrait être per se dans tous les cas limité. Nous n'approuvons pas cette proposition. Il est, selon nous, essentiel de distinguer ici entre, d'une part, l'activité de nature législative de la Commission recouvrant des choix politiques difficiles où la Commission doit trouver un équilibre entre les différents objectifs de la PAC posés à l'article 33 CE et, d'autre part, l'activité de la Commission, n'entraînant aucun de ces choix politiques, où elle ne fait que spécifier la mise en œuvre pratique et la gestion d'un plan ou d'une politique.

29. Dans le premier cas, il est clair que le contrôle juridictionnel est confiné à la vérification que la mesure législative n'est pas entachée par une quelconque erreur manifeste ou par un abus de pouvoir et que, en adoptant la mesure, la Commission n'a pas manifestement excédé les limites de son pouvoir d'appréciation eu égard aux objectifs qu'elle poursuit [15]. Dans la jurisprudence constante de la Cour, la nature limitée du contrôle juridictionnel reflète le fait que «le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un large pouvoir d'appréciation qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 34 CE et 37 CE lui attribuent». La conséquence en est que «seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée dans ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure» [16]. Des exemples de décisions prises en application de cette responsabilité politique incluent celles prises en réaction à des développements soudains sur les marchés agricoles. La Cour a ainsi jugé que «la Commission est seule à même de suivre de manière constante et attentive l'évolution des marchés agricoles et d'agir avec l'urgence que requiert la situation [...] Dans cette hypothèse, les limites de cette compétence doivent être appréciées, notamment, au regard des objectifs généraux essentiels de l'organisation du marché» [17]. La Cour a par exemple considéré que la décision de la Commission de choisir une politique d'interdire la vaccination combinée avec l'abattage des animaux contaminés afin de combattre la maladie de la fièvre aphteuse relevait du pouvoir décisionnel discrétionnaire de la Commission dans le cadre de la PAC [18].

30. Dans le deuxième cas toutefois — celui de mesures de la Commission d'une nature essentiellement administrative ou exécutoire sans caractère de politique — il n'y a selon

15 — Arrêts du 29 octobre 1998, Zaninotto (C-375/96, Rec. p. I-6629, point 64); Gascogne Limousin viandes, précité à la note 13; du 12 juillet 2001, Jippes e.a. (C-189/01, Rec. p. I-5689, point 80); du 7 février 2002, Weber (C-328/00, Rec. p. I-1461, point 32); du 16 mai 2002, Schilling et Nehring (C-63/00, Rec. p. I-4483, point 39); du 6 mars 2003, Niemann (C-14/01, Rec. p. I-2279, point 39), et du 12 mai 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA (C-347/03, Rec. p. I-3785).

16 — Arrêt Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA, précité à la note 15, point 131; voir aussi arrêts du 13 novembre 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Rec. p. I-4023, point 8); du 17 juillet 1997, National Farmers' Union e.a. (C-354/95, Rec. p. I-4559, point 50), et du 22 novembre 2001, Pays-Bas/Conseil (C-301/97, Rec. p. I-8853, point 74), ainsi que Schilling et Nehring, précité à la note 15, point 39, et Niemann, précité à la note 15, point 39.

17 — Arrêt Niemann, précité à la note 15, point 38. Voir aussi arrêts du 11 mars 1987, Van den Bergh en Jurgens et Van Dijck Food Products/Commission (265/85, Rec. p. 1155, point 14); du 21 mai 1987, Rau e.a. (133/85 à 136/85, Rec. p. 2289, point 31); du 21 mars 1991, SAFA (C-359/89, Rec. p. I-1677, point 16), et Hierl, précité à la note 13, point 14.

18 — Voir affaire Jippes e.a., précitée à la note 15.

nous aucune raison pour laquelle l'étendue du contrôle juridictionnel de telles mesures devrait être limitée ou en fait différente du niveau de contrôle des mesures des États membres mettant en œuvre les détails de la PAC. Dans de tels cas, la motivation pour restreindre le contrôle — c'est-à-dire la séparation fondamentale des fonctions entre le pouvoir législatif et judiciaire, signifiant qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de «deviner» les choix de politique législative — est absente. Ce raisonnement est implicite dans la jurisprudence de la Cour citée plus haut: la Cour ne devrait pas contrôler étroitement les mesures législatives de la Communauté mises en œuvre en application des «responsabilités politiques» de cette dernière en vertu des articles 34 CE et 37 CE; l'étendue du contrôle juridictionnel des mesures de la Commission devrait être limitée aux seuls cas où le Conseil lui a accordé un large pouvoir discrétionnaire dans l'action. Les arguments en faveur d'un contrôle juridictionnel des mesures agricoles de la Commission de nature exécutoire sont d'autant plus forts lorsque le contrôle est destiné au respect du principe de non-discrimination qui forme, en vertu de l'article 34, paragraphe 2, CE, une limite expresse du traité aux moyens d'atteindre les objectifs de la Communauté dans le domaine agricole, ainsi que nous l'avons signalé plus haut. De même, le mandat du Conseil pour la gestion de contingents tarifaires, tel que posé à l'article 29 du règlement nº 1255/1999, limite expressément le pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de cette action: toutes les méthodes de gestion des contingents «[évitent] toute discrimination entre importateurs».

31. Retournant à la présente affaire, la Commission cherche à justifier l'exigence de l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001 que toutes les demandes de licences d'importation doivent être introduites au Royaume-Uni sur le fondement de la facilité et de l'efficacité du contrôle et de la vérification des demandes ainsi que la garantie que le contingent global pour l'importation de beurre néo-zélandais n'est pas dépassé. Cette justification est selon nous insuffisante. Bien que l'objectif de la supervision, de la vérification et du contrôle correct des demandes de licences d'importation soit en principe un objectif valide, le fait d'obliger tous les importateurs à faire leur demande au Royaume-Uni est un moyen disproportionné pour atteindre cet objectif. Il est en particulier hautement discutable en quoi une telle obligation est appropriée et efficace pour atteindre cet objectif. Il n'existe pas de preuve que les autorités du Royaume-Uni jouissent d'un avantage inhérent dans la surveillance de la gestion des licences d'importation. Ainsi que nous l'avons affirmé plus haut, en vertu du règlement nº 2535/2001, le seul produit pour lequel une telle exigence s'applique est le beurre néo-zélandais [19]. Dans le cas d'autres produits pour lesquels un certificat IMA 1 est exigé en plus d'une licence d'importation (par exemple ceux couverts par le titre 2, chapitre III, section 1, du règlement nº 2535/2001) [20], de telles licences peuvent être délivrées par n'importe quel organisme émetteur de licence compétent dans la Communauté. Nous ne voyons aucune raison objective, et aucune n'a été avancée en tant qu'argument, pour laquelle un régime similaire ne pourrait pas être en

19 — Le titre 2, chapitre III, section 2, du règlement nº 2535/2001, dans lequel se trouve l'article 35, paragraphe 2, s'applique uniquement au beurre néo-zélandais: voir ci-dessus.

20 — Il s'agit 1) des importateurs soumis aux contingents pour des pays d'origine spécifique énumérés dans l'annexe CXL, à l'exemption du beurre néo-zélandais; 2) des importations soumises aux contingents prévues dans l'accord de la Communauté avec le Royaume de Norvège, et (3) des importations soumises à l'accord de la Communauté avec la République de Chypre (article 24 du règlement nº 2535/2001).

principe tout aussi efficace dans le cas des importations de beurre néo-zélandais. Il convient en fait de signaler que le règlement n° 2535/2001 lui-même rend les autorités, dans chaque État membre, responsables du contrôle du poids et de la teneur en matières grasses du beurre néo-zélandais importé pour vérifier que ces données correspondent à celles figurant sur le certificat IMA 1 pertinent [21].

32. Il est, au contraire, selon nous évident que la véritable raison pour la présence de l'article 35, paragraphe 2, dans le règlement n° 2535/2001 est historique. Ainsi que la Commission l'a reconnu dans ses observations, la raison initiale pour laquelle toutes les demandes de licences d'importation devaient être faites au Royaume-Uni était que, conformément au protocole n° 18 de son acte d'adhésion, il s'agissait du seul pays dans lequel un tel beurre pouvait être commercialisé. En dépit du fait que, en vertu du règlement n° 3841/92, cette restriction a été levée et le beurre préférentiel néo-zélandais peut être librement commercialisé au sein de la Communauté, l'obligation de demander une licence d'importation au Royaume-Uni est simplement demeurée inchangée, alors même que sa raison d'être avait entre-temps entièrement disparu. L'article 35, paragraphe 2, n'est donc selon nous en aucune manière une mesure de politique soumise uniquement à un contrôle juridictionnel limité.

33. Cela nous laisse aujourd'hui avec un seul argument possible pour le maintien de cet état de fait — à savoir qu'il est plus aisé de préserver le statu quo. On pourrait imaginer que les défenseurs d'un tel argument souligneraient l'expérience historique des autorités du Royaume-Uni dans le traitement des demandes de licences d'importation pour le beurre néo-zélandais. Ils pourraient aussi souligner le fait que les différentes obligations de notifier certaines informations, telles que posées aux articles 38 et 39 du règlement n° 2535/2001, ne renvoient aujourd'hui qu'aux autorités du Royaume-Uni. Ces arguments ne sont toutefois pas convaincants. Ainsi que nous l'avons déjà affirmé, les autorités d'autres États membres sont actuellement compétentes pour traiter les demandes de licences d'importation pour tous les autres produits pour lesquels un certificat IMA 1 est requis. En tout état de cause, l'intérêt d'éviter des désavantages pour les opérateurs non britanniques l'emporte selon nous sur tout avantage marginal pratique en termes d'expérience que les autorités britanniques pourraient avoir ici. En outre, bien qu'il soit vrai que, dans leur forme actuelle, d'autres articles dans le règlement n° 2535/2001 renvoient aux autorités britanniques en tant que «point de contact» pour le beurre néo-zélandais, nous ne voyons pas de raison nécessaire pour laquelle une modification de ces articles pour faire référence aux organismes émetteurs de licences compétents des États membres devrait présenter un problème ou même, ainsi que nous le mentionnerons plus loin, pour laquelle le Royaume-Uni ne pourrait pas conserver ses fonctions statistiques grâce à la coopération entre les organismes émetteurs.

34. Pour ces raisons, nous estimons que l'article 35, paragraphe 2, du règlement

21 — Annexe IV du règlement n° 2535/2001.

nº 2535/2001 viole le principe de non-discrimination posé à l'article 34, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE et devrait par conséquent être annulé.

3. Article 26, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999

35. La dernière question de la juridiction de renvoi en ce qui concerne l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001 soulève celle de sa compatibilité avec l'article 26, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999.

36. Bien que, au vu des conclusions qui précèdent, il ne soit pas strictement nécessaire de répondre sur ce point, nous souhaiterions observer que, selon nous, les deux articles sont parfaitement compatibles. L'article 26, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999 dispose simplement que les licences (y compris les licences d'importation) seront délivrées par les États membres à tout demandeur, quel que soit le lieu de son établissement dans la Communauté, sans préjudice des dispositions prises pour l'application des articles 29, 30 et 31. Il est toutefois indiscuté que, en vertu de l'article 35, paragraphe 2, du règlement nº 2535/2001, les licences d'importation peuvent (en théorie) être délivrées aux demandeurs établis dans tout État membre. Le fait est cependant que, ainsi qu'il a été expliqué plus haut, ces demandeurs seront en pratique probablement désavantagés lors de leur demande de telles licences. Le fait que l'article 26, paragraphe 2, fasse référence aux licences délivrées par les «États membres» au pluriel n'est selon nous pas déterminant dans la mesure où cela fait partie d'une disposition générale disposant que les importations dans la Communauté sont soumises à licence. Nous ne pensons pas que l'utilisation du pluriel avait nécessairement pour objet d'exclure la possibilité — si nécessaire et justifiée — de rendre un État membre compétent pour recevoir les demandes de licences pour un produit donné [22].

B — *La deuxième question*

37. Par sa deuxième question, le Verwaltungsgericht demande essentiellement si l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001, pour autant qu'il dispose que les licences d'importation pour certains produits, y compris le beurre préférentiel néo-zélandais, ne peuvent être délivrées que sur présentation aux autorités émettrices d'un certificat IMA 1, viole 1) le principe de non-discrimination des articles 34, paragraphe 2, deuxième alinéa, CE et 29, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999; 2) l'article 28 CE, et/ou 3) l'article 82, premier alinéa, CE et devrait donc être déclaré invalide.

22 — En outre, la disposition que les licences seront délivrées «sans préjudice des mesures prises en application des articles 29, 30 et 31» indique selon nous simplement que, en délivrant les licences, les États membres doivent respecter les méthodes de gestion des contingents (d'importation et d'exportation) posées par la Commission en vertu de ces articles.

1. Interdiction de discrimination

38. Le premier point est de savoir si la condition que les licences d'importation pour certains produits, incluant le beurre préférentiel néo-zélandais, ne peuvent être délivrées que sur présentation à l'autorité émettrice d'un certificat IMA 1, viole le principe de non-discrimination posé aux articles 34, paragraphe 2, CE et 29, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999. Nous traiterons de ces articles ensemble puisqu'ils expriment selon nous le même principe, à savoir, ainsi que nous l'avons décrit plus haut, l'impératif de l'égalité de traitement, c'est-à-dire que des situations comparables ne doivent pas être traitées de manière différente et que des situations différentes ne doivent pas être traitées de manière similaire, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié. L'article 29, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999 énonce simplement ce principe dans le contexte spécifique de la gestion des contingents tarifaires.

39. En théorie, une disposition législative de la Commission peut violer l'interdiction de non-discrimination de deux manières possibles.

40. Nous avons discuté plus haut de la première manière; c'est le cas où les termes de la disposition elle-même utilisent un critère qui conduit à un traitement discriminatoire entre les opérateurs, en l'espèce dans l'octroi de licences d'importation. L'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001 n'est pas discriminatoire en ce sens. Il est vrai que l'article aboutit dans une différence de traitement prima facie: en faisant dépendre l'octroi de telles licences de la détention d'un certificat IMA 1, l'article distingue entre les opérateurs possédant un certificat IMA 1 et ceux ne possédant pas de tel certificat. Cette différence de traitement est toutefois justifiée selon nous. Dans la présente affaire, l'objectif de l'exigence de posséder un certificat IMA 1 pour se voir délivrer une licence d'importation est posé dans le préambule du règlement nº 2535/2001 au neuvième considérant. D'après ce considérant, l'objectif principal de cette exigence est de simplifier et de faciliter la procédure d'importation en simplifiant, pour les autorités d'importation, la vérification que les produits importés sont conformes à la description des marchandises en cause et au contingent tarifaire. La raison en est que le certificat IMA 1 qui est délivré par le pays d'exportation représente une garantie que les produits exportés sont conformes à leur description.

41. Cette justification est en principe parfaitement acceptable. En vertu des articles 26, paragraphe 1, et 29, paragraphe 1, du règlement nº 1255/1999, qui forment la base juridique du règlement nº 2535/2001, le Conseil a accordé à la Commission un mandat pour, entre autres, poser des règles détaillées pour l'application du régime d'importation du lait et des produits laitiers posé dans ces articles. La décision de la Commission d'imposer une exigence de certification supplémentaire — le certificat IMA 1 — pour certains produits dans l'intérêt de faciliter la vérification de la conformité des produits importés avec leur description et le contingent tarifaire est un exemple classique de choix politique relevant du pouvoir

discrétionnaire. La requérante affirme en effet expressément qu'elle n'objecte pas en principe au concept d'exiger un certificat IMA 1. On ne peut donc pas dire que l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 discrimine en lui-même prima facie entre les opérateurs. En ce sens cet article n'est pas discriminatoire.

42. Il y a toutefois une deuxième manière distincte par laquelle une disposition législative de la Commission peut violer le principe de non-discrimination. Cela concerne le scénario où la Commission a une obligation expresse de garantir l'égalité de traitement des opérateurs au sein de la Communauté et où elle délègue à un État tiers l'une des missions administratives qu'elle était obligée d'accomplir dans la mise en œuvre de la législation en vertu de ce mandat législatif du Conseil. Dans un tel scénario, la Commission a une obligation de garantir que le principe de non-discrimination est également respecté par l'État tiers auquel elle a délégué sa mission administrative. Si la Commission ne le fait pas et que cela conduit à une discrimination entre les opérateurs au sein de la Communauté, la responsabilité pour la violation du principe de non-discrimination devra lui être directement imputée.

43. Les raisons pour imputer à la Commission ce type de discrimination déléguée sont solides. Premièrement, lorsque la Commission est chargée par le Conseil d'accomplir une mission en conformité avec le principe de non-discrimination, la Commission ne saurait être libérée de cette obligation du simple fait qu'elle a décidé de déléguer (une partie de) cette mission à un État tiers. Non seulement cela subvertirait l'intention du Conseil telle qu'exprimée dans son mandat [23], mais cela compromettrait aussi l'efficacité de l'interdiction fondamentale de discrimination posée dans le traité. Deuxièmement, du point de vue de l'opérateur dans la Communauté, le préjudice est exactement le même que les règles discriminatoires soient mises en œuvre par l'État tiers ou par la Commission.

44. Dans la présente affaire, il est clair que le mandat donné par le Conseil à la Commission pour poser des règles détaillées pour appliquer le règlement n° 1255/1999 en ce qui concerne le régime d'importation du lait et des produits laitiers et l'ouverture des contingents tarifaires a été expressément soumis à l'exigence de se conformer au principe de non-discrimination entre les opérateurs au sein de la Communauté. L'article 29, paragraphe 1, du règlement n° 1255/1999 dispose que les méthodes adoptées pour la gestion des contingents tarifaires de lait et de produits laitiers «évitent toute discrimination entre les opérateurs concernés». De même, le deuxième considérant du règlement n° 2535/2001, le «règlement fils», rappelle les conditions du mandat de la Commission: «En application des dispositions des articles 26 et 29 du règlement (CE) n° 1255/1999, les certificats

23 — Voir, par analogie, affaire Niemann, précitée à la note 15, point 35: «Il y a lieu de rappeler que, selon l'article 211, quatrième tiret, CE, en vue d'assurer le fonctionnement et le développement du marché commun, la Commission exerce les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit».

d'importation doivent être délivrés à tout intéressé qui en fait la demande, quel que soit le lieu de son établissement dans la Communauté, et, en tenant compte des dispositions pertinentes, toute discrimination entre importateurs doit être évitée».

45. Ainsi qu'il a été exposé plus haut, pour certains produits laitiers, la Commission a choisi d'adopter une méthode de gestion des contingents et un régime d'importation qui exigent en tant que condition préalable à l'octroi d'une licence pour importer dans la Communauté, la possession d'un certificat IMA 1 pour les produits en question. La responsabilité pour l'octroi de ces certificats a été confiée uniquement à certains «organismes émetteurs» de certains États tiers tels que désignés par la Commission dans l'annexe XII du règlement nº 2535/2001 [24]. Le titre 2, chapitre III, section 1, du règlement nº 2535/2001 contient une variété d'obligations auxquelles les organismes émetteurs doivent se conformer lors de l'octroi de certificats IMA 1, par exemple en ce qui concerne la forme des certificats IMA 1, leur validité et leur contenu [25]. Dans le cas du beurre néo-zélandais, l'annexe IV du règlement nº 2535/2001 pose des règles détaillées à suivre par le MAF lorsqu'il remplit des certificats IMA 1 et lors du contrôle du poids et de la teneur en matières grasses du beurre [26]. La Commission n'inclut cependant pas dans ces exigences une obligation de respecter le principe de non-discrimination entre les opérateurs en accordant les certificats IMA 1. Dans le cas de l'octroi de certificats IMA 1 pour l'importation de beurre néo-zélandais dans la Communauté, il est extrêmement clair que ce défaut a permis aux autorités néo-zélandaises de discriminer entre les opérateurs au sens de l'article 29, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999 dans la manière où elles accordent des certificats IMA 1. Premièrement, il n'y a pas de doute que le régime néo-zélandais des certificats IMA 1 conduit à une différence de traitement entre les opérateurs. Ainsi que nous l'avons décrit plus haut, en vertu de la législation néo-zélandaise, seul un opérateur, NZDB, peut obtenir un certificat IMA 1 pour de telles importations dans la Communauté. Deuxièmement, une telle différence de traitement n'est pas objectivement justifiée au sens du principe de droit communautaire de non-discrimination. Ainsi que nous l'avons décrit plus haut, la motivation expresse sous-tendant le régime législatif néo-zélandais est de maximiser les bénéfices de l'exportation de beurre néo-zélandais dans la Communauté et de garantir que ces bénéfices retournent autant que possible à l'industrie laitière néo-zélandaise via Fonterra. Cela n'équivaut pas à une justification valable en droit communautaire d'une discrimination, en particulier une discrimination aussi extrême telle qu'elle se présente ici; il s'agit de l'exclusion totale de tous les autres opérateurs de la possibilité d'importer du beurre néo-zélandais dans la Communauté.

46. La Commission a donc, pour ces raisons, manqué à ses obligations de garantir que le principe de non-discrimination est respecté

24 — En tant que tel, ce régime d'importation contraste avec les régimes applicables à d'autres produits laitiers au titre du titre 2, chapitres I et II, du règlement nº 2535/2001 où les importations sont faites sur la base du seul certificat d'importation, la responsabilité reposant sur les autorités d'importation communautaires.

25 — Voir articles 25 et 29 à 31 du règlement nº 2535/2001.

26 — Article 40, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001.

par un État tiers auquel elle a délégué son obligation administrative imposée par le mandat du Conseil. La discrimination en résultant entre les opérateurs doit donc selon nous être imputée à la Commission. Nous souhaitons ajouter que l'inclusion d'une condition ou d'une obligation de respect du principe de non-discrimination entre les opérateurs ne nous semble pas imposer des difficultés pratiques excessives. Pour commencer, en ce qui concerne le monitoring par la Commission du respect d'une telle obligation, le régime IMA 1 s'applique uniquement à un nombre limité de pays. Les organismes émetteurs sont par ailleurs déjà soumis à différentes obligations aux fins de garder la Commission informée de la manière dont leurs régimes IMA 1 fonctionnent [27], ce à quoi on pourrait aisément ajouter par exemple une obligation de faire en sorte que les certificats IMA 1 sont accordés de manière non discriminatoire, ou inclure une liste d'opérateurs auxquels des certificats IMA 1 ont été accordés durant cette année de contingent. En outre, en ce qui concerne les conséquences possibles de la violation de cette obligation, on pourrait imaginer que ces conséquences peuvent adopter un certain nombre de formes, allant de discussions informelles entre la Commission et l'organisme émetteur compétent à une modification formelle du système des organismes émetteurs dans l'État tiers [28].

47. La réponse à cette partie de la question de la juridiction de renvoi devrait donc être que l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001 viole le principe de non-discrimination posé aux articles 34, paragraphe 2, CE et 29, paragraphe 2, du règlement nº 1255/1999, et devrait donc être déclaré invalide.

2. Article 28 CE

48. La juridiction de renvoi soulève également la question de savoir si l'exigence de posséder un certificat IMA 1 afin de faire une demande de licence d'importation, telle que posée à l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001, viole l'interdiction des restrictions à la libre circulation des marchandises au titre de l'article 28 CE. La réponse classique à cette question serait négative pour les mêmes raisons évoquées dans notre réponse à la première question plus haut, à savoir que l'exigence concerne des produits qui n'ont pas encore été mis en libre pratique dans la Communauté et qui tombent par conséquent en dehors du champ de l'article 28 CE.

49. Nous souhaiterions néanmoins observer que nous ne sommes pas entièrement convaincu par cette réponse. Ainsi que nous l'avons affirmé plus haut, l'effet de la manière dont la Commission a choisi de mettre en œuvre son mandat pour poser des règles pour les régimes d'importation signifie que seule une entreprise a le droit d'importer du beurre néo-zélandais dans la Communauté. Du point de vue de la réalité économique, le

27 — Voir, par exemple, articles 33 et 38 du règlement nº 2535/2001.

28 — Cela s'est déjà produit, par exemple, lorsqu'il y a eu un dépassement du contingent en Norvège entraînant le remplacement des deux organismes émetteurs de Norvège par un seul organisme répondant directement au ministère de l'Agriculture norvégien: voir quinzième considérant du préambule du règlement nº 2535/2001.

fait que seul un importateur de ce type existe lui permettant de demander des prix plus élevés à la revente aura des effets restrictifs sur le commerce entre les États membres une fois que le beurre sera en libre circulation ainsi que nous l'expliquerons plus loin. Pour cette raison, la reconnaissance d'une obligation de la Commission, au titre de l'article 28 CE, de tenir compte et de minimiser ces restrictions dans l'exécution de ses obligations exécutives et administratives, telles qu'exprimées dans le mandat, serait selon nous en accord avec la motivation économique et l'efficacité de cet article. Toutefois, eu égard à nos conclusions sur le premier et le troisième élément de la deuxième question de la juridiction de renvoi, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de la présente affaire, d'explorer plus avant cette question.

3. Article 82, paragraphe 1, CE

50. Le dernier point soulevé par la juridiction de renvoi dans sa deuxième question est celui de savoir si l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 viole l'article 82, premier alinéa, CE, qui interdit l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

51. Il est clair que, puisque l'article 82, premier alinéa, CE ne s'applique qu'aux activités engagées par les entreprises de leur propre initiative [29], cet article ne peut pas en lui-même former la base du contrôle d'une disposition d'un règlement de la Commission. La question dans la présente affaire est plutôt de savoir si l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 viole l'article 82, premier alinéa, CE en conjonction avec l'article 86, paragraphe 1, CE. Ce dernier dispose que «[l]es États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus». La Cour a jugé que cet article signifie que, nonobstant le fait que l'article 82, s'adresse aux entreprises, le traité «impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile de cette disposition» [30]. Les États membres ne peuvent donc pas adopter ou maintenir des mesures créant «une situation dans laquelle [une entreprise] serait nécessairement amené[e] à contrevenir au [traité]» [31].

52. Il y a en principe trois stades dans l'analyse du point de savoir si cette doctrine s'applique à la présente affaire. Premièrement, l'interdiction de l'article 86, paragraphe 1, CE s'applique-t-elle non seulement

29 — Voir arrêts du 19 mars 1991, France/Commission (C-202/88, Rec. p. I-1223), et du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941, point 20).

30 — Arrêt du 16 novembre 1977, GB-INNO-BM (13/77, Rec. p. 2115).

31 — Arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 27). Voir aussi arrêt du 16 novembre 1977, GB-Inno-BM, précité à la note 30, point 33, qui fait référence à la mise en œuvre de «mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles [81 à 89] du traité».

aux mesures des États membres, mais également aux mesures législatives de la Commission dans le domaine agricole adoptées en vertu du mandat du Conseil? Deuxièmement, si tel est le cas, peut-on dire que la Commission, par le biais de l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001 ou d'une autre mesure, a accordé au NZDB des droits spéciaux ou exclusifs? Troisièmement, si tel est le cas, l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001 crée-t-il une situation dans laquelle le Fonterra Group, ou une partie de celui-ci, ne peut pas éviter de violer l'article 82 CE?

53. En ce qui concerne le premier point, bien que l'article 86, paragraphe 1, CE ne fasse expressément référence qu'aux mesures des États membres, il y a selon nous des raisons convaincantes pour lesquelles on devrait considérer que cet article s'étend aux mesures de la Commission adoptées en vertu d'un mandat du Conseil. La plus importante de ces raisons est l'obligation de la Commission, telle que posée par l'article 10 CE, de faciliter la réalisation des missions de la Communauté et de s'abstenir de toute mesure qui mette en danger la réalisation des objectifs du traité [32]. Une autre raison convaincante est la mission de la Commission au titre de l'article 211 CE, qui est d'aider à garantir le bon fonctionnement et développement du marché commun, qui bien entendu inclut l'objectif de l'article 3, sous g), CE de garantir que la concurrence sur le marché commun n'est pas faussée.

54. De plus, le fait que la mesure en cause de la Commission a été adoptée dans le domaine agricole ajoute du poids à cette approche. En vertu de l'article 33 CE, l'un des objectifs exprès de la PAC est de garantir des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs [33]. Dans la mesure où il s'agit de l'un des objectifs principaux des règles du traité sur la concurrence, comprenant les articles 86, paragraphe 1, CE et 82, premier alinéa, CE, il est dans l'intérêt de l'efficacité de l'article 33 CE et des règles de la concurrence qu'en principe les mesures de la Commission dans le domaine agricole puissent relever du champ d'application de l'article 86, paragraphe 1, CE. À cet égard nous trouvons instructif l'arrêt de la Cour dans l'affaire Milk Marque et National Farmers' Union [34]. Dans cette affaire, la Cour a jugé que, dans la poursuite des différents objectifs de la PAC posés à l'article 33 CE, les institutions communautaires ont une obligation permanente de réconcilier ces différents objectifs. En ce qui concerne, en particulier, les règles du traité sur la concurrence, la Cour a jugé que «le maintien d'une concurrence effective sur les marchés des produits agricoles fait partie des objectifs de la politique agricole commune et de l'organisation commune des marchés en cause» [35]. Lors de la discussion dans l'affaire Milk

32 — Voir, sur le fait que les institutions de la Communauté sont également tenues par l'article 10 CE, arrêts du 10 février 1983, Luxembourg/Parlement (230/81, Rec. p. 255, point 37); du 15 janvier 1986, Commission/Belgique (52/84, Rec. p. 89, point 16); du 1er juin 1999, Kortas (C-319/97, Rec. p. I-3143, point 35); du 10 décembre 2002, Commission/Conseil (C-29/99, Rec. p. I-11221, point 69), et la déclaration nº 3 annexée au traité de Nice sur l'article 10 CE.

33 — Voir aussi arrêt du 26 mai 2005, Kuipers (C-283/03, Rec. p. I-4255).

34 — Arrêt du 9 septembre 2003 (C-137/00, Rec. p. I-7975).

35 — Ibidem, point 57.

Marque et National Farmers' Union, précitée, de l'effet de l'article 36 CE, la Cour a observé que, «s'il est vrai que l'article 36 CE a confié au Conseil le soin de déterminer la mesure dans laquelle les règles de concurrence communautaires sont applicables à la production et au commerce des produits agricoles, afin de tenir compte de la situation particulière des marchés de ces produits, il n'en demeure pas moins que cette disposition établit le principe de l'applicabilité des règles de concurrence communautaires dans le secteur agricole» [36].

55. Bien que la Cour ait également jugé dans cette affaire que, en cas de conflit, l'article 36 CE accorde la primauté aux objectifs de la PAC sur ceux de la politique de la concurrence, il ne s'agit pas selon nous en l'espèce d'une affaire dans laquelle il y a un conflit entre ces deux politiques. Nous pourrions imaginer qu'un tel conflit pourrait surgir si l'objet de la présente procédure était d'éliminer complètement l'exigence de présenter un certificat IMA 1 lors de la demande d'un certificat d'importation communautaire pour du beurre néo-zélandais. Toutefois, ainsi que la requérante l'a confirmé, ce n'est pas l'objet de la présente affaire; la requérante souhaite au contraire l'accès (non discriminatoire) au marché de l'importation de beurre néo-zélandais dans la Communauté. Cela concerne uniquement le choix de la Commission quant aux conditions en vertu desquelles elle délègue ses responsabilités dans la gestion des contingents tarifaires et n'entraîne selon nous aucun conflit entre la PAC et la politique de la concurrence.

56. Cela nous amène au deuxième et au troisième point. Ils peuvent être examinés ensemble puisqu'en réalité la mesure qui prétendument «accorde des droits spéciaux ou exclusifs» et la mesure qui prétendument crée une situation dans laquelle l'article 82 CE sera inévitablement violé sont une seule et même mesure — l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 [37]. Peut-on dire de l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 qu'il accorde au Fonterra Group, ou une partie de celui-ci, des droits spéciaux ou exclusifs créant une situation dans laquelle il ne peut pas éviter de violer l'article 82 CE?

57. Premièrement, en ce qui concerne la question des droits spéciaux ou exclusifs, une fois de plus, prima facie, l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 ne contient bien sûr aucune désignation expresse du NZDB en tant qu'unique opérateur ayant droit à un certificat IMA 1 et il ne permet pas directement au NZDB d'agir d'une manière contraire à l'article 82, premier alinéa, CE. Cela résulte plutôt des dispositions du droit néo-zélandais octroyant le droit à un certificat IMA 1 uniquement au

36 — Ibidem, point 58.

37 — Voir, par exemple, arrêt France/Commission, précité à la note 29, dans lequel la Cour a confirmé que l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs peut en soi être une «mesure» au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE sans nécessiter deux mesures distinctes.

NZDB en vertu du fait que le NZDB détient la licence d'exportation exclusive pour le beurre néo-zélandais vers la Communauté. Toutefois, ainsi que nous l'avons souligné plus haut, nous estimons que, dans l'organisation et la gestion du régime pour la distribution des certificats IMA 1, les États tiers agissent en vertu des pouvoirs délégués par la Commission en application du régime posé par l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 dans la poursuite du mandat donné à la Commission de poser un régime et de gérer les régimes d'importation pour le lait et les produits laitiers. La conséquence en est que, bien que l'octroi exclusif au NZDB des certificats IMA 1 pour l'importation de beurre néo-zélandais dans la Communauté soit le résultat d'un acte de la législation néo-zélandaise, la charge des conséquences de cet acte dans la Communauté doit reposer sur la Communauté. La Commission devrait-être considérée comme supportant la responsabilité pour l'octroi par la Nouvelle-Zélande de droits spéciaux ou exclusifs.

58. Le point suivant est de savoir si le droit exclusif du NZDB à l'égard des certificats IMA 1 est en l'espèce tel que, dans le simple exercice du droit exclusif, le Fonterra Group ou une partie de celui-ci, ne peut éviter d'abuser de sa position dominante. La première question ici est logiquement la suivante: y a-t-il eu un abus de position dominante du fait du Fonterra Group, ou d'une partie de celui-ci au sens de l'article 82, premier alinéa, CE? Ainsi que le Fonterra Group le souligne, la détermination du marché pertinent et de la portée du pouvoir du Fonterra Group sur ce marché nécessiterait une analyse économique et factuelle détaillée. L'information à la disposition de la Cour sur la base de la présente procédure préjudicielle n'est pas suffisante pour permettre à la Cour de conduire cette analyse et il n'est pas approprié dans une procédure préjudicielle de trancher cette question de fait. C'est une question qui doit être tranchée par la juridiction de renvoi. Si, après cette analyse, la juridiction de renvoi devait conclure que le Fonterra Group, ou une partie de celui-ci, a occupé une position dominante sur le marché pertinent — par exemple le marché de l'exportation de beurre néo-zélandais vers la Communauté ou le marché de l'importation de beurre néo-zélandais dans la Communauté — la deuxième question serait de savoir s'il a abusé de cette position. Une fois de plus, sans définition du marché pertinent, la Cour n'est pas en position de fournir une analyse définitive sur ce point [38]. Nous souhaiterions, à cet égard, ajouter l'observation supplémentaire suivante. La juridiction de renvoi devrait, lorsqu'elle évalue s'il y a eu abus de position dominante, prendre en compte ce qui, selon nous, équivaut aux effets anticoncurrentiels sérieusement négatifs au sein de la Communauté du présent régime d'importation. Le préjudice clé causé par le monopole sur les

38 — Toutefois, dans l'hypothèse de la constatation que le Fonterra Group (ou une partie de celui-ci) est dominant sur le marché de l'exportation de beurre (néo-zélandais vers la Communauté), nous renverrions comme point de départ potentiel à l'arrêt du 13 février 1991, GB-Inno-BM, précité à la note 29. Dans cette affaire, la Cour a considéré que les mesures qui aident l'entreprise dominante à étendre son pouvoir de marché dans un marché voisin sont contraires à l'article 86, paragraphe 1, CE, lu en combinaison avec l'article 82, premier alinéa, CE. Ce principe s'appliquerait aussi selon nous dans le cas de l'extension du pouvoir de marché vers un marché en aval, tel que celui de l'importation dans la Communauté. Une fois de plus, en fonction de la définition adoptée du marché, un autre point de référence possible pourrait être la doctrine du refus de fournir à de nouveaux clients dans des circonstances dans lesquelles la fourniture est indispensable à la capacité du client à concourir. Voir, par analogie, arrêt du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261).

licences d'importation du beurre néo-zélandais qui se fait ressentir principalement dans la Communauté a deux aspects.

59. Premièrement, les consommateurs dans la Communauté paient plus pour le produit et pour les produits en aval pour lesquels le produit constitue une composante. Dans la mesure où la concurrence n'est possible qu'une fois que le produit entre en libre circulation, l'importateur en situation de monopole est libre d'agir indépendamment des concurrents, des clients et en définitive des consommateurs [39] lorsqu'il fixe ses prix pour la revente à la suite de l'accomplissement des formalités douanières. Ces prix plus élevés sont ensuite transmis aux consommateurs. Deuxièmement, une seule entreprise récolte le bénéfice du monopole tiré lors de la revente du produit. Dans la présente affaire, ainsi que nous l'avons décrit plus haut, c'est là la motivation expresse sous-tendant la législation néo-zélandaise; il s'agit de maximiser les bénéfices économiques de l'exportation de beurre néo-zélandais vers la Communauté et de garantir que ces bénéfices retournent autant que possible vers l'industrie laitière néo-zélandaise via Fonterra. Cela signifie non seulement que tous les importateurs potentiels sont entièrement exclus de l'importation du produit, mais aussi que Fonterra Logistics (et potentiellement ses sociétés sœurs de distribution dans la Communauté) a un avantage massif sur le(s) marché(s) de la revente en aval du beurre néo-zélandais, puisque les autres revendeurs doivent répercuter leurs frais plus élevés résultant du prix de revente élevé de Fonterra Logistics. En somme, les conséquences dommageables (directes et indirectes) de ce monopole absolu sont potentiellement sérieuses pour les consommateurs de la Communauté.

60. Si la juridiction de renvoi devait conclure que (une partie de) Fonterra Group a abusé de sa position dominante, par exemple en étendant sa position dominante vers un marché en aval ou en refusant abusivement de vendre du beurre à la requérante avant l'importation, la question finale serait de savoir si cet abus était une conséquence inévitable de la législation néo-zélandaise. Sur ce point, il est vrai qu'en théorie le NZDB serait libre de vendre son beurre destiné à la Communauté accompagné des certificats IMA 1 applicables aux importateurs autres que Fonterra Logistics. Ainsi, comme la juridiction de renvoi l'a noté, la demande de la requérante que le NZDB lui vende un tel beurre a été rejetée simplement au motif que la politique du Fonterra Group était de ne vendre le beurre au stade «préclient» destiné à l'importation dans la Communauté qu'à Fonterra Logistics. En tant que tel, on pourrait arguer que toute violation de l'article 82 CE résultant des actions du NZDB n'était pas une conséquence inévitable de l'attribution de droits exclusifs par la législation néo-zélandaise [40]. Cet argument est toutefois artificiel. Il omet en particulier de prendre en compte l'objet de la législation néo-zélandaise fondant le régime pour l'octroi des certificats IMA 1; il s'agit de la maximisation des bénéfices

39 — Voir la définition classique de la domination, entre autres, dans l'arrêt du 14 février 1978, United Brands/Commission (27/76, Rec. p. 207, point 65).

40 — Voir arrêt du 5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077).

économiques pour la Nouvelle-Zélande de ses exportations de beurre en application des contingents tarifaires et de la transmission de ces bénéfices à l'industrie laitière néo-zélandaise. En tant que tel, il semble que l'intention expresse du régime soit que le NZDB devrait continuer à vendre son beurre pour l'importation dans la Communauté uniquement à Fonterra Logistics. La conséquence en est que le refus du NZDB de vendre au moindre opérateur autre que Fonterra Logistics devrait être vu de manière réaliste comme une conséquence inévitable du régime législatif néo-zélandais.

C — *Sur la troisième question*

61. Par sa troisième question, le Verwaltungsgericht cherche à savoir si les article 25, paragraphe 1, et 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 devraient être déclarés invalides, car en violation 1) du principe de non-discrimination pour les entreprises publiques contenu à l'article XVII, paragraphe 1, sous a), du GATT; et/ou 2) de l'obligation de neutralité et d'équité dans la gestion des règles de procédure des licences d'importation contenues à l'article 1er, paragraphe 3, de l'accord du GATT sur les procédures de licences d'importation. Dans la mesure où le GATT 1994 et l'accord du GATT sur les procédures de licences d'importation font partie des accords annexés à l'accord OMC, cette question soulève une fois de plus celle de la mesure dans laquelle la législation communautaire peut être contrôlée quant à sa conformité aux dispositions de l'OMC.

1. Principes applicables

62. La Cour a à cet égard jugé qu'en principe, compte tenu de leur nature et de leur structure, les accords de l'OMC ne font pas partie des règles à la lumière desquelles la Cour doit contrôler la légalité des mesures adoptées par les institutions communautaires [41]. Il y a cependant deux exceptions à ce principe. La première se manifeste lorsque la mesure communautaire contestée fait expressément référence à la disposition particulière du GATT (l'exception dite «Fediol» [42]). Ainsi que les parties intervenantes dans la présente procédure l'ont reconnu, cette exception ne s'applique pas en l'espèce. Le règlement n° 2535/2001 ne fait référence à aucun moment à l'article XVII, paragraphe 1, sous a), du GATT ou même à l'article 1er, paragraphe 3, de l'accord du GATT sur les procédures de licences d'importation. La deuxième exception survient lorsque, en adoptant la législation contestée, la Communauté entend mettre en œuvre une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC (l'exception dite «Nakajima» [43]). C'est là l'exception invoquée dans la présente affaire.

41 — Voir, par exemple, arrêt du 23 novembre 1999, Portugal/Conseil (C-149/96, Rec. p. I-8395, point 47).

42 — Arrêt du 22 juin 1989, Fediol/Commission (70/87, Rec. p. 1781, points 19 à 22).

43 — Arrêt du 7 mai 1991, Nakajima/Conseil (C-69/89, Rec. p. I-2069, point 31).

2. La Cour devrait-elle revisiter l'arrêt Nakajima/Conseil?

63. Avant d'examiner si cette exception s'applique ici, nous notons que la Commission a demandé à la Cour dans la présente affaire de revisiter sa jurisprudence citée plus haut, définissant les circonstances dans lesquelles la législation communautaire peut être contrôlée quant à sa conformité aux dispositions du droit de l'OMC. La Commission soutient en particulier que la motivation derrière la jurisprudence de la Cour sur l'exception Nakajima peut être mieux appliquée par un principe d'«interprétation conforme» de la législation communautaire en conformité avec le droit international [44]. La Commission observe que la nature unilatérale de l'exception Nakajima contredit l'équilibre de réciprocité inhérent au cadre juridique de l'OMC et met en garde contre le fait que les conséquences pratiques de l'exception Nakajima sont que le législateur communautaire, dans une tentative d'éviter de tomber dans le champ de cette exception, éviterait la référence au droit de l'OMC dans les préambules de la législation communautaire.

64. Sur ce point toutefois, nous souhaiterions observer que la Commission n'a pas selon nous fourni de raisons convaincantes pour lesquelles la Cour devrait dans la présente affaire revoir (ou éliminer) l'exception Nakajima de longue date. Pour commencer, il est clair que la Cour avait pleinement conscience de, et a examiné, les implications de la nature réciproque des accords de l'OMC dans ses arrêts fondamentaux exposant les conditions dans lesquelles les règles de l'OMC pourraient former le fondement d'un contrôle de mesures communautaires. Ainsi par exemple, dans l'arrêt Portugal/Conseil, la Cour a rappelé que l'accord de l'OMC «reste fondé, comme l'était le GATT de 1947, sur le principe de négociations entreprises sur 'une base de réciprocité et d'avantages mutuels'» [45]. Dans tous ces cas, la Cour a néanmoins confirmé les exceptions Fediol et Nakajima au principe général que les mesures communautaires ne peuvent pas être contrôlées quant à leur conformité au droit de l'OMC. En outre, l'existence de ces exceptions n'entre pas selon nous en contradiction avec ce qui était une motivation principale du principe général, à savoir que le fait d'accorder un effet direct aux règles de l'OMC «reviendrait à priver les organes législatifs ou exécutifs de la Communauté de la marge de manœuvre dont jouissent les organes similaires des partenaires commerciaux de la Communauté» [46]. Dans un cas où il est clair qu'une mesure communautaire était spécifiquement destinée à mettre en œuvre une obligation particulière du droit de l'OMC, le législateur communautaire a pour l'essentiel choisi de limiter lui-même sa propre marge de manœuvre dans les négociations en «incorporant» cette obligation dans le droit communautaire.

44 — C'est le principe que, lorsque les termes de la législation communautaire dérivée laissent la place à plus d'une interprétation, la primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur d'autres dispositions de la législation communautaire dérivée signifie que de telles dispositions doivent, dans la mesure du possible, être interprétées d'une manière qui soit conforme à ces accords. Voir arrêt du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne (C-61/94, Rec. p. I-3989, point 52).

45 — Voir affaire Portugal/Conseil, précitée à la note 41, points 42 et 43, où la Cour a expressément noté que «certaines des parties contractantes, qui sont, du point de vue commercial, parmi les partenaires les plus importants de la Communauté, ont tiré à la lumière de l'objet et du but des accords OMC la conséquence que ceux-ci ne figurent pas parmi les normes au regard desquelles leurs organes juridictionnels contrôlent la légalité de leurs règles de droit internes».

46 — Ibidem, point 46.

65. En ce qui concerne l'autre argument de la Commission en faveur du retrait de l'exception Nakajima — à savoir le fait qu'en pratique cela pourrait conduire le législateur communautaire à éviter dans sa législation des références au droit de l'OMC —, cela s'avère selon nous sans attrait et sans pertinence. Sans attrait, parce que cela suggère une tentative délibérée du législateur communautaire de contourner le caractère exécutable devant les juridictions des obligations contraignantes de l'OMC dans une situation dans laquelle les conditions de l'effet direct sont par ailleurs remplies, ce qui équivaudrait à une tentative de contourner le principe de légalité. Sans pertinence, parce que, comme nous l'expliquerons plus loin, l'évaluation de la question de savoir si l'exception Nakajima s'applique n'est pas limitée d'une manière purement formelle à l'examen du texte d'une mesure quant à une référence expresse au droit de l'OMC.

66. Ajoutons que le simple fait que la portée de l'exception Nakajima pourrait, dans la jurisprudence de la Cour jusqu'à ce jour, ne pas être totalement claire — ainsi que nous en discuterons plus loin — n'est pas en soi une raison pour nier son existence dans le principe. Pour ces raisons, la demande de la Commission que la Cour revisite sa jurisprudence et élimine l'exception Nakajima doit être rejetée.

3. Application de Nakajima: portée de l'exception

67. La question suivante à examiner est celle de savoir si l'exception Nakajima s'applique à la présente affaire. Les articles 25, paragraphe 1, 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 étaient-ils destinés d'après le législateur communautaire à mettre en œuvre une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC? Cette question nécessite un examen soigné de l'étendue correcte de l'exception Nakajima.

68. Nous commencerons par observer que la jurisprudence de la Cour dans ce domaine est selon nous plutôt ambiguë. Jusqu'à ce jour, la Cour n'a pas posé de principe clair, cohérent et défendable distinguant les cas dans lesquels l'exception Nakajima s'applique des cas où elle ne s'applique pas. Nous estimons qu'il s'agit là d'une situation d'incertitude inacceptable, tout particulièrement dans la mesure où ce qui est en jeu ici, c'est l'étendue de la doctrine de l'effet direct. Avant d'appliquer l'exception aux faits de l'espèce, nous nous concentrerons par conséquent sur l'identification de ce principe.

69. La première étape consiste à identifier dans quelles situations la Cour a jusqu'à présent appliqué l'exception. Il s'agit en majorité d'affaires antidumping, comprenant l'affaire Nakajima/Conseil elle-même et l'affaire Petrotub et Republica/Conseil, toutes jugées par la Cour [47], ainsi que de nombreu-

47 — Arrêts Nakajima/Conseil, précité à la note 43, et du 9 janvier 2003, Petrotub et Republica/Conseil (C-76/00 P, Rec. p. I-79). Nous notons que, dans le cas de Petrotub, la Cour a fait référence non seulement à l'exception Nakajima, mais aussi au principe de l'interprétation conforme.

ses affaires similaires jugées par le Tribunal [48]. Chacune de ces affaires concernait la validité de la législation antidumping communautaire à la lumière des dispositions spécifiques du code antidumping de l'OMC [49]. Une autre affaire dans laquelle la Cour a appliqué l'exception est l'affaire Italie/Conseil [50]. Dans cette affaire, la Cour a contrôlé la légalité du règlement (CE) nº 1522/96 du Conseil, du 24 juillet 1996, portant ouverture et mode de gestion de certains contingents tarifaires d'importation de riz et de brisures de riz (JO L 190, p. 1), à la lumière de l'article XXIV, paragraphe 6, du GATT et les paragraphes 5 et suivants de l'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT. Puisque le règlement avait été adopté en vertu d'accords conclus avec des États non-membres du GATT à la suite de négociations conduites sur la base de l'article XXIV, paragraphe 6, du GATT [51], la Cour a conclu que, conformément à l'exception Nakajima, sa légalité devrait être contrôlée quant à sa conformité avec cet article. L'avocat général Mischo a observé que, bien que la partie requérante n'ait pas invoqué dans cette affaire une violation d'autres articles du GATT, il n'y avait rien pour s'y opposer en principe [52]. Enfin, dans l'affaire Pays-Bas/Parlement [53], l'avocat général Jacobs a appliqué l'exception Nakajima pour constater que la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (JO L 213, p. 13), pouvait être contrôlée quant à sa conformité avec l'accord ADPIC (TRIPS) et avec l'accord sur les barrières techniques au commerce. La Cour n'a pas expressément étudié la question dans son arrêt [54].

70. À l'inverse, la Cour a rejeté l'application de l'exception Nakajima dans un certain nombre de cas [55]. Nombre de ces affaires concernaient la validité de mesures communautaires adoptées dans le cadre de l'organisation commune du marché de la banane à la lumière des règles de l'OMC. Très récemment, dans l'affaire Van Parys, la Cour a jugé que la Communauté n'avait pas eu l'intention d'assumer une obligation particulière de l'OMC lors de la modification, faisant suite à une décision du WTO Dispute Settlement Body (organe de règlement des différends de l'OMC, ci-après le «DSB»), d'une section d'un règlement mettant en place un régime commun des échanges avec les pays tiers dans le secteur de la banane. En dépit du fait que la modification a été faite, tel qu'affirmé dans le préambule du règlement amendé, afin de se conformer aux

48 — Voir, par exemple, arrêts du 5 juin 1996, NMB France e.a./Commission (T-162/94, Rec. p. II-427), et du 27 janvier 2000, BEUC/Commission (T-256/97, Rec. p. II-101).

49 — Il s'agit de l'accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT (JO 1994, L 336, p. 103).

50 — Arrêt du 12 novembre 1998 (C-352/96, Rec. p. I-6937).

51 — Ces articles prévoyaient que des négociations seraient conduites avec des pays non-membres afin de s'entendre sur certains ajustements compensatoires requis en conséquence de l'augmentation de certains taux de droits de douane.

52 — Conclusions de l'avocat général Mischo dans l'affaire Italie/Conseil, précitée à la note 50, points 24 et 25.

53 — Arrêt du 9 octobre 2001 (C-377/98, Rec. p. I-7079).

54 — La Cour a reformulé la motivation pour le contrôle juridictionnel de la directive quant à sa conformité avec le droit de l'OMC d'une manière différente et originale au point 55: «le moyen de la requête doit être compris comme étant dirigé non pas tant contre une violation directe par la Communauté de ses engagements internationaux que contre l'obligation qui serait faite aux États membres, par la directive, de violer leurs propres obligations de droit international».

55 — Un exemple évident est l'affaire Portugal/Conseil, précitée à la note 41. Voir aussi affaire Pays-bas/Conseil, précitée à la note 16.

engagements internationaux de la Communauté en vertu de l'OMC, la Cour a estimé que donner un effet direct à une décision du DSB fragiliserait la position de la Communauté dans la recherche d'une solution mutuellement acceptable au différend [56].

71. Juste avant cet arrêt, le Tribunal était parvenu à une conclusion similaire dans l'affaire Chiquita Brands e.a./Commission. Le Tribunal a jugé qu'un règlement de la Commission posant des règles détaillées pour la mise en œuvre des importations de bananes dans la Communauté ne pouvait pas être contrôlé quant à sa conformité, entre autres, avec l'article XIII du GATT (application non discriminatoire de restrictions quantitatives). L'article XIII du GATT était essentiellement à caractère général, par opposition aux règles détaillées par exemple du code antidumping. En outre, bien que la Commission ait eu l'intention de se conformer à ses obligations au titre de l'OMC en adoptant le règlement en cause, elle n'avait pas l'intention de mettre en œuvre ou de transposer en droit communautaire des règles découlant d'un accord OMC aux fins de maintenir l'équilibre des droits et obligations des parties à cet accord [57].

72. On ne saurait aisément déduire de ce précédent des limites cohérentes à la doctrine Nakajima [58]. Nous souhaiterions toutefois faire les observations suivantes.

73. Premièrement, en ce qui concerne l'exigence que la mesure devrait mettre en œuvre une obligation «particulière» du GATT, cette exigence renvoie selon nous simplement à la mise en œuvre d'une disposition spécifique du GATT ou d'un groupe spécifique de telles dispositions. Nous ne sommes pas d'accord avec l'interprétation du Tribunal dans l'affaire Chiquita Brands e.a./Commission, selon laquelle il faudrait faire une distinction entre les dispositions du GATT qui sont «générales» (dans ce cas, l'obligation d'application non discriminatoire des restrictions quantitatives au titre de l'article XIII du GATT) et celles qui sont «particulières» dans leur nature. Outre le fait qu'il semble très difficile de tracer ainsi une ligne cohérente entre différents types d'obligations (le Tribunal n'a pas défini comment cela devrait être fait), il nous semble que la motivation de l'exception Nakajima s'appliquerait également à une obligation mise en œuvre dans la Communauté, mais par exemple non confinée à seulement un domaine individuel tel que l'antidumping.

74. Deuxièmement, la principale difficulté dans la définition de la portée de l'exception Nakajima est de déterminer comment appré-

56 — Arrêt du 1er mars 2005, Van Parys (C-377/02, Rec. p. I-1465, point 51). Voir aussi ordonnance du 2 mai 2001, OGT Fruchthandelsgesellschaft (C-307/99, Rec. p. I-3159), et arrêt du 20 mars 2001, T. Port/Commission (T-52/99, Rec. p. II-981, points 44 à 60).

57 — Arrêt du 3 février 2005, Chiquita Brands e.a./Commission (T-19/01, Rec. p. II-315, points 156 à 171). Voir aussi affaire Allemagne/Conseil (arrêt du 5 octobre 1994, C-280/95, Rec. p. I-4973), où l'avocat général Gulmann a estimé qu'il est «déterminant que, dans [les affaires Fediol/Commission et Nakajima/Commission], la Cour ait fondé [sa décision de contrôler les mesures communautaires à la lumière du droit de l'OMC] sur l'existence de motifs particuliers, du fait des renvois opérés aux règles pertinentes du GATT, en faveur d'un tel contrôle» (point 147). Selon lui, dans la mesure où le règlement communautaire sur la banane en cause dans cette affaire ne renvoyait pas au GATT de cette manière, l'exception Nakajima ne s'appliquait pas. Au point 11 de l'arrêt, la Cour est parvenue au même résultat, bien qu'elle n'ait pas donné de motivation sur ce point.

58 — Voir, de même, les commentaires de l'avocat général Tizzano dans l'affaire Van Parys, précitée à la note 56, points 84 à 105.

cier si l'«intention» du législateur communautaire, avec l'adoption de la mesure contestée, était de mettre en œuvre une obligation particulière du GATT. À ce sujet, même s'il peut paraître attrayant initialement d'interpréter ce test comme requérant simplement une appréciation de l'intention subjective du législateur, cette approche porte en elle une erreur inhérente. Tout d'abord, il est pratiquement impossible pour la Cour — et a fortiori pour les particuliers cherchant à déterminer l'étendue de leur droits — de savoir avec certitude quelle était l'intention subjective du législateur au moment de l'adoption de la législation. Bien que le préambule de la législation pertinente soit clairement une indication de l'intention subjective, il n'est pas exhaustif dans tous les cas: on peut imaginer des sources de preuves presque inépuisables étant apportées dont toutes ne sont pas librement accessibles au public si l'on adoptait un test de l'intention subjective. En outre, la Cour n'a pas elle-même, jusqu'à aujourd'hui, été cohérente dans l'appréciation de la pertinence des preuves directes de l'intention subjective du législateur communautaire. Ainsi, dans des cas comme l'affaire Van Parys, la Cour a rejeté l'applicabilité de la doctrine Nakajima dans des circonstances dans lesquelles l'intention subjective du législateur communautaire était, telle qu'exprimée dans le préambule et dans les commentaires du Commissaire de l'époque, de mettre en œuvre une obligation au titre de l'OMC.

75. Pour ces raisons, il serait artificiel et contraire à la sécurité juridique de considérer que le seul test de l'applicabilité de l'exception Nakajima est l'intention subjective du législateur[59]. L'appréciation devrait, au contraire, être limitée à l'examen de l'objectif de la législation communautaire sur la base d'une lecture purement objective de la disposition contestée. Bien que le recours au préambule de la législation soit évidemment un facteur pertinent à cet égard, une référence expresse dans le préambule à l'objectif de mettre en œuvre une obligation au titre de l'OMC n'est selon nous ni décisive (ainsi que le démontre l'affaire Van Parys) ni nécessaire (par contraste aux arguments de la Commission et de Fonterra Logistics).

76. Plus particulièrement, même lorsqu'une référence de ce type n'apparaît pas dans le préambule, il est selon nous satisfait au test Nakajima lorsqu'il ressort clairement d'une comparaison du contenu de la disposition communautaire contestée, d'une part, et d'une obligation particulière au titre de l'OMC, d'autre part, que la disposition débouche effectivement sur la mise en œuvre ou l'incorporation en droit communautaire d'une obligation au titre de l'OMC. Dans un tel cas, il est suffisamment clair, sur la base d'une analyse objective, que le législateur communautaire a choisi d'incorporer ses engagements au titre de l'OMC dans le système juridique communautaire, ce qui signifie que la disposition communautaire peut être contrôlée quant à sa conformité au droit de l'OMC.

59 — Nous souhaitons ajouter que cette conclusion concorde par analogie avec l'approche adoptée quant à l'appréciation de l'intention dans le contexte de la doctrine de l'abus du droit communautaire: voir, par exemple, l'arrêt du 23 mars 1982, Levin (53/81, Rec. p. 1035), et nos conclusions dans l'affaire Akrich (arrêt du 23 septembre 2003, C-109/01, Rec. p. I-9607, points 102 et 174).

4. Application de l'affaire Nakajima/Conseil à la présente affaire

77. Appliquant ce test à la présente affaire, la question qui se pose est celle de savoir si le but objectif des articles 25, paragraphe 1, et/ou 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 est de mettre en œuvre en droit communautaire l'article XVII, paragraphe 1, sous a), du GATT et l'article 1er, paragraphe 3, de l'accord sur les procédures de licences d'importation.

78. Il est clair que ces articles font partie des règles de la Communauté régissant la réglementation des importations dans la Communauté de produits laitiers à droit réduit au titre des concessions tarifaires posées dans l'annexe CXL, qui a été établie, ainsi que spécifié dans le préambule du règlement n° 2535/2001 [60], à la suite des négociations en vertu de l'article XXIV, paragraphe 6, du GATT. Il y a en ce sens un parallèle clair avec l'affaire Italie/Conseil dont nous avons déjà discuté. Comme dans cette affaire, il est par conséquent évident que le règlement n° 2535/2001 met en œuvre dans la Communauté un accord conclu en vertu de l'article XXIV, paragraphe 6, du GATT. Il s'ensuit que, pour les mêmes raisons que celles citées dans cette affaire, la Communauté entendait mettre en œuvre ses obligations au titre de l'OMC en adoptant les articles 25, paragraphe 1, et 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 et il conviendrait donc de considérer que l'exception Nakajima s'applique en l'espèce. Notons que, bien que dans la présente affaire ce qui est allégué n'est pas une violation de l'article XXIV, paragraphe 6, du GATT lui-même, mais la violation d'autres dispositions, nous approuvons l'observation de l'avocat général Mischo citée plus haut, selon laquelle cela ne change rien à l'appréciation. Le fait de limiter le contrôle de conformité au seul article XXIV, paragraphe 6, du GATT équivaudrait selon nous à une appréciation insatisfaisante du but objectif du législateur communautaire lors de l'adoption des articles contestés et compromettrait sérieusement l'efficacité de l'exception Nakajima dans cette affaire.

79. Pour ces raisons, les articles 25, paragraphe 1, et 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 doivent être contrôlés quant à leur conformité avec les articles XVII, paragraphe 1, sous a), du GATT et 1er, paragraphe 3, de l'accord sur les procédures de licences d'importation.

5. Article XVII, paragraphe 1, sous a), du GATT

80. En vertu de l'article XVII, paragraphe 1, sous a) du GATT, chaque partie contractante «s'engage à ce que, si elle fonde ou maintient une entreprise d'État, en quelque lieu que ce soit, ou si elle accorde à une entreprise, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux, cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des

60 — Voir préambule, quatrième considérant, sous a), ainsi que article 24, paragraphe 1, dudit règlement.

importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination prescrit par le présent Accord pour les mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations qui sont effectuées par des commerçants privés».

81. En ce qui concerne l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001, dans la présente affaire, pour les raisons que nous avons déjà expliquées plus haut, il est clair que la manière dont la Commission a mis sur pied le régime d'importation pour le beurre néo-zélandais accorde de facto au Fonterra Group le droit exclusif d'importer ce beurre dans la Communauté. Il est également clair, pour des raisons analogues à celles dont nous avons discuté plus haut dans le contexte du principe de droit communautaire de non-discrimination, que la Commission n'a pas garanti que le Fonterra Group agisse d'une manière non discriminatoire au sens de l'article XVII, paragraphe 1, sous a). Nous renvoyons ici en particulier au point b) de cet article qui spécifie que «[l]es dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe devront être interprétées comme imposant à ces entreprises l'obligation [...] d'offrir aux entreprises des autres parties contractantes des possibilités adéquates de participer à ces ventes ou à ces achats dans des conditions de libre concurrence et conformément aux usages commerciaux ordinaires» [61]. Il suffit de préciser que, dans la présente affaire, aucune autre partie n'a la moindre opportunité de concourir pour le droit d'importer du beurre néo-zélandais dans la Communauté [62]. Pour cette raison, l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001 devrait selon nous être déclaré invalide, car contraire à l'article XVII, paragraphe 1, sous a) du GATT.

82. Nous ne pensons toutefois pas que l'article 35, paragraphe 2, dudit règlement viole cette disposition. Contrairement à l'article 25, paragraphe 1, cet article ne permet pas en lui-même au Fonterra Group, par l'octroi d'un droit exclusif, d'agir d'une manière discriminatoire, mais il se contente de stipuler que les licences d'importation doivent être demandées au Royaume-Uni.

6. Article 1er, paragraphe 3, de l'accord du GATT sur les procédures de licences d'importation

83. L'article 1er, paragraphe 3, de l'accord sur les procédures de licences d'importation dispose que «les règles relatives aux procédures de licences d'importation seront neutres dans leur application et administrées de manière juste et équitable». L'Appellate Body (organe d'appel) de l'OMC a, à cet

61 — Voir, par ailleurs, le rapport de l'organe d'appel sur le Canada — Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés (WT/DS276/AB/R, 2004).

62 — Voir, par ailleurs, «Panel report» sur la Corée — Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée (WT/DS161/R, WT/DS169/R, 2000).

égard, estimé que l'accord ne régit pas les règles sur les licences d'importation en tant que telles, mais les procédures à travers lesquelles elles sont appliquées et gérées [63]. Des exemples de cas qui ont été considérés comme concernant les «règles» plutôt que des procédures incluent l'application d'un système de licences différents à certains membres [64] ainsi que des mesures donnant la priorité dans l'allocation des licences aux importateurs qui étaient également des exportateurs [65]. Bien que cela puisse être une distinction difficile à appliquer dans certaines circonstances, il nous semble que dans la présente affaire tant l'article 25, paragraphe 1, que l'article 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 doivent être considérés comme des «règles» régissant les licences pour l'importation dans la Communauté, et non seulement comme des procédures pour la gestion des règles. Pour cette raison, nous estimons que ces articles ne violent pas l'article 1er, paragraphe 3, de l'accord sur les procédures de licences d'importation.

D — *Effet dans le temps*

84. Ainsi qu'il ressort clairement de ce qui précède, nous estimons que les articles 25, paragraphe 1, et 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001 sont contraires au droit communautaire et devraient donc être déclarés invalides. La dernière question à examiner est celle de l'effet dans le temps d'un arrêt en ce sens. Ainsi que la Cour l'a constamment affirmé, l'article 231, deuxième alinéa, CE appliqué par analogie aux procédures de renvoi préjudiciel accorde à la Cour un pouvoir discrétionnaire pour décider, lorsque cela s'avère justifié par des considérations prépondérantes de sécurité juridique, quels effets spécifiques de dispositions du droit communautaire qui ont été annulées doivent être maintenus [66].

85. En ce qui concerne l'article 25, paragraphe 1, du règlement n° 2535/2001 — et en particulier l'exigence de posséder un certificat IMA 1 lors de la demande de licence d'importation dans le cas du beurre néo-zélandais —, il est clair que l'élimination immédiate de cette exigence aurait des conséquences inacceptables en termes de sécurité du régime d'importation ainsi que pour la garantie de la qualité des produits. La conséquence en est, selon nous, que l'effet de cet article devrait être maintenu jusqu'à l'entrée en vigueur d'une disposition de remplacement adoptée par la Commission et ne violant pas les règles communautaires sur la non-discrimination et la concurrence. En ce qui concerne toutefois l'article 35, paragraphe 2, du règlement n° 2535/2001, nous ne voyons pas de raison pour laquelle l'effet dans le temps de cette disposition devrait être limité. L'élimination de cette

63 — Rapport de l'organe d'appel — Communautés européennes — Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (WT/DS27/AB/R, 1997), points 196 et suiv.

64 — Ibidem.

65 — «Panel report» sur les Communautés européennes — Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles (WT/DS699/R, 1998, point 254).

66 — Voir, par exemple, arrêts du 27 février 1985, Produits de maïs (112/83, Rec. p. 719, points 16 à 18); du 10 mars 1992, Lomas e.a. (C-38/90 et C-151/90, Rec. p. I-1781, point 23) et du 8 novembre 2001, Silos (C-228/99, Rec. p. I-8401, point 35).

disposition a pour effet que, comme pour d'autres produits couverts par les certificats IMA 1, les demandes de licences d'importation peuvent être faites par tout organisme émetteur de licences d'importation d'un État membre. Le fait que l'autorité émettrice du Royaume-Uni a en vertu des articles 35, paragraphe 2, deuxième sous-alinéa, et 38 du règlement nº 2535/2001 certaines obligations accessoires de contrôle des certificats IMA 1 pour des raisons statistiques n'est pas selon nous une raison suffisamment solide pour altérer cette conclusion. En outre, il ne semble pas qu'il y ait nécessairement, sous réserve de coopération entre les autorités, d'obstacle à ce que les autorités du Royaume-Uni continuent à assurer cette fonction.

V — Conclusion

86. Eu égard aux considérations qui précèdent nous estimons que la Cour devrait répondre comme suit aux questions déférées par le Verwaltungsgericht Frankfurt am Main:

«1) Les articles 25, paragraphe 1, et 35, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 2535/2001 de la Commission, du 14 décembre 2001, portant modalités d'application du règlement (CE) nº 1255/1999 du Conseil en ce qui concerne le régime d'importation du lait et des produits laitiers et l'ouverture de contingents tarifaires, sont invalides.

2) Les effets de l'article 25, paragraphe 1, du règlement nº 2535/2001 sont maintenus jusqu'à l'entrée en vigueur d'une disposition de remplacement qui ne viole pas les règles communautaires de non-discrimination et de concurrence.»