FRANZ EGENBERGER

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 1. december 2005 [1]

I — Indledning

1. Denne sag vedrørende en anmodning om præjudiciel afgørelse fra Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tyskland) drejer sig om gyldigheden af visse aspekter af Kommissionens forordning (EF) nr. 2535/2001 af 14. december 2001 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 1255/1999 for så vidt angår importordningen for mælk og mejeriprodukter og åbning af toldkontingenter. Sagen rejser en række vigtige principspørgsmål. For det første, hvad er det korrekte niveau for domstolsprøvelse af Kommissionens lovgivning på landbrugsområdet med hensyn til overensstemmelse med trinhøjere fællesskabsret, navnlig forbuddet mod forskelsbehandling? Skal domstolsprøvelse nærmere bestemt under alle omstændigheder være begrænset på dette område? For det andet, i hvilken udstrækning er Kommissionen bundet af Fællesskabets konkurrenceregler, navnlig artikel 86, stk. 1, EF, når den vedtager lovgivningsforanstaltninger? For det tredje, bør Domstolen genoverveje sin egen retspraksis, hvori den fastlægger de omstændigheder, hvorunder den afledte fællesskabsret kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse med hensyn til dens overensstemmelse med WTO-reglerne? Dette rejser på ny det følsomme spørgsmål om forholdet mellem Fællesskabets retsorden og WTO-reglerne. Jeg skal vende tilbage til disse spørgsmål efter at have beskrevet baggrunden for sagen.

II — Historisk og retlig baggrund for den præjudicielle forelæggelse

A — *Historisk baggrund*

2. Det Forenede Kongerige var før tiltrædelsen af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab i 1973 det traditionelle eksportmarked for newzealandsk smør. For at bevare dette marked bemyndigede protokol nr. 18 til akten vedrørende Danmarks, Irlands og Det Forenede Kongeriges tiltrædelse (herefter »protokol nr. 18«) indførsel til Det Forenede Kongerige af visse

1 — Originalsprog: engelsk.

kontingenter af newzealandsk smør og ost til reducerede toldsatser i en indledende periode på fem år [2]. I henhold til artikel 1, stk. 4, i protokol nr. 18 var forudsætningen for disse reducerede satser, at de produkter, der indførtes i Det Forenede Kongerige i overensstemmelse med protokollen, ikke kunne gøres til genstand for samhandel inden for Fællesskabet eller for reeksport til tredjelande. De oprindelige handelsrestriktioner er gradvis blevet ophævet, således at importeret newzealandsk smør kunne anvendes til forarbejdning (ikke alene til direkte forbrug) i Det Forenede Kongerige i henhold til Rådets forordning nr. 3841/92 og frit kunne omsættes inden for Fællesskabet (ikke alene inden for Det Forenede Kongerige) i henhold til Rådets forordning nr. 3841/92 [3]. Ved en række rådsforordninger udstedt i henhold til artikel 5, stk. 2, i protokol nr. 18 blev importordningen i protokollen forlænget indtil 1995.

3. Fra den 1. juli 1995 var toldkontingenterne for mælk og mejeriprodukter omfattet af landbrugsaftalen, der var indgået inden for rammerne af Uruguay-runden vedrørende multilaterale handelsforhandlinger i GATT (General Agreement on Tariffs and Trade — Den Almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel) og Verdenshandelsorganisationen (WTO). For De Europæiske Fællesskabers vedkommende omfattede aftalen toldindrømmelser for visse mejeriprodukter, der skulle indføres til Fællesskabet til nedsat sats, som er opført i den for nærværende sag relevante form i liste CXL, der blev udarbejdet på grundlag af forhandlinger i henhold til artikel XXIV, stk. 6, i GATT (herefter »liste CXL«). De toldkontingenter, som blev fastsat ved denne aftale om indførsel af newzealandsk smør til Fællesskabet, blev gennemført i fællesskabsretten ved kommissionsforordninger [4].

B — *Relevant fællesskabsret*

Rådets forordning nr. 1255/1999

4. Ved forordning nr. 1255/1999, der blev udstedt på grundlag af artikel 37 EF, indførtes ordningen for den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter [5].

2 — Protokol nr. 18 om import i Det Forenede Kongerige af smør og ost fra New Zealand, EFT 1972 L 73, s. 173, artikel 1 og 2. Disse rettigheder blev oprindelig fastsat med det formål at give New Zealand mulighed for at opnå en pris for smør og ost svarende til den pris, dette land i gennemsnit havde opnået på markedet i Det Forenede Kongerige i perioden 1962-1972, uden at skade markedsføringen af fællesskabssmør og -ost, jf. artikel 1, stk. 3, og artikel 2, i protokol nr. 18.

3 — Jf. Rådets forordning (EØF) nr. 366/83 af 19.12.1983 om fortsat indførsel på særlige betingelser af newzealandsk smør til Fællesskabet, EFT L 366, s. 16, og Rådets forordning (EØF) nr. 3841/92 af 17.12.1992 om fortsat indførsel på særlige betingelser af newzealandsk smør til Fællesskabet, EFT L 390, s. 1.

4 — Jf. Kommissionens forordning (EF) nr. 1600/95 af 30.6.1995 om gennemførelsesbestemmelser for importordningen og om åbning af toldkontingenter for mælk og mejeriprodukter, EFT L 151, s. 12, og Kommissionens forordning (EF) nr. 1374/98 om gennemførelsesbestemmelser for importordningen og om åbning af toldkontingenter for mælk og mejeriprodukter, EFT L 185, s. 21.

5 — Rådets forordning (EF) nr. 1255/1999 af 17.5.1999 om den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter, EFT L 160, s. 48, som ændret.

Denne ordning omfatter et indre fællesskabsmarked for mælk og mejeriprodukter baseret på et interventionsprincip (afsnit I, forordning nr. 1255/1999) og en ensartet ordning for samhandel med disse produkter med tredjelande (afsnit II, forordning nr. 1255/1999). Ifølge 17. betragtning til forordning nr. 1255/1999 er denne handelsordning baseret på de af Fællesskabet påtagne forpligtelser under de multilaterale handelsforhandlinger i Uruguay-runden.

Kommissionens forordning nr. 2535/2001

5. Artikel 26, stk. 1, i forordning nr. 1255/1999 bestemmer, at »[v]ed indførsel i Fællesskabet af de i artikel 1 nævnte produkter kræves der fremlagt en importlicens. Ved udførsel af disse produkter fra Fællesskabet kan der kræves fremlagt en eksportlicens«. Artikel 26, stk. 2, bestemmer, at »[l]icensen udstedes af medlemsstaterne til enhver, der anmoder herom, uanset hvor i Fællesskabet den pågældende er etableret, uden at dette i øvrigt anfægter anvendelsen af artikel 29, 30 og 31. Import- og eksportlicenserne gælder for hele Fællesskabet [...]. Artikel 26, stk. 3, i forordning nr. 1255/1999 bestemmer, at Kommissionen vedtager listen over de produkter, for hvilke der kræves eksportlicens, licensens gyldighedsperiode og de øvrige gennemførelsesbestemmelser til denne artikel efter proceduren i artikel 42. Artikel 29, stk. 1, i forordning nr. 1255/1999 bestemmer, at »[d]e toldkontingenter for de i artikel 1 nævnte produkter, der følger af de aftaler, som er indgået efter traktatens artikel 300, eller af andre af Rådet vedtagne retsakter, åbnes og forvaltes efter bestemmelser, der fastsættes efter proceduren i artikel 42«. De forskellige metoder til forvaltning af kontingenterne er angivet i artikel 29, stk. 2, hvor det bestemmes, at disse metoder »ikke [må] medføre forskelsbehandling af de berørte erhvervsdrivende«[6]. I artikel 44 i forordning nr. 1255/1999 bestemmes, at »[v]ed denne forordnings anvendelse skal der tages hensyn til både de i traktatens artikel 33 og de i traktatens artikel 131 nævnte mål«.

6. Forordning nr. 2535/2001, der er udstedt på grundlag af artikel 26, stk. 3, og artikel 29, stk. 1, i forordning nr. 1255/1999, fastsætter reglerne for gennemførelsen af importordningen for mælk og mejeriprodukter og åbning af toldkontingenter. Afsnit 2 i forordning nr. 2535/2001 fastsætter særlige regler for import til nedsat toldsats. Dette afsnit omhandler tre importordninger, som alternativt anvendes på bestemte angivne produkter og medfører en nedsat sats.

7. Den første alternative ordning (kapitel I i afsnit 2) foreskriver et system af import under toldkontingenter, som Fællesskabet

6 — Tre mulige forvaltningsmetoder er anført i artikel 29, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999. En analog liste over metoder er indeholdt i artikel 30 i denne forordning.

har åbnet, på grundlag af en enkelt importlicens, for hvilket ansøgning skal foretages til Kommissionen via medlemsstaternes myndigheder. Den anden ordning (kapitel II i afsnit 2) omhandler præferenceimport, der ikke er omfattet af kontingenter, på grundlag af en enkelt importlicens. Den tredje ordning (kapitel III i afsnit 2) omhandler import på grundlag af en importlicens i henhold til en såkaldt »Inward Monitoring Arrangement«-ordning (IMA 1). Dette kapitel omfatter to særskilte afdelinger, nemlig afdeling 1, en generel afdeling, der beskriver IMA 1-certifikatordningen, og afdeling 2, der alene anvendes på import af newzealandsk smør.

8. I henhold til artikel 24 i afdeling 1 gælder denne afdeling for import i forbindelse med de kontingenter, der er opdelt efter oprindelsesland og omhandlet i liste CXL, hvilket, som det er nærmere angivet i bilag III.A til forordning nr. 2535/2001, omfatter import af newzealandsk smør. I bilag III er anført de toldsatser, der skal anvendes på hver kategori af de opregnede produkter, og i givet fald de maksimale årlige mængder, der kan importeres. Artikel 25, stk. 1, i afdeling 1 bestemmer, at »[d]er udstedes kun importlicens for de i bilag III nævnte produkter til den anførte toldsats, hvis der forelægges et IMA 1-certifikat for den derpå anførte samlede nettomængde. IMA 1-certifikatet skal opfylde betingelserne i artikel 40, stk. 1, for smør i kontingent 09.4589 i bilag III.A (herefter »newzealandsk smør«) eller i artikel 29-33 for de øvrige produkter. Importlicensen skal være påført nummer og udstedelsesdato for det pågældende IMA 1-certifikat«.

9. Artikel 30 i afdeling 1 fastsætter visse formelle krav, der skal opfyldes af IMA 1-certifikaterne. I henhold til artikel 30, stk. 2, trykkes og udfyldes disse certifikater på et af Fællesskabets officielle sprog og kan derudover også trykkes og udfyldes på eksportlandets eller et af eksportlandets officielle sprog. I henhold til artikel 32, stk. 2, er certifikatet kun gyldigt, hvis det er korrekt udfyldt og behørigt påtegnet af en af de i bilag XII angivne udstedende myndigheder, hvilket for New Zealands vedkommende er MAF Food Assurance Authority of the New Zealand Ministry of Agriculture and Forestry (herefter »MAF«).

10. Afdeling 2 i kapitel III, som udelukkende finder anvendelse på newzealandsk smør, bestemmer i artikel 35, stk. 2, at »[d]er må kun ansøges om importlicens i Det Forenede Kongerige. Det Forenede Kongerige fører kontrol med alle IMA 1-certifikater, der udstedes, annulleres, ændres, korrigeres, eller som der udstedes kopi af. Det Forenede Kongerige sørger for, at den samlede mængde, der udstedes importlicenser for, ikke overstiger kontingentet for et givet importår«. Artikel 38 i afdeling 2 fastsætter for den newzealandske udstedende myndighed en forpligtelse til at meddele Kommissionen og myndighederne i Det Forenede Kongerige visse oplysninger om de udstedte

IMA 1-certifikater, herunder antallet af udstedte certifikater og annullering eller ændring af certifikaterne. Artikel 39 i afdeling 2 fastsætter et system for kontrol med de importerede mængder newzealandsk smør, hvilket forpligter medlemsstaterne og navnlig Det Forenede Kongerige til at fremsende forskellige data vedrørende sådan import til Kommissionen.

11. I henhold til afsnit 3 i forordning nr. 2535/2001 træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger for at kunne kontrollere, at den ved forordningen indførte certifikatordning fungerer korrekt.

C — De relevante newzealandske retsforskrifter

Den newzealandske eksportlicensordning

12. Proceduren for at opnå eksportlicens for newzealandsk smør til Fællesskabet er fastsat i New Zealand Dairy Industry Restructuring Act 2001 (herefter »DIRA«). DIRA har grundlæggende ændret den økonomiske ramme for den newzealandske mejerisektor, herunder eksportordningen. DIRA har navnlig bemyndiget en sammenslutning af de (på daværende tidspunkt) to største mælkekooperativer i New Zealand — New Zealand Cooperative Dairy Company Ltd og Kiwi Cooperative Dairies Ltd — til det nye Fonterra Cooperative Group Limited (herefter »Fonterra Cooperative«). Fonterra Cooperative er indehaver af alle aktier i New Zealand Dairy Board (herefter »NZDB«), et tidligere halvoffentligt organ, der ved DIRA blev omdannet til et selskab. Subpart 3 DIRA regulerer den internationale handel med angivne markeder og bestemmer bl.a., hvilke parter der kan omfattes af toldpræference for import i Fællesskabet. I henhold til artikel 21, stk. 1, i DIRA er formålet med subpart 3, at »a) maksimere de økonomiske fordele for New Zealand som følge af de kontingenter, som udenlandske regeringer har oprettet for at kontrollere adgangen til deres nationale markeder, b) sikre, at den newzealandske mejerisektor er modtager af disse fordele, c) sikre New Zealands interesser med hensyn til disse kontingenter, d) sikre, at de administrative og andre foranstaltninger er i overensstemmelse med New Zealands internationale forpligtelser«. Artikel 21, stk. 2, bestemmer, at »kronen har ret til at beskytte de økonomiske fordele, der følger af toldkontingenterne, som der henvises til i underafsnit (1) [...]«.

13. I henhold til artikel 23 i DIRA er eksportlicens nødvendig for at eksportere mejeriprodukter til visse angivne markeder (nemlig de markeder, hvor præferencetoldkontingenter finder anvendelse). I henhold til artikel 24, stk. 1, i DIRA har NZDB eneret til disse licenser, oprindeligt indtil den 31. december 2007, for al relevant eksport

af mejeriprodukter til Fællesskabet. I henhold til artikel 25 i DIRA opretholdes disse oprindelige licenser efter denne dato indtil den 31. december 2010 for begrænsede mængder mejeriprodukter som angivet i artikel 25, stk. 2, i DIRA. Artikel 26 bestemmer, at alle rettigheder til eksportlicenser, der bliver disponible efter den 31. december 2007 (dvs. som ikke automatisk tildeles NZDB), tilbageføres til kronen og genuddeles af kronen. Genuddelingen kan være til fordel for NZDB [7]. I henhold til artikel 28 i DIRA kan NZDB ikke overdrage, give i underlicens eller på anden måde disponere over en oprindelig licens i forhold til et angivet marked til fordel for en anden person.

D — *Sammenfatning af proceduren for eksport af newzealandsk smør til Fællesskabet til præferencetoldsats*

Den newzealandske IMA 1-certifikatordning

14. I overensstemmelse med forordning nr. 2535/2001 er, som jeg tidligere har understreget, MAF det eneste organ med kompetence til at udstede IMA 1-certifikater for eksport fra New Zealand. Udstedelsen af IMA 1-certifikater for smør, cheddar og visse andre newzealandske oste beregnet til forarbejdning reguleres af Dairy Industry (IMA Certification) Regulations 2000 (herefter »IMA Regulations«). Artikel 5 i IMA Regulations underlægger udstedelsen af et IMA 1-certifikat visse betingelser, herunder at ansøgningen skal foretages af et organ, som lovmæssigt har ret til at eksportere produkter under toldkontingenter [8]. Eftersom kun NZDB i henhold til artikel 24 og 25 i DIRA på indeværende tidspunkt har ret til at få et eksportcertifikat for newzealandsk smør, der skal eksporteres til Fællesskabet til præferencesats, er NZDB ligeledes det eneste organ, der kan opnå et IMA 1-certifikat.

15. Sammenfattende begynder proceduren med Fonterra Cooperatives opkøb af mælk og fremstilling af mejeriprodukter. Disse produkter sælges til NZDB, som i henhold til DIRA er det eneste organ, der kan opnå en licens til eksport til præferencetoldsats af smør til Fællesskabet. Som eneste licenshaver af sådanne eksportlicenser er NZDB ligeledes i henhold til IMA Regulations det eneste organ, der kan modtage IMA 1-certifikater fra den newzealandske MAF. NZDB sælger udelukkende dette smør med IMA 1-certifikat til et indirekte datterselskab af Fonterra Cooperative i Det Forenede Kongerige, Fonterra Logistics Limited (herefter »Fonterra Logistics«). Heraf følger, at

7 — Artikel 26, stk. 2 og 4, i DIRA.

8 — Artikel 5, stk. 1, litra b), i IMA Regulations.

eftersom besiddelse af et IMA 1-certifikat i henhold til forordning nr. 2535/2001 er en nødvendig betingelse for at opnå en licens til import af newzealandsk smør til Fællesskabet, er Fonterra Logistics det eneste organ, der kan opnå en sådan importlicens. Fonterra Logistics er derfor det eneste organ, der kan indføre newzealandsk præferencesmør i Fællesskabet. Efter udførelsen af toldformaliteterne — herunder betaling af præferencetolden — videresælger Fonterra Logistics det importerede smør til indirekte »søster«-datterselskaber af Fonterra Cooperative, der opererer i andre medlemsstater end Det Forenede Kongerige [9].

III — De faktiske omstændigheder i den præjudicielle anmodning og de præjudicielle spørgsmål

16. Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk (herefter »sagsøgeren«) er en tysk virksomhed, som bl.a. indfører mejeriprodukter i Fællesskabet, herunder smør under WTO-aftalte præferencetoldkontingenter uden angivelse af oprindelsesland. I 2001 anmodede sagsøgeren Fonterra Logistics om køb af newzealandsk præferencesmør, som endnu ikke havde gennemgået Fællesskabets toldprocedure; ansøgningen blev afslået med den begrundelse, at Fonterra Group kun solgte ufortoldet smør til import i Fællesskabet til Fonterra Logistics. I august 2003 ansøgte sagsøgeren Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (herefter »BLE«) om en importlicens for 100 000 kg newzealandsk smør til en præferencetoldsats i henhold til artikel 25 i forordning nr. 2535/2001. I oktober 2003 besluttede BLE at afslå ansøgningen, fordi 1) en importlicens i henhold til artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 kun kan udstedes ved forelæggelse af et IMA 1-certifikat, som sagsøgeren ikke var i besiddelse af, 2) der må kun ansøges om importlicens under kontingentet for newzealandsk præferencesmør hos myndighederne i Det Forenede Kongerige i henhold til artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001. I november 2003 påklagede sagsøgeren denne afgørelse; klagen blev afvist af BLE i januar 2004. I februar 2004 anlagde sagsøgeren retssag til prøvelse af denne afvisning ved Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, som udsatte sagen og forelagde Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Er artikel 35, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2535/2001 i strid med trinhøjere fællesskabsret, navnlig forbuddet mod kvantitative indførelsesrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning i henhold til artikel 28 EF, forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 34, stk. 2,

9 — Disse virksomheder er datterselskaber af NZDB (AMP) Ltd, et britisk holdingselskab, der tilhører Fonterra-koncernen. NZDB (AMP) Ltd er Fonterra Logistics' direkte moderselskab.

andet afsnit, EF samt med artikel 26, stk. 2, i Rådets forordning (EF) nr. 1255/1999, og er bestemmelsen følgelig ugyldig?

2) Er artikel 25, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2535/2001 i strid med trinhøjere fællesskabsret, navnlig forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 34, stk. 2, andet afsnit, EF, forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 29, stk. 2, andet led, i Rådets forordning (EF) nr. 1255/1999 samt med artikel 28 EF og artikel 82, stk. 1, EF, og er bestemmelsen følgelig ugyldig?

3) Er artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2535/2001 i strid med artikel XVII, stk. 1, litra a), i den almindelige overenskomst om told og udenrigshandel (GATT) samt med artikel 1, stk. 3, i aftalen om importlicensprocedure, og er bestemmelsen følgelig ugyldig?«

17. I henhold til artikel 93 i procesreglementet afgav sagsøgeren, BLE og Fonterra Logistics samt Den Franske Republik, Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen interventionsindlæg i denne sag. Der blev afholdt retsmøde den 27. september 2005, hvor intervenienterne — bortset fra Den Franske Republik — samt Republikken Polen fremsatte mundtlige bemærkninger.

IV — Stillingtagen

A — *Det første spørgsmål*

18. Med det første spørgsmål ønsker Verwaltungsgericht nærmere bestemt oplyst, om artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001, for så vidt den bestemmer, at der kun kan ansøges om importlicens for newzealandsk præferencesmør i Det Forenede Kongerige, tilsidesætter 1) princippet om frie varebevægelser i artikel 28 EF, 2) princippet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 34, stk. 2, andet afsnit, EF, og/eller 3) artikel 26, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999.

1. Artikel 28 EF

19. Den forelæggende ret har, støttet af sagsøgeren, BLE og den tyske regering, anført, at artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 tilsidesætter artikel 28 EF.

Efter rettens mening gør kravet om, at der skal ansøges om importlicens i Det Forenede Kongerige, importen af newzealandsk smør vanskeligere for potentielle importører, der ikke er etableret i Det Forenede Kongerige, og udgør således en handelsrestriktion inden for Fællesskabet.

følger som fastslået i Domstolens domme i sager som Donckerwolcke-sagen [10], at forbuddet mod kvantitative restriktioner i artikel 28 EF ikke finder anvendelse på dette krav. Artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 er derfor ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF og kan ikke anses for at være i strid med denne artikel.

2. Artikel 34, stk. 2, andet afsnit, EF

20. Dette argument tager imidlertid ikke hensyn til det forhold, at artikel 28 EF som bestemt i artikel 23, stk. 2, EF kun anvendes på produkter med oprindelse i medlemsstaterne samt på produkter, der kommer fra tredjelande, og som er i fri omsætning i medlemsstaterne. Artikel 24 EF bestemmer, at »[v]ed varer, som frit kan omsættes i en medlemsstat, forstås sådanne fra tredjeland hidrørende varer, for hvilke de af vedkommende medlemsstat foreskrevne formaliteter i forbindelse med indførelsen er blevet opfyldt, og for hvilke denne medlemsstat har opkrævet gældende told og afgifter med tilsvarende virkning, og for hvilke disse told- og afgiftsbeløb ikke er blevet helt eller delvis godtgjort«. I nærværende sag finder kravet om at ansøge om importlicens i Det Forenede Kongerige pr. definition anvendelse på newzealandsk smør, for hvilket formaliteterne i forbindelse med indførelsen endnu ikke er blevet opfyldt, og for hvilket der endnu ikke er betalt told, hvilket indebærer, at dette smør (endnu) ikke kan anses for at være i fri omsætning i Fællesskabet. Heraf

21. I artikel 34 EF anføres de midler, hvormed Fællesskabet skal nå sine mål på landbrugsområdet som nævnt i artikel 33, stk. 1, EF, nemlig oprettelse af en fælles ordning af markederne for landbrugsvarer. Omfanget af denne fælles ordning er defineret i artikel 34, stk. 2, EF. Mens den fælles ordning kan omfatte »alle foranstaltninger, der er nødvendige for at nå de i artikel 33 fastsatte mål, især prisregulering, støtte til såvel produktion som afsætning af de forskellige varer, oplagrings- og udligningsordninger samt fælles ordninger til stabilisering af ind- eller udførsel«, er den underlagt tre udtrykkelige begrænsninger. For det første skal den fælles ordning »begrænses til at forfølge de i artikel 33 anførte mål«. For det andet »bør [den] udelukke enhver form for

10 — Dom af 15.12.1976, sag 41/76, Donckerwolke m.fl., Sml. s. 1921, præmis 16.

forskelsbehandling af Fællesskabets producenter eller forbrugere«. For det tredje skal en eventuel prispolitik for et produkt »baseres på fælles kriterier og ensartede beregningsmetoder«.

22. Spørgsmålet her er, hvorvidt kravet om ansøgning af importlicens for newzealandsk smør i Det Forenede Kongerige tilsidesætter den anden af disse begrænsninger, dvs. forpligtelsen til ikke at forskelsbehandle Fællesskabets producenter eller forbrugere. I henhold til Domstolens faste praksis er denne forpligtelse et specifikt udtryk for det almindelige lighedsprincip, hvilket indebærer, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt, og forskellige forhold ikke må behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [11]. Forskelsbehandling af producenter eller forbrugere i forbindelse med vedtagelse af foranstaltninger i henhold til den fælles landbrugspolitik må således kun foretages på grundlag af objektive kriterier [12]. »[D]en omstændighed, at indførelsen af en foranstaltning inden for rammerne af en fælles markedsordning kan have forskellige virkninger for visse producenter, der varierer med den enkelte produktions beskaffenhed og de lokale forhold [...], kan [ikke] anses for at være en [...] forbudt forskelsbehandling, hvis foranstaltningen bygger på objektive kriterier, der er valgt med henblik på, at den fælles markedsordning fungerer tilfredsstillende for alle de produkter, den omfatter« [13].

23. Jeg skal hertil først anføre, at selv om det er rigtigt, at alle ansøgere om importlicens i henhold til artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 ikke kan kvalificeres som direkte »producenter« i Fællesskabet — det udtryk, der er anvendt i artikel 34, stk. 2, EF — kan dette efter min mening ikke påvirke vurderingen i denne sag. Dette følger af kravet om en bred fortolkning af forbuddet mod forskelsbehandling som et grundlæggende fællesskabsretligt princip. Endvidere anvender begge de omhandlede forordninger i nærværende sag det bredere begreb forskelsbehandling af de berørte »erhvervsdrivende« eller »importører« [14].

24. Det første spørgsmål her er derfor, om kravet om, at der skal ansøges om importlicens i Det Forenede Kongerige, er ensbetydende med en forskellig behandling af potentielle importører i ensartede situationer. Mens den forelæggende ret, sagsøgeren, BLE, Kommissionen samt den franske og den tyske regering har anført, at dette krav

11 — Dom af 20.9.1988, sag 203/86, Spanien mod Rådet, Sml. s. 4563, præmis 25, af 13.7.2000, sag C-117/99, Unilet, Sml. I, s. 6077, præmis 23, af 17.3.2005, C-91/03, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 2267, præmis 43, og af 13.1.2005, sag C-126/04, Heineken Brouwerijen, Sml. I, s. 331, præmis 16.

12 — Dom af 20.9.1988, Spanien mod Rådet, nævnt i fodnote 11, præmis 25.

13 — Jf. dom af 9.7.1985, sag 179/84, Bozzetti mod Invernizzi, Sml. s. 2301, præmis 34, af 19.3.1992, sag C-311/90, Hierl mod Hauptzollamt Regensburg, Sml. I, s. 2061, og af 11.5.2000, sag C-56/99, Gascogne Limousin viandes, Sml. I, s. 3079, præmis 44.

14 — Jf. forordning nr. 1255/1999, artikel 29, stk. 2: [Metoder til forvaltning af toldkontingenterne] »må ikke medføre forskelsbehandling af de berørte erhvervsdrivende«, forordning nr. 2535/2001, anden betragtning: »I henhold til artikel 26 og 29 i forordning (EF) nr. 1255/1999 sørger Kommissionen for, at der udstedes importlicens til hver ansøger, uanset hvor i EF den pågældende er etableret [...], og at der ikke sker forskelsbehandling af importørerne.«

begunstiger potentielle importører af new-zealandsk smør, der er etableret i Det Forenede Kongerige, i forhold til dem, der er etableret i andre medlemsstater, benægter Fonterra Logistics, at dette kan være ensbetydende med en forskellig behandling, der er relevant i ikke-diskriminationsprincippets forstand. Fonterra Logistics hævder navnlig, at der ikke er noget bevis på, at ansøgere, der ikke er etableret i Det Forenede Kongerige, skulle blive udsat for større vanskeligheder og højere omkostninger end ansøgere, der er etableret i Det Forenede Kongerige.

25. Jeg kan ikke følge Fonterra Logistics' argumenter på dette punkt. Det er, som den forelæggende ret har bemærket, klart, at ansøgning om en licens i Det Forenede Kongerige vil medføre flere vanskeligheder for ikke britiske importører end for importører, der er etableret i Det Forenede Kongerige. For det første er det lettere for en importør at ansøge på sit »modersmål«. Selv om det er rigtigt, at for meget store virksomheder kan en ansøgning på engelsk udgøre en normal procedure, der ikke medfører yderligere omkostninger eller problemer, kan kravet for mindre virksomheder medføre bl.a. yderligere oversættelsesudgifter. Endvidere vil det forhold, at en potentiel tvist finder sted inden for et fremmed retssystem, være ensbetydende med en ulempe for ikke britiske virksomheder. Efter min mening er disse potentielle supplerende vanskeligheder for ikke britiske importører tilstrækkeligt til at udgøre en forskellig behandling i ikke-diskriminationsprincippets forstand. Det er ikke tilstrækkeligt at hævde, at det i praksis er usandsynligt, at disse vanskeligheder anses for væsentlige af flertallet af virksomheder, der søger at operere i international handel: Ingen de minimis-regel finder anvendelse i bedømmelsen.

26. Efter at jeg har fastslået, at artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 behandler britiske og ikke britiske importører forskelligt, er det andet spørgsmål, hvorvidt denne forskel kan begrundes objektivt. I den forbindelse hævder Kommissionen, at den forskellige behandling er objektivt begrundet i den forstand, at den er proportional med det mål, der forfølges med bestemmelsen. Kommissionen støtter sig hovedsageligt på det argument, at eftersom den har et vidt skøn ved udøvelsen af sine beføjelser på området for den fælles landbrugspolitik, skal domstolskontrollen af denne udøvelse begrænses til at undersøge, om Kommissionen åbenbart har overskredet sine beføjelser. Endvidere er formålet med kravet om at ansøge om importlicens i Det Forenede Kongerige at give denne medlemsstat mulighed for effektivt at kontrollere alle de ansøgte, annullerede eller ændrede IMA 1-certifikater og at sikre, at den samlede mængde importerede smør ikke overskrider kontingentet for det aktuelle år.

27. Jeg finder ikke disse argumenter overbevisende af følgende grunde.

28. For det første bygger både Kommissionen og Fonterra Logistics i vid udstrækning deres argumentation på den forudsætning, at domstolskontrollen af Kommissionens lovgivningsmæssige foranstaltninger på landbrugsområdet uden videre bør være begrænset. Jeg er ikke enig heri. Det er efter min mening afgørende at sondre mellem på den ene side Kommissionens lovgivningsmæssige aktivitet, som medfører vanskelige politiske valg, hvor Kommissionen skal finde en ligevægt mellem de forskellige mål for den fælles landbrugspolitik, der er fastlagt i artikel 33 EF, og på den anden side Kommissionens aktivitet, der ikke medfører sådanne politiske valg, men hvor den blot angiver den praktiske gennemførelse og forvaltning af en plan eller en politik.

29. I det første tilfælde er det klart, at domstolskontrollen begrænses til en efterprøvelse af, at den lovgivningsmæssige foranstaltning ikke er behæftet med en åbenbar fejl eller magtfordrejning, og at Kommissionen ved at vedtage foranstaltningen ikke åbenbart har overskredet grænserne for sit skøn i forhold til de mål, den forfølger [15]. Ifølge Domstolens faste praksis afspejler domstolskontrollens afgrænsede karakter det forhold, at »fællesskabslovgiver på området for den fælles landbrugspolitik har et vidt skøn, der modsvarer det politiske ansvar, som lovgiver tillægges ved artikel 34 EF og 37 EF«. Følgen heraf er, at »kun såfremt en foranstaltning på dette område er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det mål, som vedkommende institution forfølger, vil en sådan foranstaltning kunne kendes ulovlig« [16]. Eksempler på beslutninger truffet på grundlag af dette politiske ansvar omfatter dem, der er truffet som reaktion på en pludselig udvikling på landbrugsmarkederne. Domstolen har således fastslået, at »det kun [er] Kommissionen, der er i stand til stadigt og opmærksomt at følge udviklingen på landbrugsmarkederne og til at handle med den hurtighed, situationen kræver [...]. Derfor må grænserne for disse beføjelser hovedsagelig bedømmes på grundlag af de væsentlige generelle mål for markedsordningen« [17]. Domstolen har f.eks. fastslået, at Kommissionens beslutning om at vælge en politik, bestående i at forbyde vaccination, kombineret med nedslagning af de smittede dyr for at bekæmpe mund- og klovsyge, var omfattet af Kommissionens skønsbeføjelse på området for den fælles landbrugspolitik [18].

30. I det andet tilfælde — nemlig Kommissionens foranstaltninger af hovedsagelig administrativ eller gennemførende, ikke poli-

15 — Dom af 6.3.2003, sag C-14/01, Niemann, Sml. I, s. 2279, præmis 39, af 12.7.2001, sag C-189/01, Jippes m.fl., Sml. I, s. 5689, præmis 80, af 29.10.1998, sag C-375/96, Zaninotto, Sml. I, s. 6629, præmis 64, af 11.5.2000, sag C-56/99, Gascogne Limousin, nævnt i fodnote 13, af 7.2.2002, sag C-328/00, Weber, Sml. I, s. 1461, præmis 32, af 16.5.2002, sag C-63/00, Schilling og Nehring, Sml. I, s. 4483, præmis 39, og af 12.5.2005, sag C-347/03, ERSA, Sml. I, s. 3785.

16 — Sag C-347/03, ERSA, nævnt i fodnote 15, præmis 131. Jf. desuden dom af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl. Sml. I, s. 4023, præmis 8, af 17.7.1997, sag C-354/95, National Farmers' Union, Sml. I, s. 4559, præmis 50, og af 22.11.2001, sag C-301/97, Nederlandene mod Rådet, Sml. I, s. 8853, præmis 74, samt sag C-63/00, Schilling og Nehring, nævnt i fodnote 15, præmis 39, og sag C-14/01, Niemann, nævnt i fodnote 15, præmis 39.

17 — Sag C-14/01, Niemann, nævnt i fodnote 15, præmis 38. Jf. desuden dom af 21.5.1987, forenede sager 133/85-136/85, Rau m.fl, Sml. s. 2289, præmis 31, af 11.3.1987, sag 265/85, Van den Bergh en Jurgens og Van Dijk Food Products, Sml. s. 1155, præmis 14, af 21.3.1991, sag C-359/89, SAFA, Sml. I, s. 1677, præmis 16, og af 19.3.1992, sag C-311/90, Hierl, nævnt i fodnote 13, præmis 14.

18 — Jf. sag C-189/01, Jippes m.fl., nævnt i fodnote 15.

tisk karakter — er der imidlertid efter min mening ingen grund til, at omfanget af domstolskontrollen af sådanne foranstaltninger skal begrænses eller overhovedet være forskellig fra en standardundersøgelse af medlemsstaternes foranstaltninger til gennemførelse af detaljerne i den fælles landbrugspolitik. I sådanne tilfælde savnes begrundelsen for at begrænse kontrollen — dvs. den grundlæggende funktionsadskillelse mellem den lovgivende og den dømmende myndighed, hvilket indebærer, at det ikke tilkommer den dømmende magt at »forudsige« de lovgivningspolitiske valg. Dette ræsonnement ligger implicit i Domstolens ovenfor nævnte praksis: Domstolen bør ikke snævert kontrollere Fællesskabets lovgivningsforanstaltninger, der gennemføres på grundlag af dets »politiske ansvar« i henhold til artikel 34 EF og 37 EF; omfanget af domstolskontrol af Kommissionens foranstaltninger bør kun begrænses i tilfælde, hvor Rådet har givet den vide skønsbeføjelser. Argumenterne for en grundigere domstolskontrol af Kommissionens gennemførelseslandbrugsforanstaltninger er så meget desto stærkere, når kontrollen vedrører overholdelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, som i henhold til artikel 34, stk. 2, EF udgør en udtrykkelig begrænsning i traktaten af midlerne til at nå Fællesskabets mål på landbrugsområdet, som jeg tidligere påpegede. Rådets mandat til forvaltning af toldkontingenterne som fastsat i artikel 29 i forordning nr. 1255/1999 begrænser ligeledes udtrykkeligt skønnet ved udførelsen af denne opgave — alle metoder til forvaltning af kontingenterne »må ikke medføre forskelsbehandling af de berørte erhvervsdrivende«.

31. I nærværende sag søger Kommissionen at begrunde kravet i artikel 35, stk. 2, om, at alle ansøgninger om importlicenser skal indgives i Det Forenede Kongerige under henvisning til letheden ved og effektiviteten af kontrol og undersøgelse af ansøgninger og sikring af, at det samlede importkontingent for newzealandsk smør ikke overskrides. Denne begrundelse er efter min mening ikke tilstrækkelig. Selv om formålet med overvågning, undersøgelse og korrekt kontrol af ansøgningerne om importlicens i princippet er et gyldigt mål, er forpligtelsen for alle importører til at ansøge i Det Forenede Kongerige et uforholdsmæssigt middel til at nå dette mål. Det er i særdeleshed højst diskutabelt, hvorledes en sådan forpligtelse er hensigtsmæssig og effektiv med henblik på at nå dette mål. Der foreligger intet bevis på, at myndighederne i Det Forenede Kongerige automatisk har et forspring med hensyn til overvågningen af forvaltningen af importlicenser. Som anført ovenfor er det eneste produkt i henhold til forordning nr. 2535/2001, som et sådant krav gælder for, newzealandsk smør[19]. For andre produkters vedkommende, for hvilke et IMA 1-certifikat kræves ud over en importlicens (f.eks. dem, der er omfattet af afdeling 1 i afsnit 2, kapitel III i forordning nr. 2535/2001)[20], kan sådanne licenser udstedes af ethvert kompetent licensudstedende organ i Fællesskabet. Jeg ser ingen objektiv grund, og en sådan er heller ikke blevet fremsat som argument, til, at en tilsvarende ordning i princippet ikke kunne

19 — Afdeling 2 i afsnit 2, kapitel III i forordning nr. 2535/2001 — hvori artikel 35, stk. 2, er opført — gælder, som nævnt ovenfor, kun for newzealandsk smør.

20 — Det drejer sig om 1) import under kontingenter, som er opdelt efter oprindelsesland og omhandlet i liste CXL med undtagelse af newzealandsk smør, 2) import under kontingenter fastsat i forbindelse med Fællesskabets aftale med Norge, og 3) import under Fællesskabets aftale med Cypern (artikel 24 i forordning nr. 2535/2001).

være lige så effektiv i forbindelse med import af newzealandsk smør. Jeg skal påpege, at forordning nr. 2535/2001 gør myndighederne i hver medlemsstat ansvarlige for kontrollen med vægt og fedtindhold i importeret newzealandsk smør for efterprøvelsen af, om disse data svarer til dem, der er anført på det relevante IMA 1-certifikat [21].

32. Det er derimod efter min mening klart, at den egentlige grund til, at artikel 35, stk. 2, indeholdes i forordning nr. 2535/2001, er historisk. Som Kommissionen har erkendt i sine bemærkninger, var den oprindelige grund til, at alle ansøgninger om importlicens skulle indgives i Det Forenede Kongerige, at i henhold til protokol nr. 18 til dets tiltrædelsesakt var det kun i dette land, at sådant smør kunne markedsføres. Skønt denne restriktion blev ophævet i henhold til forordning nr. 3841/92, og det newzealandske præferencesmør frit kan omsættes i Fællesskabet, blev forpligtelsen til at ansøge om importlicens i Det Forenede Kongerige ikke ændret, selv om dens eksistensberettigelse i mellemtiden var fuldstændig forsvundet. Artikel 35, stk. 2, kan derfor efter min mening på ingen måde anses for en politisk foranstaltning, der alene er underlagt en begrænset domstolskontrol.

33. Hermed er der i dag kun ét muligt argument for at opretholde denne tilstand — nemlig at det er lettere at bevare status quo. Man kan forestille sig, at de, der fremfører et sådant argument, vil understrege Det Forenede Kongeriges myndigheders historiske erfaring ved behandling af ansøgninger om importlicens for newzealandsk smør. De kunne også påpege, at de forskellige forpligtelser til at meddele visse oplysninger som fastsat i artikel 38 og 39 i forordning nr. 2535/2001 nu kun henviser til myndighederne i Det Forenede Kongerige. Disse argumenter er imidlertid ikke overbevisende. Som jeg allerede har anført, er myndighederne i andre medlemsstater i dag kompetente til at behandle ansøgninger om importlicens for alle de øvrige produkter, for hvilke der kræves et IMA 1-certifikat. Under alle omstændigheder vejer interessen i at undgå ulemper for ikke britiske erhvervsdrivende efter min mening tungere end enhver marginal praktisk erfaringsfordel, Det Forenede Kongeriges myndigheder måtte have. Selv om det desuden er rigtigt, at andre bestemmelser i deres aktuelle form i forordning nr. 2535/2001 henviser til de britiske myndigheder som »kontaktpunkt« for newzealandsk smør, ser jeg ingen nødvendig grund til, at en ændring af disse bestemmelser, således at de henviser til kompetente licensudstedende organer i medlemsstaterne, skulle være et problem, eller, som jeg skal gøre rede for senere, at Det Forenede Kongerige ikke kunne fortsætte sin statistikfunktion ved hjælp af samarbejdet mellem de udstedende organer.

34. Af disse grunde mener jeg, at artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 tilside-

21 — Bilag IV til forordning nr. 2535/2001.

sætter forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 34, stk. 2, andet afsnit, og følgelig bør annulleres.

3. Artikel 26, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999

35. Den forelæggende rets sidste spørgsmål vedrørende artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 rejser spørgsmålet om dens forenelighed med artikel 26, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999.

36. Selv om det på baggrund af det anførte ikke er strengt nødvendigt at besvare dette punkt, ønsker jeg at gøre opmærksom på, at jeg mener, at de to bestemmelser er fuldstændig forenelige. Artikel 26, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999 bestemmer alene, at licenserne (herunder importlicenser) udstedes af medlemsstaterne til enhver, der anmoder herom, uanset hvor den pågældende er etableret i Fællesskabet, uden at dette i øvrigt anfægter anvendelsen af artikel 29, 30 og 31. Det er imidlertid ubestridt, at i henhold til artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 kan importlicens (teoretisk) udstedes til ansøgere etableret i enhver medlemsstat. Det forholder sig dog således, at disse ansøgere, som anført, i praksis formodentlig vil være dårligere stillet, når de ansøger om sådanne licenser. At artikel 26, stk. 2, henviser til licenser udstedt af »medlemsstater« i flertal, er efter min mening ikke afgørende, idet dette er led i en generel bestemmelse om, at import i Fællesskabet er omfattet af licens. Jeg mener ikke, at anvendelsen af flertal nødvendigvis har haft til formål at udelukke muligheden for — i nødvendige og berettigede tilfælde — at gøre en medlemsstat kompetent til at modtage ansøgninger om licens for et givet produkt [22].

B — *Det andet spørgsmål*

37. Med det andet spørgsmål ønsker Verwaltungsgericht nærmere bestemt oplyst, om artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001, for så vidt den bestemmer, at importlicens for visse produkter, herunder newzealandsk præferencesmør, kun kan udstedes ved forelæggelse til de udstedende myndigheder af et IMA 1-certifikat, er i strid med 1) forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 34, stk. 2, andet afsnit, EF og i artikel 29, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999, 2) artikel 28 EF og/eller 3) artikel 82, første afsnit, EF, og om bestemmelsen følgelig er ugyldig.

22 — Endvidere angiver den bestemmelse, at licenser udstedes, »uden at dette i øvrigt anfægter anvendelsen af artikel 29, 30 og 31« efter min mening blot, at medlemsstaterne, når de udsteder licenser, skal overholde metoderne til forvaltning af (import- og eksport)kontingenter, der er foreskrevet af Kommissionen i medfør af disse artikler.

1. Forbud mod forskelsbehandling

38. Det første problem er her, hvorvidt kravet om, at importlicens for visse produkter, herunder newzealandsk præferencesmør, kun kan udstedes ved forelæggelse for den udstedende myndighed af et IMA 1-certifikat, er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 34, stk. 2, EF og artikel 29, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999. Jeg skal behandle disse bestemmelser samlet, da de efter min mening udtrykker det samme princip, nemlig, som jeg tidligere har beskrevet, princippet om ligebehandling, dvs. at ensartede situationer ikke behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke behandles ensartet, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet. Artikel 29, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999 udtrykker ganske enkelt dette princip i den særlige sammenhæng vedrørende forvaltning af toldkontingenterne.

39. Der er i teorien to måder, hvorved en bestemmelse i en lovtekst vedtaget af Kommissionen kan stride mod forbuddet mod forskelsbehandling.

40. Den første måde har jeg tidligere nævnt, dvs. ved i bestemmelsens ordlyd at anvende et kriterium, som fører til en diskriminerende behandling af erhvervsdrivende, i det foreliggende tilfælde ved tildeling af importlicenser. Artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 er ikke diskriminerende i denne forstand. Bestemmelsen resulterer ganske vist ved første øjekast i en forskellig behandling, idet den ved at gøre tildelingen af sådanne licenser afhængig af indehavelse af et IMA 1-certifikat sondrer mellem erhvervsdrivende, der har et IMA 1-certifikat, og dem, der ikke har et sådant certifikat. Denne forskelsbehandling er dog efter min mening begrundet. I nærværende sag er formålet med kravet om at besidde et IMA 1-certifikat for at få udstedt en importlicens fastsat i niende betragtning til forordning nr. 2535/2001. Ifølge denne betragtning er hovedformålet med dette krav at forenkle og lette importproceduren ved for importmyndighederne at forenkle kontrollen med, at importvarerne er i overensstemmelse med varebeskrivelsen og toldkontingentet. Grunden hertil er, at IMA 1-certifikatet, som udstedes af eksportlandet, udgør en garanti for, at de eksporterede produkter er i overensstemmelse med deres beskrivelse.

41. Denne begrundelse er i princippet fuldstændig acceptabel. I henhold til artikel 26, stk. 1, og artikel 29, stk. 1, i forordning nr. 1255/1999, der er retsgrundlaget for forordning nr. 2355/2001, har Rådet givet Kommissionen et mandet til bl.a. at fastlægge detaljerede regler for anvendelsen af den importordning for mælk og mejeriprodukter, der er fastsat i disse bestemmelser. Kommissionens beslutning om at indføre et krav om supplerende certificering — IMA 1-certifikatet — for visse produkter med henblik på at lette kontrollen af importvarernes overensstemmelse med den tilsvarende beskrivelse og toldkontingent er et klassisk eksempel på politisk valg på grund-

lag af skønsbeføjelse. Sagsøgeren bekræfter faktisk udtrykkeligt, at selskabet principielt ikke anfægter systemet med krav på et IMA 1-certifikat. Man kan følgelig ikke hævde, at artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 i sig selv direkte forskelsbehandler de erhvervsdrivende. I denne forstand er bestemmelsen ikke diskriminerende.

42. Jeg mener imidlertid, at der findes en anden måde, hvorved en lovbestemmelse vedtaget af Kommissionen kan være i strid med forbuddet mod forskelsbehandling. Det drejer sig om det tilfælde, hvor Kommissionen har en udtrykkelig forpligtelse til at garantere ligebehandling af erhvervsdrivende inden for Fællesskabet, og hvor den til et tredjeland uddelegerer en af de administrative opgaver, som den var forpligtet til at udføre i forbindelse med gennemførelsen af lovgivningen i henhold til lovgivningsmandatet fra Rådet. I et sådant tilfælde har Kommissionen en forpligtelse til at sikre, at forbuddet mod forskelsbehandling ligeledes overholdes af det tredjeland, som den har uddelegeret sin administrative opgave til. Hvis Kommissionen ikke gør dette, og dette fører til forskelsbehandling af erhvervsdrivende inden for Fællesskabet, må ansvaret for tilsidesættelsen af forbuddet mod forskelsbehandling direkte tilskrives den.

43. Der er gode grunde til at tilskrive Kommissionen denne form for uddelegeret forskelsbehandling. For det første kan Kommissionen, når Rådet har pålagt den at udføre en opgave i overensstemmelse med forbuddet mod forskelsbehandling, ikke frigøres fra denne forpligtelse, blot fordi den har besluttet at uddelegere (en del af) denne opgave til et tredjeland. Dette ville ikke alene undergrave Rådets hensigt som udtrykt i mandatet [23], men ville også være en trussel mod effektiviteten af det grundlæggende forbud mod forskelsbehandling, som foreskrives i traktaten. For det andet er skaden, set fra en erhvervsdrivende i Fællesskabets synspunkt, præcis den samme uanset om de diskriminerende regler gennemføres af et tredjeland eller af Kommissionen.

44. I denne foreliggende sag er det klart, at Rådets mandat til Kommissionen til at fastlægge detaljerede regler for anvendelsen af forordning nr. 1255/1999 med hensyn til importordningen for mælk og mejeriprodukter og åbning af toldkontingenter udtrykkeligt er underlagt kravet om at overholde forbuddet mod forskelsbehandling af erhvervsdrivende i Fællesskabet. Artikel 29, stk. 1, i forordning nr. 1255/1999 bestemmer, at metoderne til forvaltning af toldkontingenterne for mælk og mejeriprodukter »ikke må medføre forskelsbehandling af de berørte erhvervsdrivende«. Anden betragtning til forordning nr. 2535/2001, »datterforordningen«, indeholder betingelserne for Kommissionens mandat: »I henhold til artikel 26 og 29 i forordning (EF) nr. 1255/1999 sørger

23 — Jf. analogt hermed, sag C-14/01, Niemann, nævnt i fodnote 15, præmis 35: »Det bemærkes, at ifølge artikel 211, fjerde led, EF skal Kommissionen for at sikre fællesmarkedets funktion og udvikling udøve de beføjelser, som Rådet tildeler den med henblik på gennemførelse af de af Rådet udfærdigede forskrifter.«

Kommissionen for, at der udstedes importlicens til hver ansøger, uanset hvor i EF den pågældende er etableret, og at der under hensyntagen til alle relevante bestemmelser ikke sker forskelsbehandling af importørerne.«

45. Som tidligere nævnt har Kommissionen for visse mejeriprodukter valgt at vedtage en metode til forvaltning af kontingenter og en importordning, der som betingelse for tildeling af en licens til import i Fællesskabet kræver besiddelse af et IMA 1-certifikat for de pågældende produkter. Ansvaret for tildelingen af disse certifikater er udelukkende blevet overdraget visse »udstedende organer« i visse tredjelande som angivet af Kommissionen i bilag XII til forordning nr. 2535/2001 [24]. Afdeling 1 i kapitel III, afsnit 2, i forordning nr. 2535/2001 indeholder en række forpligtelser, som de udstedende myndigheder skal opfylde ved tildelingen af IMA 1-certifikater, f.eks. hvad angår IMA 1-certifikaternes form, gyldighed og indhold [25]. I forbindelse med newzealandsk smør fastlægger bilag IV til forordning nr. 2535/2001 detaljerede regler, der skal følges af New Zealand MAF ved udfyldning af IMA 1-certifikater og ved kontrollen af smørrets vægt og fedtindhold [26]. Kommissionen inkorporerer imidlertid ikke i disse krav en forpligtelse til at overholde forbuddet mod forskelsbehandling af erhvervsdrivende ved tildeling af IMA 1-certifikaterne. I forbindelse med tildeling af IMA 1-certifikater for import af newzealandsk smør til Fællesskabet er det helt klart, at denne undladelse har tilladt de newzealandske myndigheder at forskelsbehandle de berørte erhvervsdrivende i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 29, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999, ved den procedure, der anvendes ved tildeling af IMA 1-certifikater. For det første er der ingen tvivl om, at den newzealandske ordning med IMA 1-certifikater fører til en forskellig behandling af de berørte erhvervsdrivende. Som tidligere nævnt kan i henhold til den newzealandske lovgivning kun én erhvervsdrivende, NZDB, opnå et IMA 1-certifikat for en sådan import til Fællesskabet. For det andet er en sådan forskellig behandling ikke objektivt begrundet i den forstand, hvori udtrykket anvendes i det fællesskabsretlige forbud mod forskelsbehandling. Som nævnt er den udtrykkelige begrundelse for den newzealandske lovbestemte ordning at maksimere fordelene ved eksport af newzealandsk smør til Fællesskabet og at sikre, at disse fordele så vidt muligt atter kan udnyttes af den newzealandske mejerisektor via Fonterra. Dette er ikke det samme som en gyldig fællesskabsretlig begrundelse for en forskelsbehandling, i særdeleshed en så ekstrem forskelsbehandling som i dette tilfælde, hvor det drejer sig om total udelukkelse af alle de øvrige erhvervsdrivende fra muligheden for at importere newzealandsk smør til Fællesskabet.

24 — Denne importordning adskiller sig fra de ordninger, der gælder for de øvrige mejeriprodukter i henhold til kapitel I og II, afsnit 2, i forordning nr. 2535/2001, hvor import alene sker på grundlag af importlicenser, for hvilke ansvaret påhviler Fællesskabets importmyndigheder.

25 — Jf. artikel 25 og 29-31 i forordning nr. 2535/2001.

26 — Artikel 40, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001.

46. Af disse grunde har Kommissionen tilsidesat sine forpligtelser til at sikre, at forbuddet mod forskelsbehandling overhol-

des af et tredjeland, hvortil det har uddelegeret sin administrative pligt i henhold til Rådets mandat. Den heraf resulterende forskelsbehandling af berørte erhvervsdrivende må derfor efter min opfattelse tilskrives Kommissionen. Jeg skal tilføje, at fastsættelse af en betingelse eller en forpligtelse til overholdelse af forbuddet mod forskelsbehandling af de erhvervsdrivende ikke forekommer mig at indebære uforholdsmæssige praktiske vanskeligheder. Hvad for det første angår Kommissionens overvågning af overholdelsen af en sådan forpligtelse finder IMA 1-ordningen kun anvendelse på et begrænset antal lande. De udstedende organer er i øvrigt allerede underlagt forskellige forpligtelser med henblik på at underrette Kommissionen om, hvorledes deres IMA 1-ordninger fungerer [27], hvortil man uden problemer kunne tilføje f.eks. en forpligtelse til at sikre, at IMA 1-certifikaterne tildeles på en ikke-diskriminerende måde eller inkludere en liste over erhvervsdrivende, til hvilke der er tildelt IMA 1-certifikater under det aktuelle kontingentår. Hvad angår de mulige følger af en tilsidesættelse af denne forpligtelse kunne man desuden forestille sig, at de kan antage et bestemt antal former, der går lige fra uformelle drøftelser mellem Kommissionen og det kompetente udstedende organ til en formel ændring af systemet med udstedende organer i tredjelande [28].

47. Besvarelsen af denne del af den forelæggende rets spørgsmål bør således være, at artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 34, stk. 2, EF og artikel 29, stk. 2, i forordning nr. 1255/1999 og følgelig er ugyldig.

2. Artikel 28 EF

48. Den forelæggende ret stiller endvidere et spørgsmål om, hvorvidt kravet om at besidde et IMA 1-certifikat for at kunne ansøge om importlicens, som fastsat i artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001, tilsidesætter forbuddet mod restriktioner mod den frie varebevægelse i henhold til artikel 28 EF. Det klassiske svar på dette spørgsmål ville være negativt af de samme grunde, som er angivet i min besvarelse af det første spørgsmål, nemlig at kravet vedrører produkter, som endnu ikke er bragt i fri omsætning i Fællesskabet, og som følgelig ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

49. Jeg skal imidlertid påpege, at jeg ikke er fuldstændig overbevist af denne besvarelse. Som tidligere nævnt indebærer den måde, hvorpå Kommissionen har valgt at gennemføre sit mandat til at fastsætte reglerne for importordninger, at kun én virksomhed har ret til at indføre newzealandsk smør til Fællesskabet. Det er et økonomisk faktum, at det forhold, at der kun findes én sådan importør, hvilket tillader ham at kræve

27 — Jf. f.eks. artikel 33 og 38 i forordning nr. 2535/2001.

28 — Dette er allerede sket, f.eks. da kontingenterne i Norge blev overskredet, hvilket medførte at de to udstedende organer i Norge blev erstattet med et enkelt organ, der afhænger direkte af det norske landbrugsministerium — jf. 15. betragtning til forordning nr. 2535/2001.

højere priser ved videresalget, vil have restriktive virkninger på handelen mellem medlemsstaterne, så snart smørret er i fri omsætning, hvilket forhold jeg senere skal behandle. Derfor mener jeg, at anerkendelsen af en forpligtelse for Kommissionen i henhold til artikel 28 EF til at tage hensyn til og minimere disse restriktioner ved udførelsen af dens udøvende og administrative forpligtelser som udtrykt i mandatet vil være i overensstemmelse med denne bestemmelses økonomiske begrundelse og effektivitet. På baggrund af min konklusion vedrørende den første og tredje del af den forelæggende rets andet spørgsmål mener jeg imidlertid ikke, at det er nødvendigt at undersøge dette spørgsmål nærmere.

3. Artikel 82, stk. 1, EF

50. Det sidste punkt, den forelæggende ret rejser i det andet spørgsmål, er, hvorvidt artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 er i strid med artikel 82, første afsnit, EF, som forbyder en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.

51. Det er klart, at eftersom artikel 82, første afsnit, EF kun finder anvendelse på aktiviteter, som virksomheder foretager af egen drift [29], kan denne artikel ikke i sig selv udgøre grundlaget for kontrol af en bestemmelse i en kommissionsforordning. Spørgsmålet i nærværende sag er nærmere, hvorvidt artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 er i strid med artikel 82, første afsnit, EF, sammenholdt med artikel 86, stk. 1, der bestemmer, at »[m]edlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 12 og 81-89 nævnte«. Domstolen har fastslået, at denne artikel indebærer, at skønt artikel 82 vedrører virksomheder, »følger det dog af traktaten, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse« [30]. Medlemsstaterne kan således ikke indføre eller opretholde foranstaltninger, som skaber »en situation, hvor [en virksomhed] nødvendigvis foranlediges til at handle i strid med [traktaten]« [31].

52. Der er principielt tre stadier i bedømmelsen af, hvorvidt denne doktrin finder anvendelse i denne sag. For det første, gælder forbuddet i artikel 86, stk. 1, EF ikke kun for medlemsstaternes foranstaltninger, men også

29 — Jf. dom af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 5941, præmis 20, og af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223.

30 — Dom af 16.11.1977, sag 13/77, INNO, Sml. s. 2115, præmis 31.

31 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 27. Se også sag 13/77, INNO, nævnt i fodnote 30, præmis 33, hvor det er anført, at medlemsstaterne ikke kan træffe foranstaltninger, »der gør det muligt for private virksomheder at unddrage sig de i traktatens artikler [81-89] indeholdte begrænsninger«.

for Kommissionens lovgivningsforanstaltninger på landbrugsområdet, der er vedtaget i henhold til Rådets mandat? For det andet, hvis dette er tilfældet, kan Kommissionen anses for ved artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 eller en anden foranstaltning at have tildelt NZDB særlige eller eksklusive rettigheder? For det tredje, hvis dette er tilfældet, skaber artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 da en situation, hvor Fonterra-koncernen eller en del af den ikke kan undgå at handle i strid med artikel 82 EF?

53. Hvad angår det første punkt er der, skønt artikel 86, stk. 1, kun henviser udtrykkeligt til medlemsstaternes foranstaltninger, efter min mening vægtige grunde til, at denne bestemmelse må anses for at omfatte Kommissionens foranstaltninger, der er vedtaget i henhold til mandat fra Rådet. Den vigtigste af disse grunde er Kommissionens forpligtelse i henhold til artikel 10 EF til at lette gennemførelsen af Fællesskabets opgaver og afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne traktats målsætning i fare [32]. En anden vægtig grund er Kommissionens opgave i henhold til artikel 211 EF, nemlig at bidrage til at sikre fællesmarkedets funktion og udvikling, hvilket naturligvis omfatter målsætningen i artikel 3, litra g), EF, nemlig at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes.

54. Desuden styrkes dette ræsonnement af, at den pågældende kommissionsforanstaltning er indført på landbrugsområdet. I henhold til artikel 33 EF er et af den fælles landbrugspolitiks formål at sikre forbrugerne rimelige priser på landbrugsvarer [33]. Da det drejer sig om et af hovedformålene med traktatens konkurrencebestemmelser — artikel 86, stk. 1, og artikel 82, første afsnit, EF — følger det af interessen for, at artikel 33 og konkurrencebestemmelserne skal være effektive, at Kommissionens foranstaltninger på landbrugsområdet principielt kan omfattes af anvendelsesområdet for artikel 86, stk. 1, EF. I den forbindelse finder jeg Domstolens dom i Milk Marque-sagen klar. I denne sag fastslog Domstolen, at fællesskabsinstitutionerne ved forfølgelsen af de forskellige mål for den fælles landbrugspolitik, der er opregnet i artikel 33 EF, til stadighed skal foretage den afvejning, der kan være nødvendig for at bilægge en eventuel modstrid mellem disse mål [34]. Hvad navnlig angår traktatens konkurrencebestemmelser har Domstolen fastslået, at »opretholdelse af en effektiv konkurrence på markederne for landbrugsprodukter er en af målsætningerne med den fælles landbrugspolitik og de fælles ordninger for de omhandlede markeder« [35]. Ved behandlingen i Milk Marque-sagen af

32 — Jf., angående det forhold, at fællesskabsinstitutionerne også er forpligtet af artikel 10 EF, dom af 10.2.1983, sag 230/81, Luxembourg mod Parlamentet, Sml. s. 255, præmis 37, af 15.1.1986, sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89, præmis 16, af 1.6.1999, sag C-319/97, Kortas, Sml. I, s. 3143, præmis 35, af 10.12.2002, sag C-29/99, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 11221, præmis 69, og erklæring nr. 3 til Nice-traktaten om EF-traktatens artikel 10.

33 — Jf. ligeledes dom af 26.5.2005, sag C-283/03, Kuipers, Sml. I, s. 4255.

34 — Dom af 9.9.2003, sag C-137/00, Milk Marque, Sml. I, s. 7975.

35 — Samme dom, præmis 57.

virkningen af artikel 36 EF anførte Domstolen, at »selv om det er korrekt, at artikel 36 EF overlader det til Rådet at beslutte, i hvilket omfang de fællesskabsretlige konkurrenceregler skal finde anvendelse på produktionen af og handelen med landbrugsprodukter, under hensyntagen til den særlige situation for markederne for disse varer, fastslår bestemmelsen ikke desto mindre princippet om, at de fællesskabsretlige konkurrenceregler kan finde anvendelse inden for landbrugssektoren« [36].

55. Selv om Domstolen ligeledes i ovennævnte sag fastslog, at i tilfælde af konflikt giver artikel 36 EF forrang til målene for den fælles landbrugspolitik frem for målene for konkurrencepolitikken, drejer det sig efter min mening ikke i det foreliggende tilfælde om en sag, hvor der er konflikt mellem disse to politikområder. Man kan forestille sig, at en sådan konflikt kunne opstå, hvis formålet med nærværende sag var fuldstændig at fjerne kravet om at forelægge et IMA 1-certifikat ved ansøgningen om en importlicens for newzealandsk smør til Fællesskabet. Som sagsøgeren har anført, er dette imidlertid ikke formålet for nærværende sag. Sagsøgeren ønsker derimod (ikke diskriminerende) adgang til markedet for import af newzealandsk smør til Fællesskabet. Dette vedrører kun Kommissionens valg med hensyn til de betingelser, hvorved den delegerer sit ansvar for forvaltning af toldkontingenter og foranlediger efter min mening ingen konflikt mellem den fælles landbrugspolitik og konkurrencepolitikken.

56. Dette fører mig til det andet og tredje punkt. Disse kan undersøges sammen, eftersom den foranstaltning, der påstås at »skabe særlige eller eksklusive rettigheder«, og den foranstaltning, der påstås at skabe en situation, hvor artikel 82 EF uundgåeligt vil blive tilsidesat, i realiteten er den samme — nemlig artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 [37]. Kan artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 anses for at give Fonterra-koncernen eller en del af den særlige eller eksklusive rettigheder, der skaber en situation, hvor koncernen ikke kan undgå at tilsidesætte artikel 82 EF?

57. Hvad for det første angår spørgsmålet om særlige eller eksklusive rettigheder indeholder artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 umiddelbart ingen udtrykkelig angivelse af NZDB som den eneste erhvervsdrivende med ret til et IMA 1-certifikat, og den tillader ikke direkte NZDB at handle på en måde, der er i strid med artikel 82, første afsnit, EF. Dette følger snarere af den bestemmelse i newzealandsk lovgivning, der giver NZDB ret til et IMA 1-certifikat, fordi NZDB er indehaver af eksklusiv eksportli-

36 — Samme dom, præmis 58.

37 — Jf. f.eks. dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, nævnt i fodnote 29, hvor Domstolen fastslog, at indrømmelse af særlige eller eksklusive rettigheder i sig selv kan være en »foranstaltning« i den forstand, hvor udtrykket anvendes i artikel 86, stk. 1, EF, uden behov for to særskilte foranstaltninger.

cens for newzealandsk smør til Fællesskabet. Som jeg tidligere har nævnt, mener jeg imidlertid, at tredjelande ved at organisere og forvalte ordningen for uddeling af IMA 1-certifikater handler i henhold til beføjelser, som Kommissionen har uddelegeret på grundlag af ordningen i artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 i henhold til Kommissionens mandat til at fastlægge en ordning og forvalte importordninger for mælk og mejeriprodukter. Følgen heraf er, at selv om den eksklusive tildeling til NZDB af IMA 1-certifikater for import af newzealandsk smør til Fællesskabet er resultatet af en newzealandsk retsakt, må følgerne af denne akt inden for Fællesskabet tilskrives Kommissionen. Kommissionen må anses for at bære ansvaret for New Zealands indrømmelse af særlige eller eksklusive rettigheder.

58. Det næste problem er, hvorvidt NZDB's eksklusive ret med hensyn til IMA 1-certifikater i det aktuelle tilfælde er af en sådan art, at Fonterra-koncernen eller en del af den ved den blotte udøvelse af den eksklusive ret ikke kan undgå at misbruge sin dominerende stilling. Logisk set er det første spørgsmål her, om Fonterra-koncernen eller en del af den har misbrugt en dominerende stilling i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 82, stk. 1, EF. Som Fonterra-koncernen har understreget, ville bestemmelsen af det relevante marked og omfanget af Fonterra-koncernens styrke på dette marked kræve en detaljeret økonomisk og faktisk undersøgelse. De oplysninger, som Domstolen har adgang til på grundlag af denne præjudicielle forelæggelse, er ikke tilstrækkelige til, at Domstolen kan foretage en sådan vurdering, og det er ikke hensigtsmæssigt i en præjudiciel sag at løse dette faktiske spørgsmål. Dette er et problem, der må løses af den forelæggende ret. Hvis den forelæggende ret efter en sådan undersøgelse konkluderer, at Fonterra-koncernen eller en del af den har indtaget en dominerende stilling på det relevante marked — f.eks. markedet for eksport af newzealandsk smør til Fællesskabet eller markedet for import af newzealandsk smør til Fællesskabet — vil det andet spørgsmål være, om koncernen har misbrugt denne stilling. Endnu en gang skal jeg påpege, at Domstolen, uden en definition af det relevante marked, ikke kan give en endegyldig analyse på dette punkt [38]. Jeg skal her fremsætte følgende supplerende bemærkning. Den forelæggende ret bør, når den undersøger, om der foreligger misbrug af en dominerende stilling, tage hensyn til, hvad der efter min mening er ensbetydende med alvorligt skadelige konkurrencebegrænsende virkninger inden for Fællesskabet af den aktuelle importordning. Den største skade,

38 — Skulle det blive fastslået, at Fonterra-koncernen (eller en del heraf) er dominerende på markedet for eksport af (newzealandsk) smør til Fællesskabet, vil jeg, som et muligt udgangspunkt henvise til Domstolens dom i sag 18/88, GB-Inno-BM, nævnt i fodnote 29. I denne sag fastslog Domstolen, at foranstaltninger, der hjælper den dominerende virksomhed til at udvide sin markedsstyrke til et beslægtet marked, er i strid med artikel 86, stk. 1, sammenholdt med artikel 82, stk. 1, EF. Dette princip ville efter min mening også finde anvendelse i forbindelse med udvidelse af markedsstyrken til et downstream-marked som markedet for import til Fællesskabet. Beroende på den valgte definition af marked kunne et andet muligt referencepunkt være princippet om afslag på at levere til nye kunder under omstændigheder, hvor levering er absolut nødvendig for kundens mulighed for at konkurrere. Se analogt dom af 3.10.1985, sag 311/84, Télémarketing, Sml. s. 3261.

der forårsages af monopolet på importlicenser for newzealandsk smør, som hovedsagelig kan mærkes i Fællesskabet, har to aspekter.

59. For det første betaler forbrugere i Fællesskabet mere for produktet og for det næste trin i produktionskæden, som produktet indgår i. For så vidt som konkurrence først er mulig, når produktet er overgået til fri omsætning, har en importør i monopolstilling vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne [39], når han fastsætter sine priser til videreforhandling efter opfyldelsen af toldformaliteterne. Disse højere priser pålægges dernæst forbrugerne. For det andet høster en enkelt virksomhed monopolfordelen ved videreforhandlingen af produktet. I den foreliggende sag er dette, som jeg har beskrevet det ovenfor, den udtrykkelige begrundelse for den newzealandske lovgivning, nemlig at maksimere de økonomiske fordele ved eksport af newzealandsk smør til Fællesskabet og sikre, at denne fortjeneste så vidt muligt atter kan udnyttes af den nederlandske mejerisektor via Fonterra. Dette indebærer ikke alene, at alle potentielle importører er fuldstændig udelukket fra import af produktet, men også at Fonterra Logistics (og eventuelt dets søster-distributionsselskaber i Fællesskabet) har en større fordel på markedet/markederne for videreforhandling af newzealandsk smør senere i produktionskæden, da de øvrige videreforhandlere må overvælte deres øgede omkostninger som følge af Fonterra Logistics' høje videresalgspris. Sammenfattende kan de skadelige (direkte og indirekte) virkninger af dette absolutte monopol være alvorlige for forbrugerne i Fællesskabet.

60. Såfremt den forelæggende ret skulle vurdere, at (en del af) Fonterra-koncernen har misbrugt sin dominerende stilling, f.eks. ved at udvide sin dominerende stilling til et efterfølgende led i produktionskæden eller ved uberettiget at afslå at sælge smør til sagsøgeren før import, er det endelige spørgsmål, hvorvidt dette misbrug var en uundgåelig følge af den newzealandske lovgivning. Det er korrekt, at det teoretisk ville stå NZDB frit for at sælge sit smør rettet til Fællesskabet, sammen med de relevante IMA 1-certifikater, til andre importører end Fonterra Logistics. Som den forelæggende ret har bemærket, blev sagsøgerens ansøgning til NZDB om at sælge sådant smør afslået alene med den begrundelse, at Fonterra-koncernens politik bestod i kun at sælge smør på stadier før det endelige forbrugerstadium til import i Fællesskabet til Fonterra Logistics. Heraf følger, at enhver tilsidesættelse af artikel 82 EF som følge af NZDB's handlinger kan anses for ikke at være en uundgåelig følge af, at newzealandsk ret indrømmer NZDB eksklusive rettigheder [40]. Dette argument er dog kunstigt. Det undlader i særdeleshed at tage hensyn til formålet med den newzealandske lov med indførelsen af ordningen med tildeling af IMA 1-certifikater, nemlig at maksimere de økonomiske fordele for New Zealand af dets

39 — Jf. den klassiske definition på dominans i bl.a. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 65.

40 — Jf. dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077.

smøreksport under toldkontingenterne og overføre disse fordele til den newzealandske mejerisektor. Det må derfor antages, at den udtrykkelige hensigt med ordningen er, at NZDB fortsat udelukkende skal sælge sit smør til import i Fællesskabet til Fonterra Logistics. Følgen heraf er, at NZDB's afslag på at sælge til andre erhvervsdrivende end Fonterra Logistics realistisk set må opfattes som en uundgåelig konsekvens af newzealandsk ret.

C — *Det tredje spørgsmål*

61. Med det tredje spørgsmål ønsker Verwaltungsgericht oplyst, om artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 skal erklæres ugyldige, fordi de strider mod 1) det princip om forbud mod forskelsbehandling, der gælder for statskontrollerede virksomheder, og som er indeholdt i artikel XVII, stk. 1, litra a), i GATT, og/eller 2) kravet om neutral anvendelse og redelig og retfærdig administration af reglerne for importlicensudstedelse indeholdt i artikel 1, stk. 3, i GATT-aftalen om importlicensprocedure. For så vidt som GATT 1994 og GATT-aftalen om importlicensudstedelse indgår i de aftaler, der er føjet som bilag til WTO-aftalen, rejser dette igen spørgsmålet om, i hvilken udstrækning fællesskabslovgivningen kan efterprøves med hensyn til dens overensstemmelse med WTO-bestemmelserne.

1. Gældende principper

62. Domstolen har fastslået, at WTO-aftalerne efter deres art og opbygning principielt ikke indgår i de regler, hvis overholdelse i EF-institutionernes retsakter er genstand for efterprøvelse ved Domstolen [41]. Der gælder imidlertid to undtagelser til dette princip. Den første når den anfægtede fællesskabsforanstaltning udtrykkeligt henviser til bestemte bestemmelser i GATT-aftalerne (den såkaldte »Fediol«-undtagelse) [42]. Som intervenienterne i den foreliggende sag har anerkendt, finder denne undtagelse ikke anvendelse i denne sag. Forordning nr. 2535/2001 henviser på intet tidspunkt til artikel XVII, stk. 1, litra a), i GATT eller artikel 1, stk. 3, i GATT-aftalen om importlicensprocedure. Den anden undtagelse er, når Fællesskabet med vedtagelsen af den anfægtede lovgivning har ønsket at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtaget forpligtelse (den såkaldte »Nakajima«-undtagelse) [43]. Det er denne undtagelse, der er påberåbt i nærværende sag.

41 — Jf. f.eks. dom af 23.11.1999, sag C-149/96, Portugal mod Rådet, Sml. I, s. 8395, præmis 47.

42 — Jf. dom af 22.6.1989, sag 70/87, Fediol mod Kommissionen, Sml. 1781, præmis 19-22.

43 — Dom af 7.5.1991, sag C-69/89, Nakajima mod Rådet, Sml. I, s. 2069, præmis 31.

2. Bør Domstolen prøve sin praksis i Nakajima-dommen?

63. Før jeg undersøger, om denne undtagelse er anvendelig her, bemærker jeg, at Kommissionen har anmodet Domstolen om i nærværende sag at prøve den ovennævnte praksis, i hvilken den har fastsat de omstændigheder, hvorunder fællesskabsretsakter kan kontrolleres med hensyn til overensstemmelsen med de WTO-retlige bestemmelser. Kommissionen har især anført, at den grundlæggende opfattelse i Domstolens praksis vedrørende »Nakajima«-undtagelsen bedre kan gennemføres ved et princip om »sammenhængende fortolkning« af fællesskabsretten i overensstemmelse med folkeretten [44]. Kommissionen har anført, at Nakajima-undtagelsens ensidede karakter er i strid med gensidigheden i de WTO-retlige bestemmelser og advarer om, at de praktiske konsekvenser af Nakajima-undtagelsen kan være, at fællesskabslovgiveren i et forsøg på at undgå at falde ind under anvendelsesområdet for denne undtagelse undgår at henvise til WTO-bestemmelserne i betragtningerne til fællesskabsretsakter.

64. Jeg skal imidlertid påpege, at Kommissionen efter min mening ikke har fremført vægtige grunde for, at Domstolen i nærværende sag skulle prøve (eller ophæve) den længe eksisterende Nakajima-undtagelse. Indledningsvis er det åbenbart, at Domstolen var fuldt bevidst om og har undersøgt betydningen af WTO-aftalernes gensidige karakter i sine basisdomme, der fastsætter omstændighederne, hvorunder WTO-reglerne kan udgøre grundlaget for en kontrol af fællesskabsforanstaltninger. I dommen i sagen Portugal mod Rådet erindrede Domstolen således om, at WTO-aftalen, ligesom det var tilfældet med GATT 1997, »bygger på princippet om forhandlinger »på grundlag af gensidighed og gensidigt fordelagtige aftaler««[45]. I alle disse tilfælde bekræftede Domstolen ikke desto mindre, Fediol- og Nakajima-sagerne var undtagelser i forhold til det almene princip om, at fællesskabsforanstaltninger ikke kan kontrolleres med hensyn til deres overensstemmelse med WTO-retten. Disse undtagelsers eksistens er endvidere efter min mening ikke i strid med, hvad der var en hovedbegrundelse for det almengyldige princip, nemlig at det at give direkte virkning til WTO-reglerne ville »være ensbetydende med, at Fællesskabets lovgivende eller administrative myndigheder mistede den handlefrihed, som de tilsvarende myndigheder hos Fællesskabets handelspartnere har«[46]. I et tilfælde, hvor det er klart, at en fællesskabsforanstaltning specifikt tog sigte på at opfylde en særlig WTO-retlig forpligtelse, valgte fællesskabslovgiveren hovedsagelig at begrænse sit eget spillerum i forhandlingerne ved at »inkorporere« denne forpligtelse i fællesskabsretten.

44 — Dvs. det princip, at når en bestemmelse i den afledte fællesskabsret er åben for mere end én fortolkning, betyder forrangen af internationale aftaler, som Fællesskabet har indgået, frem for bestemmelser i den afledte fællesskabsret, at sådanne bestemmelser så vidt muligt skal fortolkes i overensstemmelse med disse aftaler. Jf. dom af 10.9.1996, sag C-61/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3989, præmis 52.

45 — Jf. f.eks. dom i sag C-149/96, Portugal mod Rådet, nævnt i fodnote 41, præmis 42 og 43, hvor Domstolen udtrykkeligt fastslog, at »nogle af de kontraherende parter, som handelsmæssigt hører til Fællesskabets vigtigste handelspartnere, på grundlag af WTO-aftalernes genstand og formål har draget den slutning, at disse aftaler ikke udgør en retsorden, hvis lovlighed efter deres nationale retssystemer kontrolleres af de nationale domstole«.

46 — Samme dom, præmis 46.

65. Kommissionens argument for at ophæve Nakajima-undtagelsen — nemlig at det i praksis kunne få fællesskabslovgiver til at undgå at henvise til WTO-retten i sin lovgivning — er efter min mening hverken attraktivt eller relevant. Meget lidt attraktivt, fordi det antyder et bevidst forsøg fra fællesskabslovgivers side på at omgå pligten til at fuldbyrde tvingende WTO-regler ved retterne i en situation, hvor betingelserne for direkte virkning i øvrigt foreligger, hvilket vil være ensbetydende med et forsøg på at omgå legalitetsprincippet. Irrelevant fordi, som jeg skal redegøre for senere, vurderingen af spørgsmålet om, hvorvidt Nakajima-undtagelsen er anvendelig, ikke er begrænset til en rent formel kontrol af, om ordlyden i den pågældende retsakt indeholder en udtrykkelig henvisning til WTO-retten.

66. Endelig mener jeg, at det blotte forhold at anvendelsesområdet for Nakajima-undtagelsen i Domstolens hidtidige praksis eventuelt ikke er helt afklaret — hvilket jeg senere skal behandle — ikke i sig selv er en grund til principielt at benægte dens eksistens. Derfor bør Kommissionens anmodning om, at Domstolen prøver sin retspraksis og ophæver Nakajima-undtagelsen, afvises.

3. Anvendelse af Nakajima: undtagelsens rækkevidde

67. Næste spørgsmål drejer sig om, hvorvidt Nakajima-undtagelsen finder anvendelse i nærværende sag. Var formålet med artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 ifølge fællesskabslovgiver at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtagen forpligtelse? Dette spørgsmål kræver en omhyggelig undersøgelse af Nakajima-undtagelsens faktiske rækkevidde.

68. Indledningsvis bemærkes, at Domstolens praksis på dette område efter min mening ikke er entydig. Hidtil har Domstolen ikke fastsat noget klart, sammenhængende princip, som kan forsvares, og som sondrer mellem de tilfælde, hvor Nakajima-undtagelsen finder eller ikke finder anvendelse. Jeg mener, at det drejer sig om en uacceptabelt usikker situation, især da det, det reelt drejer sig om her, er omfanget af retspraksis vedrørende direkte virkning. Før jeg anvender undtagelsen på nærværende faktiske omstændigheder, skal jeg nærmere identificere dette princip.

69. Det første skridt består i at fastslå, i hvilke situationer Domstolen hidtil har anvendt undtagelsen. Det drejer sig i de fleste tilfælde om antidumpingsager, herunder Nakajima-sagen og Petrotub-sagen, der alle er afgjort af Domstolen [47], samt talrige

47 — Dom af 7.5.1991, sag C-69/89, Nakajima mod Rådet, nævnt i fodnote 43, og dom af 9.1.2003, sag C-76/00 P, Petrotub, Sml. I, s. 79. Jeg gør opmærksom på, at i Petrotub-sagen henviste Domstolen ikke alene til Nakajima-undtagelsen, men også til princippet om sammenhængende fortolkning.

lignende sager afgjort af Retten i Første Instans [48]. Alle disse sager vedrørte gyldigheden af Fællesskabets antidumpinglovgivning i lyset af de særlige bestemmelser i WTO's antidumpingkode [49]. En anden sag, hvor Domstolen har anvendt undtagelsen, er sag C-352/96, Italien mod Rådet [50]. I denne sag prøvede Domstolen lovligheden af Rådets forordning nr. 1522/96 om åbning og forvaltning af visse toldkontingenter for indførsel af ris og brudris i lyset af artikel XXIV, stk. 6, i GATT og stk. 5 ff. i aftalen om fortolkning af artikel XXIV i GATT. Eftersom forordningen var blevet udstedt i henhold til aftaler indgået med stater, der ikke var medlem af GATT, ved forhandlinger på grundlag af artikel XXIV, stk. 6, i GATT [51], fastslog Domstolen, at dens lovlighed i overensstemmelse med Nakajima-undtagelsen skulle prøves med hensyn til overensstemmelsen med denne bestemmelse. Generaladvokat Mischo anførte, at selv om sagsøgeren ikke i denne sag havde påberåbt sig tilsidesættelse af andre artikler i GATT, var der i princippet intet, der kunne forhindre dette [52]. Endelig anvendte generaladvokat Jacobs i sag C-377/98, Nederlandene mod Parlamentet, Nakajima-undtagelsen for at konstatere, at direktiv 98/44 om retlig beskyttelse af bioteknologiske opfindelser kunne domstolprøves med hensyn til overensstemmelse med TRIPs-aftalen og aftalen om tekniske hindringer for handelen mellem medlemsstaterne [53]. Domstolen har ikke udtrykkeligt behandlet spørgsmålet i sin dom [54].

70. Domstolen har derimod afvist anvendelsen af Nakajima-undtagelsen i en række tilfælde [55]. Flere af disse sager vedrørte gyldigheden af fællesskabsforanstaltninger truffet inden for rammerne af den fælles markedsforordning for bananer på baggrund af WTO-reglerne. I Van Parys-sagen har Domstolen for nylig fastslået, at Fællesskabet ikke havde haft til hensigt at opfylde en særlig inden for rammerne af WTO påtagen forpligtelse ved at ændre, i forlængelse af en beslutning vedtaget af WTO Dispute Settlement Body (WTO's organ til bilæggelse af tvister, herefter »DSB«), et afsnit i en forordning om en fælles ordning for samhandelen med tredjelande i banansektoren. Skønt ændringen faktisk blev gennemført som angivet i betragtningerne til den ændrede forordning med henblik på at

48 — Jf. f.eks. dom af 27.1.2000, sag T-256/97, BEUC mod Kommissionen, Sml. II, s. 101, og af 5.6.1996, sag T-162/94, NMB France, Sml. II, s. 427.

49 — Det drejer sig om aftalen om anvendelse af artikel VI i den almindelige overenskomst om told og udenrigshandel, EFT 1994 L 336, s. 103.

50 — Dom af 12.11.1998, sag C-352/96, Italien mod Rådet, Sml. I, s. 6937.

51 — Disse artikler bestemte, at der skulle afholdes forhandlinger med ikke-medlemslande for at nå til enighed om visse udlignende tilpasninger, der krævedes som følge af forhøjelsen af visse toldsatser.

52 — Generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i sagen C-352/96, Italien mod Rådet, nævnt i fodnote 50, punkt 24 og 25.

53 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-377/98, Nederlandene mod Parlamentet, Sml. 2001 I, s. 7079.

54 — Domstolen omformulerede begrundelsen for domstolsprøvelse af direktivet med hensyn til dets overensstemmelse med WTO-retten på en anderledes og original måde i præmis 55: »Anbringendet i stævningen må [...] forstås således, at det ikke går ud på, at Fællesskabet direkte har tilsidesat sine internationale forpligtelser, men snarere at direktivet pålægger medlemsstaterne at tilsidesætte deres egne forpligtelser i henhold til international ret, selv om det efter sin ordlyd må antages ikke at berøre disse forpligtelser.«

55 — Et klart eksempel er sag C-149/96, Portugal mod Rådet, nævnt i fodnote 41. Jf. ligeledes sag C-301/97, Nederlandene mod Rådet, nævnt i fodnote 16.

overholde »Fællesskabets internationale forpligtelser under WTO«, vurderede Domstolen, at det at give direkte virkning til en DSB-beslutning kunne svække Fællesskabets forhandlingsposition i forsøget på at finde en gensidigt acceptabel løsning på tvisten [56].

71. Umiddelbart før denne dom havde Retten i Første Instans truffet en tilsvarende afgørelse i Chiquita-sagen. Retten fastslog, at en kommissionsforordning om fastsættelse af detaljerede regler for gennemførelsen af bananimport til Fællesskabet ikke kunne prøves for forenelighed med bl.a. artikel XIII i GATT (ikke-diskriminerende administration af kvantitative restriktioner). Artikel XIII i GATT var hovedsagelig af almengyldig karakter i modsætning til de detaljerede regler i f.eks. antidumpingkoderne. Mens Fællesskabet havde til hensigt at opfylde sine WTO-forpligtelser ved at udstede den omhandlede forordning, havde det ikke til hensigt at gennemføre eller omsætte til fællesskabsretten bestemmelser, der udspringer af en WTO-aftale, med henblik på at opretholde ligevægten mellem rettigheder og forpligtelser for aftaledeltagerne [57].

72. Det er ikke let at udlede en afgrænsning af Nakajima-doktrinen af denne præcedensafgørelse [58]. Jeg skal imidlertid fremsætte følgende bemærkninger hertil.

73. Hvad for det første angår kravet om, at foranstaltningen skulle opfylde en »særlig« forpligtelse under GATT, vedrører dette krav efter min mening alene gennemførelsen af en særlig GATT-bestemmelse eller en særlig gruppe af sådanne bestemmelser. Jeg kan ikke følge Rettens fortolkning i Chiquita-sagen, hvorefter der skulle sondres mellem GATT-bestemmelser, der er »almengyldige« (i dette tilfælde forpligtelsen til ikke-diskriminerende anvendelse af kvantitative restriktioner under artikel XIII i GATT), og bestemmelser, der efter deres karakter er »særlige«. Ud over at det forekommer meget vanskeligt at drage en sammenhængende linje mellem forskellige former for forpligtelser (Retten har ikke defineret, hvorledes det skulle gøres), finder jeg, at begrundelsen for Nakajima-undtagelsen ligeledes kunne anvendes på en forpligtelse, der opfyldes i Fællesskabet, men f.eks. ikke begrænses til alene et individuelt område som antidumping.

74. For det andet er hovedproblemet med at definere Nakajima-undtagelsens rækkevidde at fastsætte, hvorledes det skal vurderes, om

56 — Dom af 1.3.2005, sag C-377/02, Van Parys, Sml. I, s. 1465, præmis 51. Jf. ligeledes kendelse af 2.5.2001, sag C-307/99, OGT Fruchthandelsgesellschaft, Sml. I, s. 3159, og dom af 20.3.2001, sag T-52/99, T. Port, Sml. II, s. 981, præmis 44-60.

57 — Dom af 3.2.2005, sag T-19/01, Chiquita, Sml. II, s. 315, præmis 156-171. Jf. ligeledes sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. 1994 I, s. 4973, hvor generaladvokat Gulmann fastslog, at det er »afgørende, at Domstolen i [sagerne Fediol og Nakajima] støttede [sin beslutning om at prøve fællesskabsretsakter på grundlag af WTO-reglerne] på, at der ved henvisninger til de pågældende GATT-regler var særlige holdepunkter for, at en sådan prøvelse skulle foretages« (punkt 147). Efter hans opfattelse fandt Nakajima-undtagelsen ikke anvendelse i denne sag, eftersom den omhandlede fællesskabsforordning om bananer ikke henviste til GATT på denne måde. I dommens præmis 111 nåede Domstolen til samme resultat, skønt den ikke giver nogen begrundelse på dette punkt.

58 — Jf. ligeledes generaladvokat Tizzanos kommentarer i Van Parys-sagen, nævnt i fodnote 56, punkt 84-105.

fællesskabslovgivers »hensigt« med at træffe den anfægtede foranstaltning var at opfylde en særlig GATT-forpligtelse. Selv om det kan forekomme attraktivt først at fortolke denne test således, at der blot kræves en vurdering af lovgiverens subjektive hensigt, er dette efter min mening et fejlagtigt ræsonnement. For det første er det praktisk umuligt for Domstolen — og så meget mere for de enkeltpersoner, der søger at fastsætte rækkevidden af deres rettigheder — med sikkerhed at vide, hvad der var lovgiverens subjektive hensigt på tidspunktet for vedtagelsen af lovgivningen. Selv om betragtningerne til de relevante retsakter klart er en angivelse af den subjektive hensigt, er de ikke udtømmende i alle tilfælde. Man kan forestille sig, at næsten uudtømmelige beviskilder bliver fremført, som ikke alle er tilgængelige for offentligheden, hvis man foretog en prøvelse af den subjektive hensigt. Domstolen har desuden ikke hidtil været konsekvent i vurderingen af relevansen af de direkte beviser for fællesskabslovgivers subjektive hensigt. I tilfælde som Van Parys-sagen har Domstolen afvist anvendeligheden af Nakajima-doktrinen under omstændigheder, hvor fællesskabslovgiverens subjektive hensigt — som udtrykt i præamblen og i det daværende ansvarlige kommissionsmedlems kommentarer — var at opfylde en forpligtelse under WTO.

75. På baggrund heraf ville det være kunstigt og i strid med retssikkerheden at hævde, at det eneste kriterium for at bedømme, om Nakajima-undtagelsen finder anvendelse, er lovgiverens subjektive hensigt [59]. Vurderingen bør snarere begrænses til en undersøgelse af formålet med fællesskabslovgivningen på grundlag af en fuldt objektiv fortolkning af den anfægtede bestemmelse. Selv om henvisningen til lovgivningens præambel klart er en relevant faktor i denne forbindelse, er en udtrykkelig henvisning i præamblen til målet om at opfylde en forpligtelse under WTO efter min mening hverken afgørende (som Van Parys-sagen viser) eller nødvendig (i modsætning til Kommissionens og Fonterra Logistics' argumentation).

76. Selv om der ikke forekommer nogen henvisning i præamblen, er Nakajima-testen efter min mening opfyldt, når det klart fremgår af en sammenligning af indholdet af den anfægtede fællesskabsbestemmelse på den ene side og en særlig WTO-forpligtelse på den anden side, at bestemmelsen faktisk er resulteret i gennemførelse eller inkorporering af WTO-forpligtelsen i fællesskabsretten. I så fald er det ved en objektiv betragtning tilstrækkelig klart, at fællesskabslovgiveren har valgt at inkorporere sine forpligtelser under WTO i Fællesskabets retssystem, hvilket indebærer, at fællesskabsbestemmelsen kan prøves med hensyn til overensstemmelsen med WTO-retten.

59 — Jeg skal tilføje, at dette resultat analogt svarer til den valgte fremgangsmåde ved vurdering af hensigten i forbindelse med begrebet misbrug af fællesskabsretten. Jf. f.eks. dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, og mit forslag til afgørelse i sag C-109/01, Akrich, Sml. 2003 I, s. 9607, punkt 102 og 174.

4. Anvendelse af Nakajima på nærværende sag

77. Ved anvendelse af dette kriterium i nærværende sag er spørgsmålet, om det objektive mål med artikel 25, stk. 1, og/eller artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 er at gennemføre artikel XVII, stk. 1, litra a), i GATT, og artikel 1, stk. 3, i aftalen om importlicensprocedure i fællesskabsretten.

78. Det er klart, at disse artikler indgår i Fællesskabets bestemmelser om regulering af import i Fællesskabet af mejeriprodukter til nedsat sats under toldindrømmelser i henhold til bilag CXL, der som anført i betragtningerne til forordning nr. 2535/2001 blev udstedt ved forhandlinger i henhold til artikel XXIV, stk. 6, i GATT [60]. I denne henseende er der en klar parallel til den tidligere omtalte sag C-352/96, Italien mod Rådet. Som i den nævnte sag er det klart, at forordning nr. 2535/2001 gennemfører en aftale i Fællesskabet, der er indgået i medfør af artikel XXIV, stk. 6, i GATT. Heraf følger af de samme grunde som de nævnte i denne sag, at Fællesskabet ønskede at opfylde sine forpligtelser under WTO ved at vedtage artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001, og at Nakajima-undtagelsen derfor skal anses for at gælde her. Jeg skal bemærke, at selv om det, der er gjort gældende i nærværende sag, ikke er en tilsidesættelse af artikel XXIV, stk. 6, i GATT, men af andre bestemmelser, er jeg enig i generaladvokat Mischos nævnte synspunkt, at dette ikke ændrer noget ved vurderingen. At begrænse overensstemmelseskontrollen til artikel XXIV, stk. 6, i GATT vil efter min mening være ensbetydende med en utilstrækkelig vurdering af fællesskabslovgiverens objektive mål med vedtagelsen af de anfægtede bestemmelser og vil være en alvorlig hindring for effektiviteten af Nakajima-undtagelsen i denne sag.

79. Af de anførte grunde skal artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 prøves med hensyn til overensstemmelsen med artikel XVII, stk. 1, litra a), i GATT, og artikel 1, stk. 3, i aftalen om importlicensprocedure.

5. Artikel XVII, stk. 1, litra a), i GATT

80. Ifølge artikel XVII, stk. 1, litra a), i GATT »forpligter enhver kontraherende part sig til, såfremt den opretter eller opretholder et statsforetagende, hvor dette end måtte være beliggende, eller såfremt den formelt eller reelt yder noget foretagende enerettigheder eller særlige forrettigheder, at drage omsorg for, at et sådant foretagende ved køb eller

60 — Se fjerde betragtning, afsnit a), og forordningens artikel 24, stk. 1.

salg, som medfører enten indførsel eller udførsel, handler i overensstemmelse med de almindelige principper for ikke-diskriminerende behandling, som er foreskrevet i denne overenskomst for så vidt angår regeringsforanstaltninger, der berører private handlendes ind- eller udførsel«.

81. Hvad angår artikel 25, stk. 1, er det, af de grunde, jeg tidligere har anført, i nærværende sag klart, at den procedure, som Kommissionen har fastsat for importordningen for newzealandsk smør, de facto giver Fonterra-koncernen eneret til at importere smørret til Fællesskabet. Det er ligeledes klart, at Kommissionen af tilsvarende grunde, som jeg tidligere har anført i forbindelse med det fællesskabsretlige princip om forbud mod forskelsbehandling, ikke har sikret, at Fonterra-koncernen handler på en ikke-diskriminerende måde i den forstand, hvor udtrykket anvendes i artikel XVII, stk. 1, litra a). Jeg henviser her i særdeleshed til afsnit b) i denne artikel, hvori det præciseres, at »[b]estemmelserne i afsnit a) i dette stykke skal anses for at kræve, at de omhandlede virksomheder giver andre kontraherende parter rimelige muligheder for at deltage i dette salg eller dette køb under fri konkurrence betingelser og i overensstemmelse med sædvanlig handelspraksis« [61]. Jeg skal her alene påpege, at i nærværende sag har ingen anden part den mindste mulighed for at konkurrere om retten til at importere smør til Fællesskabet [62]. På denne baggrund bør artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 efter min mening erklæres ugyldig, da den er i strid med artikel XVII, stk. 1, litra a) i GATT.

82. Jeg mener imidlertid ikke, at artikel 35, stk. 2, i forordningen tilsidesætter denne bestemmelse. I modsætning til artikel 25, stk. 1, giver denne bestemmelse ikke i sig selv Fonterra-koncernen mulighed for, ved tildeling af eneret, at handle på diskriminerende måde, men bestemmer alene, at importlicenser skal ansøges i Det Forenede Kongerige.

6. Artikel 1, stk. 3, i GATT-aftalen om importlicensprocedure

83. Artikel 1, stk. 3, i aftalen om importlicensprocedure bestemmer, at »reglerne for importlicensudstedelse anvendes neutralt og administreres på en redelig og retfærdig måde«. WTO's Appellate Body (appelorgan) har i denne henseende vurderet, at aftalen ikke regulerer bestemmelserne om import-

61 — Jf. endvidere Appellate Body report Canada — Wheat Exports and Grain Imports, WT/DS276/AB/R, 2004.

62 — Jf. endvidere Panel report Korea — Various Measures on Beef, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 2000.

licenser som sådan, men derimod de procedurer, hvorved de anvendes og forvaltes [63]. Eksempler på tilfælde, der er blevet anset for at vedrøre »reglerne« snarere end procedurerne, omfatter anvendelsen af et system med forskellige licenser for visse medlemmer [64] og foranstaltninger, der ved tildelingen af licens prioriterer importører som tillige var eksportører [65]. Selv om dette kan være en vanskelig sondring at anvende i visse tilfælde, forekommer det mig, at i nærværende sag bør både artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 anses for »regler«, der regulerer licenser for import til Fællesskabet, og ikke alene for procedurer til forvaltning af reglerne. Jeg mener derfor ikke, at disse bestemmelser tilsidesætter artikel 1, stk. 3, i aftalen om importlicensprocedure.

D — *De tidsmæssige virkninger*

84. Som det klart fremgår af det anførte, mener jeg, at artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 er i strid med fællesskabsretten og derfor bør erklæres ugyldige. Det sidste spørgsmål, jeg skal undersøge, er de tidsmæssige virkninger af en sådan afgørelse. Det er fast praksis, at når tvingende retssikkerhedsmæssige hensyn begrunder det, har Domstolen i medfør af artikel 231, stk. 2, EF, som finder analog anvendelse også i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse, et skøn med hensyn til at afgøre, hvilke virkninger af annullerede fællesskabsretlige bestemmelser der skal betragtes som bestående [66].

85. Hvad angår artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 — og i særdeleshed kravet om at besidde et IMA 1-certifikat ved ansøgning om importlicens for newzealandsk smør — er det klart, at en umiddelbar ophævelse af dette krav ville have uacceptable følger for importordningens sikkerhed og garantien for produktkvaliteten. Følgen heraf er efter min opfattelse, at virkningen af denne bestemmelse bør opretholdes indtil ikrafttræden af en erstatningsbestemmelse vedtaget af Kommissionen, som ikke tilsidesætter fællesskabsbestemmelserne om forbud mod forskelsbehandling og konkurrencebestemmelserne. Hvad imidlertid angår artikel 35, stk. 2, i forordning nr. 2535/2001 ser jeg ingen grund til, at de tidsmæssige virkninger af denne bestemmelse skulle begrænses. Ophævelsen af denne bestemmelse har til virkning, at — som for andre produkter omfattet af IMA 1-certifikater — ansøgning

63 — Report of the Appellate Body on European Communities — regime for the importation, sale and distribution of bananas, WT/DS27/AB/R, 1997, punkt 196 ff.

64 — A.st.

65 — Panel report on European Communities — measures affecting the importation of certain poultry products, WT/DS699/R, 1998, punkt 254.

66 — Jf. f.eks. dom af 27.2.1985, sag 112/83, Société de Produits de Maïs mod Administration des douanes, Sml. s. 719, præmis 16-18, af 10.3.1992, forenede sager C-38/90 og C-151/90, R mod Lomas m.fl., Sml. I, s. 1781, præmis 23, og af 8.11.2001, sag C-228/99, Silos, Sml. I, s. 8401, præmis 35.

om importlicens kan indgives til ethvert organ, der udsteder importlicenser i en medlemsstat. Det forhold, at den udstedende myndighed i Det Forenede Kongerige i medfør af artikel 35, stk. 2, andet afsnit, og af artikel 38 i forordning nr. 2535/2001 har visse accessoriske forpligtelser til kontrol med IMA 1-certifikater af statistiske grunde, er efter min mening ikke en tilstrækkelig tungtvejende grund til at ændre dette forhold. Endvidere er intet, under forbehold af at myndighederne samarbejder, til hinder for, at myndighederne i Det Forenede Kongerige fortsat udfører denne funktion.

V — Forslag til afgørelse

86. På baggrund af det anførte mener jeg, at Domstolen bør besvare spørgsmålene fra Verwaltungsgericht således:

»1) Artikel 25, stk. 1, og artikel 35, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2535/2001 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF) nr. 1255/1999 for så vidt angår importordningen for mælk og mejeriprodukter og åbning af toldkontingenter er ugyldige.

2) Virkningen af artikel 25, stk. 1, i forordning nr. 2535/2001 opretholdes, indtil en erstatningsbestemmelse, som ikke tilsidesætter fællesskabsbestemmelserne om forbud mod forskelsbehandling og konkurrencebestemmelserne, træder i kraft.«