FRANZ EGENBERGER

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED van 1 december 2005 [1]

I — Inleiding

1. De onderhavige zaak, een verzoek om een prejudiciële beslissing van het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (administratieve rechtbank te Frankfurt) (Duitsland), betreft de geldigheid van een aantal aspecten van verordening nr. 2535/2001 van de Commissie houdende uitvoeringsbepalingen van verordening nr. 1255/1999 van de Raad voor de invoerregeling voor melk en zuivelproducten en houdende opening van tariefcontingenten. In deze zaak worden een aantal belangrijke principiële vragen aan de orde gesteld. In de eerste plaats, wat is de juiste norm voor rechterlijke toetsing van de wettelijke regelingen die de Commissie op landbouwgebied heeft vastgesteld aan gemeenschapsrechtelijke voorschriften van hogere rang, in het bijzonder dat van non-discriminatie? Meer bepaald, moet rechterlijke toetsing op dit gebied in alle omstandigheden beperkt zijn? In de tweede plaats, in welke mate kan de Commissie bij de vaststelling van wettelijke regelingen worden gebonden door communautaire mededingingsregels, in het bijzonder artikel 86, lid 1, EG. In de derde plaats, dient het Hof zijn eigen rechtspraak te herzien waarin de omstandigheden worden gespecificeerd waaronder secundair gemeenschapsrecht door de rechter kan worden getoetst aan het WTO-recht? Dit doet wederom de delicate kwestie rijzen van de onderlinge relatie tussen de communautaire rechtsorde en het WTO-recht. Ik zal op deze vragen terugkomen na een beschrijving van de achtergrond van de zaak.

II — Voorgeschiedenis en rechtskader

A — *Voorgeschiedenis*

2. Voor zijn toetreding tot de Europese Economische Gemeenschap in 1973 was het Verenigd Koninkrijk de traditionele exportmarkt voor Nieuw-Zeelandse boter. Teneinde deze markt te behouden mochten ingevolge Protocol nr. 18 bij de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk (hierna: „Protocol nr. 18") voor een aanvankelijke periode van vijf jaar vaste hoeveelheden Nieuw-Zeelandse boter en

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

kaas tegen verlaagde douanerechten in het Verenigd Koninkrijk worden ingevoerd. [2] Op grond van artikel 1, lid 4, van Protocol nr. 18 gold als voorwaarde voor deze verlaagde heffingen dat de overeenkomstig het Protocol in het Verenigd Koninkrijk ingevoerde producten niet in de Gemeenschap werden verhandeld of opnieuw naar derde landen werden uitgevoerd. De aanvankelijke handelsbeperkingen werden geleidelijk opgeheven: ingevolge verordening nr. 3667/83 van de Raad kon ingevoerde Nieuw-Zeelandse boter in het Verenigd Koninkrijk worden gebruikt voor verwerking (niet uitsluitend voor rechtstreekse consumptie) en als gevolg van verordening nr. 3841/92 van de Raad [3] kon deze binnen de Gemeenschap (en niet alleen in het Verenigd Koninkrijk) vrij worden verhandeld. Bij een aantal op grond van artikel 5, lid 2, van Protocol nr. 18 vastgestelde verordeningen van de Raad werd de in het Protocol voorziene invoerregeling verlengd tot 1995.

3. Vanaf 1 juli 1995 werden de tariefcontingenten in de sector melk en zuivelproducten beheerst door de Overeenkomst inzake de landbouw die is gesloten in het kader van de multilaterale handelsbesprekingen van de Uruguay-Ronde van de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) van de World Trade Organisation (WTO). Wat de Europese Gemeenschappen betreft, bevatte de regeling tariefconcessies voor bepaalde zuivelproducten, die tegen een verlaagd recht in de Gemeenschap moesten worden ingevoerd, welke in de voor deze zaak relevante vorm worden genoemd in lijst CXL die is opgesteld naar aanleiding van onderhandelingen krachtens artikel XXIV, lid 6, van de GATT (hierna: „lijst CXL"). De in deze regeling voorziene tariefcontingenten voor de invoer van Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap werden in gemeenschapsrecht ten uitvoer gelegd bij verordeningen van de Commissie. [4]

B — *Toepasselijk gemeenschapsrecht*

Verordening nr. 1255/1999 van de Raad

4. In verordening nr. 1255/1999, die is vastgesteld op basis van artikel 37 EG, is de regeling neergelegd voor de gemeenschappelijke marktordening van melk en zuivelproducten. [5] Deze regeling voorziet in een interne gemeenschapsmarkt voor melk en

2 — Protocol nr. 18 betreffende de invoer in het Verenigd Koninkrijk van boter en kaas uit Nieuw-Zeeland (PB 1972, L 73, blz. 173), artikelen 1 en 2. Deze rechten werden aanvankelijk vastgesteld teneinde Nieuw-Zeeland de mogelijkheid te bieden, een prijs voor boter en kaas te verkrijgen die overeenkwam met de gemiddelde prijs die het in de jaren 1969-1972 op de markt van het Verenigd Koninkrijk had verkregen, zonder de afzet van boter en kaas uit de Gemeenschap in gevaar te brengen; zie de artikelen 1, lid 3, en 2, lid 2, van Protocol nr. 18.

3 — Zie verordening (EEG) nr. 3667/83 van de Raad van 19 december 1983 inzake de voortzetting van de invoer, onder bijzondere voorwaarden, van boter uit Nieuw-Zeeland in het Verenigd Koninkrijk (PB L 366, blz. 16) en verordening (EEG) nr. 3841/92 van de Raad van 17 december 1992 inzake de voortzetting van de invoer, onder bijzondere voorwaarden, van boter uit Nieuw-Zeeland in het Verenigd Koninkrijk (PB L 390, blz. 1).

4 — Zie verordening (EG) nr. 1600/95 van de Commissie van 30 juni 1995 houdende uitvoeringsbepalingen van de invoerregeling en houdende opening van tariefcontingenten in de sector melk en zuivelproducten (PB L 151, blz. 12), en verordening (EG) nr. 1374/98 van de Commissie van 29 juni 1998 houdende uitvoeringsbepalingen van de invoerregeling en houdende opening van tariefcontingenten in de sector melk en zuivelproducten (PB L 185, blz. 21).

5 — Verordening (EG) nr. 1255/1999 van de Raad van 17 mei 1999 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelproducten (PB L 160, blz. 48), zoals gewijzigd.

zuivelproducten gebaseerd op het interventiebeginsel (titel I van verordening nr. 1255/1999) en in een uniforme regeling van het handelsverkeer in deze producten met derde landen (titel II van verordening nr. 1255/1999). Volgens de zeventiende overweging van de considerans van deze verordening dient die regeling van het handelsverkeer gebaseerd te zijn op de verbintenissen die de Gemeenschap is aangegaan bij de multilaterale handelsbesprekingen van de Uruguayronde.

Verordening nr. 2535/2001 van de Commissie

5. Artikel 26, lid 1, van verordening nr. 1255/1999 bepaalt dat „voor alle invoer in de Gemeenschap van de in artikel 1 bedoelde producten [...] een invoercertificaat [moet] worden overgelegd. Voor alle uitvoer van deze producten uit de Gemeenschap kan een uitvoercertificaat verplicht worden gesteld". Volgens artikel 26, lid 2, „[wordt] het certificaat [...], onverminderd de bepalingen voor de toepassing van de artikelen 29, 30 en 31, door de lidstaten afgegeven aan elke belanghebbende die daarom verzoekt, ongeacht zijn plaats van vestiging in de Gemeenschap. Invoer- en uitvoercertificaten zijn geldig in de hele Gemeenschap. [...]" Artikel 26, lid 3, van verordening nr. 1255/1999 bepaalt dat de Commissie volgens de procedure van artikel 42 de lijst van de producten vaststelt waarvoor uitvoercertificaten worden geëist alsmede de geldigheidsduur van de certificaten en de andere uitvoeringsbepalingen van dit artikel. Artikel 29, lid 1, van de verordening bepaalt dat „de tariefcontingenten voor de in artikel 1 bedoelde producten die voortvloeien uit de overeenkomstig artikel 300 van het Verdrag gesloten overeenkomsten of andere handelingen van de Raad, worden geopend en beheerd volgens bepalingen die worden vastgesteld volgens de procedure van artikel 42". Mogelijke methoden voor het beheer van contingenten worden genoemd in artikel 29, lid 2, dat specificeert dat die methoden „elke vorm van discriminatie tussen de betrokken marktdeelnemers (moeten) voorkomen".[6] Ingevolge artikel 44 van verordening nr. 1255/1999 moet de verordening „zodanig worden toegepast dat gelijkelijk en op passende wijze rekening wordt gehouden met de in de artikelen 33 en 131 van het Verdrag gestelde doeleinden".

6. Verordening nr. 2535/2001, die is vastgesteld op basis van de artikelen 26, lid 3, en 29, lid 1, van verordening nr. 1255/2001, geeft regels voor de uitvoering van de invoerregelingen voor melk en zuivelproducten en voor de opening van tariefcontingenten. Titel 2 van verordening nr. 2535/2001 bevat specifieke regels inzake de invoer met verlaagd recht. In deze titel zijn drie verschillende invoerregelingen opgenomen die elk betrekking hebben op bepaalde omschreven producten en waarvoor een verlaagd recht geldt.

7. De eerste mogelijke regeling (hoofdstuk I van titel 2) voorziet in een stelsel van invoer in het kader van door de Gemeenschap

6 — In artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999 worden drie mogelijke methoden voor het beheer van contingenten genoemd. Artikel 30 van deze verordening bevat een soortgelijke lijst van methoden.

geopende contingenten op basis van uitsluitend invoercertificaten, waarvoor via de autoriteiten van de lidstaten een aanvraag moet worden ingediend bij de Commissie. De tweede mogelijke regeling (hoofdstuk II van titel 2) voorziet in een stelsel van preferentiële invoer buiten de contingenten uitsluitend op basis van een invoercertificaat. De derde mogelijke regeling (hoofdstuk III van titel 2) voorziet in een stelsel van invoer op basis van een invoercertificaat dat vergezeld gaat van een zogenoemd „Inward Monitoring Arrangements (IMA 1) Certificate". Dit hoofdstuk bestaat uit twee afzonderlijke afdelingen: afdeling 1, een algemene afdeling waarin de regeling van het certificaat IMA 1 wordt uiteengezet, en afdeling 2, die alleen geldt voor de invoer van Nieuw-Zeelandse boter.

8. Op grond van artikel 24 van afdeling 1 geldt de invoer waarop die afdeling van toepassing is voor invoer in het kader van de naar land van oorsprong gespecificeerde contingenten van de lijst CXL, die, zoals weergegeven in bijlage III, A, bij verordening nr. 2535/2001, invoer van Nieuw-Zeelandse boter omvat. In deze bijlage worden de rechten genoemd die op elke categorie van daarin genoemde producten moeten worden toegepast en, waar van toepassing, de maximale jaarlijks in te voeren hoeveelheden. Artikel 25, lid 1, van afdeling 1 bepaalt dat „voor de invoer van de in bijlage III genoemde producten tegen het aldaar vermelde recht [...] een invoercertificaat slechts tegen overlegging van een corresponderend certificaat IMA 1 (wordt) afgegeven voor de totale nettohoeveelheid die in dat certificaat IMA 1 is vermeld. Het certificaat IMA 1 moet voldoen aan de voorwaarden van artikel 40, lid 1, voor de in bijlage III, deel A, bedoelde boter van het contingent 09.4589 (hierna ‚Nieuw-Zeelandse boter'), en aan de artikelen 29 tot en met 33, voor de overige producten. Op het invoercertificaat staan het nummer en de datum van afgifte van het certificaat IMA 1 vermeld."

9. Artikel 30 van afdeling 1 bevat een aantal formele vereisten waaraan het certificaat IMA 1 moet voldoen. Ingevolge artikel 30, lid 2, worden de formulieren in één van de officiële talen van de Gemeenschap gedrukt en ingevuld, en mogen zij ook in de officiële taal of in één van de officiële talen van het land van uitvoer worden gedrukt en ingevuld. Volgens artikel 32, lid 2, is een certificaat IMA 1 slechts geldig indien het naar behoren is ingevuld en geviseerd door een met de afgifte belaste, in bijlage XII vermelde instelling, dat wil zeggen in het geval van Nieuw-Zeeland, de MAF Food Assurance Authority van het Nieuw-Zeelandse ministerie van Land- en Bosbouw (hierna: „MAF").

10. Afdeling 2 van hoofdstuk III, die alleen voor Nieuw-Zeelandse boter geldt, bepaalt in artikel 35, lid 2, dat „aanvragen om invoercertificaten [...] uitsluitend in het Verenigd Koninkrijk (mogen) worden ingediend. Het Verenigd Koninkrijk monitort alle certificaten IMA 1 die zijn afgegeven, geannuleerd, gewijzigd of gecorrigeerd of waarvan kopieën zijn afgegeven. Het ziet erop toe dat de totale hoeveelheid waarvoor invoercertificaten worden afgegeven, het contingent voor welk invoerjaar ook niet overschrijdt." Artikel 38 van afdeling 2 voorziet in een aantal verplichtingen voor de met de afgifte belaste Nieuw-Zeelandse instelling om de Commissie en de autoriteiten van het Verenigd

Koninkrijk bepaalde informatie te verstrekken over afgegeven certificaten IMA 1, waaronder het aantal afgegeven certificaten en annuleringen en wijzigingen van die certificaten. Artikel 39 van afdeling 2 voorziet in een stelsel van monitoring van de ingevoerde hoeveelheden Nieuw-Zeelandse boter, dat de lidstaten en het Verenigd Koninkrijk in het bijzonder verplicht om verschillende gegevens betreffende die invoer aan de Commissie mee te delen.

11. Krachtens titel 3 van verordening 2535/2001 nemen de lidstaten de nodige maatregelen om de goede werking van het bij deze verordening ingestelde certificatenstelsel te controleren.

C — *Nieuw-Zeelandse rechtskader*

Nieuw-Zeelandse regeling voor uitvoercertificaten

12. De procedure voor de verkrijging van uitvoercertificaten voor Nieuw-Zeelandse boter naar de Gemeenschap is neergelegd in de New Zealand Dairy Industry Restructuring Act 2001 (hierna: „DIRA"). De DIRA heeft de bedrijfsstructuur van de Nieuw-Zeelandse zuivelindustrie, met inbegrip van de exportregeling, aanzienlijk gewijzigd. Met name kon op grond van de DIRA de fusie plaatsvinden van de (op dat moment) twee grootste zuivelcoöperaties — New Zealand Co-operative Dairy Company Ltd en Kiwi Co-operative Dairies Ltd — in een nieuwe Fonterra Co-operative Group Limited (hierna: „Fonterra Co-operative"). Fonterra Co-operative is op haar beurt in het bezit van alle aandelen van de New Zealand Dairy Board (hierna: „NZDB"), een voormalige semi-overheidsinstantie, die bij de DIRA in een onderneming is omgezet. Subdeel 3 van de DIRA regelt internationale handel met aangewezen markten en bepaalt onder andere welke partijen aanspraak kunnen maken op preferentiële tarieven bij invoer in de Gemeenschap. Volgens artikel 21, lid 1, DIRA heeft subdeel 3 tot doel, „a) het maximaliseren van de economische voordelen voor Nieuw-Zeeland voortvloeiende uit tariefcontingenten die in stand worden gehouden door buitenlandse regeringen die de toegang tot hun nationale markten controleren; b) ervoor te zorgen dat die voordelen ten goede komen aan de Nieuw-Zeelandse zuivelindustrie; c) de belangen van Nieuw-Zeeland met betrekking tot die tariefcontingenten zeker te stellen; d) ervoor te zorgen dat de administratieve en andere regelingen die worden vastgesteld in overeenstemming zijn met de internationale verplichtingen van Nieuw-Zeeland." Artikel 21, lid 2, bepaalt dat „de Kroon het recht heeft om de economische voordelen voortvloeiende uit de in lid 1 genoemde tariefcontingenten, zeker te stellen [...]"

13. Artikel 23 DIRA bepaalt dat uitvoercertificaten nodig zijn om zuivelproducten naar bepaalde aangewezen markten uit te voeren (namelijk de markten waar preferentiële tariefcontingenten gelden). Op grond van artikel 24, lid 1, DIRA heeft de NZDB het exclusieve recht op die certificaten, aanvankelijk tot 31 december 2007 voor de

volledige relevante uitvoer van zuivelproducten naar de Gemeenschap. Ingevolge artikel 25 DIRA zullen die aanvankelijke certificaten na die datum voor gereduceerde hoeveelheden zuivelproducten zoals genoemd in artikel 25, lid 2, DIRA, doorlopen tot 31 december 2010. Artikel 26 DIRA bepaalt dat alle rechten op uitvoercertificaten die na 31 december 2007 beschikbaar komen (dat wil zeggen die niet automatisch aan de NZDB worden toegekend) aan de Kroon terugvallen en door de Kroon opnieuw moeten worden toegewezen.[7] Ingevolge artikel 28 DIRA mag de NZDB een aanvankelijk certificaat voor een aangewezen markt niet aan een andere persoon overdragen, als subcertificaat verlenen of anderszins van de hand doen.

De Nieuw-Zeelandse regeling inzake het certificaat IMA 1

14. Overeenkomstig verordening nr. 2535/2001 en zoals hierboven uiteengezet, is de MAF de enige instelling die bevoegd is certificaten IMA 1 voor de uitvoer vanuit Nieuw-Zeeland af te geven. De afgifte van certificaten IMA 1 voor Nieuw-Zeelandse boter, cheddar en bepaalde andere voor bewerking bestemde kazen wordt geregeld door de Dairy Industry (IMA Certification) Regulations 2000 (hierna: „IMA Regulations"). Artikel 5 van de IMA Regulations stelt de afgifte van een certificaat IMA 1 afhankelijk van een aantal voorwaarden, waaronder die dat de aanvraag moet worden ingediend door een instelling die in de regel het recht heeft, producten te exporteren waarvoor tariefcontingenten gelden.[8] Aangezien de NZDB op grond van de artikelen 24 en 25 DIRA als enige het voorlopige recht heeft op uitvoercertificaten voor Nieuw-Zeelandse boter die tegen preferentiële tarieven naar de Gemeenschap moet worden uitgevoerd, is zij dus de enige instantie waaraan certificaten IMA 1 kunnen worden verleend.

D — *Samenvatting van de procedure voor de uitvoer van Nieuw-Zeelandse boter tegen preferentiële tarieven naar de Gemeenschap*

15. Kort samengevat begint deze procedure met de aankoop van melk en de productie van zuivelproducten door Fonterra Co-operative. Deze producten worden verkocht aan de NZDB, volgens de DIRA de enige instelling die een uitvoercertificaat ontvangt voor de uitvoer van boter tegen preferentiële tarieven naar de Gemeenschap. Als enige houder van dergelijke uitvoercertificaten is de NZDB op grond van de IMA Regulations ook de enige instantie die in aanmerking komt voor de ontvangst van certificaten IMA 1 van de Nieuw-Zeelandse MAF. De NZDB verkoopt deze boter tezamen met het certificaat IMA 1 uitsluitend aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde indirecte dochtermaatschappij van Fonterra Co-operative, Fonterra Logistics Limited (hierna: „Fonterra Logistics"). Aangezien het bezit van een certificaat IMA 1 volgens verordening nr. 2535/2001 een noodzakelijke voorwaarde is voor de afgifte van een invoercertificaat voor Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap, is Fonterra Logistics de enige

7 — Artikel 26, leden 2 en 4, DIRA.

8 — Artikel 5, lid 1, sub b, IMA Regulations.

onderneming waaraan een dergelijk invoercertificaat kan worden verleend. Zij is dus de enige die Nieuw-Zeelandse boter tegen preferentiële rechten in de Gemeenschap kan invoeren. Nadat de douaneformaliteiten zijn vervuld — waaronder de betaling van het preferentiële tarief — verkoopt Fonterra Logistics de ingevoerde boter door aan zustermaatschappijen die indirecte dochtermaatschappijen van Fonterra Co-operatieve zijn en in andere lidstaten dan het Verenigd Koninkrijk actief zijn. [9]

III — Feiten en prejudiciële vragen

16. Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk (hierna: „verzoekster") is een Duitse onderneming die, onder meer, zuivelproducten, waaronder boter, in de Gemeenschap invoert krachtens preferentiële tariefcontingenten die in het kader van de WTO zijn overeengekomen en niet gespecificeerd zijn naar het land van herkomst. In 2001 diende zij een aanvraag in om van Fonterra Logistics preferentiële Nieuw-Zeelandse boter te mogen kopen die de communautaire douane nog niet was gepasseerd. Die aanvraag werd afgewezen op grond dat de Fonterra Group in de fase voor de douane alleen aan Fonterra Logistics boter voor invoer in de Gemeenschap verkocht. In augustus 2003 verzocht verzoekster overeenkomstig artikel 25 van verordening nr. 2535/2001 de Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (hierna: „BLE") om afgifte van een invoercertificaat voor 100 000 kg Nieuw-Zeelandse boter tegen een preferentieel tarief. In oktober 2003 wees de BLE deze aanvraag af op grond dat 1) een invoercertificaat volgens artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 alleen kan worden afgegeven tegen overlegging van een certificaat IMA 1, dat verzoekster niet bezat, en 2) aanvragen om invoercertificaten krachtens preferentiële Nieuw-Zeelandse botercontingenten volgens artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 alleen kunnen worden ingediend bij de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk. In november 2003 diende verzoekster tegen deze beslissing bezwaar in, dat de BLE in januari 2004 afwees. In februari 2004 stelde verzoekster tegen laatstgenoemde beslissing beroep in bij het Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, dat de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof de volgende vragen heeft voorgelegd:

„1) Is artikel 35, lid 2, van verordening (EG) nr. 2535/2001 van de Commissie in strijd met gemeenschapsrecht van hogere rang, met name het verbod van kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking van artikel 28 EG en het discriminatiever-

9 — Deze ondernemingen zijn dochtermaatschappijen van NZMP (AMP) Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde holdingmaatschappij die deel uitmaakt van de Fonterra Group. NZMP (AMP) Ltd is de rechtstreekse moedermaatschappij van Fonterra Logistics.

bod van artikel 34, lid 2, tweede alinea, EG, en met artikel 26, lid 2, van verordening (EG) nr. 1255/1999 van de Raad, zodat het ongeldig is?

2) Is artikel 25, lid 1, van verordening (EG) nr. 2535/2001 van de Commissie in strijd met gemeenschapsrecht van hogere rang, met name het discriminatieverbod van artikel 34, lid 2, tweede alinea, EG en het discriminatieverbod van artikel 29, lid 2, tweede alinea, van verordening (EG) nr. 1255/1999 van de Raad, met artikel 28 EG en artikel 82, eerste alinea, EG, zodat het ongeldig is?

3) Zijn de artikelen 25, lid 1, en 35, lid 2, van verordening (EG) nr. 2535/01 van de Commissie in strijd met artikel XVII, lid 1, sub a, van de Algemene Overeenkomst betreffende tarieven en handel (GATT) en met artikel 1, lid 3, van de Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen, zodat zij ongeldig zijn?"

17. Overeenkomstig artikel 93 van het Reglement voor de procesvoering zijn in deze zaak opmerkingen ingediend door verzoekster, de BLE, Fonterra Logistics alsmede de Franse Republiek, de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie. Op 27 september 2005 vond een terechtzitting plaats tijdens welke elk van deze partijen, met uitzondering van de Franse Republiek, alsmede de Republiek Polen opmerkingen hebben gemaakt.

IV — Analyse

A — *Eerste vraag*

18. Met zijn eerste vraag wenst het Verwaltungsgericht in wezen te vernemen, of artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001, voorzover het bepaalt dat aanvragen om invoercertificaten voor preferentiële Nieuw-Zeelandse boter alleen in het Verenigd Koninkrijk kunnen worden ingediend, in strijd is met 1) het in artikel 28 EG neergelegde beginsel van het vrije verkeer van goederen; 2) het non-discriminatiebeginsel van artikel 34, lid 2, tweede alinea, EG, en/of 3) artikel 26, lid 2, van verordening nr. 1255/1999.

1. Artikel 28 EG

19. De verwijzende rechter, ondersteund door verzoekster, de BLE en de Duitse regering stellen dat artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 in strijd is met

artikel 28 EG. Zijn inziens heeft het vereiste dat aanvragen om invoercertificaten in het Verenigd Koninkrijk moeten worden ingediend, tot gevolg dat het voor potentiële importeurs die niet in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd moeilijker wordt om boter vanuit Nieuw-Zeeland in te voeren, zodat het een beperking van het intracommunautaire handelsverkeer vormt.

20. Dit argument houdt echter geen rekening met het feit dat artikel 28 EG, zoals bepaald in artikel 23, lid 2, EG, alleen geldt voor producten welke van oorsprong zijn uit de lidstaten en op producten uit derde landen die zich in de lidstaten in het vrije verkeer bevinden. Volgens artikel 24 EG worden „als zich bevindend in het vrije verkeer in een lidstaat [...] beschouwd: de producten uit derde landen waarvoor in genoemde staat de invoerformaliteiten zijn verricht en de verschuldigde douanerechten en heffingen van gelijke werking zijn voldaan en waarvoor geen gehele of gedeeltelijke teruggave van die rechten en heffingen is verleend". In de onderhavige zaak geldt het vereiste dat een invoercertificaat in het Verenigd Koninkrijk moet worden aangevraagd per definitie voor Nieuw-Zeelandse boter, waarvoor de invoerformaliteiten in de Gemeenschap nog niet zijn vervuld en waarvoor nog geen douanerechten zijn betaald, zodat die boter (nog) niet als zich in de Gemeenschap in het vrije verkeer bevindend kan worden aangemerkt. Dientengevolge, en zoals door het Hof bevestigd in arresten als het arrest Donckerwolcke e.a. [10], geldt het in artikel 28 EG neergelegde verbod van kwantitatieve beperkingen niet voor dit vereiste. Artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 valt dus buiten de werkingssfeer van en moet niet in strijd worden geacht met artikel 28 EG.

2. Artikel 34, lid 2, tweede alinea, EG

21. Artikel 34 geeft aan hoe de Gemeenschap de in artikel 33, lid 1, EG gestelde doeleinden op landbouwgebied moet bereiken, namelijk door de totstandbrenging van een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten. De werkingssfeer van deze gemeenschappelijke ordening wordt omschreven in artikel 34, lid 2, EG. Meer bepaald, ofschoon die gemeenschappelijke ordening „alle maatregelen (kan) medebrengen welke noodzakelijk zijn om de in artikel 33 omschreven doelstellingen te bereiken, met name prijsregelingen, subsidies zowel voor de productie als voor het in de handel brengen der verschillende producten, systemen van voorraadvorming en opslag en gemeenschappelijke organisatorische voorzieningen voor de stabilisatie van de in- of uitvoer", gelden daarvoor drie uitdrukkelijke beperkingen. In de eerste plaats moet de gemeenschappelijke ordening „zich beperken tot het nastreven van de in artikel 33 genoemde doeleinden". In de tweede plaats moet zij „elke discriminatie

10 — Arrest van 15 december 1976, 41/76, Jurispr. blz. 1921, punt 16.

tussen producenten of verbruikers van de Gemeenschap uitsluiten". Ten slotte moet een eventueel gemeenschappelijk prijsbeleid voor een product „op gemeenschappelijke criteria en op eenvormige berekeningswijzen berusten".

22. De vraag is hier, of het vereiste dat een invoercertificaat voor Nieuw-Zeelandse boter in het Verenigd Koninkrijk moet worden aangevraagd, in strijd is met de tweede beperking, namelijk dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen producenten of verbruikers van de Gemeenschap. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat deze verplichting de specifieke uitdrukking is van het vereiste van gelijke behandeling, dat verlangt dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is. [11] Wanneer bij het treffen van maatregelen krachtens het gemeenschappelijk landbouwbeleid onderscheid wordt gemaakt tussen producenten en verbruikers, mag dit onderscheid dus alleen gebaseerd zijn op objectieve criteria. [12] Echter, „de omstandigheid dat een in het kader van een gemeenschappelijke marktordening genomen maatregel verschillende gevolgen kan hebben voor bepaalde producenten, al naargelang hun individuele productie, (kan) niet als een discriminatie [...] worden beschouwd, wanneer die maatregel is gebaseerd op objectieve criteria, die zijn aangepast aan wat voor de algemene werking van de gemeenschappelijke marktordening vereist is". [13]

23. Als uitgangspunt kan worden gesteld dat ofschoon niet alle aanvragers van invoercertificaten uit hoofde van artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 zonder meer kunnen worden aangemerkt als „producenten" in de Gemeenschap, de door artikel 34, lid 2, EG gebruikte term, dit mijns inziens geen invloed behoeft te hebben op mijn analyse. Dit volgt uit het vereiste dat het discriminatieverbod, als een fundamenteel beginsel van het gemeenschapsrecht, ruim moet worden uitgelegd. Voorts gebruiken beide in deze zaak aan de orde zijnde verordeningen het ruimere begrip van nondiscriminatie tussen „marktdeelnemers" of „importeurs". [14]

24. De eerste vraag is dus, of het vereiste dat aanvragen om invoercertificaten in het Verenigd Koninkrijk moeten worden ingediend een verschil in behandeling oplevert van potentiële importeurs in vergelijkbare posities. Terwijl de verwijzende rechter, verzoekster, de BLE, de Commissie alsmede de Franse en de Duitse regering stellen dat dit

11 — Arresten van 20 september 1988, Spanje/Raad, 203/86, Jurispr. blz. 4563, punt 25; 13 juli 2000, Unilet, C-117/99, Jurispr. blz. I-6077, punt 23; 17 maart 2005, Spanje/Raad, C-91/03, Jurispr. blz. I-2267, punt 43, en 13 januari 2005, Heineken Brouwerijen, C-126/04, Jurispr. blz. I-331, punt 16.

12 — Arrest Spanje/Raad, 203/86, aangehaald in voetnoot 11, punt 25.

13 — Zie arresten van 9 juli 1985, Bozetti, 179/84, Jurispr. blz. 2301, punt 34; 19 maart 1992, Hierl, C-311/90, Jurispr. blz. I-2061, en 11 mei 2000, Gascogne Limousin viandes, C-56/99, Jurispr. blz. I-3079, punt 44.

14 — Zie verordening nr. 1255/1999, art. 29, lid 2: „(de methoden voor het beheer van tariefcontingenten) moeten elke vorm van discriminatie tussen de betrokken marktdeelnemers voorkomen"; verordening nr. 2535/2001, considerans, overweging 2: „Op grond van de artikelen 26 en 29 van verordening (EG) nr. 1255/1999 moeten invoercertificaten worden afgegeven aan elke belanghebbende die daarom verzoekt, ongeacht zijn plaats van vestiging in de Gemeenschap, en moet, met inachtneming van alle relevante bepalingen, elke vorm van discriminatie tussen importeurs worden voorkomen."

vereiste potentiële importeurs van Nieuw-Zeelandse boter die in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd bevoordeelt ten opzichte van potentiële importeurs die in andere lidstaten zijn gevestigd, ontkent Fonterra Logistics dat dit een relevant verschil in behandeling oplevert in de zin van het non-discriminatiebeginsel. Zij stelt in het bijzonder dat er geen bewijs is dat niet in het Verenigd Koninkrijk gevestigde aanvragers grotere problemen en hogere kosten zouden hebben dan aanvragers die wel in het Verenigd Koninkrijk zijn gevestigd.

25. Ik kan het betoog van Fonterra Logistics op dit punt niet aanvaarden. Het is duidelijk dat, zoals de verwijzende rechter opmerkt, het aanvragen van een certificaat in het Verenigd Koninkrijk meer problemen zal opleveren voor niet dan voor wel in die lidstaat gevestigde importeurs. Om te beginnen is het voor een aanvrager gemakkelijker om een aanvraag in te dienen in zijn moedertaal. Ofschoon het juist is dat het voor zeer grote ondernemingen wellicht een normale procedure is om een aanvraag in het Engels te stellen zonder dat hierdoor extra kosten of ongemak ontstaan, kan het vereiste voor kleinere ondernemingen wel degelijk tot gevolg hebben dat er, bijvoorbeeld, extra vertaalkosten ontstaan. Daar komt bij dat, zou er een geding ontstaan, het feit dat een dergelijk geding in een vreemd rechtsstelsel zou plaatsvinden een nadeel oplevert voor ondernemingen buiten het Verenigd Koninkrijk. Deze mogelijke extra problemen voor importeurs buiten het Verenigd Koninkrijk zijn mijns inziens voldoende om een verschil in behandeling in de zin van het non-discriminatiebeginsel op te leveren. Er kan niet worden volstaan met het argument dat deze problemen in de praktijk door de meerderheid van de ondernemingen die zich met internationale handel willen bezighouden waarschijnlijk niet substantieel wordt geacht: er geldt voor de beoordeling geen de minimisregel.

26. Nu is vastgesteld dat artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 importeurs binnen en buiten het Verenigd Koninkrijk verschillend behandelt, is de tweede vraag of dit verschil objectief kan worden gerechtvaardigd. Dienaangaande stelt de Commissie dat het verschil in behandeling objectief gerechtvaardigd is, aangezien het evenredig is aan het met die bepaling beoogde doel. Zij baseert zich hoofdzakelijk op het argument dat, aangezien de Commissie een ruime beoordelingsvrijheid heeft bij de uitoefening van haar bevoegdheden in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, rechterlijke toetsing van deze uitoefening beperkt moet blijven tot het onderzoek van de vraag of zij de grenzen van haar bevoegdheden niet kennelijk heeft overschreden. Voorts heeft het vereiste dat invoercertificaten in het Verenigd Koninkrijk moeten worden aangevraagd tot doel, die lidstaat de gelegenheid te bieden om alle certificaten IMA 1 die worden ingediend, geannuleerd of gewijzigd efficiënt te controleren en ervoor te zorgen dat de totale hoeveelheid ingevoerde boter het voor dat jaar vastgestelde contingent niet overschrijdt.

27. Ik acht deze argumenten niet overtuigend, en wel om de volgende redenen.

28. Om te beginnen baseert zowel de Commissie als Fonterra Logistics haar stellingen in ruime mate op de veronderstelling dat de norm voor rechterlijke toetsing van wettelijke maatregelen van de Commissie op landbouwgebied per se in alle gevallen beperkt moet zijn. Ik ben het hier niet mee eens. Ik acht het essentieel om hier onderscheid te maken tussen, enerzijds, activiteiten van de Commissie van wetgevende aard, waarbij lastige beleidskeuzen moeten worden gemaakt en de Commissie een evenwicht moet vinden tussen de verschillende doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid zoals genoemd in artikel 33 EG, en, anderzijds, activiteiten van de Commissie waarbij die beleidskeuzen niet behoeven te worden gemaakt en zij alleen de praktische uitvoering en de toepassing van een stelsel of beleid specificeert.

29. In het eerste geval is duidelijk dat rechterlijke toetsing is beperkt tot het onderzoek of bij de vaststelling van de wetgevende maatregel geen kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid is begaan, dan wel of de Commissie daarbij de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet kennelijk heeft overschreden. [15] Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormt het beperkte karakter van rechterlijke toetsing hier de weerspiegeling van het feit dat „de gemeenschapswetgever [...] op het gebied van het landbouwbeleid over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, in overeenstemming met de hem bij de artikelen 34 EG en 37 EG toegekende politieke verantwoordelijkheid". Dientengevolge kan de „wettigheid van een op dit gebied genomen maatregel slechts ter discussie [...] staan, indien deze kennelijk ongeschikt is ter bereiking van het door de bevoegde instelling nagestreefde doel". [16] Voorbeelden van beslissingen die in het kader van deze politieke verantwoordelijkheid zijn genomen omvatten die welke zijn genomen als reactie op plotselinge ontwikkelingen in landbouwmarkten. Derhalve heeft het Hof geoordeeld dat „de Commissie [...] als enige in staat (is), de ontwikkeling van de landbouwmarkten voortdurend en nauwlettend te volgen en de dringende maatregelen te treffen die de situatie vereist. Blijkens vaste rechtspraak van het Hof kan de Raad derhalve genoopt zijn, de Commissie op het betrokken gebied een ruime beoordelings- en handelingsbevoegdheid te laten. De grenzen van die bevoegdheid moeten dan met name aan de hand van de algemene hoofddoelen van de marktordening worden bepaald." [17] Het Hof heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat de beslissing van de Commissie om te kiezen voor een beleid van het verbieden van vaccinatie gecombineerd met het afmaken van besmette dieren teneinde mond- en klauwzeer te bestrijden, onder de ruime discretionaire bevoegdheid viel die de Commissie in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid geniet. [18]

30. In het tweede geval — dat wil zeggen in het geval van maatregelen van de Commissie die geen beleidskeuzen inhouden en hoofd-

15 — Arrest van 6 maart 2003, Niemann, C-14/01, Jurispr. blz. I-2279, punt 39. Zie eveneens arresten van 12 juli 2001, Jippes e.a., C-189/01, Jurispr. blz. I-5689, punt 80, en 29 oktober 1998, Zaninotto, C-375/96, Jurispr. blz. I-6629, punt 64; arrest Gascogne Limousin viandes, aangehaald in voetnoot 13; arresten van 7 februari 2002, Weber, C-328/00, Jurispr. blz. I-1461, punt 32; 16 mei 2002, Schilling en Nehring, C-63/00, Jurispr. blz. I-4483, punt 39, en 12 mei 2005, ERSA, C-347/03, Jurispr. blz. I-3785.

16 — Arrest ERSA, aangehaald in voetnoot 15, punt 131; zie eveneens arresten van 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 8; 17 juli 1997, National Farmers' Union, C-354/95, Jurispr. blz. I-4559, punt 50, en 22 november 2001, Nederland/Raad, C-301/97, Jurispr. blz. I-8853, punt 74; arresten Schilling en Nehring, aangehaald in voetnoot 15, punt 39, en Niemann, aangehaald in voetnoot 15, punt 39.

17 — Arrest Niemann, aangehaald in voetnoot 15, punt 38. Zie eveneens arresten van 21 mei 1987, Rau e.a., 133/85–136/85, Jurispr. blz. 2289, punt 31; 11 maart 1987, Van den Bergh en Jurgens, C-265/85, Jurispr. blz. 1155, punt 14, en 21 maart 1991, SAFA, C-359/89, Jurispr. blz. I-1677, punt 16; arrest Hierl, aangehaald in voetnoot 13, punt 14.

18 — Arrest Jippes, aangehaald in voetnoot 15.

zakelijk uitvoerend of administratief van aard zijn — bestaat er mijns inziens geen reden waarom de omvang van de rechterlijke toetsing van dergelijke maatregelen beperkt zou zijn of, sterker nog, ook maar zou verschillen van de norm voor toetsing van maatregelen van de lidstaten waarbij zij de voorschriften van het gemeenschappelijk landbouwbeleid ten uitvoer leggen. In dergelijke gevallen ontbreekt de ratio voor het beperken van de toetsing, dat wil zeggen de fundamentele scheiding van de wetgevende en de rechterlijke functie, in die zin dat het niet de taak van de rechter is om „achteraf kritiek te leveren" op beleidskeuzen van wetgevende aard. Deze redenering ligt impliciet besloten in de hierboven aangehaalde rechtspraak van het Hof: het Hof behoeft wetgevende maatregelen van de Gemeenschap die zij in het kader van haar „politieke verantwoordelijkheden" krachtens de artikelen 34 EG en 37 EG neemt, niet aan een strenge toetsing te onderwerpen; de omvang van de rechterlijke toetsing van maatregelen van de Commissie moet alleen worden beperkt in gevallen waarin de Raad haar een ruime beoordelings- en handelingsbevoegdheid heeft gelaten. De argumenten voor een strengere rechterlijke toetsing van maatregelen van uitvoerende aard die de Commissie op landbouwgebied vaststelt zijn des te sterker wanneer het de toetsing betreft van de naleving van het non-discriminatiebeginsel, dat op grond van artikel 34, lid 2, EG een uitdrukkelijke in het Verdrag opgenomen beperking vormt voor de middelen om de doelstellingen van de Gemeenschap op landbouwgebied te verwezenlijken, zoals ik hierboven heb uiteengezet. Evenzo beperkt het mandaat van de Raad voor het beheer van de tariefcontingenten, zoals weergegeven in artikel 29 van verordening nr. 1255/1999, uitdrukkelijk de vrijheid om deze taak uit te voeren: alle methoden voor het beheer van de contingenten „moeten elke vorm van discriminatie tussen de betrokken marktdeelnemers voorkomen".

31. In de onderhavige zaak voert de Commissie voor het vereiste van artikel 35, lid 2, dat alle aanvragen om invoercertificaten in het Verenigd Koninkrijk moeten worden ingediend, als rechtvaardiging aan dat de aanvragen zo gemakkelijker en efficiënter kunnen worden gecontroleerd en geverifieerd en ervoor kan worden gezorgd dat het totale contingent voor de invoer van Nieuw-Zeelandse boter niet wordt overschreden. Ik acht deze rechtvaardiging ontoereikend. Ofschoon de doelstelling van de juiste supervisie, verificatie en controle van aanvragen om invoercertificaten in beginsel een geldige doelstelling is, is het verplichten van alle importeurs om aanvragen in het Verenigd Koninkrijk in te dienen een onevenredig middel om dit doel te bereiken. Het is in het bijzonder zeer de vraag hoe geschikt en doeltreffend een dergelijke verplichting is om dit doel te verwezenlijken. Er is geen bewijs dat de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk inherent voordeel hebben bij het toezicht op het beheer van de invoercertificaten. Zoals hierboven uiteengezet, in het kader van verordening nr. 2535/2001 is het enige product waarvoor een dergelijk vereiste geldt, Nieuw-Zeelandse boter. [19] In het geval van andere producten waarvoor naast een invoercertificaat een certificaat IMA 1 wordt verlangd (dat wil zeggen die welke onder afdeling 1 van titel 2, hoofdstuk III van verordening nr. 2535/2001 vallen) [20], kunnen die certificaten worden afgegeven door elke tot afgifte van een certificaat bevoegde instelling in de Gemeenschap. Ik kan geen objectieve reden ontdekken, en evenmin is er een aangevoerd, waarom een soortgelijke regeling in beginsel niet even doeltreffend

19 — Afdeling 2 van titel 2, hoofdstuk III van verordening nr. 2535/2001, waarin artikel 35, lid 2, is opgenomen, geldt alleen voor Nieuw-Zeelandse boter: zie boven.

20 — Dat wil zeggen 1) invoer in het kader van de naar land van oorsprong gespecificeerde contingenten van de lijst CXL, met uitzondering van Nieuw-Zeelandse boter; 2) invoer in het kader van de contingenten van de overeenkomst van de Gemeenschap met Noorwegen, 3) invoer in het kader van de overeenkomst van de Gemeenschap met Cyprus (artikel 24 van verordening nr. 2535/2001).

zou kunnen zijn in het geval van invoer van Nieuw-Zeelandse boter. Voorts verdient het vermelding dat verordening nr. 2535/2001 zelf de autoriteiten in elke lidstaat reeds verantwoordelijk maakt voor de controle op het gewicht en het vetgehalte van ingevoerde Nieuw-Zeelandse boter teneinde na te gaan of dit overeenkomt met hetgeen op het relevante certificaat IMA 1 is vermeld. [21]

32. Het is mijns inziens daarentegen duidelijk dat de ware reden voor de aanwezigheid van artikel 35, lid 2, in verordening nr. 2535/2001 historisch is. Zoals de Commissie in haar stellingen heeft erkend, was de oorspronkelijk reden waarom alle aanvragen om invoercertificaten voor Nieuw-Zeelandse boter in het Verenigd Koninkrijk moesten worden ingediend dat deze lidstaat, overeenkomstig Protocol nr. 18 van zijn toetredingsakte, het enige land was waarin die boter in de handel kon worden gebracht. Ofschoon die beperking na de vaststelling van verordening nr. 3841/92 werd opgeheven en preferentiële Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap vrijelijk kon worden verhandeld, bleef de verplichting om een invoercertificaat in het Verenigd Koninkrijk aan te vragen eenvoudigweg overeind, ondanks het feit dat de ratio ervan inmiddels volledig was achterhaald. Volgens mij is artikel 35, lid 2, dus in geen zinvolle betekenis een beleidsmaatregel die slechts aan een beperkte rechterlijke toetsing kan worden onderworpen.

33. Dit betekent dat er vandaag de dag slechts één mogelijk argument voor het behoud van deze stand van zaken is, namelijk dat het gemakkelijker is om de status quo te handhaven. Men kan zich voorstellen dat voorstanders van een dergelijk argument wellicht wijzen op de in het verleden opgedane ervaring van de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk bij de afhandeling van aanvragen om invoercertificaten voor Nieuw-Zeelandse boter. Zij zouden eveneens kunnen wijzen op het feit dat de verschillende verplichtingen om bepaalde informatie mee te delen, zoals opgenomen in de artikelen 38 EG en 39 EG, op dit moment enkel gelden voor de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk. Deze argumenten zijn echter niet overtuigend. Zoals reeds gezegd, zijn de autoriteiten van andere lidstaten thans bevoegd om aanvragen om invoercertificaten af te handelen voor alle andere producten waarvoor een certificaat IMA 1 is vereist. In elk geval weegt het belang om nadelen voor handelaren buiten het Verenigd Koninkrijk te vermijden mijns inziens zwaarder dan enig marginaal praktisch voordeel van de ervaring die de autoriteit van het Verenigd Koninkrijk hier wellicht heeft. Ofschoon het juist is dat andere artikelen van verordening nr. 2535/2001 in hun huidige vorm verwijzen naar de autoriteit van het Verenigd Koninkrijk als „contactpunt" voor Nieuw-Zeelandse boter, zie ik geen noodzakelijke reden waarom het een probleem zou opleveren om deze artikelen aldus te wijzigen dat zij verwijzen naar de tot afgifte van een certificaat bevoegde instellingen van de lidstaten of waarom het Verenigd Koninkrijk zijn statistieke taken dankzij samenwerking tussen de met afgifte belaste instellingen niet zou kunnen behouden, zoals ik hieronder zal stellen.

34. Gelet op een en ander, ben ik van mening dat artikel 35, lid 2, van verordening

21 — Bijlage IV bij verordening nr. 2535/2001.

nr. 2535/2001 in strijd is met het in artikel 34, lid 2, tweede alinea, EG neergelegde non-discriminatiebeginsel en derhalve nietig moet worden verklaard.

3. Artikel 26, lid 2, van verordening nr. 1255/1999

35. De laatste vraag van de verwijzende rechter over artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 betreft de verenigbaarheid ervan met artikel 26, lid 2, van verordening nr. 1255/1999.

36. Ofschoon het, gelet op de bovenstaande conclusie, niet echt nodig is dit punt te beantwoorden, wil ik erop wijzen dat de twee artikelen mijns inziens perfect verenigbaar zijn. Artikel 26, lid 2, van verordening nr. 1255/1999 bepaalt slechts dat certificaten (waaronder invoercertificaten) onverminderd de bepalingen voor de toepassing van de artikelen 29, 30 en 31, door de lidstaten wordt afgegeven aan elke belanghebbende die daarom verzoekt, ongeacht zijn plaats van vestiging. Het staat echter niet ter discussie dat invoercertificaten krachtens artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 (in theorie) kunnen worden afgegeven aan in andere lidstaten gevestigde aanvragers. Het punt is veeleer dat zij, zoals hierboven uiteengezet, in de praktijk bij de aanvraag van dergelijke certificaten waarschijnlijk in een ongunstiger positie zijn. Het feit dat artikel 26, lid 2, spreekt van certificaten afgegeven door „lidstaten" in het meervoud is mijns inziens niet doorslaggevend, aangezien het hier een onderdeel betreft van een algemene bepaling dat voor invoer in de Gemeenschap een certificaat moet worden overgelegd en dat voor uitvoer een certificaat verplicht kan worden gesteld. Ik acht het gebruik van het meervoud hier niet noodzakelijkerwijze bedoeld om de mogelijkheid uit te sluiten om — waar noodzakelijk en gerechtvaardigd — één lidstaat bevoegdheid te verlenen om certificaataanvragen voor een bepaald product in ontvangst te nemen. [22]

B — *Tweede vraag*

37. Met zijn tweede vraag wenst het Verwaltungsgericht in wezen te vernemen of artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001, voorzover het bepaalt dat invoercertificaten voor bepaalde producten, waaronder preferentiële Nieuw-Zeelandse boter, alleen kunnen worden afgegeven tegen overlegging van een certificaat IMA 1 aan de voor afgifte bevoegde autoriteit, in strijd is met 1) het non-discriminatiebeginsel van artikel 34, lid 2, tweede alinea, EG en van artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999; 2) artikel 28 EG, en/of 3) artikel 82, eerste alinea, EG, zodat het ongeldig moet worden verklaard.

22 — Voorts geeft het bepaalde dat certificaten worden afgegeven „onverminderd de bepalingen voor de toepassing van de artikelen 29, 30 en 31" mijns inziens slechts aan dat lidstaten bij de afgifte van certificaten rekening moeten houden met de methoden voor het beheer van (import en export) contingenten die de Commissie krachtens deze artikelen vaststelt.

1. Discriminatieverbod

38. Het eerste punt is, of het vereiste dat invoercertificaten voor bepaalde producten, waaronder preferentiële Nieuw-Zeelandse boter, alleen kunnen worden afgegeven tegen overlegging van een certificaat IMA 1 aan de voor afgifte bevoegde autoriteit, in strijd is met het non-discriminatiebeginsel zoals geformuleerd in artikel 34, lid 2, EG en in artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999. Ik zal deze artikelen gezamenlijk behandelen, aangezien zij mijns inziens hetzelfde beginsel tot uitdrukking brengen, namelijk, zoals hierboven omschreven, het vereiste van gelijke behandeling in die zin dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk mogen worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is. Artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999 formuleert dit beginsel slechts in de specifieke context van het beheer van tariefcontingenten.

39. Er zijn in theorie twee mogelijke betekenissen waarin een bepaling van een wetgevende maatregel van de Commissie in strijd kan zijn met het non-discriminatieverbod.

40. De eerste is de betekenis die ik hierboven heb besproken, dat wil zeggen waar de bewoordingen van de bepaling zelf een criterium gebruiken dat tot gevolg heeft dat marktdeelnemers verschillend worden behandeld, in casu bij de verlening van invoercertificaten. Artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 is niet discriminerend in deze zin. Het is juist dat het artikel op het eerste gezicht tot een verschil in behandeling leidt: door de afgifte van dergelijke certificaten afhankelijk te stellen van het bezit van een certificaat IMA 1, maakt het artikel onderscheid tussen marktdeelnemers die wel en marktdeelnemers die niet in het bezit van een dergelijk certificaat zijn. Dit verschil in behandeling is mijns inziens echter gerechtvaardigd. In casu wordt het doel van het vereiste dat men voor de afgifte van een invoercertificaat in het bezit moet zijn van een certificaat IMA 1 uiteengezet in de negende overweging van de considerans van verordening nr. 2535/2001. Volgens die overweging is het belangrijkste doel van het vereiste de vergemakkelijking en vereenvoudiging van de invoerprocedures, door het de autoriteiten gemakkelijker te maken om te controleren of de ingevoerde producten aan de omschrijving van de betrokken goederen beantwoorden en het tariefcontingent in acht wordt genomen. Het certificaat IMA 1, dat door het land van uitvoer wordt afgegeven, vormt namelijk een garantie dat de uitgevoerde producten aan de omschrijving voldoen.

41. Deze rechtvaardiging is in beginsel volledig aanvaardbaar. Bij de artikelen 26, lid 1, en 29, lid 1, van verordening nr. 1255/1999, de rechtsgrondslag voor verordening nr. 2535/2001 heeft de Raad de Commissie een mandaat gegeven om, onder meer, nadere bepalingen vast te stellen voor de toepassing van de invoerregeling voor de in die artikelen genoemde melk en zuivelproducten. De beslissing van de Commissie om voor bepaalde producten een aanvullend certificaat — het certificaat IMA 1 — verplicht te stellen teneinde gemakkelijker te kunnen controleren of ingevoerde producten aan de omschrijving van de goederen beantwoorden en het tariefcontingent in acht wordt genomen, is een klassiek voorbeeld van een beleidskeuze die binnen de grenzen van haar beoordelingsvrijheid valt. Voorts

stelt verzoekster uitdrukkelijk in beginsel geen bezwaar te hebben tegen het feit dat een certificaat IMA 1 wordt verlangd. Er kan daarom niet worden gesteld dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 op het eerste gezicht zelf onderscheid maakt tussen marktdeelnemers. In die zin is het niet discriminerend.

42. Er is mijns inziens echter een tweede, afzonderlijke zin waarin een bepaling van een wetgevende maatregel van de Commissie in strijd kan zijn met het non-discriminatiebeginsel. Dit betreft het scenario waarin de Commissie uitdrukkelijk verplicht is om de gelijke behandeling van marktdeelnemers in de Gemeenschap te verzekeren en waarin zij één van de administratieve taken die zij, krachtens het wetgevende mandaat dat de Raad haar heeft verleend, met de vaststelling van de wettelijke regeling diende uit te voeren, aan een derde staat delegeert. In een dergelijk geval is de Commissie verplicht ervoor te zorgen dat het non-discriminatiebeginsel ook in acht wordt genomen door de derde staat waaraan zij haar administratieve taak heeft gedelegeerd. Doet zij dit niet en leidt dit tot een discriminatie van marktdeelnemers in de Gemeenschap, dan moet de aansprakelijkheid voor de inbreuk op het non-discriminatiebeginsel rechtstreeks bij de Commissie worden gelegd.

43. Er bestaan zwaarwegende redenen om dit soort gedelegeerde discriminatie aan de Commissie toe te schrijven. In de eerste plaats kan de Commissie, waar de Raad haar heeft belast met de uitvoering van een taak met inachtneming van het beginsel van non-discriminatie, niet van deze verplichting worden ontslagen alleen omdat zij ervoor heeft gekozen die taak (ten dele) aan een derde staat te delegeren. Dit zou niet alleen indruisen tegen de bedoeling van de Raad zoals deze in het mandaat tot uitdrukking is gebracht[23], maar eveneens de doeltreffendheid in gevaar brengen van het fundamentele discriminatieverbod zoals dit in het Verdrag is neergelegd. In de tweede plaats is de schade, bezien vanuit het oogpunt van de marktdeelnemer in de Gemeenschap, precies dezelfde, of de discriminerende voorschriften nu door een derde staat of door de Commissie worden uitgevoerd.

44. Het is in de onderhavige zaak duidelijk dat het door de Raad aan de Commissie verleende mandaat om uitvoeringsbepalingen vast te stellen van verordening nr. 1255/1999 voor de invoerregeling voor melk en zuivelproducten en houdende opening van tariefcontingenten, uitdrukkelijk afhankelijk was gesteld van de inachtneming van het beginsel dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen marktdeelnemers in de Gemeenschap. Derhalve bepaalt artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999 dat de methoden die worden vastgesteld voor het beheer van de tariefcontingenten voor melk en zuivelproducten „elke vorm van discriminatie tussen de betrokken marktdeelnemers (moeten) voorkomen". Ook worden in de tweede overweging van verordening nr. 2535/2001, de „dochterverordening", de voorwaarden voor het mandaat van de Commissie in herinnering gebracht: „Op grond van de artikelen 26 en 29 van verordening (EG) nr. 1255/1999 moeten invoercertificaten worden afgegeven aan elke

23 — Zie naar analogie, arrest Niemann, aangehaald in voetnoot 15, punt 35: „Volgens artikel 211, vierde streepje, EG oefent de Commissie, teneinde de werking en de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt te verzekeren, de bevoegdheden uit welke de Raad haar verleent ter uitvoering van de regels die hij stelt."

belanghebbende die daarom verzoekt, ongeacht zijn plaats van vestiging in de Gemeenschap, en moet, met inachtneming van alle relevante bepalingen, elke vorm van discriminatie tussen importeurs worden voorkomen."

45. Zoals hierboven uiteengezet, heeft de Commissie ervoor gekozen om voor bepaalde zuivelproducten een contingentbeheermethode en invoerregeling vast te stellen die als voorwaarde voor de afgifte van een certificaat voor invoer in de Gemeenschap stellen, dat men voor de betrokken producten in het bezit moet zijn van een certificaat IMA 1. De verantwoordelijkheid voor de afgifte van deze certificaten werd volledig toevertrouwd aan bepaalde „met afgifte belaste instellingen" van derde landen, die in bijlage XII bij verordening nr. 2535/2001 worden aangewezen.[24] Afdeling 1 van hoofdstuk III, titel 2, van verordening nr. 2535/2001 bevat een aantal verplichtingen waaraan die instellingen bij de afgifte van certificaten IMA 1 moeten voldoen, bijvoorbeeld met betrekking de vorm, de geldigheid en de inhoud van het certificaat.[25] Wat Nieuw-Zeelandse boter betreft, bevat bijlage IV bij verordening nr. 2535/2001 gedetailleerde voorschriften die de Nieuw-Zeelandse MAF bij de invulling van het certificaat IMA 1 en bij de controle van het gewicht en het vetgehalte van de boter in acht moet nemen.[26] De Commissie heeft onder deze vereisten echter niet een verplichting opgenomen om bij de afgifte van certificaten IMA 1 het beginsel van non-discriminatie tussen marktdeelnemers te eerbiedigen. In het geval van de afgifte van certificaten IMA 1 voor de invoer van Nieuw-Zeelandse boter in het Verenigd Koninkrijk is het overduidelijk dat de Nieuw-Zeelandse autoriteiten door dit verzuim in de zin van artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999 onderscheid hebben kunnen maken tussen marktdeelnemers in de wijze waarop zij certificaten IMA 1 afgeven. In de eerste plaats staat vast dat de Nieuw-Zeelandse regeling voor certificaten IMA 1 tot een verschil in behandeling tussen marktdeelnemers leidt. Zoals hierboven uiteengezet, kan krachtens de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling slechts één marktdeelnemer, de NZDB, een certificaat IMA 1 voor invoer in de Gemeenschap verkrijgen. In de tweede plaats wordt dit verschil in behandeling niet objectief gerechtvaardigd in de zin van het gemeenschapsrechtelijke non-discriminatiebeginsel. Zoals hierboven vermeld, ligt aan de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling het uitdrukkelijke doel ten grondslag, zoveel mogelijk economisch voordeel te behalen uit de uitvoer van Nieuw-Zeelandse boter naar de Gemeenschap en ervoor te zorgen dat die voordelen, voorzover mogelijk, via Fonterra terugvloeien naar de Nieuw-Zeelandse zuivelindustrie. Dit vormt krachtens gemeenschapsrecht geen geldige rechtvaardiging voor discriminatie, in het bijzonder een zo extreme discriminatie als hier het geval is, dat wil zeggen het volledig ontnemen, aan alle andere marktdeelnemers, van de mogelijkheid om Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap te in te voeren.

24 — Als zodanig verschilt deze invoerregeling van regelingen voor andere zuivelproducten krachtens de hoofdstukken I en II, titel 2, van verordening nr. 2535/2001, waar invoer plaatsvindt op basis van slechts een invoercertificaat waarvoor de verantwoordelijkheid bij de voor invoer bevoegde autoriteiten van de Gemeenschap ligt.

25 — Zie de artikelen 25 en 29-31 van verordening nr. 2535/2001.

26 — Artikel 40, lid 1, van verordening nr. 2535/2001.

46. Om deze redenen heeft de Commissie dus niet voldaan aan haar verplichting om ervoor te zorgen dat een derde staat waaraan zij de administratieve taak heeft gedelegeerd

die haar bij het mandaat van de Raad was opgelegd, het non-discriminatiebeginsel eerbiedigt. De hieruit volgende discriminatie tussen marktdeelnemers moet mijns inziens dus worden toegeschreven aan de Commissie. Ik wil hieraan toevoegen dat de opneming van een voorwaarde of verplichting om het beginsel van non-discriminatie tussen marktdeelnemers te eerbiedigen mij geen bijzondere praktische problemen lijkt op te leveren. Wat om te beginnen de controle op de naleving van een dergelijke verplichting door de Commissie betreft, de regeling IMA 1 geldt slechts in een beperkt aantal landen. Voorts dienen de met afgifte belaste instellingen reeds te voldoen aan verschillende verplichtingen om de Commissie op de hoogte te houden over de werking van hun regeling IMA 1 [27], waaraan gemakkelijk een verplichting zou kunnen worden toegevoegd om, bijvoorbeeld, ervoor te zorgen dat certificaten IMA 1 op niet-discriminerende wijze worden verleend of om een lijst bij te voegen van marktdeelnemers waaraan in dat contingentjaar certificaten IMA 1 zijn verleend. Wat vervolgens de mogelijke gevolgen van de schending van deze verplichting betreft, zou men zich kunnen voorstellen dat deze een aantal vormen kunnen hebben, van informele besprekingen tussen de Commissie en de betrokken met afgifte belaste instelling tot de formele wijziging van het systeem van tot afgifte bevoegde instellingen in de betrokken derde staat. [28]

47. Het antwoord op dit onderdeel van de vraag van de verwijzende rechter moet dus zijn dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 in strijd is met het beginsel van non-discriminatie zoals geformuleerd in artikel 34, lid 2, EG en in artikel 29, lid 2, van verordening nr. 1255/1999, zodat het ongeldig moet worden verklaard.

2. Artikel 28 EG

48. De verwijzende rechter heeft eveneens de vraag gesteld, of het in artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 opgenomen vereiste dat men in het bezit moet zijn van een certificaat IMA 1 om een invoercertificaat te kunnen aanvragen, in strijd is met het verbod op beperkingen van het vrije verkeer van goederen zoals geformuleerd in artikel 28 EG. Het klassieke antwoord op deze vraag zou ontkennend luiden, en wel om dezelfde redenen als die welke ik in mijn antwoord op de eerste vraag heb besproken, namelijk dat dit vereiste betrekking heeft op producten die in de Gemeenschap nog niet in het vrije verkeer zijn gebracht, zodat het buiten de werkingssfeer van artikel 28 EG valt.

49. Niettemin wil ik opmerken dat ik dit antwoord niet geheel bevredigend vind. Zoals hierboven uiteengezet, heeft de wijze waarop de Commissie invulling heeft gegeven aan haar mandaat om voorschriften voor invoerregelingen vast te stellen tot gevolg gehad dat slechts één onderneming gerechtigd is Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap in te voeren. In werkelijkheid heeft het feit dat er slechts sprake is van één importeur, waardoor deze bijvoorbeeld hogere wederverkoopprijzen kan vragen,

27 — Zie, bijvoorbeeld, artikelen 33 en 38 van verordening nr. 2535/2001.

28 — Dit is reeds gebeurd, bijvoorbeeld in het geval van de overschrijding van de quota in Noorwegen, als gevolg waarvan twee Noorse met afgifte belaste instellingen zijn vervangen door een enkele, rechtstreeks aan het ministerie van Landbouw ondergeschikte instelling: zie de vijftiende overweging van de considerans van verordening nr. 2535/2001.

beperkende gevolgen voor het handelsverkeer tussen de lidstaten wanneer deze boter eenmaal in het vrije verkeer is gebracht. Ik zal dit hieronder nader uiteenzetten. Om die reden ben ik van mening dat het in overeenstemming zou zijn met de economische ratio en de doeltreffendheid van dat artikel om te erkennen dat de Commissie op grond van artikel 28 EG de plicht heeft om bij de vervulling van de haar gemandateerde uitvoerende en administratieve taken rekening te houden met die beperkingen en die zo klein mogelijk te houden. Gelet op mijn antwoord op het eerste en het derde onderdeel van de tweede vraag van de verwijzende rechter, acht ik het voor de onderhavige zaak echter niet nodig hier verder op in te gaan.

3. Artikel 82, eerste alinea, EG

50. Met het laatste onderdeel van de tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 in strijd is met artikel 82, eerste alinea, EG, dat verbiedt dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

51. Aangezien artikel 82, eerste alinea, EG alleen betrekking heeft op activiteiten van ondernemingen waartoe zij op eigen initiatief hebben besloten [29], kan het op zich geen basis vormen voor toetsing van een bepaling van een verordening van de Commissie. De vraag in deze zaak is veeleer, of artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 in strijd is met artikel 82, eerste alinea, EG, juncto artikel 86, lid 1, EG. Laatstgenoemd artikel bepaalt: „De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, met name die bedoeld in de artikelen 12 en 81 tot en met 89." Het Hof heeft geoordeeld dat dit artikel aldus moet worden uitgelegd dat ofschoon artikel 82 EG zich tot de ondernemingen richt, het Verdrag „toch ook de lidstaten de verplichting oplegt geen maatregelen te nemen of te handhaven welke die bepaling haar nuttig effect kunnen ontnemen". [30] De lidstaten mogen dus geen maatregelen vaststellen of handhaven die „een situatie in het leven [roepen] waarin handelen in strijd met [het Verdrag] voor een [onderneming] onontkoombaar is". [31]

52. Het onderzoek naar de vraag of deze doctrine in casu van toepassing is bestaat in beginsel uit drie fasen. In de eerste plaats, geldt het verbod van artikel 86, lid 1, EG niet alleen voor maatregelen van de lidstaten, maar eveneens voor wetgevende maatregelen op landbouwgebied die de Commissie krach-

29 — Arresten van 13 december 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 20, en 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, C-202/88, Jurispr. blz. I-1223.

30 — Arrest van 16 november 1977, Inno, 13/77, Jurispr. blz. 2115, punt 31.

31 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser, C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 27. Zie eveneens arrest Inno, aangehaald in voetnoot 30, punt 33, dat spreekt van de vaststelling van maatregelen „waardoor de particuliere ondernemingen zich aan de dwingende bepalingen van de artikelen [81 tot en met 89] van het Verdrag kunnen onttrekken".

tens een door de Raad verleend mandaat vaststelt? In de tweede plaats, zo ja, kan worden gesteld dat de Commissie bij artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 of bij een andere maatregel bijzondere of uitsluitende rechten aan de NZDB heeft verleend? In de derde plaats, indien dit het geval is, creëert artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 een situatie waarin handelen in strijd met artikel 82 EG voor de Fonterra Group, of een onderdeel daarvan, onontkoombaar is?

53. Wat het eerste punt betreft, ofschoon artikel 86, lid 1, EG enkel uitdrukkelijk naar maatregelen van de lidstaten verwijst, bestaan er mijns inziens overtuigende redenen waarom dit artikel in beginsel moet worden geacht zich uit te breiden tot maatregelen van de Commissie die zij op grond van een mandaat van de Raad vaststelt. De belangrijkste van deze redenen is dat de Commissie krachtens artikel 10 EG verplicht is, de vervulling van de taken van de Gemeenschap te vergemakkelijken en zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen. [32] Een andere dwingende reden is dat de Commissie ingevolge artikel 211 EG de werking en de ontwikkeling van de gemeenschappelijke markt dient te verzekeren, hetgeen natuurlijk het in artikel 3, sub g, EG genoemde doel omvat om ervoor te zorgen dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst.

54. Daarnaast is het voor deze benadering van belang dat de betrokken maatregel van de Commissie werd getroffen op het gebied van de landbouw. Volgens artikel 33 EG is één van de uitdrukkelijke doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren. [33] Aangezien dit ook één van de belangrijkste doelstellingen van de verdragregels betreffende de mededinging is, waarvan de artikelen 86, lid 1, EG en 82, eerste alinea, EG deel uitmaken, is het in het belang van de doeltreffendheid van zowel artikel 33 als de mededingingsregels dat maatregelen van de Commissie op landbouwgebied, in beginsel binnen de werkingssfeer van artikel 86, lid 1, EG kunnen vallen. In dit opzicht vind ik het oordeel van het Hof in het arrest Milk Marque leerzaam. In die zaak oordeelde het Hof dat de gemeenschapsinstellingen bij het nastreven van de verschillende in artikel 33 EG genoemde doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, deze in geval van eventuele onderlinge tegenstrijdigheden steeds met elkaar in overeenstemming moeten brengen. [34] Met betrekking tot de mededingingsregels van het Verdrag in het bijzonder oordeelde het Hof dat „de handhaving van een echte mededinging op de markten voor landbouwproducten een van de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en van de gemeenschappelijke ordening van de betrokken markten is". [35] Bij de bespreking van het gevolg van

32 — Zie met betrekking tot het feit dat de gemeenschapsinstellingen eveneens zijn gebonden aan artikel 10 EG, arresten van 10 februari 1983, Luxemburg/Parlement, 230/81, Jurispr. blz. 255, punt 37; 15 januari 1986, Commissie/België, 52/84, Jurispr. blz. 89, punt 16; 1 juni 1999, Kortas, C-319/97, Jurispr. blz. I-3143, punt 35, en 10 december 2002, Commissie/Raad, C-29/99, Jurispr. blz. I-11221, punt 69; zie ook de aan het Verdrag van Nice gehechte verklaring nr. 3 ad artikel 10 van het EG-Verdrag.

33 — Zie eveneens arrest van 26 mei 2005, Kuipers, C-283/03, Jurispr. blz. I-4255.

34 — Arrest van 9 september 2003, Milk Marque, C-137/00, Jurispr. blz. I-7975.

35 — Ibidem, punt 57.

artikel 36 EG in de zaak Milk Marque merkte het Hof op dat de omstandigheid dat dit artikel „de Raad opdraagt te bepalen in hoever de communautaire mededingingsregels van toepassing zijn op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten zodat rekening wordt gehouden met de bijzondere situatie van de markten voor deze producten, [...]namelijk niet weg(neemt) dat deze bepaling het beginsel stelt dat de communautaire mededingingsregels van toepassing zijn in de landbouwsector". [36]

55. Ofschoon het Hof in die zaak eveneens heeft geoordeeld dat artikel 36 EG, in geval van conflict, aan de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid voorrang geeft boven die van het mededingingsbeleid, is dit mijns inziens geen zaak waarin een conflict tussen deze twee soorten beleid ontstaat. Ik kan mij voorstellen dat een dergelijk conflict zou kunnen ontstaan indien het voorwerp van de onderhavige zaak bestond in het volledig schrappen van het vereiste dat bij de aanvraag van een certificaat om Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap in te voeren, een certificaat IMA 1 moet worden overgelegd. Zoals verzoeker heeft bevestigd, is dit echter niet het voorwerp van zijn zaak: hij beoogt veeleer (niet-discriminatoire) toegang te verkrijgen tot de invoermarkt van Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap. Dit houdt uitsluitend verband met de door de Commissie gekozen voorwaarden onder welke zij haar verantwoordelijkheden op het gebied van het beheer van tariefcontingenten deleert, en veroorzaakt geen conflict tussen het gemeenschappelijk landbouwbeleid en het mededingingsbeleid.

56. Hiermee zijn wij bij het tweede en derde punt aangekomen. Deze kunnen gezamenlijk worden onderzocht, aangezien de maatregel waarbij „bijzondere of uitsluitende rechten" zouden worden verleend en die waarbij een situatie zou worden gecreëerd waarbij handelen in strijd met artikel 82 EG onontkoombaar is, één en dezelfde is, namelijk artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001. [37] Kan worden gesteld dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 de Fonterra Group of een onderdeel daarvan bijzondere of uitsluitende rechten verleent waardoor een situatie ontstaat waarin zij wel moet handelen in strijd met artikel 82 EG?

57. Wat in de eerste plaats de kwestie van bijzondere of uitsluitende rechten betreft, op het eerste gezicht is er wederom natuurlijk geen sprake van dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 de NZDB uitdrukkelijk aanwijst als de enige marktdeelnemer die recht heeft op een certificaat IMA 1 en evenmin biedt het de NZDB rechtstreeks de gelegenheid, te handelen in strijd met artikel 82, eerste alinea, EG. Dit is veeleer het gevolg van de Nieuw-Zeelandse

36 — Ibidem, punt 58.

37 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 29, waarin het Hof heeft bevestigd dat de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten op zich een „maatregel" in de zin van artikel 86, lid 1, EG kan zijn, zonder dat er sprake behoeft te zijn van twee afzonderlijke maatregelen.

wettelijke bepaling die het recht op een certificaat IMA 1 alleen aan de NZDB verleent, omdat deze in het bezit is van de exclusieve uitvoervergunning voor Nieuw-Zeelandse boter naar de Gemeenschap. Zoals hierboven uiteengezet, ben ik echter van mening dat derde staten bij de organisatie en de toepassing van de regeling voor de verlening van certificaten IMA 1 handelen krachtens bevoegdheden die de Commissie op grond van de in artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 neergelegde regeling heeft gedelegeerd, ter vervulling van het mandaat van de Commissie om invoerregelingen vast te stellen en te beheren voor melk en zuivelproducten. Ofschoon de exclusieve toewijzing van certificaten IMA 1 voor de invoer van Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap aan de NZDB het gevolg is van een Nieuw-Zeelandse wettelijke bepaling, moet de verantwoordelijkheid voor de gevolgen van deze bepaling in de Gemeenschap dus bij de Commissie worden gelegd. De Commissie moet verantwoordelijk worden geacht voor de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten door Nieuw-Zeeland.

58. Het volgende punt is, of het uitsluitende recht van de NZDB op certificaten IMA 1 hier zodanig is dat de Fonterra Group of een onderdeel daarvan door de loutere uitoefening van het uitsluitende recht niet kan vermijden dat zij misbruik maakt van haar machtspositie. Logisch gesproken is de eerste vraag hier, of er sprake is geweest van misbruik van een machtspositie door de Fonterra Group of een onderdeel daarvan in de zin van artikel 82, eerste alinea, EG. Zoals Fonterra Logistics aanvoert, vereist de bepaling van de relevante markt en de mate van de door de Fonterra Group op die markt uitgeoefende macht een gedetailleerde economische en feitelijke analyse. De informatie waarover het Hof op basis van de onderhavige prejudiciële procedure beschikt volstaat niet om het in staat te stellen die analyse uit te voeren; evenmin is het juist om in een prejudiciële procedure over deze feitelijke kwestie te beslissen. Dit is een taak voor de verwijzende rechter. Mocht de verwijzende rechter na deze analyse tot de conclusie komen dat de Fonterra Group of een onderdeel daarvan op een relevante markt — bijvoorbeeld de markt voor uitvoer van Nieuw-Zeelandse boter naar de Gemeenschap of die voor invoer van Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap — een machtspositie bezat, dan zou de tweede vraag zijn of zij misbruik van die machtspositie heeft gemaakt.[38] Ook hier geldt dat het Hof zonder definitie van de relevante markt op dit punt niet tot een definitieve analyse kan komen.[39] Ik wil hierover de volgende aanvullende opmerking maken. De verwijzende rechter zou bij de beoordeling of er sprake is geweest van misbruik van machtspositie rekening moeten houden met dat wat mijns inziens de zeer nadelige, mededingingverstorende gevolgen van de huidige regeling in de Gemeenschap zijn. Het belangrijkste nadeel als gevolg van

38 — Ervan uitgaande dat wordt vastgesteld dat (een onderdeel van) de Fonterra Group een machtspositie bezit op de markt voor uitvoer van (Nieuw-Zeelandse) boter (naar de Gemeenschap), wil ik als belangrijk uitgangspunt verwijzen naar het in voetnoot 29 hierboven aangehaalde arrest GB-Inno-BM. In die zaak oordeelde het Hof dat maatregelen die de onderneming met een machtspositie helpen om haar macht uit te breiden naar aangrenzende markten in strijd zijn met artikel 86, lid 1, EG gelezen in samenhang met artikel 82, eerste alinea, EG. Mij lijkt dat dit beginsel eveneens geldt in het geval van uitbreiding van de op een markt uitgeoefende macht naar een downstream markt, zoals die voor invoer in de Gemeenschap. Afhankelijk van de vastgestelde definitie van de markt, zou een ander mogelijk referentiepunt kunnen zijn, de doctrine van de weigering om te leveren aan nieuwe klanten in omstandigheden waarin levering noodzakelijk is voor het concurrentievermogen van de klant.

39 — Zie, naar analogie, arrest van 3 oktober 1985, CBEM/CLT en IPB, 311/84, Jurispr. blz. 3261.

het monopolie op het gebied van invoercertificaten voor Nieuw-Zeelandse boter, dat hoofdzakelijk in de Gemeenschap wordt gevoeld, is tweeledig.

59. In de eerste plaats betalen consumenten uit de Gemeenschap meer voor het product en voor producten uit een volgend stadium waarvoor het product wordt gebruikt. Aangezien mededinging alleen mogelijk is wanneer het product in het vrije verkeer is gebracht, is de importeur met een monopoliepositie vrij om, na vervulling van de douaneformaliteiten, zijn wederverkoopprijzen te bepalen onafhankelijk van zijn concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten. [40] Deze hogere prijzen worden op hun beurt doorberekend aan de klant. In de tweede plaats komen de uit het monopolie voortvloeiende voordelen bij de wederverkoop van het product slechts ten goede aan één onderneming. In de onderhavige zaak is dit, zoals ik hierboven heb uiteengezet, de uitdrukkelijke reden die aan de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling ten grondslag ligt, namelijk de economische voordelen van de uitvoer van Nieuw-Zeelandse boter zo groot mogelijk te maken en ervoor te zorgen dat die voordelen, voorzover mogelijk, via Fonterra terugvloeien naar de Nieuw-Zeelandse zuivelindustrie. Dit betekent niet alleen dat alle andere potentiële importeurs volledig de mogelijkheid wordt ontnomen het product in te voeren, maar eveneens dat Fonterra Logistics (en mogelijk haar zustermaatschappijen in de Gemeenschap) een belangrijk voordeel hebben op de downstream markt (en) voor Nieuw-Zeelandse boter, aangezien andere verkopers de hoge kosten als gevolg van de hoge wederverkoopprijs van Fonterra Logistics moeten doorberekenen. Kortom, de (rechtstreekse en indirecte) nadelige gevolgen die dit absolute monopolie voor consumenten van de Gemeenschap heeft, zijn mogelijk ernstig.

60. Mocht de verwijzende rechter tot het oordeel komen dat (een onderdeel van) de Fonterra Group misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie, bijvoorbeeld door die positie uit te breiden naar een downstream markt of door de weigering om vóór invoer boter aan verzoekster te verkopen, dan zou het laatste punt zijn, of dit misbruik een onvermijdbaar gevolg van de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling was. In theorie zou de NZDB de voor de Gemeenschap bestemde boter tezamen met de bijbehorende certificaten IMA 1 aan andere importeurs dan Fonterra Logistics kunnen verkopen. Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, heeft de NZDB verzoeksters verzoek om haar dergelijke boter te verkopen dus alleen afgewezen op grond dat het beleid van de Fonterra Group was om boter voor invoer in de Gemeenschap, dat wil zeggen vóór de verkoop aan consumenten, alleen aan Fonterra Logistics te verkopen. Als zodanig zou men kunnen stellen dat een inbreuk op artikel 82 EG als gevolg van het optreden van de NZDB niet een onvermijdelijk gevolg was van het feit dat de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling de NZDB uitsluitende rechten verleent. [41] Dit argument is echter gekunsteld. In het bijzonder houdt het geen rekening met het doel dat de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling met de regeling inzake de afgifte van certificaten

40 — Zie voor de klassieke definitie van een machtspositie onder meer arrest van 14 februari 1978, United Brands/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 65.

41 — Zie arrest van 5 oktober 1994, Centre d'Insémination de la Crespelle, C-323/93, Jurispr. blz. I-5077.

IMA 1 nastreeft, namelijk de maximalisering van de economische voordelen voor Nieuw-Zeeland als gevolg van de export van boter in het kader van tariefcontingenten en het doorsluizen van deze voordelen naar de Nieuw-Zeelandse zuivelindustrie. Als zodanig lijkt het mij de uitdrukkelijke bedoeling van de regeling dat de NZDB haar voor invoer in de Gemeenschap bestemde boter alleen aan Fonterra Logistics blijft verkopen. De weigering van de NZDB om aan een andere marktdeelnemer dan Fonterra Logistics te verkopen moet dus in werkelijkheid worden gezien als een onvermijdelijk gevolg van de Nieuw-Zeelandse wettelijke regeling.

C — *De derde vraag*

61. Met zijn derde vraag wenst het Verwaltungsgericht te vernemen, of de artikelen 25, lid 1, en 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 ongeldig moeten worden verklaard omdat zij in strijd zijn met 1) het nondiscriminatiebeginsel voor door regeringen gecontroleerde ondernemingen van artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT, en/of 2) de in artikel 1, lid 3, van de GATT-overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen opgenomen verplichting van neutraliteit en eerlijkheid bij het beheer van invoervergunningen. Aangezien de GATT 1994 en de GATT-overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen deel uitmaken van de overeenkomsten die als bijlagen bij de WTO-overeenkomst zijn opgenomen, wordt met deze vraag wederom het punt aan de orde gesteld in hoeverre het gemeenschapsrecht kan worden getoetst aan WTO-bepalingen.

1. Toepasselijke beginselen

62. Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat de WTO-Overeenkomsten, gelet op hun aard en opzet, in beginsel niet behoren tot de normen waaraan het Hof de wettigheid van handelingen van de gemeenschapsinstellingen toetst. [42] Er bestaan echter twee uitzonderingen op dit beginsel. De eerste betreft het geval waarin de betwiste gemeenschapsmaatregel uitdrukkelijk verwijst naar een bijzondere GATT-bepaling (de zogenoemde „Fediol"-uitzondering) [43]. Zoals de belanghebbenden in deze procedure erkennen, is deze uitzondering in casu niet van toepassing. Verordening nr. 2535/2001 verwijst op geen enkel punt naar artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT of naar artikel 1, lid 3, van de GATT-overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen. De tweede betreft het geval waarin de Gemeenschap met de vaststelling van de betwiste wettelijke regeling de bedoeling heeft gehad, een bepaalde verplichting na te komen die zij in het kader van de WTO op zich heeft genomen (de zogenoemde „Nakajima"-uitzondering). [44] Dit is de uitzondering waarop in casu een beroep is gedaan.

42 — Zie bijvoorbeeld arrest van 23 november 1999, Portugal/Raad, C-149/96, Jurispr. blz. I-8395, punt 47.

43 — Zie arrest van 22 juni 1989, Fediol/Commissie, 70/87, Jurispr. blz. 1781, punten 19-22.

44 — Arrest van 7 mei 1991, Nakajima/Raad, C-69/89, Jurispr. blz. I-2069, punt 31.

2. Moet het Hof zijn Nakajima-rechtspraak herzien?

63. Alvorens te onderzoeken of deze uitzondering hier van toepassing is, wil ik opmerken dat de Commissie het Hof in casu heeft gevraagd zijn hierboven genoemde rechtspraak te herzien waarin de omstandigheden worden genoemd waaronder het gemeenschapsrecht aan de bepalingen van het WTO-recht kan worden getoetst. In het bijzonder stelt de Commissie dat de ratio van de rechtspraak van het Hof over de „Nakajima"-uitzondering beter tot gelding komt door een beginsel van „uniforme uitlegging" van het gemeenschapsrecht overeenkomstig het internationale recht.[45] De Commissie merkt op dat het eenzijdige karakter van de Nakajima-uitzondering in strijd is met het evenwicht van wederkerigheid dat eigen is aan het rechtsstelsel van de WTO, en waarschuwt dat de praktische gevolgen van de Nakajima-uitzondering zijn dat de gemeenschapswetgever, teneinde buiten de werkingssfeer van de uitzondering te blijven, in de considerans van gemeenschapsrechtelijke regelingen niet verwijst naar het WTO-recht.

64. Op dit punt wil ik echter opmerken dat de Commissie mijns inziens geen overtuigende redenen heeft aangevoerd waarom het Hof in casu de lang bestaande Nakajima-uitzondering zou moeten herzien (of schrappen). Om te beginnen is het duidelijk dat het Hof zich in zijn voornaamste arresten waarin het de omstandigheden uiteenzette waaronder WTO-regels grond voor herziening van gemeenschapsmaatregelen kunnen opleveren, volledig bewust was de gevolgen van het wederkerige karakter van de WTO-Overeenkomsten en deze ook had overwogen. Zo bracht het Hof in het arrest Portugal/Raad bijvoorbeeld in herinnering dat de WTO-overeenkomst „evenals de GATT 1947 is gebaseerd op het beginsel van onderhandelingen 'op grondslag van wederkerigheid en wederzijds voordeel' [...]."[46] In al die zaken heeft het Hof echter de Fediol- en Nakajima-uitzonderingen bevestigd als algemeen beginsel dat gemeenschapsmaatregelen niet aan het WTO-recht mogen worden getoetst. Bovendien is het bestaan van die uitzonderingen mijns inziens niet in strijd met de belangrijkste ratio voor het algemene beginsel, namelijk dat door de toekenning van rechtstreekse werking aan WTO-regels „de wetgevende of uitvoerende organen van de Gemeenschap [...] de manoeuvreerruimte moeten missen waarover de overeenkomstige organen van de handelspartners van de Gemeenschap wel beschikken".[47] In een geval waarin duidelijk is dat een gemeenschapsmaatregel specifiek bedoeld is ter uitvoering van een bijzondere verplichting van WTO-recht heeft de gemeenschapswetgever er in wezen voor gekozen om zijn eigen manoeuvreerruimte bij onderhandelingen te beperken door zelf die verplichting in het gemeenschapsrecht „op te nemen".

45 — Dat wil zeggen het beginsel dat wanneer de bewoordingen van secundair gemeenschapsrecht op meer dan één wijze kunnen worden uitgelegd, de voorrang van door de Gemeenschap gesloten internationale overeenkomsten boven secundair gemeenschapsrecht betekent dat dergelijke bepalingen voorzover mogelijk in overeenstemming met die overeenkomsten moeten worden uitgelegd. Zie arrest van 10 september 1996, Commissie/Duitsland, C-61/94, Jurispr. blz. I-3989, punt 52.

46 — Zie bijvoorbeeld arrest C-149/96, aangehaald in voetnoot 42, punt 42. Zie ook punt 43 van dit arrest waarin het Hof uitdrukkelijk opmerkte „dat sommige verdragsluitende partijen, die tot de belangrijkste handelspartners van de Gemeenschap behoren, uit de inhoud en de strekking van de WTO-Overeenkomsten de conclusie hebben getrokken, dat deze overeenkomsten niet behoren tot de normen waaraan hun rechterlijke instanties de wettigheid van hun nationale rechtsregels toetsen".

47 — Ibidem, punt 46.

65. Wat het andere argument van de Commissie betreft voor schrapping van de Nakajima-uitzondering, namelijk dat deze in de praktijk tot gevolg kan hebben dat de gemeenschapswetgever in zijn wetgeving vermijdt te verwijzen naar WTO-recht, dit is mijns inziens zowel onaantrekkelijk als irrelevant. Onaantrekkelijk, omdat het suggereert dat de gemeenschapwetgever opzettelijk probeert de rechterlijke afdwingbaarheid van bindende WTO-verplichtingen te omzeilen in een situatie waarin de voorwaarden voor rechtstreekse werking anders aangeven, hetgeen neerkomt op een poging om het legaliteitsbeginsel te negeren. Irrelevant, omdat, zoals ik hieronder zal uiteenzetten, de beantwoording van de vraag of de Nakajima-uitzondering van toepassing zich niet, op puur formalistische wijze, beperkt tot de vraag of de tekst van de maatregel uitdrukkelijk verwijst naar het WTO-recht.

66. Ik wil hieraan toevoegen dat het loutere feit dat de werkingssfeer van de Nakajima-uitzondering in de huidige rechtspraak van het Hof wellicht niet volledig duidelijk is — zoals ik hieronder zal uiteenzetten — op zich geen reden is om het bestaan ervan in beginsel te ontkennen. Om deze redenen moet het verzoek van de Commissie aan het Hof om zijn rechtspraak te herzien en de Nakajima-uitzondering te schrappen, worden afgewezen.

3. Toepassing van Nakajima: werkingssfeer van de uitzondering

67. Het volgende punt is, of de Nakajima-uitzondering in casu van toepassing is. Heeft de gemeenschapswetgever met de artikelen 25, lid 1, of 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 uitvoering willen geven aan een bijzondere verplichting die in het kader van de WTO is aangegaan? Voor de beantwoording van deze vraag moet de werkingssfeer van de Nakajima-uitzondering nauwkeurig worden onderzocht.

68. Om te beginnen wil ik opmerken dat de rechtspraak van het Hof op dit gebied mijns inziens nogal dubbelzinnig is. Tot op heden heeft het Hof nog geen duidelijk, consistent en verdedigbaar beginsel gegeven waardoor zaken waarin de Nakajima-uitzondering van toepassing is kunnen worden onderscheiden van die waarin dat niet het geval is. Ik vind deze onzekere stand van zaken onaanvaardbaar, temeer daar het hier om de werkingssfeer van de doctrine inzake de rechtstreekse werking zelf gaat. Alvorens de uitzondering op de feiten van de onderhavige zaak toe te passen, wil ik mij daarom op dit beginsel concentreren.

69. Allereerst moet worden vastgesteld in welke situaties het Hof tot op heden de uitzondering heeft toegepast. Het betreft hier voornamelijk anti-dumpingzaken, waaronder Nakajima zelf en Petrotub, van het Hof van Justitie [48] en talrijke soortgelijke zaken van

48 — Arrest Nakajima/Raad, aangehaald in voetnoot 44, en arrest van 9 januari 2003, Petrotub, C-76/00 P, Jurispr. blz. I-79. Opgemerkt zij dat het Hof in de zaak Petrotub niet alleen verwees naar de Nakajima-uitzondering, maar eveneens naar het beginsel van uniforme uitlegging.

het Gerecht van eerste aanleg. [49] Elk van die zaken betrof de geldigheid van anti-dumpingregelingen van de Gemeenschap in het licht van specifieke bepalingen van de anti-dumpingcode van de WTO. [50] Een andere zaak waarin het Hof de uitzondering heeft toegepast is zaak C-352/96, Italië/Raad. [51] In die zaak toetste het Hof de wettigheid van verordening nr. 1522/96 van de Raad inzake de opening en de wijze van beheer van bepaalde tariefcontingenten voor de invoer van rijst en breukrijst aan artikel XXIV, lid 6, van de GATT en de punten 5 en volgende van het memorandum van overeenstemming betreffende de interpretatie van artikel XXIV van de GATT. Aangezien de verordening was vastgesteld op grond van krachtens de overeenkomsten met derde landen na de op basis van artikel XXIV, lid 6, van de GATT gevoerde onderhandelingen [52], concludeerde het Hof dat, overeenkomstig de Nakajima-uitzondering, de wettigheid van de verordening moest worden getoetst aan dat artikel. Advocaat-generaal Mischo merkte op dat ofschoon verzoekster in die zaak geen schending van andere GATT-artikelen had aangevoerd, er niets was dat dit in beginsel belette. [53] Ten slotte heeft advocaat-generaal Jacobs in zaak C-377/98, Nederland/Parlement, de Nakajima-uitzondering toegepast en geconcludeerd dat richtlijn 98/44 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen kon worden getoetst aan de TRIPs-overeenkomst en de overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen. [54] Het Hof is in zijn arrest hierop niet uitdrukkelijk ingegaan. [55]

70. In een aantal zaken heeft het Hof de toepassing van de Nakajima-uitzondering echter afgewezen. [56] Veel van die zaken betroffen de geldigheid van gemeenschapsmaatregelen vastgesteld in het kader van de gemeenschappelijke ordening van de bananenmarkt in het licht van de WTO-regels. Meest recentelijk heeft het Hof in het arrest Van Parys geoordeeld dat de Gemeenschap geen bijzondere WTO-verplichting had willen aangaan door na een uitspraak van het Dispute Settlement Body („DSB") van de WTO een titel van een verordening te wijzigen waarin een gemeenschappelijke regeling voor het handelsverkeer met derde staten werd ingesteld. Ofschoon de betrokken wijziging was aangebracht om, zoals in de considerans van de gewijzigde verordening werd verklaard, te voldoen aan „de internationale verbintenissen die door de Gemeenschap zijn aangegaan" in het kader

49 — Zie bijvoorbeeld arresten van 27 januari 2000, BEUC/Commissie, T-256/97, Jurispr. blz. II-101, en 5 juni 1996, NMB France, T-162/94, Jurispr. blz. II-427.

50 — Dat wil zeggen de Overeenkomst inzake de toepassing van artikel VI van de Algemene Overeenkomst betreffende Tarieven en Handel; PB 1994, L 336, blz. 103.

51 — Arrest van 12 november 1998, Jurispr. blz. I-6937.

52 — Volgens dit artikel moeten onderhandelingen worden gevoerd met derde landen om overeenstemming te bereiken over compensatie als gevolg van de stijging van bepaalde douanerechten.

53 — Conclusie van advocaat-generaal Mischo bij het arrest, Italië/Raad, aangehaald in voetnoot 51, punten 24-25.

54 — Conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij het arrest van 9 oktober 2001, Nederland/Parlement, C-377/98, Jurispr. blz. I-7079.

55 — Het Hof formuleerde de ratio voor rechterlijke toetsing van de richtlijn aan het WTO-recht in punt 55 op een verschillende en originele wijze: „[het verzoek om toetsing] moet aldus worden verstaan, dat het zich niet zozeer keert tegen een rechtstreekse schending door de Gemeenschap van haar volkenrechtelijke verplichtingen, als wel tegen het feit dat de richtlijn de lidstaten zou dwingen om hun volkenrechtelijke verplichtingen te schenden".

56 — Een duidelijk voorbeeld is arrest Portugal/Raad, aangehaald in voetnoot 42. Zie eveneens arrest Nederland/Raad, aangehaald in voetnoot 16.

van de WTO, stelde het Hof dat het verlenen van rechtstreekse werking aan een uitspraak van het DSB de positie van de Gemeenschap zou kunnen verzwakken bij het zoeken naar een wederzijds aanvaardbare oplossing van een geschil. [57]

71. Net voor dit arrest was het Gerecht van eerste aanleg in het arrest Chiquita tot een soortgelijke conclusie gekomen. Het oordeelde dat een verordening van de Commissie die uitvoeringsbepalingen bevatte betreffende de regeling voor de invoer van bananen in de Gemeenschap niet kon worden getoetst aan, onder meer, artikel XIII van de GATT (niet-discriminerende toepassing van de kwantitatieve beperkingen). Dit artikel heeft in wezen een algemeen karakter, in tegenstelling tot, bijvoorbeeld, de gedetailleerde bepalingen van de anti-dumpingcode. Voorts wilde de Gemeenschap, ofschoon zij met de vaststelling van de betrokken verordening haar verplichtingen in het kader van de WTO wilde nakomen, niet uit een WTO-overeenkomst voortvloeiende regels in gemeenschapsrecht omzetten om het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen bij deze overeenkomst te handhaven. [58]

72. Het is niet gemakkelijk om uit dit precedent duidelijke grenzen af te leiden voor de Nakajima-doctrine. [59] Ik wil echter de volgende opmerkingen maken.

73. Wat in de eerste plaats de betekenis betreft van het vereiste dat de maatregel een „bijzondere" GATT-verplichting beoogt uit te voeren, volgens mij verwijst dit vereiste slechts naar de uitvoering van een specifieke of een specifieke groep van GATT-bepalingen. Ik ben het niet eens met de uitlegging van het Gerecht van eerste aanleg in het arrest Chiquita dat onderscheid moet worden gemaakt tussen GATT-bepalingen met een algemeen (in die zaak de uit artikel XIII van de GATT voortvloeiende verplichting van niet-discriminerende toepassing van de kwantitatieve beperkingen) en een bijzonder karakter. Afgezien van het feit dat het erg moeilijk is om op deze wijze consequent onderscheid te maken tussen het soort verplichting (het Gerecht van eerste aanleg gaf niet aan hoe men dit moet doen), lijkt mij dat de ratio van de Nakajima-uitzondering evenzeer geldt voor een in de Gemeenschap uitgevoerde verplichting die, bijvoorbeeld, niet is beperkt tot slechts één individueel gebied als anti-dumping.

74. In de tweede plaats is het belangrijkste probleem bij de definitie van de werkingssfeer van de Nakajima-uitzondering,

57 — Arrest van 1 maart 2005, Van Parys, C-377/02, Jurispr. blz. I-1465, punt 51. Zie eveneens beschikking Hof van 2 mei 2001, OGT Fruchthandelsgesellschaft, C-307/99, Jurispr. blz. I-3159, en arrest van 20 maart 2001, T. Port, T-52/99, Jurispr. blz. II-981, punten 44-60.

58 — Arrest van 3 februari 2005, Chiquita Brands e.a., T-19/01, Jurispr. blz. II-315, punten 156-171. Zie eveneens arrest van 5 oktober 1994, Duitsland/Raad, C-280/93, Jurispr. blz. I-4973, waarin advocaat-generaal Gulmann zich op het standpunt stelde dat „beslissend [...] [was], dat het Hof in [de arresten Fediol en Nakajima] tot [...] (het) resultaat kwam [dat de gemeenschapsmaatregelen aan het WTO-recht getoetst konden worden] op grond dat er in de verwijzing naar de betrokken GATT-regels bijzondere aanknopingspunten waren om tot een dergelijke toetsing over te gaan" (punt 147). Aangezien de in die zaak aan de orde zijnde bananenverordening niet op die wijze naar de GATT verwees, achtte hij de Nakajima-uitzondering niet van toepassing. In punt 111 van het arrest kwam het Hof tot hetzelfde resultaat, echter zonder daar nader op in te gaan.

59 — Zie eveneens in die zin de conclusie van advocaat-generaal Tizzano bij het arrest Van Parys, aangehaald in voetnoot 57, punten 84-105.

aan te geven hoe beoordeeld moet worden of de gemeenschapswetgever bij de vaststelling van de bestreden maatregel uitvoering „wilde" geven aan een bijzondere GATT-verplichting. Ofschoon het in eerste instantie wellicht aantrekkelijk is om dit criterium aldus op te vatten dat slechts de subjectieve bedoeling van de wetgever moet worden beoordeeld, is deze benadering mijns inziens gebrekkig. In de eerste plaats is het voor het Hof — en, meer nog, voor personen die zich willen vergewissen van de omvang van hun rechten — bijna onmogelijk om met zekerheid vast te stellen wat de subjectieve bedoeling van de wetgever is geweest toen hij de wettelijke regeling vaststelde. Ofschoon de considerans van de relevante wettelijke regeling zeer zeker een indicatie is van de subjectieve bedoeling, is deze niet in alle gevallen allesomvattend: men kan zich voorstellen dat oneindig veel bronnen van informatie worden aangevoerd, die wellicht niet allemaal vrij toegankelijk zijn voor het publiek, indien men de subjectieve bedoeling als criterium aanvaardt. In de tweede plaats is het Hof zelf tot op heden inconsistent geweest bij de beoordeling van de relevantie van direct bewijs van de subjectieve bedoeling van de gemeenschapswetgever. Zo verwierp het in zaken als het arrest Van Parys de toepasselijkheid van de Nakajima-doctrine in omstandigheden waarin de subjectieve bedoeling van de gemeenschapswetgever, zoals deze in de considerans en in commentaren van het Commissielid destijds tot uitdrukking kwam, de uitvoering van een WTO-verplichting was.

75. Om deze redenen zou het gekunsteld en in strijd met de rechtszekerheid zijn om ervan uit te gaan dat het enige criterium voor de toepasselijkheid van de Nakajima-uitzondering de subjectieve bedoeling van de wetgever is.[60] De beoordeling zou veeleer beperkt moeten worden tot het onderzoek van het doel van de gemeenschapswetgeving, gebaseerd op een louter objectieve lezing van de betwiste bepaling. Ofschoon de considerans van de wettelijke regeling in dit opzicht duidelijk een relevante factor is, is een uitdrukkelijke verwijzing naar het doel van uitvoering van een WTO-verplichting in de considerans mijns inziens noch doorslaggevend (hetgeen de zaak Van Parys aantoont) noch noodzakelijk (in tegenstelling tot de argumenten van de Commissie en Fonterra Logistics).

76. Zelfs waar een dergelijke uitdrukkelijke verwijzing in de considerans ontbreekt, wordt mijns inziens toch aan het Nakajima-criterium voldaan wanneer uit een vergelijking van de inhoud van de betwiste gemeenschapsbepaling enerzijds en een bijzondere WTO-verplichting anderzijds, duidelijk blijkt dat de bepaling in feite neerkomt op de uitvoering of de opneming van de WTO-verplichting in het gemeenschapsrecht. In een dergelijk geval is op grond van een objectieve analyse voldoende duidelijk dat de gemeenschapswetgever ervoor heeft gekozen om zijn WTO-verplichtingen in de communautaire rechtsorde op te nemen, zodat de gemeenschapsbepaling aan het WTO-recht kan worden getoetst.

60 — Ik wil hieraan toevoegen dat deze conclusie, naar analogie, in overeenstemming is met de benadering die is gekozen voor de beoordeling van de bedoeling in het kader van de doctrine inzake misbruik van gemeenschapsrecht: zie, bijvoorbeeld, arrest van 23 maart 1982, Levin, 53/81, Jurispr. blz. 1035, en mijn conclusie bij het arrest van 23 september 2003, Akrich, C-109/01, Jurispr. blz. I-9607, punten 102 en 174.

4. Toepassing van de Nakajima-rechtspraak op de onderhavige zaak

77. Bij toepassing van dit criterium op de onderhavige zaak rijst de vraag, of het objectieve doel van de artikelen 25, lid 1, en/of 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 bestaat in de omzetting van artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT en artikel 1, lid 3, van de Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen, in het gemeenschapsrecht.

78. Het is duidelijk dat deze artikelen deel uitmaken van de gemeenschapsregels voor de invoer in de Gemeenschap van zuivelproducten met verlaagd recht in het kader van de concessies in de vorm van tariefcontingenten opgenomen in de lijst CXL, welke lijst, zoals in de considerans van verordening nr. 2535/2001 wordt verklaard, is opgesteld naar aanleiding van onderhandelingen in het kader van artikel XXIV, lid 6, van de GATT.[61] In dit opzicht is er hier sprake van een duidelijke parallel met zaak C-352/96, Italië/Raad, die ik reeds heb besproken. Evenals in die zaak is dus duidelijk dat verordening nr. 2535/2001 binnen de Gemeenschap uitvoering geeft aan een krachtens artikel XXIV, lid 6, van de GATT gesloten overeenkomst. Hieruit volgt dat, om dezelfde redenen als in die zaak genoemd, de Gemeenschap met de vaststelling van de artikelen 25, lid 1, en 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 uitvoering heeft willen geven aan haar WTO-verplichtingen, zodat de Nakajima-uitzondering hier van toepassing moet worden geacht. Opgemerkt zij dat ofschoon in casu geen schending van artikel XXIV, lid 6, van de GATT zelf, maar van andere GATT-bepalingen is aangevoerd, ik het eens ben met de hierboven vermelde opmerking van advocaat-generaal Mischo dat dit niet tot een andere beoordeling leidt. Een toetsing aan artikel XXIV, lid 6, alleen zou mijns inziens neerkomen op een ontoereikende beoordeling van het objectieve doel dat de gemeenschapswetgever met de vaststelling van de betwiste artikelen heeft nagestreefd en zou de doeltreffendheid van de Nakajima-uitzondering in casu ernstig in gevaar brengen.

79. Om deze redenen moeten de artikelen 25, lid 1, en 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 worden getoetst aan artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT en aan artikel 1, lid 3, van de Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen.

5. Artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT

80. Volgens artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT verbindt elke verdragsluitende partij zich, „voor het geval zij een staatsonderneming sticht of in stand houdt, waar deze ook gevestigd is, of aan enige onderneming rechtens of in feite uitsluitende of bijzondere rechten verleent, dat zulk een onderneming bij haar aankopen of verkopen welke invoer

61 — Zie de vierde overweging, sub a, van de considerans en artikel 24, lid 1, van de verordening.

of uitvoer ten gevolge hebben, zal handelen naar de algemene beginselen van non-discriminatoire behandeling die in deze Overeenkomst is voorgeschreven ten aanzien van regeringsmaatregelen betreffende de invoer of uitvoer door particuliere handelaren".

81. Wat artikel 25, lid 1, betreft, in casu is om de hierboven reeds uiteengezette redenen duidelijk dat door de wijze waarop de Commissie de invoerregeling voor Nieuw-Zeelandse boter heeft georganiseerd, de Fonterra Group daadwerkelijk het uitsluitende recht wordt verleend om deze boter in de Gemeenschap in te voeren. Het is eveneens duidelijk dat de Commissie, om soortgelijke redenen als hierboven in het kader van het gemeenschapsrechtelijke non-discriminatiebeginsel besproken zijn, heeft verzuimd ervoor te zorgen dat de Fonterra Group op niet-discriminerende wijze handelt in de zin van artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT. Ik zou hier in het bijzonder willen verwijzen naar artikel XVII, lid 1, sub b, waarin wordt bepaald dat „de bepalingen sub a) van dit lid [...] aldus (moeten) worden verstaan, dat bedoelde ondernemingen, [...] aan de ondernemingen van andere verdragsluitende partijen voldoende gelegenheid dienen te geven, deel te nemen aan zulke aan- of verkopen op voorwaarde van vrije mededinging en overeenkomstig de gewonen handelsgebruiken". [62] In casu volstaat de opmerking dat geen enkele partij de gelegenheid heeft gehad om op welke wijze dan ook mee te dingen naar het recht op invoer van Nieuw-Zeelandse boter in de Gemeenschap. [63] Om die reden ben ik van mening dat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 wegens strijdigheid met artikel XVII, lid 1, sub a, van de GATT ongeldig moet worden verklaard.

82. Ik ben daarentegen niet van mening dat artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 in strijd is met deze bepaling. Anders dan artikel 25, lid 1, biedt dit artikel de Fonterra Group op zich niet, door de verlening van een uitsluitend recht, de mogelijkheid op discriminerende wijze te handelen, maar bepaalt het slechts dat aanvragen om invoervergunningen in het Verenigd Koninkrijk moeten worden ingediend.

6. Artikel 1, lid 3, van de Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen

83. Artikel 1, lid 3, van de Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen bepaalt dat „de voorschriften betreffende de procedures op het gebied van invoervergunningen, wat de toepassing ervan betreft, neutraal zijn en op eerlijke en billijke wijze worden beheerd". Dienaangaande heeft de Beroepsinstantie van de WTO zich op het

62 — Zie voorts, rapport van de Beroepsinstantie inzake Canada — Uitvoer van tarwe en invoer van graan, WT/DS276/AB/R, 2004.

63 — Zie voorts bijvoorbeeld panelrapport inzake Korea — Verschillende maatregelen op het gebied van rundvlees, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 2000.

standpunt gesteld dat de overeenkomst geen betrekking heeft op voorschriften voor invoervergunningen als zodanig, maar op de procedures waarbij die voorschriften worden toegepast en beheerd.[64] Voorbeelden van zaken die werden geacht betrekking te hebben op „voorschriften" en niet op procedures omvatten de toepassing van een verschillend vergunningenstelsel op bepaalde leden[65] alsook maatregelen die bij de vergunningverlening voorrang geven aan importeurs die eveneens exporteur waren.[66] Ofschoon dit onderscheid in sommige gevallen moeilijk kan zijn, lijkt mij dat in de onderhavige zaak zowel artikel 25, lid 1, als artikel 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 moet worden aangemerkt als „voorschriften" voor invoervergunningen in de Gemeenschap, en niet als procedures voor het beheer van die voorschriften. Om deze reden ben ik van mening, dat deze artikelen niet in strijd zijn met artikel 1, lid 3, van de Overeenkomst inzake procedures op het gebied van invoervergunningen.

D — *Werking in de tijd*

84. Zoals hierboven duidelijk is geworden ben ik van mening dat de artikelen 25, lid 1, en 35, lid 2, van verordening nr. 2535/2001 in strijd zijn met het gemeenschapsrecht en derhalve ongeldig moeten worden verklaard. Het laatste punt dat moet worden onderzocht is de werking in de tijd van die vaststelling. Het is vaste rechtspraak dat het Hof, wanneer dwingende redenen van rechtszekerheid dit rechtvaardigen, ingevolge artikel 231, tweede alinea, EG, dat van overeenkomstige toepassing is op prejudiciële procedures, bevoegd is die gevolgen van de vernietigde gemeenschapsrechtelijke bepaling aan te wijzen welke als gehandhaafd moeten worden beschouwd.[67]

85. Wat artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 betreft, en in het bijzonder het vereiste dat men bij aanvraag van een invoercertificaat voor Nieuw-Zeelandse boter in het bezit moet zijn van een certificaat IMA 1, is duidelijk dat de onmiddellijke intrekking ervan onaanvaardbare gevolgen zou hebben voor de zekerheid van de invoerregeling en de productkwaliteitscontrole. Ik ben daarom van mening dat de werking van dit artikel gehandhaafd moet blijven tot de inwerkingtreding van een door de Commissie vastgestelde vervangende bepaling die niet in strijd is met de gemeenschapsrechtelijke regels op het gebied van non-discriminatie en mededinging. Met betrekking tot artikel 35, lid 2, en artikel 38 van verordening nr. 2535/2001 zie ik echter geen reden waarom de werking van deze bepaling in de tijd zou moeten worden beperkt. De intrekking van dit artikel heeft tot gevolg dat aanvragen om invoercertificaten, evenals bij andere producten waarvoor

64 — Rapport van de Beroepsinstantie inzake de Europese Gemeenschappen — regeling voor de invoer, de verkoop en de distributie van bananen, WT/DS27/AB/R, 1997, punten 196 e.v.

65 — Ibidem.

66 — Panelrapport inzake de Europese Gemeenschappen — maatregelen die de invoer van bepaalde pluimveeproducten beïnvloeden, WT/DS699/R, 1998, punt 254.

67 — Zie bijvoorbeeld arresten van 27 februari 1985, Produits de maïs, 112/83, Jurispr. blz. 719, punten 16-18; 10 maart 1992, Lomas e.a., C-38/90 en C-151/90, Jurispr. blz. I-1781, punt 23, en 8 november 2001, Silos, C-228/99, Jurispr. blz. I-8401, punt 35.

een certificaat IMA 1 is vereist het geval is, bij de met afgifte van invoercertificaten belaste instelling van elke lidstaat kunnen worden ingediend. Het feit dat de met afgifte belaste instelling van het Verenigd Koninkrijk op grond van artikel 35, lid 2, en artikel 38 van verordening nr. 2535/2001 bepaalde aanvullende verplichtingen heeft op het gebied van de controle van certificaten IMA 1 voor statistische doeleinden levert mijns inziens onvoldoende reden op om deze conclusie te wijzigen. Bovendien lijkt het, mits er sprake is van samenwerking tussen de met afgifte belaste instellingen, geen probleem te hoeven zijn dat de instelling van het Verenigd Koninkrijk deze taak blijft vervullen.

V — Conclusie

86. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Verwaltungsgericht te beantwoorden als volgt:

1) De artikelen 25, lid 1, en 35, lid 2, van verordening (EG) nr. 2535/2001 van de Commissie houdende uitvoeringsbepalingen van verordening (EG) nr. 1255/1999 van de Raad voor de invoerregeling voor melk en zuivelproducten en houdende opening van tariefcontingenten, zijn ongeldig;

2) De werking van artikel 25, lid 1, van verordening nr. 2535/2001 blijft gehandhaafd tot de inwerkingtreding van een vervangende bepaling die niet in strijd is met de gemeenschapsrechtelijke non-discriminatie- en mededingingsregels.