FRANZ EGENBERGER

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 1 december 2005 [1]

I — Inledning

1. Det förevarande målet angående en begäran om förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Tyskland), rör giltigheten av vissa delar av kommissionens förordning nr 2535/2001 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 1255/1999 när det gäller ordningen för import av mjölk och mjölkprodukter och om öppnande av tullkvoter. Målet föranleder en rad viktiga principfrågor. För det första, i vilken utsträckning skall domstolen pröva huruvida kommissionens lagstiftning på jordbruksområdet är förenlig med överordnad gemenskapsrätt, i synnerhet principen om icke-diskriminering? Närmare bestämt, skall domstolsprövning under alla förutsättningar vara begränsad på detta område? För det andra, i vilken utsträckning är kommissionen bunden av gemenskapens konkurrensregler, i synnerhet artikel 86.1 EG när den vidtar lagstiftningsåtgärder? För det tredje, bör domstolen pröva sin egen rättspraxis i vilken förutsättningarna för domstolsprövning av gemenskapens sekundärrätt med avseende på överensstämmelsen med WTO-reglerna har fastställts? Detta föranleder återigen den känsliga frågan om samspelet mellan gemenskapsrätten och WTO-reglerna. Jag skall återkomma till dessa frågeställningar efter en beskrivning av bakgrunden i målet.

1 — Originalspråk: engelska.

II — Historisk och rättslig bakgrund i målet

A — *Historisk bakgrund*

2. Förenade kungariket var före dess inträde i Europeiska ekonomiska gemenskapen år 1973 den traditionella exportmarknaden för smör från Nya Zeeland. För att upprätthålla denna marknad infördes genom protokoll 18 till Danmarks, Irlands och Förenade kungarikets anslutningsakt (nedan kallat protokoll 18) fasta kvoter för smör från Nya Zeeland och ost för import till Förenade kungariket mot reducerade tullavgifter under en inle-

dande period på fem år.[2] Enligt artikel 1.4 i protokoll 18 var en förutsättning för dessa nedsatta avgifter att de produkter som importerades till Förenade kungariket i enlighet med protokollet inte fick bli föremål för handel i gemenskapen eller vidareexporteras till tredje land. De ursprungliga handelsrestriktionerna upphävdes gradvis. Smör som importerats från Nya Zeeland kunde användas vid tillverkning (inte enbart för direkt konsumtion) i Förenade kungariket enligt rådets förordning nr 3667/83 och kunde vara föremål för handel inom gemenskapen (inte enbart inom Förenade kungariket) enligt rådets förordning nr 3841/92.[3] Genom ett antal förordningar utfärdade av rådet på grundval av artikel 5.2 i protokoll 18 förlängdes den importordning som föreskrivs i protokoll 18 till år 1995.

3. Från 1 juli 1995 reglerades tullkvoter för mjölk och mjölkprodukter av det jordbruksavtal som slöts inom ramen för de multilaterala handelsförhandlingarna i Uruguayrunden i Allmänna tull- och handelsavtalet (GATT) och Världshandelsorganisationen (WTO). Avtalet omfattade, avseende de Europeiska gemenskaperna, tullmedgivanden för vissa mjölkprodukter för import till gemenskapen mot reducerade tullar, vilka anges i den form som är relevant i förevarande mål i lista CXL i GATT (nedan kallad lista CXL). De tullkvoter som föreskrivs i detta avtal om import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen genomfördes i gemenskapsrätten genom förordningar som utfärdats av kommissionen.[4]

B — *Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser*

Rådets förordning nr 1255/1999

4. I rådets förordning nr 1255/1999, som antagits med stöd av artikel 37 EG, upprättas ordningen för den gemensamma organisationen av marknaden för mjölk och mjölk-

2 — Protokoll 18 om import av smör och ost från Nya Zeeland till Förenade kungariket. (EGT L 73, 1972, s. 173; svensk utgåva i Handlingar om anslutning till Europeiska gemenskaperna, 1987, band II, s. 78), artiklarna 1 och 2. Dessa tullar fastställdes ursprungligen för att Nya Zeeland skulle kunna uppnå ett pris motsvarande det genomsnittliga pris som detta land uppnått på Förenade kungarikets marknad under åren 1969–1972, utan att äventyra gemenskapens marknad för smör och ost. Se artiklarna 1.3 och 2.2 i protokoll 18.

3 — Se rådets förordning (EEG) nr 3667/83 av den 19 december 1983 om fortsatt import av smör från Nya Zeeland till Förenade kungariket på särskilda villkor, (EGT L 366, s. 16) och rådets förordning nr 3841/92 av den 17 december 1992 om fortsatt import av smör från Nya Zeeland till Förenade kungariket på särskilda villkor (EGT L 390, s. 1).

4 — Se kommissionens förordning (EG) nr 1600/95 av den 30 juni 1995 om tillämpningsföreskrifter för importsystemet och införande av tullkvoter inom sektorn för mjölk och mjölkprodukter (EGT L 151, s. 12) och kommissionens förordning (EG) nr 1374/98 av den 29 juni 1998 om tillämpningsföreskrifter för importsystemet och införande av tullkvoter inom sektorn för mjölk och mjölkprodukter (EGT L 185, s. 21).

produkter.[5] I denna ordning föreskrivs en inre gemenskapsmarknad för mjölk och mjölkprodukter som grundas på en interventionsprincip (avdelning I i förordning nr 1255/1999), och ett enhetligt handelssystem för dessa produkter med tredje land (avdelning II i förordning nr 1255/1999). Enligt skäl 17 i förordning nr 1255/1999 vilar detta handelssystem på åtagandena inom ramen för de multilaterala handelsförhandlingarna inom Uruguayrundan.

5. I artikel 26.1 i förordning nr 1255/1999 föreskrivs att "import till gemenskapen av de produkter som anges i artikel 1 [endast skall] ske mot uppvisande av importlicens. För export från gemenskapen av någon av dessa produkter får exportlicens krävas". I artikel 26.2 föreskrivs att "medlemsstater skall utfärda licenser till en sökande oavsett dennes etableringsort i gemenskapen och utan att detta påverkar de åtgärder som gäller tillämpningen av artiklarna 29, 30 och 31. Import- och export licenser skall gälla inom hela gemenskapen ..." I artikel 26.3 i förordning nr 1255/1999 föreskrivs att kommissionen skall fastställa en förteckning av produkter för vilka exportlicens krävs, licensernas giltighetstid och övriga tillämpningsföreskrifter, enligt förfarandet i artikel 42. I artikel 29.1 i förordning nr 1255/99 föreskrivs att "de tullkvoter för produkter enligt artikel 1 som följer av avtal som ingås i enlighet med artikel 300 i fördraget eller i någon annan av rådets akter skall öppnas och förvaltas i enlighet med tillämpningsföreskrifter som antagits enligt förfarandet i artikel 42". Metoder för förvaltning av tullkvoterna anges i artikel 29.2, i vilken det preciseras att "all diskriminering av berörda aktörer skall undvikas".[6] Enligt artikel 44 i förordning nr 1255/1999 skall förordningen "tillämpas på ett sådant sätt att hänsyn samtidigt tas till de mål som anges i artiklarna 33 och 131 i fördraget".

Kommissionens förordning nr 2535/2001

6. Förordning nr 2535/2001, vilken antagits på grundval av artiklarna 26.3 och 29.1 i förordning nr 1255/1999 innehåller bestämmelser om införande av importsystemet för mjölk och mjölkprodukter, och om öppnande av tullkvoter. I avdelning 2 i förordning nr 2535/2001 föreskrivs särskilda regler för import med nedsatt tull. I denna avdelning anges tre alternativa importordningar, vilka var och en tillämpas på vissa angivna produkter och medför nedsatt tull.

7. I den första alternativa ordningen (kapitel I i avdelning 2) föreskrivs ett importsystem med kvoter som öppnats av gemenskapen

5 — Rådets förordning nr 1255/1999 av den 17 maj 1999 om den gemensamma organisationen av marknaden för mjölk och mjölkprodukter (EGT L 160, 1999, s. 48), i ändrad lydelse.

6 — Tre exempel på metoder för förvaltning av kvoterna anges i artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999. En analog förteckning över metoder anges i artikel 30 i denna förordning.

och för vilka det endast krävs importlicens, om vilken det måste ansökas hos kommissionen genom medlemsstaternas myndigheter. I den andra alternativa ordningen (kapitel II i avdelning 2) föreskrivs ett importsystem med förmånsbehandling utanför kvoterna på grundval av importlicens. I den tredje alternativa ordningen (kapitel III i avdelning 2) föreskrivs ett system med import på grundval av en importlicens som omfattas av ett Inward Monitoring Arrangement (IMA 1-intyg). Detta kapital omfattar två skilda avsnitt: avsnitt 1, ett allmänt avsnitt i vilket ordningen för IMA 1-intyg anges, och avsnitt 2, vilket endast gäller import av smör från Nya Zeeland.

8. Genom artikel 24 i avsnitt 1 utökas de importer för vilka avsnitt 1 gäller till importer på grundval av tullkvoter avseende specificerade ursprungsländer och som finns upptagna i lista CXL, vilket, som det framgår av bilaga III.A till förordning nr 2535/2001, omfattar import av smör från Nya Zeeland. I denna bilaga anges de tullar som gäller för varje däri angiven kategori av produkter och, i förekommande fall, den maximala årliga kvantitet som får importeras. I artikel 25.1 i avsnitt 1 föreskrivs följande. "Importlicens för de produkter som förtecknas i bilaga III till den angivna tullsatsen skall utfärdas endast mot uppvisande av motsvarande IMA 1-intyg och för den totala nettokvantitet som anges i intyget. IMA 1-intyget skall uppfylla de krav som fastställs i artikel 40.1 när det gäller smör enligt kvot nr 09.4589 enligt bilaga III.A (nedan kallat smör från Nya Zeeland) eller i artiklarna 29–33 när det gäller andra produkter. Importlicensen skall ha samma nummer och utfärdandedatum som motsvarande IMA 1-intyg."

9. I artikel 30 i avsnitt 1 föreskrivs vissa formkrav som IMA 1-intygen skall uppfylla. Enligt artikel 30.2 skall dessa intyg vara tryckta och ifyllda på ett av gemenskapens officiella språk, men de kan även vara tryckta och ifyllda på ett av exportlandets officiella språk. Enligt artikel 32.2 skall ett IMA 1-intyg vara giltigt endast om det är korrekt ifyllt och viserat av en av de utfärdande myndigheter som anges i bilaga XII, vilket i Nya Zeelands fall är MAF Food Assurance Authority of the New Zealand Ministry of Agriculture and Forestry (nedan kallad MAF).

10. I avsnitt 2 i kapitel III, vilket gäller endast för smör från Nya Zeeland, föreskrivs i artikel 35.2 följande "Ansökningar om importlicens får endast lämnas in i Förenade kungariket. Förenade kungariket skall ha kontroll över alla IMA 1-intyg som utfärdas, dras in, ändras, rättas eller som det utfärdas kopior av. Förenade kungariket skall se till att den totala kvantitet för vilken importlicenser utfärdas inte överstiger kvoten för något importår." I artikel 38 i avsnitt 2 föreskrivs ett antal åtaganden enligt vilka den utnämnda utfärdande myndigheten i Nya Zeeland skall meddela vissa upplysningar angående de IMA 1-intyg som utfärdats till kommissionen och myndigheterna i Före-

nade kungariket, inklusive det antal IMA 1-intyg som har utfärdats respektive dragits in eller ändrats. I artikel 39 i avsnitt 2 föreskrivs ett system för kontroll av de kvantiteter smör som importeras från Nya Zeeland, enligt vilket medlemsstaterna, i synnerhet Förenade kungariket, åläggs en skyldighet att meddela kommissionen vissa uppgifter avseende denna import.

11. Enligt avdelning 3 i förordning nr 2535/2001 skall medlemsstaterna vidta de åtgärder som är nödvändiga för att kontrollera att det licenssystem som införs genom förordningen fungerar korrekt.

C — *Nationella nyzeeländska bestämmelser*

Nya Zeelands exportlicensordning

12. Förfarandet för erhållande av exportlicens för smör från Nya Zeeland till gemenskapen anges i New Zealand Dairy Industry Restructuring Act 2001 (nedan kallad DIRA). Genom DIRA ändrades bestämmelserna för den nyzeeländska mejeriindustrin avsevärt, inklusive dess exportordning. I synnerhet tilläts genom DIRA en sammanslagning av Nya Zeelands (då) två största kooperativa mejeriföretag, New Zealand Co-operative Dairy Company Ltd och Kiwi Co-operative Dairies Ltd, till ett nytt bolag: Fonterra Co-operative Group Limited (nedan kallat Fonterra Co-operative). Fonterra Co-operative äger i sin tur alla aktier i bolaget New Zealand Dairy Board (nedan kallat NZDB), ett tidigare halvstatligt organ som genom DIRA har omvandlats till ett bolag. I underavdelning 3 DIRA regleras internationell handel med bestämda marknader, genom att det bland annat anges vilka parter som kan erhålla förmånsbehandling i tullhänseende vid import till gemenskapen. Genom artikel 21.1 DIRA är syftet med underavdelning 3 att "a) maximera Nya Zeelands ekonomiska intäkter genom de tullkvoter som upprätthålls av utländska regeringar för kontroll av tillgången till deras inhemska marknader, b) föreskriva att den nyzeeländska mejeriindustrin skall vara mottagare av dessa intäkter, c) säkra Nya Zeelands intressen avseende dessa tullkvoter, d) *säkerställa* att administrativa och övriga åtgärder som vidtas är förenliga med Nya Zeelands internationella åtaganden". I artikel 21.2 föreskrivs att "staten har rätt att säkra de ekonomiska intäkter som härrör från de tullkvoter som avses i underavdelning 1 ...".

13. I artikel 23 DIRA föreskrivs att exportlicenser är nödvändiga vid export av mejeriprodukter till vissa utvalda marknader (nämligen de där förmånstullkvoterna gäller). Enligt artikel 24.1 DIRA har NZDB en exklusiv rätt till dessa licenser, ursprungligen fram till den 31 december 2007 för all relevant export av mejeriprodukter till

gemenskapen. Enligt artikel 25 DIRA skall dessa ursprungliga licenser fortsätta att gälla efter detta datum fram till den 31 december 2010 för ett nedsatt antal mejeriprodukter såsom preciseras i artikel 25.2 DIRA. I artikel 26 DIRA föreskrivs att all rätt till exportlicenser som blir tillgänglig efter den 31 december 2007 (det vill säga som inte automatiskt övergår till NZDB) övergår till staten och skall återutdelas av staten. Denna återutdelning kan ske till NZDB.[7] Enligt artikel 28 i DIRA kan inte NZDB överföra, underlicensiera eller på annat sätt råda över en ursprunglig licens avseende en bestämd marknad till någon annan person.

D — *Sammanfattning av förfarandet för export av smör från Nya Zeeland till gemenskapen mot förmånstull*

Nya Zeelands ordning för IMA 1-intyg

14. I enlighet med förordning nr 2535/2001, och som ovan angetts, är MAF det enda behöriga organ för utfärdande av IMA 1-intyg för export från Nya Zeeland. Utfärdande av IMA 1-intyg för smör från Nya Zeeland, cheddar och vissa andra ostar för tillverkning regleras i Dairy Industry (IMA Certification) Regulations 2000 (nedan kallade IMA-förordningarna). Enligt artikel 5 i IMA-förordningarna är utfärdandet av ett IMA 1-intyg underställt vissa villkor, bland annat att ansökan måste lämnas in av ett organ som har rätt att exportera produkter för vilka tullkvoter gäller.[8] Eftersom NZDB enligt artiklarna 24 och 25 i DIRA för närvarande är den enda som har rätt att erhålla ett intyg för export av smör från Nya Zeeland till gemenskapen mot förmånstull, är NZDB även det enda organ som kan beviljas ett IMA 1-intyg.

15. Sammanfattningsvis inleds förfarandet med att mjölk köps och mejeriprodukter tillverkas av Fonterra Co-operative. Dessa produkter säljs till NZDB som, i enlighet med DIRA, är det enda organ som kan ta emot en exportlicens för export av smör mot en förmånstull till gemenskapen. NZDB är även, enligt IMA-förordningarna, i egenskap av den enda innehavaren av sådana exportlicenser, det enda organ som kan erhålla IMA 1-intyg från det nyzeeländska MAF. NZDB säljer detta smör, tillsammans med IMA 1-intyget, uteslutande till ett i Förenade kungariket baserat indirekt dotterbolag till Fonterra Co-operative, Fonterra Logistics Limited (nedan kallat Fonterra Logistics). Följ-

7 — Artikel 26.2 och 26.4 DIRA.

8 — Artikel 5.1 b i IMA-förordningarna.

aktligen är Fonterra Logistics, eftersom innehav av ett IMA 1-intyg enligt förordning nr 2535/2001 är en nödvändig förutsättning för att kunna beviljas en licens för import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen, det enda organ som kan erhålla en sådan importlicens. Fonterra Logistics är således det enda organ som kan importera i tullhänseende förmånsbehandlat smör från Nya Zeeland till gemenskapen. Efter att tullformaliteterna uppfyllts — inklusive betalning av förmånstull — återförsäljer Fonterra Logistics det importerade smöret till indirekta "systerbolag" till Fonterra Co-operative som är verksamma i andra medlemsstater än Förenade kungariket. [9]

III — Faktiska omständigheter i målet och frågorna i begäran om förhandsavgörande

16. Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk (nedan kallad sökanden) är ett tyskt bolag som, bland annat importerar mjölkprodukter till gemenskapen, inklusive smör, enligt de WTO-avtalade förmånstullkvoter för vilka ursprungslandet inte har specificerats. År 2001 ansökte det om att från Fonterra Logistics få köpa i tullhänseende förmånsbehandlat smör som inte ännu hade varit föremål för gemenskapens tullförfarande. Denna ansökan avslogs på grund av att Fonterrakoncernen endast sålde smör på förtullsstadiet för import till gemenskapen till Fonterra Logistics. I augusti 2003 ansökte sökanden hos Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (nedan kallad BLE) om en importlicens för 100 000 kg smör från Nya Zeeland mot en förmånstull i enlighet med artikel 25 i förordning nr 2535/2001. I oktober 2003 beslutade BLE att avslå ansökan av två skäl: 1) Enligt artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 kan en importlicens endast utfärdas mot uppvisande av ett IMA 1-intyg, vilket sökanden inte hade. 2) En ansökan om importlicens med förmånskvoten för smör från Nya Zeeland kan enligt artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 endast lämnas in till myndigheterna i Förenade kungariket. I november 2003 begärde sökanden omprövning av beslutet. Denna begäran avslogs genom beslut av BLE i januari 2004. I februari 2004 väckte sökanden talan mot detta beslut om avslag vid Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, vilken beslutade att vilandeförklara målet och till domstolen ställa följande frågor:

"1) Strider artikel 35.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2535/2001 mot överordnad gemenskapsrätt, särskilt mot förbudet mot kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan enligt artikel 28 EG, mot diskrimineringsförbudet enligt artikel 34.2 andra stycket EG och mot

9 — Dessa bolag är dotterbolag till NZMP (AMP) Ltd, ett holdingbolag i Förenade kungariket som är en del av Fonterrakoncernen. NZMP (AMP) Ltd är det direkta moderbolaget till Fonterra Logistics.

artikel 26.2 i rådets förordning (EG) nr 1255/1999, och är den av denna anledning ogiltig?

2) Strider artikel 25.1 i kommissionens förordning (EG) nr 2535/2001 mot överordnad gemenskapsrätt, särskilt mot diskrimineringsförbudet enligt artikel 34.2 andra stycket EG, diskrimineringsförbudet enligt artikel 29.2 andra stycket i rådets förordning (EG) nr 1255/1999, artikel 28 EG och artikel 82.1 EG, och är den av denna anledning ogiltig?

3) Strider artikel 25.1 och artikel 35.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2535/2001 mot artikel XVII.1 a i allmänna tull- och handelsavtalet (GATT) och mot artikel 1.3 i avtalet om importlicensförfaranden, och är de av denna anledning ogiltiga?"

17. Skriftliga interventionsansökningar ingavs med stöd av artikel 93 i domstolens rättegångsregler i målet av sökanden, BLE och Fonterra Logistics och av Republiken Frankrike, Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen. En muntlig förhandling hölls den 27 september 2005, varvid muntliga synpunkter framfördes av var och en av dessa intervenienter — med undantag av Republiken Frankrike — samt av Republiken Polen.

IV — Bedömning

A — *Den första frågan*

18. Verwaltungsgericht har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001, då det i denna föreskrivs att ansökan om importlicenser för i tullhänseende förmånsbehandlat smör från Nya Zeeland endast kan lämnas in i Förenade kungariket, strider mot 1) principen om fri rörlighet för varor i artikel 28 EG, 2) principen om icke-diskriminering i artikel 34.2 andra stycket EG och/eller 3) artikel 26.2 i förordning nr 1255/1999.

1. Artikel 28 EG

19. Den hänskjutande domstolen har med stöd av sökanden, BLE och den tyska regeringen gjort gällande att artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 strider mot artikel

28 EG. Enligt dess uppfattning försvårar kravet om att ansökningar om importlicens skall lämnas in i Förenade kungariket importen av smör från Nya Zeeland för potentiella importörer som inte är etablerade i Förenade kungariket och utgör således en handelsrestriktion inom gemenskapen.

innebär att detta smör inte ännu kan anses vara i fri omsättning inom gemenskapen. Följaktligen, och som bekräftats i domstolens domar i mål som Donckerwolcke, [10] gäller förbudet för kvantitativa restriktioner i artikel 28 EG inte detta krav. Artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 omfattas således inte av tillämpningsområdet för 28 EG och kan därför inte påstås strida mot denna.

2. Artikel 34.2 andra stycket EG

20. I detta påstående beaktas emellertid inte det förhållandet att artikel 28 EG, såsom föreskrivs i artikel 23.2 EG, endast gäller produkter med ursprung i medlemsstater och produkter som kommer från tredje länder och som är i fri omsättning i medlemsstater. I artikel 24 EG föreskrivs följande: "Varor som kommer från tredje land skall anses vara i fri omsättning i en medlemsstat, om importformaliteterna har uppfyllts och tillämpliga tullar och avgifter med motsvarande verkan har tagits ut i denna medlemsstat och hel eller partiell restitution av sådana tullar och avgifter inte har lämnats." I förevarande mål gäller kravet på ansökan om importlicens i Förenade kungariket smör från Nya Zeeland för vilket formaliteterna för import till gemenskapen ännu inte har uppfyllts och för vilket tullavgifter ännu inte har betalats, vilket

21. I artikel 34 EG anges den åtgärd genom vilken gemenskapen skall uppnå sina mål på jordbruksområdet, vilka uppräknas i artikel 33.1 EG, nämligen upprättandet av en gemensam jordbruksorganisation. Omfattningen av denna gemensamma organisation fastställs i artikel 34.2 EG. Den gemensamma organisationen får omfatta "alla de åtgärder som behövs för att uppnå de mål som anges i artikel 33, särskilt reglering av priser, stöd för produktion och saluföring av olika produkter, system för lagring och överföring samt gemensamma anordningar för stabilisering av import och export", men är underställd tre uttryckliga begränsningar. För det första skall den gemensamma organisationen "begränsas till att sträva efter de mål som anges i artikel 33". För det andra skall den "utesluta varje form av diskriminering mellan producenter eller konsumenter inom gemen-

10 — Se domstolens dom av den 15 december 1976 i mål 41/76, Suzanne Criel, född Donckerwolcke (REG 1976, s. 1921; svensk specialutgåva, s. 247), punkt 16.

skapen". För det tredje skall, i de fall en gemensam prispolitik tillämpas för en vara, denna politik "grundas på gemensamma kriterier och på enhetliga beräkningsmetoder".

22. Frågan i målet är huruvida kravet på att ansökan om importlicens för smör från Nya Zeeland skall lämnas in i Förenade kungariket strider mot den andra av dessa begränsningar, det vill säga skyldigheten att inte diskriminera producenter eller konsumenter inom gemenskapen. Domstolen har i fast rättspraxis angett att denna skyldighet är ett specifikt uttryck för den allmänna likhetsprincip som innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [11] Således får en skillnad i behandlingen av producenter eller konsumenter vid åtgärder inom den gemensamma jordbrukspolitiken endast göras om det finns sakliga skäl till detta. [12] Emellertid kan inte den omständigheten att en åtgärd som vidtas inom ramen för en gemensam organisation av marknaden kan påverka vissa producenter på olika sätt, beroende på den specifika karaktären av deras produktion, anses som diskriminering om bestämmelsen grundas på objektiva kriterier som har utformats efter vad som krävs för att den gemensamma organisationen av marknaden skall fungera i sin helhet. [13]

23. Inledningsvis, även om alla som ansökt om importlicens enligt artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 visserligen inte kan kvalificeras som "producenter" inom gemenskapen, vilket är den term som används i artikel 34.2 EG, skall detta enligt min uppfattning inte påverka bedömningen i detta mål. Detta följer av kravet att diskrimineringsförbudet, som är en grundläggande gemenskapsrättslig princip skall tolkas brett. Vidare har lagstiftarna i båda de i målet aktuella förordningarna använt det bredare uttrycket för icke-diskriminering mellan "aktörer" eller "importörer". [14]

24. Den första frågan är således huruvida kravet att ansökan om importlicens skall lämnas in i Förenade kungariket innebär en skillnad i behandlingen av potentiella importörer i jämförbara situationer. Medan den hänskjutande domstolen, sökanden, BLE, kommissionen, den franska regeringen och den tyska regeringen anser att potentiella

11 — Domstolens dom av den 20 september 1988 i mål 203/86, Spanien mot rådet (REG 1988, s. 4563), punkt 25, av den 13 juli 2000 i mål C-117/99, Unilet (REG 2000, s. I-6077), punkt 23, av den 17 mars 2005 i mål C-91/03, Spanien mot rådet, punkt 43, och av den 13 januari 2005 i mål C-126/04, Heineken Brouwerijen, punkt 16.

12 — Se domen i mål 203/86, Spanien mot rådet (ovan fotnot 11), punkt 25.

13 — Se domstolens dom av den 9 juli 1985 i mål 179/84, Bozzetti mot Invernizzi (REG 1985, s. 2301), punkt 34, av den 19 mars 1992 i mål C-311/90, Hierl (REG 1992, s. I-2061), av den 11 maj 2000 i mål C-56/99, Gascogne Limousin viandes (REG 2000, s. I-3079), punkt 44.

14 — Se artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999 enligt vilken "all diskriminering av berörda aktörer skall undvikas" vad gäller metoderna för förvaltningen av tullkvoterna, skäl 2 i förordning nr 2535/2001 som har följande lydelse: "I enlighet med artiklarna 26 och 29 i förordning (EG) nr 1255/1999 skall kommissionen se till att importlicenser utfärdas till alla sökande oavsett var i gemenskapen de är etablerade och kommissionen skall med beaktande av alla relevanta bestämmelser undvika diskriminering av importörer."

importörer som är etablerade i Förenade kungariket favoriseras av detta krav i förhållande till dem som är etablerade i andra medlemsstater, har Fonterra Logistics förnekat att kravet innebär en relevant skillnad i behandling i icke-diskrimineringsprincipens mening. Fonterra Logistics har i synnerhet gjort gällande att det saknas bevis för att sökande utanför Förenade kungariket skulle utsättas för större svårigheter och högre kostnader än sökande som är etablerade i Förenade kungariket.

25. Jag kan inte godta Fonterra Logistics argument i detta avseende. Det är uppenbart att, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, en ansökan om licens i Förenade kungariket medför större svårigheter för importörer utanför Förenade kungariket än för i Förenade kungariket etablerade importörer. För det första är det lättare för en importör att lämna in en ansökan på sitt "modersmål". Även om det för de riktigt stora företagen kan vara ett normalt förfarande att lämna in en ansökan som inte medför någon extra kostnad eller besvär, kan det ifrågavarande kravet för mindre företag innebära exempelvis extra översättningskostnader. Vidare skulle, för det fall en tvist uppstår, det förhållandet att denna tvist skall avgöras i ett utländskt rättssystem innebära en nackdel för företag utanför Förenade kungariket. Enligt min uppfattning är dessa eventuella extra svårigheter för importörer utanför Förenade kungariket tillräckliga för att en skillnad i behandling i icke-diskrimineringsprincipens mening skall anses föreligga. Det är inte tillräckligt att göra gällande att dessa svårigheter, i praktiken, sannolikt inte uppfattas som betydande av majoriteten av de företag som avser utöva internationell handel. Ingen de minimis-klausul tillämpas i bedömningen.

26. Efter att ha fastställt att importörer inom respektive utanför Förenade kungariket genom artikel 35.2 i förordning nr 535/2001 behandlas olika, är nästa fråga huruvida det finns sakliga skäl till denna skillnad. Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att sakliga skäl för skillnaden i behandling föreligger genom att denna skillnad är proportionerlig i förhållande till bestämmelsens syfte. Den grundar sig i huvudsak på argumentet att, eftersom kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid utövandet av sina befogenheter inom området för den gemensamma jordbrukspolitiken, skall domstolens prövning av detta utövande vara begränsat till en undersökning av huruvida kommissionen uppenbart har överskridit dessa befogenheter. Vidare är syftet med kravet på ansökan om licens i Förenade kungariket att möjliggöra för denna medlemsstat att effektivt kontrollera alla IMA 1-intyg som utfärdats, ogiltigförklarats eller ändrats och att säkerställa att den totala kvantiteten importerat smör inte överstiger kvoten för det aktuella året.

27. Av följande anledningar anser jag inte att dessa argument är övertygande.

28. Inledningsvis har både kommissionen och Fonterra Logistics i stor utsträckning grundat sina argument på antagandet att en normal domstolsprövning av kommissionens lagstiftningsåtgärder på jordbruksområdet under alla omständigheter i sig skall vara begränsad. Jag instämmer inte med detta påstående. Det är enligt min uppfattning viktigt att i detta avseende skilja på, å ena sidan, kommissionens lagstiftningsverksamhet, vilken medför svåra politiska val där kommissionen måste göra en avvägning mellan de olika mål för den gemensamma jordbrukspolitiken vilka slås fast i artikel 33 EG och, å andra sidan, kommissionens verksamhet som inte innebär någon sådan avvägning utan avser rent praktiskt genomförande och förvaltning av ett system eller en politik.

29. I det första fallet är det uppenbart att domstolsprövningen skall begränsas till en kontroll av att det vid utövandet av behörigheten inte har förekommit uppenbara fel eller maktmissbruk och att kommissionen inte uppenbart har överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning i förhållande till det eftersträvade målet. [15] Det är fast rättspraxis att begränsningen av domstolsprövningen speglar det förhållandet att "gemenskapens institutioner har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på jordbruksområdet med hänsyn till det ansvar som de har enligt artikel 34 EG och 37 EG". Följaktligen "skall domstolsprövningen begränsas till en kontroll av att det vid utövandet av behörigheten inte har förekommit uppenbara fel" i förhållande till det ändamål som den behöriga institutionen eftersträvar. [16] Exempel på beslut som fattats i enlighet med detta politiska ansvar är de som har fattats till följd av en oväntad utveckling på jordbruksmarknaderna. Domstolen har fastställt att "det endast är kommissionen som har möjlighet att ständigt och uppmärksamt följa utvecklingen på marknaden för olika jordbruksprodukter och handla med den skyndsamhet som situationen kräver. Enligt domstolens fasta rättspraxis kan rådet därför bli tvunget att ge kommissionen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och stora befogenheter att vidta åtgärder på detta område. Följaktligen skall gränserna för denna behörighet särskilt bedömas utifrån de allmänna grundläggande syftena med organisationen av marknaden". [17] Domstolen har exempelvis fastställt att kommissionens beslut att införa nödvaccinering kombinerat med slakt av smittade djur för att bekämpa mul- och klövsjukan, omfattades av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning inom den gemensamma jordbrukspolitiken. [18]

30. I det senare fallet, det vill säga beträffande kommissionens åtgärder av opolitisk och huvudsakligen administrativ eller verkställande art, finns det emellertid enligt min

15 — Domstolens dom av den 6 mars 2003 i mål C-14/01, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann GmbH (REG 2003, s. I-2279), punkt 39. Se även domstolens dom av den 12 juli 2001 i mål C-189/01, Jippes m.fl. (REG 2001, s. I-5689), punkt 80, av den 29 oktober 1998 i mål C-375/96, Zaninotto (REG 1998, s. I-6629), punkt 64, i mål C-56/99, Gascogne Limousin (ovan fotnot 13), av den 7 februari 2002 i mål C-328/00, Weber (REG 2002, s. I-1461), punkt 32, av den 16 maj 2002 i mål C-63/00, Schilling och Nehring (REG 2002, s. I-4483), punkt 39, och av den 12 maj 2005 i mål C-347/03, ERSA.

16 — Domen i mål C-347/03, ERSA (ovan fotnot 15), punkt 131. Se även domstolens dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa (REG 1990, s. I-4023), punkt 8, av den 17 juli 1997 i mål C-354/95, National Farmer's Union (REG 1997, s. I-4559), punkt 50, av den 22 november 2001 i mål C-301/97, Nederländerna mot rådet (REG 2001, s. I-8853), punkt 74, i mål C-63/00, Schilling och Nehring (ovan fotnot 15), punkt 39, och i mål C-14/01, Molkerei (ovan fotnot 15), punkt 39.

17 — Domen i målet C-14/01, Molkerei (ovan fotnot 15), punkt 38. Se även domstolens dom av den 27 maj 1987 i de förenade målen 133/85–136/85, Rau m.fl. (REG 1987, s. 2289), punkt 31, av den 11 mars 1987 i mål 265/85, Van den Bergh en Jurgens och Van Dijk Food Products (REG 1987, s. 1155), punkt 14, av den 21 mars 1991 i mål C-359/89, SAFA (REG 1991, s. I-1677), punkt 16, och i mål C-311/90, Hierl (ovan fotnot 13), punkt 14.

18 — Se domen i mål C-189/01, Jippes (ovan fotnot 15).

uppfattning inte någon anledning till varför omfattningen av domstolsprövningen av sådana åtgärder skulle vara begränsad, eller över huvud taget annorlunda än omfattningen av domstolsprövningen av medlemsstaternas åtgärder för genomförandet av detaljerna i jordbrukspolitiken. I sådana fall saknas grund för begränsning av prövningen, det vill säga den grundläggande maktfördelningen mellan lagstiftaren och domstolsmakten, vilken innebär att det inte är domstolens roll att "spekulera" avseende lagstiftarens politiska val. Detta resonemang är underförstått i domstolens rättspraxis som jag har citerat ovan. Domstolen skall inte i detalj pröva gemenskapsinstitutionernas lagstiftningsåtgärder som vidtagits i enlighet med deras "politiska ansvar" enligt artiklarna 34 EG och 37 EG. Omfattningen av domstolsprövningen av kommissionens åtgärder skall endast begränsas i fall när rådet har gett kommissionen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Skälen för en mer omfattande domstolsprövning av kommissionens åtgärder av verkställande karaktär på jordbruksområdet är ännu starkare när prövningen avser förenligheten med icke-diskrimineringsprincipen, vilken med stöd av artikel 34.2 EG, som jag har påpekat ovan, utgör en uttrycklig begränsning i fördraget av de medel genom vilka gemenskapens ändamål på jordbruksområdet skall uppnås. På samma sätt begränsas genom rådets förvaltningsbemyndigande för tullkvoter, såsom det föreskrivs i artikel 29 i förordning nr 1255/1999, uttryckligen den skönsmässiga bedömningen vid utförandet av denna uppgift. "All diskriminering av berörda aktörer skall undvikas" i alla metoder för förvaltning av kvoterna.

31. I det förevarande målet har kommissionen, som motiv till det i artikel 35.2 föreskrivna kravet att alla ansökningar om importlicens skall lämnas in i Förenade kungariket, angett att det ökar effektiviteten av kontrollen av ansökningarna och säkerställer att den sammanlagda kvoten för import av smör från Nya Zeeland inte överskrids. Dessa motiv är enligt min mening otillräckliga. Även om syftet att ha en välfungerande övervakning och kontroll av importlicens i princip är berättigat, är en skyldighet för alla importörer att lämna in sina ansökningar i Förenade kungariket ett oproportionerligt tillvägagångssätt för att uppnå detta syfte. Det är i synnerhet högst tveksamt hur välanpassad och effektiv en sådan skyldighet är för att uppnå detta syfte. Det finns inget bevis för att övervakningen av förvaltningen av importlicenser innebär en fördel för Förenade kungariket. Som jag har angett ovan är smör från Nya Zeeland den enda produkt för vilken ett sådant krav tillämpas enligt förordning nr 2535/2001. [19] Beträffande andra produkter för vilka utöver importlicensen fordras ett IMA 1-intyg (det vill säga de som avses i avsnitt 1 i kapitel III i avdelning 2 i förordning nr 2535/2001), [20] kan sådana licenser utfärdas av vilken behörig utfärdande myndighet som helst i gemenskapen. Jag kan inte se något sakligt skäl, och något sådant har inte heller anförts i målet, till varför en liknande ordning inte i princip skulle kunna vara lika effektiv för

19 — Avsnitt 2 i kapitel III i avdelning 2 i förordning nr 2535/2001, i vilket artikel 35.2 står att finna, gäller endast för smör från Nya Zeeland (se ovan).

20 — Det vill säga: 1) import enligt tullkvoter avseende specificerade ursprungsländer och som finns upptagna i lista CXL, 2) import enligt kvoter inom ramen för gemenskapens avtal med Norge och 3) import enligt gemenskapens avtal med Cypern (artikel 24 i förordning nr 2535/2001).

import av smör från Nya Zeeland. Kommissionen har visserligen nämnt att förordning nr 2535/2001 i sig medför ett ansvar för myndigheterna i varje medlemsstat att kontrollera vikt och fetthalt hos importerat smör från Nya Zeeland för att försäkra sig om att dessa överensstämmer med vad som anges i motsvarande IMA 1-intyg. [21]

32. Enligt min uppfattning är det tvärtom uppenbart att den verkliga bakgrunden till förekomsten av artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 är historisk. Som kommissionen har medgett i sitt yttrande, var det ursprungliga skälet till varför alla ansökningar om importlicens för smör från Nya Zeeland måste lämnas in i Förenade kungariket att detta land, i enlighet med protokoll 18 i dess anslutningsakt, var det enda land i vilket sådant smör kunde saluföras. Trots att denna restriktion till följd av förordning nr 3841/92 upphävdes och i tullhänseende förmånsbehandlat smör från Nya Zeeland därmed kunde omsättas fritt inom gemenskapen, lämnades skyldigheten att lämna in ansökan om importlicens i Förenade kungariket helt enkelt orörd, oaktat det förhållandet att grunden härtill hade blivit obsolet. Enligt min mening är således artikel 35.2 inte alls någon politisk åtgärd för vilken domstolsprövningen skall vara begränsad.

33. Härmed återstår endast ett möjligt skäl till att upprätthålla denna situation, nämligen att det är lättare att behålla status quo. Det skulle kunna antas att förespråkare för ett sådant argument skulle hänvisa till Förenade kungarikets myndigheters historiska erfarenhet av handläggning av importlicenser för smör från Nya Zeeland. De skulle även kunna hänvisa till det förhållandet att det flertal skyldigheter att meddela vissa uppgifter, som föreskrivs i artiklarna 38 och 39 i förordning nr 2535/2001, för närvarande endast gäller Förenade kungarikets myndigheter. Dessa argument är emellertid inte övertygande. Som jag har angett ovan är andra medlemsstaters myndigheter numera behöriga att behandla ansökningar om importlicens för alla varor för vilka ett IMA 1-intyg erfordras. I vart fall uppväger, enligt min uppfattning, intresset av att undvika nackdelar för ekonomiska aktörer utanför Förenade kungariket varje marginell praktisk fördel som skulle kunna tillskrivas den erfarenhet som Förenade kungarikets myndigheter kan ha i detta avseende. Vidare, emedan det i andra artiklar i förordning nr 2535/2001 visserligen hänvisas till Förenade kungarikets myndighet som "kontaktpunkt" för smör från Nya Zeeland, kan jag inte se något skäl till varför en ändring av dessa artiklar så att de i stället hänvisar till medlemsstaternas behöriga myndigheter skulle föranleda något problem, eller för den del, som jag nedan anför, varför Förenade kungariket inte skulle kunna fortsätta fylla sin statistikfunktion med hjälp av samarbete mellan utfärdande myndigheter.

34. Av dessa anledningar anser jag att artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 strider mot

21 — Bilaga IV till förordning nr 2535/2001.

den princip om icke-diskriminering som slås fast i artikel 34.2 andra stycket EG, och därför skall ogiltigförklaras.

3. Artikel 26.2 i förordning nr 1255/1999

35. Den hänskjutande domstolens sista fråga beträffande artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 avser denna artikels förenlighet med artikel 26.2 i förordning nr 1255/1999.

36. Trots att det, mot bakgrund av vad som ovan anförts, inte är direkt nödvändigt att besvara denna fråga, skulle jag vilja påpeka att de två artiklarna enligt min uppfattning är fullständigt förenliga. Artikel 26.2 i förordning nr 1255/1999 föreskriver helt enkelt att medlemsstater skall utfärda licenser (inklusive importlicenser) till en sökande oavsett dennes etableringsort och utan att detta påverkar de åtgärder som gäller tillämpningen av artiklarna 29, 30 och 31. Därmed ifrågasätts emellertid inte att importlicenser, enligt artikel 35.2 i förordning nr 535/2002, (i teorin) kan utfärdas till sökanden oavsett i vilket land denna är etablerad. Problemet är snarare, som jag har anfört ovan, att dessa sökanden i praktiken kan förmodas vara i ett ofördelaktigt läge när de ansöker om sådana licenser. Den omständighet att det i artikel 26.2 hänförs till av "medlemsstater" i plural utfärdade licenser är inte enligt min uppfattning avgörande, eftersom detta utgör en del av en allmän bestämmelse enligt vilken licens krävs vid import till gemenskapen och att licens kan krävas vid export från gemenskapen. Jag kan inte se att användningen av plural i detta avseende har varit ägnad att nödvändigtvis utesluta möjligheten att, i nödvändiga och berättigade fall, ge en enda medlemsstat behörighet att motta ansökningar om licens för en särskild vara. [22]

B — *Den andra frågan*

37. Verwaltungsgericht har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001, i vilken det föreskrivs att importlicenser för vissa produkter, inklusive förmånsbehandlat smör från Nya Zeeland, skall utfärdas endast mot uppvisande av ett IMA 1-intyg till den behöriga myndigheten, strider mot 1) icke-diskrimineringsprincipen i artikel 34.2 andra stycket EG och i artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999, 2) artikel 28 EG och/eller 3) artikel 82.1 EG, och av denna anledning skall ogiltigförklaras.

22 — Vidare visar bestämmelsen enligt vilken licenser skall utfärdas "utan att detta påverkar de åtgärder som gäller tillämpningen av artiklarna 29, 30 och 31" enligt min uppfattning endast att medlemsstaterna, när de utfärdar licenser, måste iaktta de förvaltningsmetoder för (import- och export-)kvoter som kommissionen har föreskrivit i dessa artiklar.

1. Diskrimineringsförbudet

38. Den första frågan är huruvida kravet om att importlicenser för vissa produkter, inklusive i tullhänseende förmånsbehandlat smör från Nya Zeeland, endast kan utfärdas mot uppvisande av ett IMA 1-intyg till den behöriga myndigheten strider mot den icke-diskrimineringsprincip som slås fast i artikel 34.2 EG och i artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999. Jag kommer att undersöka dessa artiklar tillsammans eftersom de, enligt min uppfattning, ger uttryck för samma princip, nämligen, som jag har beskrivit ovan, principen om likabehandling, vilken innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte föreligger sakliga skäl för en sådan behandling. I artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999 formuleras denna princip i det specifika sammanhanget avseende förvaltning av tullkvoter.

39. Det förekommer, i teorin, två olika sätt på vilka en bestämmelse som antagits av kommissionen kan strida mot icke-diskrimineringsförbudet.

40. Det första är det sätt som jag har redogjort för ovan, det vill säga genom att ordalydelsen i själva bestämmelsen innehåller ett inslag som medför diskriminerande behandling av aktörer, i förevarande fall vid utfärdandet av importlicenser. Artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 är inte diskriminerande i denna mening. Vid en första anblick resulterar artikeln visserligen i olika behandling. Genom att utfärdandet av sådana licenser förutsätter innehav av ett IMA 1-intyg görs i artikeln en åtskillnad mellan de aktörer som innehar ett IMA 1-intyg och de som inte innehar ett sådant intyg. Denna skillnad i behandlingen är emellertid enligt min uppfattning berättigad. I det förevarande fallet anges syftet med kravet om innehav av ett IMA 1-intyg för att beviljas en importlicens i ingressen i förordning nr 2535/2001, i skäl 9. Enligt detta skäl är det huvudsakliga syftet med detta krav att underlätta och förenkla importförfarandet, genom att underlätta importmyndigheternas kontroll av att de importerade produkterna överensstämmer med varubeskrivningen och att kvoterna inte överskrids. Detta beror på att IMA 1-intyget, som utfärdas av exportlandet, innebär en garanti för att de exporterade produkterna överensstämmer med beskrivningen av dessa.

41. I princip är detta motiv fullkomligt godtagbart. Genom artiklarna 26.1 och 29.1 i förordning nr 1255/1999, vilka utgör rättslig grund för förordning nr 2535/2001, gav rådet kommissionen ett lagstiftningsbemyndigande avseende tillämpningen av det importsystem för mjölk och mjölkprodukter som anges i dessa artiklar. Kommissionens beslut om kravet på ytterligare intyg, IMA 1-intyget, för vissa produkter, i syfte att underlätta kontrollen av importerade produkter beträffande överensstämmelsen med varubeskrivningarna och tullkvoterna, är ett klassiskt exempel på ett val av politik som faller inom dess utrymme för skönsmässig bedömning. Sökanden har uttryckligen anfört att denna inte principiellt motsätter

sig systemet med krav på IMA 1-intyg. Följaktligen kan det inte hävdas att artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 vid en första anblick i sig innebär diskriminering av aktörer. I detta avseende är den inte diskriminerande.

42. Det finns emellertid, enligt min uppfattning, ett annat avskiljt sätt på vilket en av kommissionen instiftad bestämmelse kan strida mot icke-diskrimineringsprincipen. Detta avser de fall när kommissionen har ett uttryckligt ansvar för att säkerställa likabehandling av aktörer inom gemenskapen, och denna till en tredje stat delegerar en av de administrativa uppgifter som kommissionen, enligt rådets lagstiftningsbemyndigande var skyldig att utföra i lagstiftningsförfarandet. I ett sådant fall har kommissionen skyldighet att säkerställa att icke-diskrimineringsprincipen även beaktas av den tredje stat till vilket den har delegerat den administrativa uppgiften. Om kommissionen inte gör detta och detta leder till diskriminering av aktörer inom gemenskapen, skall kommissionen i sig anses ha åsidosatt icke-diskrimineringsprincipen.

43. Skälen för att tillskriva denna typ av delegerad diskrimination till kommissionen är starka. För det första kan kommissionen, när den av rådet har fått instruktioner om att genomföra en uppgift i enlighet med icke-diskrimineringsprincipen, inte frånkomma denna skyldighet enbart på grund av att den har valt att delegera (en del av) denna uppgift till en tredje stat. Detta skulle inte bara omkullkasta rådets avsikter såsom de uttryckts i bemyndigandet,[23] utan också äventyra effektiviteten av det grundläggande förbud mot diskriminering som föreskrivs i fördraget. För det andra är skadan, ur gemenskapsaktörens synvinkel, exakt densamma oavsett huruvida de diskriminerande bestämmelserna har instiftats av den tredje staten eller av kommissionen.

44. I det förevarande målet är det klart att rådets bemyndigande till kommissionen att anta tillämpningsföreskrifter för förordning nr 1255/1999 när det gäller ordningen för import av mjölk och mjölkprodukter och om öppnande av tullkvoter uttryckligen innehöll ett krav på förenlighet med icke-diskrimineringsprincipen beträffande aktörer inom gemenskapen. I detta hänseende föreskrivs i artikel 29.1 i förordning nr 1255/1999 att "all diskriminering av berörda aktörer skall undvikas" vid antagandet av förvaltningsmetoder avseende tullkvoter för mjölk och mjölkprodukter. På samma sätt erinras det i skäl 2 i förordning nr 2535/2001, "dotterförordningen", om villkoren för kommissionens bemyndigande: "I enlighet med artiklarna 26 och 29 i förordning (EG) nr 1255/1999 skall kommissionen se till att importlicenser utfärdas till alla sökande oavsett var i gemenskapen de är etablerade och kommis-

23 — Se analogt domen i mål C-14/01, Molkerei (ovan fotnot 15), punkt 35: "Domstolen erinrar om att kommissionen enligt artikel 211 fjärde strecksatsen EG för att säkerställa den gemensamma marknadens funktion och utveckling skall utöva de befogenheter som rådet ger kommissionen för att genomföra de regler som fastställts av rådet."

sionen skall med beaktande av alla relevanta bestämmelser undvika diskriminering av importörer."

45. Som anges ovan valde kommissionen att, för vissa mjölkprodukter, anta en metod för förvaltning av kvoter och importsystem som krävde, som en förutsättning för beviljande av en licens för import till gemenskapen, innehav av ett IMA 1-intyg för de aktuella varorna. Ansvaret för utfärdande av dessa intyg anförtroddes ett visst tredje lands "utfärdande myndigheter", vilka angavs av kommissionen i bilaga XII till förordning nr 2535/2001. [24] Avsnitt 1 i kapitel III i avdelning 2 i förordning nr 2535/2001 omfattar ett flertal olika skyldigheter som de utfärdande myndigheterna måste uppfylla när de utfärdar IMA 1-intyg, till exempel avseende IMA 1-intygens form, giltighet och innehåll. [25] Beträffande smör från Nya Zeeland fastställs i bilaga IV till förordning nr 2535/2001 bestämmelser som nyzeeländska MAF skall följa vid ifyllande av IMA 1-intyg och vid kontroll av smörets vikt och fetthalt. [26] Kommissionen har emellertid inte i dessa bestämmelser inkluderat en skyldighet att iaktta icke-diskrimineringsprincipen gentemot aktörer vid utfärdande av IMA 1-intyg. Beträffande utfärdandet av IMA 1-intyg för import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen är det fullständigt klart att denna brist har medfört att de nyzeeländska myndigheterna har kunnat diskriminera berörda aktörer, i den mening som avses i artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999, genom sitt sätt att utfärda IMA 1-intyg. För det första råder det inga tvivel om att den nyzeeländska IMA 1-ordningen medför en skillnad i behandlingen mellan olika aktörer. Som jag har beskrivit ovan är det enligt nyzeeländsk rätt endast möjligt för en enda aktör, NZDB, att erhålla ett IMA 1-intyg får sådan import till gemenskapen. För det andra föreligger det inte sakliga skäl för sådan skillnad i behandlingen i den mening som avses enligt gemenskapsrättens icke-diskrimineringsprincip. Som jag har beskrivit ovan är den uttryckliga grunden till Nya Zeelands lagstiftade ordning i detta avseende att maximera de ekonomiska intäkterna av export av smör från Nya Zeeland till gemenskapen och att säkerställa att dessa intäkter, i största möjliga utsträckning återgår till den nyzeeländska mejeriindustrin via Fonterra. Detta utgör enligt gemenskapsrätten inget giltigt skäl för diskriminering, i synnerhet sådan extrem diskriminering som i detta fall är uppenbar, det vill säga ett totalt uteslutande för alla andra aktörer från möjligheten att importera smör från Nya Zeeland till gemenskapen.

46. Av dessa anledningar har kommissionen därför åsidosatt sin skyldighet att säkerställa att icke-diskrimineringsprincipen iakttas av

24 — Såtillvida skiljer sig denna importordning från ordningarna för andra mjölkprodukter enligt kapitlen I och II i avdelning 2 i förordning nr 2535/2001, enligt vilka import sker på grundval av importlicenser enbart, för vilka ansvaret vilar på gemenskapens importmyndigheter.

25 — Se artiklarna 25 och 29–31 i förordning nr 2535/2001.

26 — Artikel 40.1 i förordning nr 2535/2001.

en tredje stat till vilken den har delegerat de administrativa uppgifter som den ålagts genom rådets bemyndigande. Den härigenom inträffade diskrimineringen av aktörer måste följaktligen, enligt min uppfattning, tillskrivas kommissionen. Jag skulle vilja tillägga att inkluderandet av en regel om iakttagande av icke-diskrimineringsprincipen avseende aktörer inte förefaller medföra några otillbörliga praktiska svårigheter. För det första, beträffande kommissionens kontroll av uppfyllandet av denna skyldighet, gäller IMA 1-ordningen endast i ett begränsat antal länder. Vidare har de utfärdande myndigheterna redan ålagts ett flertal skyldigheter om att hålla kommissionen informerad om hur deras IMA 1-ordningar fungerar,[27] till vilka lätt skulle kunna tilläggas exempelvis en skyldighet att se till att IMA 1-intyg utdelas på ett icke-diskriminerande sätt, eller inkluderas en förteckning över aktörer till vilka IMA 1-intyg utdelats under det aktuella kvotåret. Vidare, beträffande konsekvenserna av ett åsidosättande av denna skyldighet, skulle dessa kunna ta ett flertal olika former, allt från icke-formella diskussioner mellan kommissionen och den ifrågavarande utfärdande myndigheten till en formell ändring av systemet med utfärdande myndigheter i tredje stat.[28]

47. Svaret på denna del av den hänskjutande domstolens fråga bör således vara att artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 strider mot icke-diskrimineringsprincipen enligt artikel 34.2 EG och artikel 29.2 i förordning nr 1255/1999, och skall därför ogiltigförklaras.

2. Artikel 28 EG

48. Den hänskjutande domstolen har även tagit upp frågan huruvida kravet om innehav av ett IMA 1-intyg för att kunna ansöka om importlicens, som föreskrivs i artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001, strider mot förbudet mot fri rörlighet för varor i artikel 28 EG. Det klassiska svaret på denna fråga skulle vara nekande, av samma anledning som jag har redogjort för ovan i mitt svar på fråga 1, nämligen att kravet gäller varor som ännu inte är i fri omsättning inom gemenskapen, och som därför inte omfattas av artikel 28 EG.

49. Jag vill emellertid påpeka att jag inte är fullständigt nöjd med detta svar. Som jag har nämnt ovan, är verkningen av det sätt på vilket kommissionen har valt att genomföra sitt bemyndigande att anta bestämmelser om ordningen för import att endast ett företag har rätt att importera smör från Nya Zeeland till gemenskapen. Det är ett ekonomiskt faktum att den omständighet att det endast finns en sådan importör, vilken exempelvis

27 — Se exempelvis artiklarna 33 och 38 i förordning nr 2535/2001.

28 — Detta har redan inträffat, exempelvis när en kvot hade överskridits i Norge, vilket fick till följd att Norges två utfärdande myndigheter ersattes av ett enda organ som lyder direkt under jordbruksministeriet. Se skäl 15 i förordning nr 2535/2001.

gör det möjligt för denna att höja priserna vid återförsäljning, medför restriktiva konsekvenser för mellanstatlig handel av smöret så snart detta är i fri omsättning, vilket jag redogör närmare för nedan. Av denna anledning skulle, enligt min mening, ett godkännande av en skyldighet enligt artikel 28 EG för kommissionen att beakta och minimisera dessa restriktioner vid uppfyllandet av dess genomförande och av administrativa uppgifter i enlighet med bemyndigandet överensstämma med det ekonomiska syftet med artikeln och effektiviteten av denna. Jag anser emellertid inte, mot bakgrund av min slutsats angående de första och tredje delarna av den hänskjutande domstolens andra fråga, att det är nödvändigt i målet att undersöka denna fråga närmare.

3. Artikel 82.1 EG

50. Den sista punkt som tas upp i den hänskjutande domstolens andra fråga är huruvida artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 strider mot artikel 82.1 EG, enligt vilken ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är förbjudet.

51. Eftersom artikel 82.1 EG endast gäller företags agerande på eget initiativ, [29] kan inte denna artikel i sig utgöra grund för prövning av en bestämmelse i en av kommissionen antagen förordning. Frågan i förevarande mål är snarare huruvida artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 strider mot artikel 82.1 EG i kombination med artikel 86.1 EG. I denna artikel föreskrivs följande: "Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och heller inte bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81–89." Domstolen har fastställt att denna artikel, oaktat det förhållandet att artikel 82 riktar sig till företag, innebär att "medlemsstaterna skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås". [30] Medlemsstaterna får således inte vidta eller bibehålla åtgärder som skapar "en situation i vilken [ett företag] inte kan undgå att bryta mot [fördraget]". [31]

52. Bedömningen av huruvida denna rättspraxis skall tillämpas i det förevarande målet sker i princip i tre steg. För det första, gäller förbudet i artikel 86.1 EG inte bara medlemsstaternas åtgärder, utan även kommis-

29 — Se domstolens dom i mål C-18/88, GB-inno-BM (REG 1991, s. I-5941; svensk specialutgåva, s. I-519), punkt 20, och av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, s. I-97).

30 — Domstolens dom av den 16 november 1977 i mål INNO (REG 1977, s. 2115; svensk specialutgåva, s. 471), punkt 31.

31 — Domstolens dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, s. I-135), punkt 27. Se även domen i mål 13/77, INNO (ovan fotnot 30), punkt 33, i vilken hänförs till "åtgärder som gör det möjligt för privata företag att undandra sig skyldigheterna enligt artikel [81–89] i fördraget".

sionens lagstiftningsåtgärder på jordbruksområdet enligt ett mandat från rådet? För det andra, om så är fallet, kan kommissionen, genom artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 eller någon annan åtgärd, påstås ha beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter till NZDB? För det tredje, om så är fallet, skapas det genom artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 en situation i vilken Fonterra-koncernen eller en del av den inte kan undgå att bryta mot artikel 82 EG?

53. På den första punkten finns det enligt min uppfattning, även om det i artikel 86.1 endast uttryckligen hänförs till medlemsstaternas åtgärder, starka skäl till att denna artikel i princip skall anses omfatta åtgärder som vidtas av kommissionen enligt rådets bemyndigande. Det främsta skälet är kommissionens skyldighet, enligt artikel 10 EG, att underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs och att avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås. [32] Ett annat avgörande skäl är kommissionens uppdrag enligt artikel 211 EG att medverka till att säkerställa den gemensamma marknadens funktion och utveckling, vilket tydligt omfattar målet i artikel 3 g EG att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

54. Dessutom stärks detta resonemang av det förhållandet att kommissionens ifrågavarande åtgärd gällde jordbruksområdet. Enligt artikel 33 EG är ett av jordbrukspolitikens uttryckliga mål att tillförsäkra konsumenterna tillgång till varor till skäliga priser. [33] Eftersom detta även är ett av de huvudsakliga målen med fördragets konkurrensregler, inklusive artiklarna 86.1 EG och 82.1 EG, följer det av intresset av att både artikel 33 och konkurrensreglerna är effektiva att kommissionens åtgärder på jordbruksområdet i princip kan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG. I detta avseende finner jag domstolens dom i målet Milk Marque upplysande. I det målet fastställde domstolen att gemenskapsinstitutionerna, i sin strävan efter de olika mål för den gemensamma jordbrukspolitiken som föreskrivs i artikel 33 EG, har som permanent uppgift att förena dessa individuella mål. [34] Beträffande fördragets konkurrensregler i synnerhet angav domstolen att "upprätthållandet av en effektiv konkurrens på marknaden för jordbruksprodukter utgör en av målsättningarna för den gemensamma jordbrukspolitiken och den gemensamma organisationen av marknaderna i fråga". [35] I sitt resonemang kring effekten av artikel 36 EG i

32 — Se domar i vilka domstolen angett att även gemenskapsinstitutionerna är bundna av artikel 10 EG, av den 10 februari 1983 i mål 230/81, Luxembourg mot Europaparlamentet (REG 1983, s. 255; svensk specialutgåva, s. 17), punkt 37, av den 15 januari 1986 i mål 52/84, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s. 89), punkt 16, av den 1 juni 1999 i mål C-319/97, Kortas (REG 1999, s. I-11221), punkt 69, och förklaring nr 3, bilagd till Nicefördraget, rörande artikel 10 i EG-fördraget.

33 — Se även domstolens dom av den 26 maj 2005 i mål C-283/03, A. H. Kuipers mot Productschap Zuivel (REG 2005, s. I-4255).

34 — Domstolens dom av den 9 september 2003 i mål C-137/00, Milk Marque (REG 2003, s. I-7975).

35 — Ibidem, punkt 57.

målet Milk Marque angav domstolen att rådet visserligen enligt denna artikel "skall avgöra i vilken utsträckning gemenskapsbestämmelserna om konkurrens skall tillämpas på produktion av och handel med dessa produkter. Likväl fastställs i denna artikel principen om att gemenskapens konkurrensbestämmelser är tillämpliga inom jordbruksektorn." [36]

55. Domstolen angav visserligen också i det målet att, vid en eventuell konflikt, den gemensamma jordbrukspolitikens mål enligt artikel 36 EG har företräde framför till konkurrenspolitiken anknutna mål. Det förevarande målet föranleder enligt min uppfattning inte någon konflikt mellan dessa två politiker. Det kan antas att en sådan konflikt hade kunnat uppkomma om syftet med det förevarande målet hade varit att totalt avskaffa kravet på uppvisande av ett IMA 1-intyg vid ansökan om licens för import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen. Som sökanden har bekräftat, är detta emellertid inte avsikten med målet. Denna strävar snarare efter en (icke-diskriminerande) tillgång till marknaden för import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen. Detta hänför sig endast till kommissionens val av de villkor enligt vilka den delegerar sitt ansvar för förvaltning av tullkvoter, och medför enligt min uppfattning ingen konflikt mellan den gemensamma jordbrukspolitiken och konkurrenspolitiken.

56. Detta leder till den andra och tredje punkten. Dessa kan undersökas tillsammans, eftersom den åtgärd genom vilken det påstås "beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter" och den åtgärd som påstås skapa en situation i vilken artikel 82 EG oundvikligen åsidosätts i realiteten är densamma, nämligen artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001. [37] Kan det anses att artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 innebär att Fonterrakoncernen, eller en del av den, beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter som skapar en situation i vilken de inte kan undvika att åsidosätta artikel 82 EG?

57. För det första, beträffande frågan om särskilda eller exklusiva rättigheter, skall det återigen påpekas att artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 vid en första anblick naturligtvis inte omfattar någon uttrycklig utnämning av NZDB som enda aktör med rätt att erhålla ett IMA 1-intyg, och den ger inte NZDB någon direkt möjlighet att agera på ett sätt som strider mot artikel 82.1 EG. Detta är snarare en följd av den bestämmelse i nyzeeländsk lag, enligt vilken endast NZDB kan beviljas ett IMA 1-intyg, på grund av att

36 — Ibidem, punkt 58.

37 — Se exempelvis domstolens dom i målet C-202/88, Frankrike mot kommissionen (ovan fotnot 29), i vilken domstolen fastställde att ett beviljande av särskilda eller exklusiva rättigheter i sig kan utgöra en "åtgärd" i den mening som avses i artikel 86.1 EG, utan att två skilda åtgärder krävs.

NZDB innehar den exklusiva licensen för export av smör från Nya Zeeland till gemenskapen. Som jag har redogjort för ovan anser jag emellertid att tredje länder, genom att organisera och förvalta ordningen för utdelningen av IMA 1-intyg, agerar enligt de befogenheter som kommissionen delegerat genom bestämmelsen i artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001, i enlighet med kommissionens bemyndigande att upprätta och förvalta ordningen för import av mjölk och mjölkprodukter. Följaktligen måste konsekvenserna av denna gemenskapsakt tillskrivas kommissionen, även om NZDB:s exklusivitet avseende utdelningen av IMA 1-intyg för import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen härrör från en nyzeeländsk rättsakt. Kommissionen skall anses bära ansvaret för Nya Zeelands beviljande av särskilda eller exklusiva rättigheter.

58. Nästa fråga är huruvida NZDB:s exklusiva rätt till IMA 1-intyg i målet är sådan att Fonterrakoncernen, eller del av denna, i sitt utövande av denna exklusiva rätt inte kan undvika att missbruka sin dominerande ställning. Logiskt sätt är den första frågan i detta avseende den följande: Har Fonterrakoncernen, eller en del av denna, missbrukat en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82.1 EG? Som Fonterra Logistics har påpekat skulle avskiljandet av den relevanta marknaden, och fastställandet av den styrka som Fonterrakoncernen har på denna marknad, erfordra en detaljerad ekonomisk och faktisk bedömning. Den information som domstolen har tillgång till genom förevarande begäran om förhandsavgörande är inte tillräcklig för att domstolen skall kunna genomföra en sådan bedömning, och det är inte heller lämpligt att inom ramen för ett förhandsavgörande avgöra denna materiella fråga om faktiska omständigheter. Detta är en fråga som det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra. För det fall den hänskjutande domstolen kommer fram till att Fonterrakoncernen, eller en del av denna, har en dominerande ställning på den relevanta marknaden, exempelvis marknaden för export av smör från Nya Zeeland till gemenskapen, eller marknaden för import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen, är den andra frågan huruvida denna har missbrukat denna ställning. Domstolen kan inte, återigen, utan att avgränsa den relevanta marknaden, göra en slutgiltig bedömning på denna punkt.[38] Jag skulle i detta hänseende vilja påpeka följande: Den hänskjutande domstolen bör i sin uppskattning av huruvida missbruk av dominerande ställning har förekommit, beakta vad som enligt min uppfattning innebär allvarligt skadliga konkurrensbegränsande verkningar inom gemenskapen av den aktuella importord-

38 — Jag hänvisar emellertid, för det fall den hänskjutande domstolen skulle finna att (en del av) Fonterrakoncernen har en dominerande ställning på marknaden för export av (nyzeeländskt) smör (till gemenskapen), som en möjlig utgångspunkt, till domstolens dom i det ovan i fotnot 29 nämnda målet C-18/88, GB-Inno-BM (ovan fotnot 29). Domstolen fastställde i det målet att åtgärder som underlättar för det dominerande företaget att utvidga dess ställning på marknaden till en närliggande marknad strider mot artikel 86.1 EG i kombination med artikel 82.1 EG. Denna princip bör även, enligt min mening, tillämpas i fall när marknaden utvidgats till ett efterföljande marknadsled, såsom import till gemenskapen. Beroende, återigen, på den definition av den relevanta marknaden som den nationella domstolen antar, skulle en annan möjlig referens kunna vara doktrinen om leveransvägran till nya kunder när leverans är nödvändig för kundens möjlighet att konkurrera. Se analogt domstolens dom av den 3 oktober 1984 i mål C-311/84, Télémarketing, (REG 1985, s. 3261).

ningen. Den huvudsakliga skada som orsakas av monopolet på importlicenser för smör från Nya Zeeland är dubbel.

59. För det första betalar konsumenter i gemenskapen mer för produkten och för efterföljande produkter i vilka produkten utgör en beståndsdel. Eftersom konkurrens är möjlig först när produkten har satts i fri omsättning, kan den monopolinnehavande importören fritt agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter [39] vid prissättningen för återförsäljning efter att ha uppfyllt tullformaliteterna. Dessa högre priser övervältras i sin tur på konsumenterna. För det andra är det ett enda företag som uppbär vinsterna av monopolpriserna vid återförsäljning av produkten. I det förevarande målet är detta, som jag har beskrivit ovan, det uttryckliga motivet till den nyzeeländska bestämmelsen, det vill säga att maximera de ekonomiska vinsterna av export av smör från Nya Zeeland till gemenskapen och säkerställa att dessa vinster i största möjliga utsträckning återgår till den nyzeeländska mejeriindustrin genom Fonterrakoncernen. Detta innebär inte bara att alla andra potentiella importörer är helt uteslutna från import av produkten, men även att Fonterra Logistics (och eventuellt dess syster-distributionsbolag inom gemenskapen) har en betydande fördel på den efterföljande återförsäljningsmarknaden(/-marknaderna) för smör från Nya Zeeland, eftersom övriga återförsäljare måste övervältra sina ökade kostnader till följd av Fonterra Logistics höga återförsäljningspris. Sammanfattningsvis kan de skadliga (direkta och indirekta) verkningarna för gemenskapens konsumenter av detta absoluta monopol vara allvarliga.

60. För det fall den hänskjutande domstolen bedömer att (en del av) Fonterrakoncernen har missbrukat sin dominerande ställning, exempelvis genom att utvidga sin dominerande ställning till ett efterföljande marknadsled, eller genom att oskäligen vägra sälja smör till sökanden före import, är den slutliga frågan huruvida detta missbruk var en oundviklig konsekvens av den nyzeeländska lagstiftningen. På denna punkt borde det visserligen, i teorin, vara möjligt för NZDB att sälja sitt för gemenskapen avsedda smör, tillsammans med de motsvarande IMA 1-intygen, till andra importörer än Fonterra Logistics. Såtillvida och såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, avslogs sökandens begäran om att NZDB skulle sälja sitt smör av den enda anledningen att Fonterrakoncernens politik var att endast sälja smör på grossistnivå för import till gemenskapen till Fonterra Logistics. Härav följer att det skulle kunna hävdas att åsidosättandet av artikel 82 EG genom NZDB:s agerande inte var en oundviklig följd av beviljandet av exklusiva rättigheter till NZDB enligt nyzeeländsk rätt. [40] Detta är emellertid ett artificiellt argument. Det tar i synnerhet inte hänsyn till syftet med den nyzeeländska lagstiftning genom vilken ordningen för utfärdande av IMA 1-intyg infördes, det vill säga att maximera Nya Zeelands ekonomiska

39 — Se den klassiska definitionen av dominerande ställning i, bland annat, domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, s. 9), punkt 65.

40 — Se domstolens dom av den 5 oktober 1994 i mål C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle (REG 1994, s. I-5077; svensk specialutgåva, s. I-207).

intäkter av export av smör enligt tullkvoter, och överföringen av dessa intäkter till mejeriindustrin. Det förefaller således som att den uttryckliga avsikten med ordningen var att NZDB skulle fortsätta sälja sitt smör för import till gemenskapen uteslutande till Fonterra Logistics. Följaktligen bör NZDB:s vägran att sälja till någon annan aktör än Fonterra Logistics, realistiskt sett, ses som en oundviklig konsekvens av den nyzeeländska lagstiftningen.

C — *Den tredje frågan*

61. Verwaltungsgericht har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida artiklarna 25.1 och 35.2 i förordning nr 2535/2001 bör ogiltigförklaras såsom stridande mot 1) ickediskrimineringsprincipen för regeringskontrollerade företag i artikel XVII.1 a i GATT och/eller 2) kravet om neutralitet och rättvisa vid tillämpning av de regler om importlicensförfarande som föreskrivs i artikel 1.3 i GATT-avtalet om importlicensförfaranden. Eftersom GATT 1994 och GATT-avtalet om importlicensförfaranden utgör en del av de avtal som är bilagda till WTO-avtalet, föranleds härigenom återigen frågan om i vilken utsträckning gemenskapslagstiftningen kan prövas med avseende på överensstämmelsen med WTO-reglerna.

1. Tillämpliga principer

62. Domstolen har i detta hänseende fastslagit att WTO-avtalen, med hänsyn till deras beskaffenhet och systematik, i princip inte ingår bland de regler som domstolen skall pröva med avseende på lagenligheten av gemenskapsinstitutionernas rättsakter. [41] Det finns emellertid två undantag från denna princip. Det första gäller när det i den ifrågasatta gemenskapsrättsliga bestämmelsen uttryckligen hänvisas till den specifika GATT-regeln (det så kallade Fediol-undantaget). [42] Som intervenienterna i det förevarande målet har medgett, är detta undantag inte tillämpligt i det ifrågavarande fallet. Det hänvisas inte i någon punkt i förordning nr 2535/2001 till artikel XVII.1 a i GATT eller till artikel 1.3 i GATT-avtalet om importlicensförfaranden. Det andra undantaget är när en gemenskapsinstitution har antagit den ifrågavarande lagstiftningsakten för att fullgöra gemenskapens förpliktelser med anknytning till WTO (det så kallade Nakajima-undantaget). [43] Det är detta undantag som har åberopats i det förevarande målet.

41 — Se exempelvis domstolens dom av den 23 november 1999 i mål C-149/96, Portugal mot rådet (REG 1999, s. I-8395), punkt 47.

42 — Se domstolens dom av den 22 juni 1989 i mål 70/87, Fediol mot kommissionen (REG 1989, s. 1781; svensk specialutgåva, s. 67), punkterna 19–22.

43 — Se domstolens dom av den 7 maj 1991 i mål C-69/89, Nakajima mot rådet (REG 1991, s. I-2069; svensk specialutgåva, s. I-149), punkt 31.

2. Bör domstolen pröva sin rättspraxis enligt Nakajima?

63. Innan jag undersöker huruvida detta undantag skall tillämpas i målet, vill jag påpeka att kommissionen har begärt att domstolen i det förevarande målet skall pröva sin ovannämnda rättspraxis i vilken den har fastställt de förutsättningar enligt vilka gemenskapslagstiftning kan prövas med avseende på överensstämmelsen med WTO-rättsliga bestämmelser. Kommissionen har i synnerhet anfört att det bakomliggande syftet i domstolens rättspraxis avseende Nakajima-undantaget lättare kan uppnås genom principen om konsekvent tolkning av gemenskapslagstiftningen mot bakgrund av folkrätten. [44] Kommissionen har påpekat att den unilaterala karaktären av Nakajima-undantaget strider mot den ömsesidighet som präglar WTO-rättsordningen, och varnar för att de praktiska följderna av Nakajima-undantaget blir att gemenskapslagstiftaren, för att undvika att falla inom undantagets tillämpningsområde, undviker att hänvisa till WTO-rätten i gemenskapslagstiftningens ingress.

64. Jag vill emellertid på denna punkt påpeka att kommissionen inte, enligt min uppfattning, har angett något övertygande skäl till varför domstolen skulle pröva (eller upphäva) det sedan länge gällande Nakajima-undantaget i det förevarande målet. Inledningsvis är det uppenbart att domstolen var fullständigt medveten om, och beaktade, betydelsen av WTO-avtalens ömsesidiga karaktär i sina inledande domar i vilka den angav förutsättningarna under vilka WTO-reglerna kan utgöra grund för att pröva gemenskapslagstiftning. Såtillvida erinrade domstolen, exempelvis i målet Portugal mot rådet, om att WTO-avtalet fortsätter "att i likhet med GATT 1947 vara grundat på principen om 'ömsesidiga och för alla parter fördelaktiga' förhandlingar ...". [45] I alla sådana fall har domstolen emellertid bekräftat Fediol- och Nakajima-undantagen till den allmänna principen om att gemenskapslagstiftning inte får prövas med avseende på överensstämmelsen med WTO-rätten. Dessutom är existensen av dessa undantag, enligt min mening, inte oförenlig med vad som var ett viktigt ändamål med den allmänna principen, nämligen att om WTO-reglerna gavs direkt effekt skulle det innebära att "gemenskapens lagstiftande eller verkställande organ berövas den handlingsfrihet som liknande organ hos gemenskapens handelspartners förfogar över". [46] I fall där det är tydligt att en gemenskapslagstiftning var särskilt avsedd att införliva en viss WTO-rättslig bestämmelse, har gemenskapslagstiftaren i huvudsak valt att begränsa sin egen handlingsfrihet genom att själv "införliva" denna bestämmelse med gemenskapsrätten.

44 — Det vill säga principen enligt vilken, när ordalydelsen i en sekundär gemenskapsrättslig bestämmelse ger utrymme för mer än en tolkning, företrädet för internationella avtal som ingåtts av gemenskapen över sekundär gemenskapsrätt innebär att sådana bestämmelser i största möjliga utsträckning skall tolkas så att de överensstämmer med dessa avtal. Se domstolens dom av den 10 september 1996 i mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland (REG 1996, s. I-3989), punkt 52.

45 — Se exempelvis domen i det ovan i fotnot 41 nämnda målet C-149/96, Portugal mot rådet, punkterna 42 och 43, i vilken domstolen uttryckligen angav att "vissa av de avtalsslutande parterna, som ur handelssynpunkt räknas till gemenskapens viktigaste partners, med hänsyn till WTO-avtalens föremål och syfte har dragit slutsatsen att dessa inte räknas till de regler som deras dömande organ har att rätta sig efter då de kontrollerar lagenligheten av regler i nationell rätt".

46 — Ibidem, punkt 46.

65. Beträffande kommissionens andra argument för att upphäva Nakajima-undantaget, nämligen att det i praktiken skulle kunna leda till att gemenskapslagstiftaren undviker att hänvisa till WTO-rätten i sin lagstiftning, är detta enligt min mening både föga tilltalande och irrelevant. Det är föga tilltalande eftersom det antyder ett medvetet försök från gemenskapslagstiftarens sida att kringgå domstolens behörighet att upprätthålla tvingande WTO-regler i en situation där förutsättningarna för direkt effekt i övrigt föreligger, vilket skulle vara detsamma som ett försök att åsidosätta legalitetsprincipen. Det är irrelevant eftersom, som jag redogör för nedan, en bedömning av huruvida Nakajima-undantaget är tillämpligt inte är begränsad till en rent formell kontroll av huruvida lagstiftningstexten innehåller en uttrycklig hänvisning till WTO-rätten.

66. Jag skulle vilja tillägga att det förhållandet att Nakajima-undantagets tillämpningsområde inte i domstolens rättspraxis ännu är tydligt avgränsat är inte, som jag redogör för nedan, i sig ett skäl till att förneka undantagets existens i princip. Av dessa anledningar anser jag att kommissionens begäran att domstolen skall pröva sin rättspraxis och upphäva Nakajima-undantaget skall avvisas.

3. Tillämpning av Nakajima-undantaget: dess omfattning

67. Nästa fråga rör huruvida Nakajima-undantaget skall tillämpas i det förevarande målet. Var för gemenskapslagstiftaren artiklarna 25.1 eller 35.2 i förordning nr 2535/2001 avsedda att införliva en specifik skyldighet som antagits inom ramen för WTO? Denna fråga kräver en noggrann undersökning av tillämpningsområdet för Nakajima-undantaget.

68. Jag skulle inledningsvis vilja påpeka att domstolens rättspraxis på detta område, enligt min uppfattning, är ganska oklar. Domstolen har ännu inte fastställt en tydlig, konsekvent och försvarbar princip för att skilja de fall i vilka Nakajima-undantaget skall tillämpas från dem där det inte skall tillämpas. Jag anser att detta är en oacceptabelt osäker situation, i synnerhet eftersom vad som står på spel i detta fall är principen om direkt effekt i sig. Innan jag tillämpar undantaget på omständigheterna i målet, skall jag därför först fokusera på att identifiera denna princip.

69. Det första steget är att avgöra i vilka situationer domstolen, hittills, har tillämpat undantaget. Dessa består i huvudsak av antidumpningsmål, inklusive Nakajima och Petrotub, båda avgjorda av domstolen, [47] och

47 — Domstolens dom i mål C-69/89, Nakajima (ovan fotnot 43), av den 9 januari 2003 i mål 76/00, Petrotub (REG 2003, s. I-79). Jag vill påpeka att domstolen, i målet Petrotub, inte bara hänvisade till Nakajima-undantaget, utan även till principen om konsekvent tolkning.

av ett stort antal liknande mål som avgjorts av förstainstansrätten.[48] Samtliga dessa mål gällde giltigheten av gemenskapens antidumpningslagstiftning mot bakgrund av de särskilda bestämmelserna i WTO:s antidumpningskod.[49] Ett annat mål i vilket domstolen tillämpade undantaget är C-352/96, Italien mot rådet.[50] I det målet prövade domstolen lagenligheten av rådets förordning (EG) nr 1522/96 om öppnande och förvaltning av vissa tullkvoter för import av ris och brutet ris, mot bakgrund av artikel XXIV.6 GATT och punkt 5 och följande punkter i avtalet om tolkning av artikel XXIV GATT. Eftersom förordningen hade antagits med stöd av avtal som ingåtts med icke-GATT-medlemmar,[51] bedömde domstolen, i enlighet med Nakajima-undantaget, att lagenligheten av denna skulle prövas med avseende på överensstämmelsen med denna artikel. Generaladvokaten Mischo påpekade att även om sökanden inte hade åberopat att andra bestämmelser i GATT hade åsidosatts fanns det ingenting som hindrade detta i princip.[52] Slutligen tillämpade generaladvokaten Jacobs Nakajima-undantaget i sin bedömning att direktiv nr 44/98 om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar kan prövas med avseende på överensstämmelsen med TRIPS-avtalet och avtalet om tekniska handelshinder.[53] Domstolen berörde inte frågan direkt i sin dom.[54]

70. På motsatt sätt har domstolen avstått från att tillämpa Nakajima-undantaget i ett flertal fall.[55] Flera av dessa mål rörde giltigheten av gemenskapsåtgärder som vidtagits inom ramen för den gemensamma organisationen av marknaden för bananer mot bakgrund av WTO-reglerna. Helt nyligen, i målet Van Parys, fastställde domstolen att gemenskapslagstiftaren inte hade velat uppfylla någon särskild förpliktelse inom ramen för WTO, när den, till följd av ett beslut av WTO:s tvistlösningsorgan (DSB), införde en ändring av ett avsnitt i en förordning om ett gemensamt system för handel med tredje land på bananområdet. Trots det förhållandet att ändringen, enligt den ändrade förordningens skäl, hade gjorts för att uppfylla "gemenskapens internationella åtaganden" inom ramen för WTO, ansåg domstolen att en bedömning genom vilken beslut från

48 — Se exempelvis förstainstansrättens dom av den 27 januari 2000 i mål T-256/97, BEUC mot kommissionen (REG 2000, s. II-101), och av den 5 juni 1996 i mål T-162/94, NMB France (REG 1996, s. II-427).

49 — Det vill säga avtalet om tillämpning av artikel VI i det allmänna tull- och frihandelsavtalet (EGT L 336, 1994, s. 103).

50 — Domstolens dom av den 12 november 1998 i mål C-352/96, Italien mot rådet (REG 1998, s. I-6937).

51 — I dessa artiklar föreskrevs att förhandlingar med tredje land skulle hållas för att komma överens om vissa kompenserande rättningar som krävdes till följd av höjningen av vissa tullavgifter.

52 — Generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 28 april 1998 i mål C-352/96, Italien mot rådet (ovan fotnot 50), punkterna 24–25.

53 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 14 juni 2001 i mål C-377/98, Nederländerna mot Europaparlamentet (REG 2001, s. I-7079).

54 — Domstolen omformulerade i sin dom ändamålet med rättslig prövning av direktivet med avseende på överensstämmelsen med WTO-rätten på ett annorlunda och originellt sätt i punkt 55: "[Grunden för prövning] måste förstås så att den inte lika mycket avser att gemenskapen direkt åsidosätter sina folkrättsliga förpliktelser som att direktivet medför en skyldighet för medlemsstaterna att åsidosätta sina egna folkrättsliga förpliktelser."

55 — Ett uppenbart exempel är domen i mål C-149/96, Portugal mot rådet (ovan fotnot 41). Se även domen i mål C-301/97, Nederländerna mot rådet (ovan fotnot 16).

WTO:s tvistlösningsorgan tillskrevs direkt effekt skulle kunna leda till att gemenskapens ställning försvagades i ansträngningarna att nå en ömsesidigt tillfredsställande lösning på tvisten. [56]

71. Precis före domen i det målet hade förstainstansrätten kommit fram till en liknande lösning i målet Chiquita. Förstainstansrätten fastställde i det målet att en av kommissionen utfärdad förordning med bestämmelser om importordningen för bananer till gemenskapen inte kunde prövas med avseende på överensstämmelsen med, bland annat, artikel XIII GATT (icke-diskriminerande tillämpning av kvantitativa restriktioner). Artikel XIII hade huvudsakligen en allmän karaktär, till skillnad från de detaljerade bestämmelserna i exempelvis antidumpningskoden. Dessutom avsåg gemenskapen visserligen att uppfylla sina förpliktelser inom ramen för WTO genom att anta den ifrågavarande förordningen, men inte att införliva eller överföra regler i WTO-ordningen med respektive till gemenskapsrätten i syfte att upprätthålla en balans mellan avtalsparternas rättigheter och skyldigheter. [57]

72. Det är inte lätt att dra tydliga gränser mellan Nakajima-fallet och detta senare mål. [58] Jag vill emellertid göra följande påpekanden.

73. För det första, beträffande betydelsen av kravet på att lagstiftningen skulle innebära ett införlivande av en "särskild" förpliktelse inom ramen för WTO, hänför sig detta helt enkelt till en specifik, eller en specifik grupp av, GATT-bestämmelser. Jag instämmer inte med förstainstansrättens tolkning i målet Chiquita, enligt vilken en åtskillnad skall göras mellan GATT-bestämmelser av "allmän" karaktär (i det fallet artikel XIII GATT, icke-diskriminerande tillämpning av kvantitativa restriktioner) och av "särskild" karaktär. Oaktat det förhållandet att det förefaller mycket svårt att göra en konsekvent avgränsning mellan olika typer av bestämmelser på detta sätt (förstainstansrätten preciserade inte hur detta skulle göras), förefaller det enligt min mening som att Nakajima-undantagets ändamål på samma sätt bör avse en i gemenskapen införlivad förpliktelse som exempelvis inte endast avser ett enstaka område såsom antidumpning.

74. För det andra är den huvudsakliga svårigheten vid avgränsningen av Nakajima-undantagets tillämpningsområde att avgöra

56 — Domstolens dom av den 1 mars 2005 i mål C-377/02, Van Parys (REG 2005, s. I-0000), punkt 51. Se även domstolens beslut av den 2 maj 2001 i mål C-307/99, OGT Fruchthandelsgesellschaft (REG 2001, s. I-3159), och av den 20 mars 2001 i mål T-52/99, T. Port (REG 2001, s. II-981), punkterna 44–60.

57 — Domstolens dom av den 3 februari 2005 i mål T-19/01, Chiquita (REG 2005, s. I-315), punkterna 156–171. Se även domstolens dom av den 29 juni 1993 i mål C-280/93, Tyskland mot rådet (REG 1994, s. I-4973), i vilket generaladvokaten Gulmann var av uppfattningen att det var "av avgörande betydelse ... att domstolen i [målen Fediol och Nakajima] grundade [sitt beslut att ompröva gemenskapslagstiftning mot bakgrund av WTO-rätt] på det förhållandet att, eftersom det i lagstiftningen hänvisades till de relevanta GATT-bestämmelserna, det fanns särskilda skäl för en sådan omprövning" (punkt 147). Enligt hans mening skulle, eftersom det inte i den ifrågavarande gemenskapsrättsliga bananförordningen hänvisades till GATT på detta sätt, Nakajima-undantaget inte tillämpas. Domstolen drog i punkt 111 i sin dom samma slutsats, men angav inget resonemang på denna punkt.

58 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Tizzanos kommentarer i målet Van Parys (ovan fotnot 56), punkterna 84–105.

på vilket sätt bedömningen av huruvida lagstiftarens "avsikt" med den ifrågavarande åtgärden var att införliva en särskild förpliktelse inom ramen för GATT skall göras. På denna punkt, även om det till en början kan förefalla tillräckligt att göra en bedömning av lagstiftarens subjektiva avsikt, är detta enligt min uppfattning ett bristande resonemang. Till att börja med är det nästan omöjligt för domstolen, och ännu mer för individer som söker avgränsa tillämpningsområdet för sina rättigheter, att säkert avgöra vilken lagstiftarens subjektiva avsikt var vid tiden för antagandet av lagstiftningen. Även om ingressen i den relevanta lagstiftningen naturligtvis är en indikation avseende den subjektiva avsikten, är denna inte alla gånger begriplig. Om ett test av den subjektiva avsikten infördes skulle det kunna förekomma nästan obegränsat med beviskällor, varav vilka inte alla skulle vara tillgängliga för allmänheten. Vidare har domstolen hittills själv varit inkonsekvent i sin bedömning av betydelsen av direkt bevisning avseende gemenskapslagstiftarens subjektiva avsikt. Såtillvida har domstolen, i fall som Van Parys, avfärdat Nakajima-doktrinens tillämplighet även när omständigheterna var sådana att gemenskapslagstiftarens subjektiva avsikt, såsom det angetts i ingressen och i den dåtida kommissionsledamotens kommentarer, var att införliva en förpliktelse inom ramen för WTO.

75. Av dessa anledningar skulle det vara onaturligt och i strid med rättssäkerheten att hävda att det enda kriteriet för att bedöma huruvida Nakajima-undantaget skall tillämpas är lagstiftarens subjektiva avsikt.[59] Bedömningen bör snarare begränsas till en undersökning av gemenskapslagstiftningens ändamål, grundad på en rent objektiv tolkning av den ifrågasatta bestämmelsen. Visserligen är lagstiftningens ingress naturligtvis en relevant faktor i detta hänseende, men en uttrycklig hänvisning i ingressen till införlivandet av en WTO-förpliktelse är enligt min mening varken tvingande (vilket illustreras i målet Van Parys) eller nödvändig (i motsats till vad kommissionen och Fonterra Logistics har hävdat).

76. I synnerhet är, även när det inte förekommer någon sådan hänvisning i ingressen, Nakajima-testet enligt min mening uppfyllt så snart det vid en jämförelse av innehållet i den ifrågasatta gemenskapsbestämmelsen, å ena sidan, och en särskild WTO-förpliktelse, å andra sidan, framgår att bestämmelsen i realiteten resulterar i att WTO-förpliktelsen införlivas eller inkorporeras med gemenskapslagstiftningen. I sådana fall framgår det tillräckligt tydligt av en objektiv bedömning att gemenskapslagstiftaren har valt att inkorporera WTO-förpliktelserna i gemenskapens rättssystem, vilket innebär att gemenskapsrättsbestämmelsen kan prövas med avseende på överensstämmelsen med WTO-rätten.

59 — Jag skulle vilja tillägga att denna slutledning genom analogi överensstämmer med tillvägagångssättet vid bedömning av avsikt i doktrinen om missbruk av gemenskapsrätt. Se exempelvis domstolens dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (REG 1982, s. 1035; svensk specialutgåva, s. 335), och mitt förslag till avgörande av den 27 februari 2003 i mål C-109/01, Akrich (REG 2003, s. I-9607), punkterna 102 och 174.

4. Tillämpning av Nakajima-undantaget i det förevarande målet

77. Vid en tillämpning av detta test i det förevarande målet, är frågan huruvida det objektiva syftet med artiklarna 25.1 och/eller 35.2 i förordning nr 2535/2001 är att införliva artikel XVII.1 a i GATT och artikel 1.3 i avtalet om importlicensförfaranden med gemenskapslagstiftningen.

78. Det framgår tydligt att dessa artiklar utgör en del av de gemenskapsrättsregler som styr organisationen av import till gemenskapen av mjölkprodukter mot reducerade tullavgifter enligt de tullmedgivanden som anges i lista CXL, vilken upprättades till följd av förhandlingar på grundval av artikel XXIV.6 GATT.[60] I detta avseende kan en tydlig parallell dras till mål C-352/96, Italien mot rådet, vilket jag har berört ovan. Liksom i det fallet är det därför uppenbart att ett avtal som ingåtts enligt artikel XXIV.6 GATT här genomförs inom gemenskapen genom förordning nr 2535/2001. Härav följer att gemenskapslagstiftaren, av samma anledningar som i det målet, genom att anta artiklarna 25.1 och 35.2 i förordning nr 2535/2001, avsåg att införliva sina förpliktelser inom ramen för WTO och att Nakajima-undantaget därför skall anses gälla. Jag vill påpeka att jag, även om det inte innebär åsidosättande av artikel XXIV.6 GATT i sig utan andra GATT-bestämmelser som avses i det förevarande målet, instämmer med generaladvokaten Mischos ovan citerade synpunkter om att detta inte skall påverka bedömningen. Att begränsa prövningen till att gälla endast artikel XXIV.6 GATT skulle, enligt min mening, leda till en otillräcklig bedömning av gemenskapslagstiftarens objektiva syfte med antagandet av de ifrågasatta artiklarna och skulle i detta fall äventyra effektiviteten av Nakajima-undantaget.

79. Av dessa anledningar måste artiklarna 25.1 och 35.2 i förordning nr 2535/2001 prövas med avseende på överensstämmelsen med artikel XVII.1 a i GATT och artikel 1.3 i avtalet om importlicensförfaranden.

5. Artikel XVII.1 a i GATT

80. Enligt artikel XVII.1 a i GATT åtar sig varje avtalsslutande stat, "som inrättar eller bibehåller ett statligt företag, var detta än är beläget, eller beviljar något företag, formellt eller reellt, uteslutande eller särskilda privilegier, att detta företag, vid köp eller försäljning som innefattar import eller export, skall handla på ett sätt, som överensstämmer med

60 — Se skäl 4 under a och artikel 24.1 i förordningen.

de allmänna grundsatser om icke-diskriminerande behandling, vilka i detta avtal [föreskrivs] beträffande statliga åtgärder i fråga om import eller export genom enskilda företag".

81. Beträffande artikel 25.1 står det i det förevarande målet, av de anledningar jag har redogjort för ovan, klart att det sätt på vilket kommissionen har reglerat organisationen av import av smör från Nya Zeeland till gemenskapen har fått till följd att en exklusiv rätt för Fonterrakoncernen att importera sådant smör till gemenskapen föreligger. Det står även klart, av skäl som liknar de som jag har redogjort för ovan beträffande den gemenskapsrättsliga principen om icke-diskriminering, att kommissionen inte har uppfyllt sin skyldighet att säkerställa att Fonterrakoncernen agerar på ett icke-diskriminerande sätt i den mening som avses i artikel XVII.1 a i GATT. Jag hänvisar i detta avseende i synnerhet till underpunkten b i denna artikel, i vilken det preciseras att "bestämmelserna i punkt a) av detta moment [skall] anses kräva, att ifrågavarande företag ... [skall] bereda övriga parters företag tillfredsställande möjligheter att i överensstämmelse med sedvanligt handelsbruk konkurrera om deltagande i dylika köp och försäljningar". [61] I det förevarande målet räcker det att säga att ingen annan part har någon som helst möjlighet att konkurrera om rätten att importera smör från Nya Zeeland till gemenskapen. [62] Av denna anledning anser jag att artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 skall ogiltigförklaras på grund av att den strider mot artikel XVII.1 a i GATT.

82. Jag anser emellertid inte att artikel 35.2 i förordningen strider mot denna bestämmelse. I motsats till artikel 25.1 möjliggör inte denna artikel i sig, genom beviljandet av en exklusiv rätt, för Fonterrakoncernen att agera på ett diskriminerande sätt, utan anger endast att ansökan om importlicens måste lämnas in i Förenade kungariket.

6. Artikel 1.3 i GATT-avtalet om importlicensförfaranden

83. I artikel 1.3 i avtalet om importlicensavtal föreskrivs att "reglerna för importlicensförfaranden skall tillämpas neutralt och administreras på ett opartiskt och rättvist sätt". WTO:s överprövningsorgan har i detta hänseende fastställt att avtalet inte gäller importlicensregler i sig, utan endast förfar-

61 — Se vidare WTO:s överprövningsorgans utslag i målet Canada — Wheat Exports and Grain Imports, WT/DS276/AB/R, 2004.

62 — Se vidare exempelvis panelrapport i målet Korea — Various Mesures on Beef, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 2000.

andena genom vilka de tillämpas och administreras.[63] Bland exempel på situationer som har ansetts röra "regler" snarare än förfaranden förekommer tillämpning av olika licenssystem för olika medlemmar,[64] såväl som åtgärder genom vilka prioritering vid medgivande av licenser gavs till importörer som även var exportörer.[65] Även om detta är en avgränsning som är svår att tillämpa i vissa fall, anser jag, i det förevarande fallet, att både artikel 25.1 och artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 måste betraktas som "regler" som rör medgivande av licenser för import till gemenskapen, och inte enbart förfaranden för administrering av regler. Av denna anledning anser jag inte att dessa artiklar strider mot artikel 1.3 i avtalet om importlicensförfaranden.

D — *Rättsverkningar i tiden*

84. Som det framgår i det ovan anförda anser jag att artiklarna 25.1 och 35.2 i förordning nr 2535/2001 strider mot gemenskapsrätten och därför skall ogiltigförklaras. Den slutliga frågan rör denna bedömnings rättsverkningar i tiden. Som domstolen i fast rättspraxis har fastställt skall domstolen, enligt artikel 231 andra stycket, som analogt är tillämplig på förhandsavgöranden, i fall där det är motiverat av tvingande rättssäkerhetshänsyn, ges utrymme att skönsmässigt bestämma vilka av en ogiltigförklarad gemenskapsrättslig bestämmelses verkningar som skall upprätthållas.[66]

85. Vad gäller artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001, och i synnerhet kravet på att inneha ett IMA 1-intyg vid ansökan om importlicens avseende smör från Nya Zeeland, är det uppenbart att ett omedelbart upphävande av detta krav skulle få oacceptabla konsekvenser beträffande importordningens säkerhet såväl som kvalitetsgarantin för varorna. Följaktligen är det min mening att rättsverkningarna av denna artikel skall upprätthållas fram till ikraftträdandet av en av kommissionen antagen ersättningsbestämmelse som inte strider mot gemenskapens icke-diskrimineringsprincip och konkurrensregler. Vad gäller artikel 35.2 i förordning nr 2535/2001 ser jag emellertid inget skäl till varför rättsverkningarna av denna bestämmelse skulle begränsas i tiden. Upphävandet av denna bestämmelse har den rättsverkningen att, liksom för andra produkter som täcks av IMA 1-intyg, ansök-

63 — WTO:s överprövningsorgans utslag i målet European Communities — regime for the importation, sale and distribution of bananas, WT/DS27/AB/R, 1997, punkt 196 och följande punkter.

64 — Ibidem.

65 — Panelrapport i målet European Communities — measures affecting the importation of certain poultry products, WT/DS699/R, 1998, punkt 254.

66 — Se exempelvis domstolens dom av den 27 februari 1985 i mål 112/83, Société de Produits de Maïs mot Administration des Douanes (REG 1985, s. 719; svensk specialutgåva, s. 93), punkterna 16–18, av den 10 mars 1992 i de förenade målen C-38/90 och C-151/90, R mot Lomas (REG 1992, s. I-1781), punkt 23, och av den 8 november 2001 i mål C-228/99, Silos e Mangimi Martini SpA (REG 2001, s. I-8401), punkt 35.

ningar om importlicenser kan göras till vilken medlemsstats importlicensutfärdande myndighet som helst. Det förhållandet att Förenade kungarikets utfärdande myndighet, enligt artikel 35.2 andra stycket och artikel 38 i förordning nr 2535/2001, har vissa nära anknutna förpliktelser avseende kontroll i samband med IMA 1-intyg för statistikändamål, är inte enligt min uppfattning ett tillräckligt starkt skäl för att dra en annan slutsats. Dessutom förefaller det, under förutsättning att de utfärdande myndigheterna samarbetar, inte föreligga något hinder för att Förenade kungarikets myndighet fortsätter att utöva denna funktion.

V — Förslag till avgörande

86. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att domstolen skall ge följande svar på de av Verwaltungsgericht ställda frågorna:

"1) Artiklarna 25.1 och 35.2 i kommissionens förordning (EG) nr 2535/2001 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 1255/1999 när det gäller ordningen för import av mjölk och mjölkprodukter och om öppnande av tullkvoter (förordning nr 2535/2001) är ogiltiga.

2) Rättsverkningarna av artikel 25.1 i förordning nr 2535/2001 upprätthålls fram till ikraftträdandet av en ersättningsbestämmelse som inte strider mot gemenskapens icke-diskrimineringsprincip och konkurrensregler."