FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK

fremsat den 8. september 2009 [1]

1. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anlagt sag ved Domstolen med påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF, idet den for tekniske hjælpestoffer hidrørende fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, og for fødevarer fra andre medlemsstater, der fremstilles ved anvendelse af sådanne tekniske hjælpestoffer, har foreskrevet en ordning med forudgående godkendelse, der er i strid med proportionalitetsprincippet.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

2. Tekniske hjælpestoffer er ikke som sådan blevet gjort til genstand for horisontal harmonisering på fællesskabsplan. Fællesskabsretten harmoniserer kun visse typer af tekniske hjælpestoffer [2] og anvendelsen af tekniske hjælpestoffer ved produktion af visse levnedsmidler [3].

3. De nationale bestemmelser om tekniske hjælpestoffer er en del af fødevarelovgivningen og skal derfor overholde de krav, som følger af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 178/2002 af 28. januar 2002 om generelle principper og krav i fødevarelovgivningen, om oprettelse af Den Europæiske Fødevaresikkerhedsautoritet og om procedurer vedrørende fødevaresikkerhed [4]. Denne forordning opregner blandt de generelle principper i fødevarelovgivningen princippet om risikoanalyse og forsigtighedsprincippet.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Eksempelvis ekstraktionsmidler, som er harmoniseret ved Rådets direktiv 88/344/EØF af 13.6.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om ekstraktionsmidler anvendt ved fremstilling af levnedsmidler og levnedsmiddelingredienser, EFT L 157, s. 28.

3 — Eksempelvis de vine, som er omfattet af Rådets forordning (EF) nr. 1493/1999 af 17.5.1999 om den fælles markedsordning for vin, EFT L 179, s. 1.

4 — EFT L 31, s. 1.

B — *Fransk lovgivning om tekniske hjælpestoffer*

4. Den retlige regulering af tekniske hjælpestoffer blev indført ved dekret af 15. april 1912 om bestemmelser til gennemførelse af lov af 1. august 1905 om bekæmpelse af svig i forbindelse med forhandling af varer og forfalskning af levnedsmidler, som ændret ved dekret nr. 73-138 af 12. februar 1973, og af dekret nr. 99-242 af 26. marts 1999 (herefter »1912-dekretet«).

5. 1912-dekretet bygger på et princip om forudgående godkendelse. Det betyder, at det blev forbudt at markedsføre varer og levnedsmidler til menneskeligt konsum, hvis disse var tilsat kemiske produkter [5], eller sådanne havde fundet anvendelse ved deres tilvirkning. Dette forbud vedrørte ikke kemiske produkter, hvis anvendelse var blevet kendt lovlig ved bekendtgørelser udstedt i medfør af 1912-dekretet.

6. En række bekendtgørelser blev udstedt i medfør af 1912-dekretet. De fastsætter i almindelighed det godkendte stof såvel som den anvendelse og de levnedsmidler, det godkendes for. De fastlægger kriterier for renhed og andre kriterier, som de tekniske hjælpestoffer skal leve op til, og fastsætter, ud over betingelser for anvendelse af det pågældende hjælpestof i produktionsprocessen, grænseværdier for restindholdet af hjælpestofferne i de færdige levnedsmidler. Kun fire af disse bekendtgørelser indeholder en bestemmelse om gensidig anerkendelse.

7. 1912-dekretet blev ophævet ved dekret nr. 2001-725 af 31. juli 2001 om tekniske hjælpestoffer, der må anvendes ved produktion af levnedsmidler til menneskeligt konsum (herefter »2001-dekretet«), som imidlertid ikke trådte i kraft før den 2. december 2006.

8. Artikel 1 i 2001-dekretet indeholder en definition af »tekniske hjælpestoffer« og fastsætter anvendelsesområdet for dekretet. Ifølge denne definition forstås ved tekniske hjælpestoffer:

»ethvert stof, der ikke i sig selv indtages som fødevare, og som bevidst anvendes ved forarbejdning af råvarer, levnedsmidler eller disses ingredienser for at opnå et teknisk formål under behandlingen eller forarbejdningen, og som kan forårsage en uønsket, men teknisk uundgåelig tilstedeværelse af rester af dette stof eller af dets afledningsprodukter i det færdige produkt, på betingelse af at disse rester ikke udgør en sundhedsrisiko og ikke

5 — Betegnelsen »kemisk produkt« som anvendt i 1912-dekretet dækker begrebet »teknisk hjælpemiddel«, som ikke var kendt i 1912.

har nogen teknisk indvirkning på det færdige produkt«.

9. 2001-dekretet bygger, helt ligesom 1912-dekretet, på et princip om forudgående godkendelse af tekniske hjælpestoffer. Det følger af 2001-dekretets artikel 2, at forbruger-, landbrugs-, sundheds- og erhvervsministrene udsteder en bekendtgørelse, som for det første fastsætter en liste over tekniske hjælpestoffer, hvis anvendelse tillades, og, om nødvendigt, betingelser for deres anvendelse såvel som tilladte grænseværdier for restprodukter, for det andet fastsætter renhedskriterier og kriterier for identifikation af de tilladte stoffer, og for det tredje fastsætter regler for stoffer, som anvendes som støttestoffer eller til fortyndelse.

10. 2001-dekretets artikel 3 vedrører muligheden for at ændre den i artikel 2 omhandlede bekendtgørelse. Den er affattet som følger:

»Anmodninger om ændring eller supplering af bestemmelserne i den i artikel 2 foreskrevne bekendtgørelse kan indgives af enhver fysisk eller juridisk person. De skal tilstiles generaldirektoratet for konkurrence, forbrugeranliggender og bekæmpelse af svig (direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) og skal vedlægges de for sagens behandling nødvendige sagsakter med henblik på videresendelse til det franske fødevaresikkerhedsagentur (Agence française de sécurité sanitaire des aliments).

Forbruger-, landbrugs-, sundheds- og erhvervsministrene fastsætter ved bekendtgørelse bestemmelser om udformningen af sagsakterne.

Når sagsakten er komplet, kvitterer generaldirektoratet for konkurrence, forbrugeranliggender og bekæmpelse af svig for modtagelse deraf og besørger dens videresendelse til det franske fødevaresikkerhedsagentur. Agenturet fremsætter en udtalelse inden for en frist på fire måneder at regne fra modtagelsen af anmodningen.

Generaldirektoratet for konkurrence, forbrugeranliggender og bekæmpelse af svig giver ansøgeren meddelelse om udtalelsen fra denne instans såvel som den begrundede afgørelse truffet af den ansvarlige minister i henhold til udtalelsen. Denne meddelelse gives i den måned, som følger udtalelsens vedtagelse.«

11. 2001-dekretets artikel 6 forbyder besiddelse eller fremvisning med salg for øje, udbud til salg, salg eller distribution uden beregning af tekniske hjælpestoffer, som ikke opfylder bestemmelserne i 2001-dekretets artikel 2, såvel som levnedsmidler til menneskeligt konsum, som er fremstillet ved hjælp tekniske hjælpestoffer, der ikke opfylder bestemmelserne i 2001-dekretets artikel 2.

12. Imidlertid indeholder 2001-dekretets artikel 6 en bestemmelse om gensidig anerkendelse med følgende ordlyd:

»Disse bestemmelser er imidlertid ikke til hinder for princippet om fri bevægelighed:

a) for levnedsmidler som omhandlet i nr. 1) i denne artikel, som stammer fra andre medlemsstater i Den Europæiske Union eller andre deltagere i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, når disses stater har fastsat en metode til at vurdere risici forbundet med anvendelsen af hjælpestoffer, som sikrer et tilsvarende sikkerhedsniveau som det, der garanteres ved nærværende dekret

b) for tekniske hjælpestoffer, som stammer fra andre medlemsstater i Den Europæiske Union eller andre deltagere i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, som har andre kriterier for renhed end de, der fastsættes i den i artikel 2 foreskrevne bekendtgørelse, når disse kriterier er fastsat af en af disse stater eller har været genstand for en positiv udtalelse af en kompetent myndighed i en af disse stater, som er blevet officielt offentliggjort.«

13. 2001-dekretet trådte i henhold til artikel 7 deri ikke i kraft før dagen for offentliggørelsen af den i dekretets artikel 2 foreskrevne bekendtgørelse. Da denne bekendtgørelse, nemlig bekendtgørelse om anvendelse af tekniske hjælpestoffer ved fremstilling af visse levnedsmidler (herefter »2006-bekendtgørelsen«) blev udstedt den 19. oktober 2006 og offentliggjort i *Journal officiel de la République française* den 2. december 2006, trådte 2001-dekretet i kraft den 2. december 2006.

II — Den administrative procedure og parternes anbringender

14. Idet Kommissionen fandt, at Den Franske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser under artikel 28 EF ved at fastsætte en ordning med forudgående godkendelse af tekniske hjælpestoffer, der hidrører fra andre medlemsstater, hvor de lovligt er blevet fremstillet og/eller markedsført, og fødevarer fra andre medlemsstater, hvis der under disses fremstilling anvendes sådanne tekniske hjælpestoffer og, subsidiært, ved at have undladt at etablere en tilstrækkeligt klar, let tilgængelig, transparent og retssikkerhedsmæssigt forsvarlig procedure for opnåelse af tilladelse til anvendelse af tekniske hjælpestoffer, tilsendte den den 18. oktober 2005 Den Franske Republik en åbningsskrivelse [6] i henhold til artikel 226 EF.

6 — Det drejer sig om en supplerende åbningsskrivelse, som ophæver og erstatter åbningsskrivelsen af 3.7.1996 og den begrundede udtalelse af 27.3.1998.

15. Da Kommissionen fandt, at de bemærkninger, som Den Franske Republik fremsatte i sit svar af 16. februar 2006 [7], ikke var tilfredsstillende, rettede Kommissionen den 4. juli 2006 en begrundet udtalelse til medlemsstaten, hvori den anmodede de franske myndigheder om at træffe de fornødne forholdsregler inden for en frist af to måneder.

III — Analyse

A — *Ordning med forudgående godkendelse som foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner*

16. På trods af de argumenter, som de franske myndigheder fremsatte i deres svar på den begrundede udtalelse den 8. september 2006, har Kommissionen anlagt denne sag, hvorved den anmoder Domstolen om at fastslå, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF, idet den for tekniske hjælpestoffer hidrørende fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, og for fødevarer fra andre medlemsstater, der fremstilles ved anvendelse af sådanne tekniske hjælpestoffer, har foreskrevet en ordning med forudgående godkendelse, der er i strid med proportionalitetsprincippet, og at Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17. På grundlag af de argumenter, som Den Franske Republik har fremført i dens svarskrift og duplik, nedlægger medlemsstaten påstand om frifindelse, samt at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18. I nærværende sag er det ubestridt, at ordningen med forudgående godkendelse, som foreskrevet ved såvel 1912-dekretet som 2001-dekretet, i sig selv udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner.

19. Domstolen har allerede haft lejlighed til at bedømme 1912-dekretets ordning med forudgående godkendelse med hensyn til vitaminer og mineraler. Ved dom af 5. februar 2004, Kommissionen mod Frankrig [8], fastslog Domstolen, at denne lovgivning, hvorefter markedsføring af vitamin- og mineralberigede levnedsmidler gøres afhængig af en forudgående optagelse af disse næringsstoffer på en »positivliste«, gør markedsføringen af disse levnedsmidler vanskeligere og mere kostbar og således udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i traktatens artikel 30.

7 — Efter de franske myndigheders anmodning accepterede Kommissionen at forlænge fristen for at besvare åbningsskrivelsen.

8 — Sag C-24/00, Sml. I, s. 1277, præmis 23.

20. Domstolen bekræftede ved dom af 19. juni 2008, Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers og Andibel [9], denne retspraksis og gav den almen gyldighed ved at fastslå, at en lovgivning, som kræver, at varer skal undergives forudgående optagelse på en »positivliste«, gør deres markedsføring vanskeligere og mere kostbar og således hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne.

21. Denne retspraksis forekommer i det hele at kunne overføres til denne sag. Såvel 1912-dekretet som 2001-dekretet bygger på et system med forudgående godkendelse af tekniske hjælpestoffer, som ved at gøre markedsføring af tekniske hjælpestoffer og levnedsmidler, ved hvis fremstilling der er anvendt tekniske hjælpestoffer, betinget af optagelse på en positivliste, gør det vanskeligere og mere kostbart at markedsføre tekniske hjælpestoffer og levnedsmidler, som er fremstillet ved hjælp af tekniske hjælpestoffer, og som stammer fra andre medlemsstater, hvor disse lovligt er fremstillet og/eller markedsført, og således hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne.

22. Det er min opfattelse, at denne konklusion ville være udelukket, hvis ordningen med forhåndsgodkendelse indeholdt en bestemmelse om gensidig anerkendelse, som fjernede den hæmmende virkning af denne ordning med hensyn til markedsføring af tekniske hjælpestoffer, der hidrører fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og/eller bragt i omsætning, og for fødevarer fra andre medlemsstater, der fremstilles ved anvendelse af sådanne tekniske hjælpestoffer. Dette er imidlertid ikke tilfældet i denne sag.

23. For så vidt angår 1912-dekretet forekommer der kun bestemmelser om gensidig anerkendelse i fire af gennemførselsbekendtgørelserne. For så vidt angår 2001-dekretet indeholder dette ganske vist en bestemmelse om gensidig anerkendelse. Som det fremgår af dens ordlyd, begrænser den sig imidlertid til udelukkende at sikre fri bevægelighed for tekniske hjælpestoffer, samt for varer, ved hvis fremstilling der er anvendt tekniske hjælpestoffer, som hidrører fra stater, der garanterer et sikkerhedsniveau svarende til det, som er tilsikret ved den franske lovgivning.

B — *Begrundelse for ordningen med forudgående godkendelse*

24. Selv om ordningen med forudgående godkendelse udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning, fremgår det af fast

9 — Sag C-219/07, Sml. I, s. 4475, præmis 23.

retspraksis, at nationale bestemmelser, der hindrer varernes frie bevægelighed, ikke nødvendigvis strider mod fællesskabsretten, hvis de kan begrundes med et af de almene hensyn, som er opregnet i artikel 30 EF, eller med et tvingende hensyn [10].

25. Da ordningen med forudgående tilladelse til anvendelse af tekniske hjælpestoffer ifølge den franske regering er berettiget i kraft af behovet for beskyttelse af den offentlige sundhed, hvilket udtrykkeligt er omhandlet i artikel 30 EF, skal det undersøges om de betingelser, som tillader en undtagelse fra hovedreglen i artikel 28 EF, er opfyldt.

26. Det er i den henseende Kommissionens opfattelse, at den generelle ordning med forudgående godkendelse af tekniske hjælpemidler ikke kan begrundes med hensynet til beskyttelsen af den offentlige sundhed, idet den er uforholdsmæssig i forhold til de mulige farer, som de tekniske hjælpemidler ville kunne udgøre for den menneskelige sundhed. Kommissionen udelukker ikke, at visse typer af tekniske hjælpemidler i princippet ville kunne underlægges krav om forudgående godkendelse, ganske vist på betingelse af, at en sådan ordning er målrettet og nøjagtigt begrundet på videnskabeligt grundlag for hver omhandlet kategori af tekniske hjælpestoffer.

27. Den franske regering gør til sit forsvar gældende, at tekniske hjælpestoffer kan indebære potentielle farer for den offentlige sundhed, på grund af tilstedeværelsen af rester af selve de tekniske hjælpestoffer og/eller af nydannede stoffer i de færdige produkter. Til støtte for sin påstand henviser den for det første til et notat fra Agence française de sécurité sanitaire des aliments (det franske fødevaresikkerhedsagentur, herefter »AFSSA«) af 13. august 2008, i hvilken dette opsummerer resultaterne af otte års vurderinger af ansøgninger om tilladelse til anvendelse af tekniske hjælpestoffer i levnedsmiddelindustrien, og for det andet til en AFSSA-undersøgelse fra april 2007 angående betydningen af levnedsmidlers tilvirkningsprocesser for skabelsen af nydannede stoffer.

28. Den franske regering understreger, at så længe der er usikkerhed med hensyn til eksistensen og rækkevidden af sundhedsrisici for mennesker, er det i henhold til forsigtighedsprincippet muligt at gennemføre beskyttelsestiltag uden at måtte afvente, at eksistensen og alvorligheden af disse risici er fuldt ud bevist. Den udleder heraf, at der ikke påhviler regeringen en pligt til nøjagtigt og videnskabeligt at dokumentere tilstedeværelsen af en risiko ved de tekniske hjælpestoffer for at kunne begrunde ordningen med forudgående godkendelse med hensynet til den offentlige sundhed. Derimod påhviler der regeringen en pligt til at påvise, at hjælpestoffernes anvendelse vil kunne udgøre en risiko.

10 — Jf. dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, Sml. s. 649, præmis 8, af 19.6.2003, sag C-420/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6445, præmis 29, af 5.2.2004, sag C-270/02, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1559, præmis 21, og af 24.11.2005, sag C-366/04, Schwarz, Sml. I, s. 10139, præmis 30.

29. Kommissionen anfægter ikke i den henseende, at ordningen med forudgående godkendelse er egnet til at beskytte den offentlige sundhed. Det spørgsmål, som skal besvares, er, om en sådan beskyttelse af sundheden er nødvendig, eller, med andre ord, om de tekniske hjælpestoffer som helhed udgør en sådan risiko for den offentlige sundhed, at det er nødvendigt at beskytte denne ved hjælp af en ordning med forudgående godkendelse.

30. Før jeg begynder at undersøge, om risikoen for den offentlige sundhed ved tekniske hjælpestoffer er blevet bevist, ønsker jeg at understrege, at det er nødvendigt at sondre mellem en undersøgelse af forholdsmæssigheden af ordningen med forudgående godkendelse af tekniske hjælpestoffer og en undersøgelse af forholdsmæssigheden af de konkrete afgørelser, der er truffet under denne ordning, og som forbyder markedsføring af varer, som f.eks. i den sag, der ligger til grund for dom af 5. februar 2004, Kommissionen mod Frankrig [11]. Vurderingen af beviset for tilstedeværelsen af faren for den offentlige sundhed bør nemlig være forskellig i de to tilfælde.

31. Det bemærkes ligeledes, at Kommissionens stævning ikke vedrører de afgørelser om forbud mod markedsføring af et konkret produkt, som er truffet inden for ordningen med forudgående godkendelse. Tværtimod er den rettet udelukkende mod selve ordningen med forudgående godkendelse.

32. Hvor der ikke er sket en harmonisering, tilkommer det i henhold til Domstolens praksis i det omfang, der på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin består en vis usikkerhed, medlemsstaterne at afgøre, hvor langt de vil strække beskyttelsen af menneskers sundhed og liv, og dermed, om de vil kræve en forudgående tilladelse til at markedsføre levnedsmidler under hensyntagen til de krav, der følger af de frie varebevægelser inden for Fællesskabet [12].

33. Det følger ligeledes af Domstolens praksis, at det påhviler de nationale myndigheder, som påberåber sig artikel 30 EF, at godtgøre, om deres bestemmelser i hver enkelt tilfælde set i lyset af de nationale spisevaner og under hensyntagen til resultaterne af international videnskabelig forskning er nødvendige for en effektiv beskyttelse af de interesser, som den pågældende bestemmelse henviser til, og særligt, om markedsføring af de omhandlede varer udgør en reel risiko for den offentlige sundhed [13].

11 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 49-75.

12 — Jf. dom af 5.3.2009, sag C-88/07, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1353, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Jf. dommen af 5.3.2009 i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 12, præmis 89 og den deri nævnte retspraksis.

34. Det kunne synes, at der består en uoverensstemmelse mellem de ovenfor nævnte principper i retspraksis. Mens det på den ene side ved vurderingen af en ordning med forudgående tilladelse til markedsføring er tilstrækkeligt at bevise, at der på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin består en vis usikkerhed, kræves der på den anden side i hvert enkelt tilfælde bevis for, at markedsføring af det pågældende produkt under hensyntagen til resultaterne af den internationale videnskabelige forskning udgør en reel risiko for den offentlige sundhed.

35. Det er i denne sammenhæng nødvendigt at foretage en sondring mellem en ordning med forudgående godkendelse og konkrete afgørelser vedtaget under denne ordning, som forbyder markedsføring af varer. Det er min opfattelse, at det er tilstrækkeligt i forhold til en ordning med forudgående godkendelse at påvise, at der på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin består usikkerhed, men at det i forhold til konkrete afgørelser, der forbyder markedsføring af varer, må kræves påvist, under hensyntagen til resultaterne af den internationale videnskabelige forskning, at markedsføring af de pågældende produkter udgør en reel fare for den offentlige sundhed.

36. Som følge deraf er det min opfattelse, at den franske regering har løftet sin bevisbyrde. Notatet fra AFSSA af 13. august 2008 og AFSSA-undersøgelsen fra april 2007 udgør tilstrækkeligt bevis. De påviser, at det på den videnskabelige forsknings nuværende udviklingstrin ikke er sikkert, at tekniske hjælpestoffer ikke er skadelige for folkesundheden.

37. For så vidt angår Kommissionens argument om, at kun visse typer af tekniske hjælpestoffer kan underlægges krav om forudgående godkendelse og dette på betingelse af, at en sådan ordning er målrettet og nøjagtigt begrundet på videnskabeligt grundlag for hver omhandlet kategori af tekniske hjælpestoffer, er jeg enig i den franske regerings argument om, at det under hensyntagen til den stadige udvikling i fremstillingsprocesserne er vanskeligt på forhånd at vurdere de stoffer, som vil kunne finde anvendelse som tekniske hjælpestoffer, og på forhånd at identificere de kategorier af tekniske hjælpestoffer, som er uskadelige.

38. Det er således min opfattelse, at ordningen med forudgående godkendelse af tekniske hjælpestoffer er begrundet i hensynet til den offentlige sundhed.

C — Proceduren for ændring af positivlisten for godkendte tekniske hjælpestoffer

39. Kommissionen har gjort gældende, at ordningen med forudgående godkendelse af

tekniske hjælpestoffer ikke opfylder de krav, som Domstolens retspraksis har fastsat på dette område, ifølge hvilke en procedure, hvorved de erhvervsdrivende kan få opført et teknisk hjælpestof på den nationale liste over godkendte tekniske hjælpestoffer, skal være let tilgængelig, skal kunne gennemføres inden for en rimelig frist, og hvis proceduren munder ud i et afslag, skal dette kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse.

40. I den henseende bemærkes det, at ifølge Domstolens faste retspraksis er en lovgivning, hvorefter markedsføring af varer gøres afhængig af en forudgående optagelse heraf på en »positivliste«, ikke forenelig med fællesskabsretten, medmindre flere betingelser er opfyldt [14]. En af disse betingelser er, at lovgivningen skal indeholde en procedure, hvorved de erhvervsdrivende kan få opført varer på den nationale liste over godkendte varer. Denne procedure skal være let tilgængelig, hvilket forudsætter, at proceduren er udtrykkeligt fastsat i en almengyldig retsakt, og skal kunne afsluttes inden for en rimelig frist, og hvis proceduren munder ud i et afslag, hvilket skal være begrundet, skal dette kunne gøres til genstand for domstolsprøvelse [15].

41. Det er min opfattelse, at de ovennævnte betingelser omfatter kriterier, som gør det muligt at bedømme forholdsmæssigheden i den relevante nationale lovgivning.

42. Som jeg allerede har anført i punkt 19 i dette forslag til afgørelse, har Domstolen allerede haft lejlighed til at bedømme den ved 1912-dekretet indførte ordning med forudgående tilladelse til anvendelse. Ved dom af 5. februar 2004, Kommissionen mod Frankrig [16], fastslog Domstolen vedrørende 1912-dekretet, at den procedure, hvorved erhvervsdrivende kunne søge om at få optaget produkter på den nationale positivliste over godkendte produkter, ikke opfyldte de i punkt 35 i dette forslag til afgørelse nævnte betingelser.

43. For så vidt angår den ved 2001-dekretet indførte ordning med forudgående tilladelse til anvendelse har Kommissionen understreget, at selv om dekretet foreskriver en procedure, som tillader ændring eller supplering af listen over tilladte tekniske hjælpestoffer, opfylder denne procedure af flere grunde ikke de krav, som Domstolens retspraksis fastsætter i denne henseende.

44. For det første anfører Kommissionen, at anmodninger om optagelse af nye stoffer på listen over godkendte tekniske hjælpestoffer

14 — Jf. dom af 16.7.1992, sag C-344/90, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4719, præmis 8-10 og den deri nævnte retspraksis, dommen af 5.2.2004 i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 25, såvel som dommen af 19.6.2008 i sagen Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers og Andibel, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 33-36.

15 — Jf. dommen af 19.6.2008 i sagen Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers og Andibel, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 36-42.

behandles ens uden hensyntagen til, om det drejer sig om indenlandsk stof, som endnu ikke er blevet tilladt, eller om et stof, der lovligt er fremstillet og/eller markedsført som teknisk hjælpestof i en anden medlemsstat. Dette forhold er ikke blevet anfægtet af den franske regering. Ikke desto mindre har denne gjort gældende, at den omstændighed, at et stof er blevet markedsført i en anden medlemsstat, ikke vil kunne fritage det fra at blive undersøgt af AFSSA og af de kompetente franske myndigheder.

45. Det er ikke min opfattelse, at en særlig fordelagtig behandling ved godkendelsesproceduren for nye stoffer, som lovligt er fremstillet og/eller markedsført som tekniske hjælpestoffer i en anden medlemsstat, er blandt de betingelser, som skal overholdes for at sikre, at en ordning, ifølge hvilken markedsføring af visse varer er underlagt forudgående godkendelse, er forenelig med fællesskabsretten. Det modsatte ville det være i modstrid med selve idéen med en ordning med forudgående godkendelse.

46. For det andet [17] gør Kommissionen opmærksom på den omstændighed, at i strid med kravet om godkendelsesprocedurens tilgængelighed er den ministerielle bekendtgørelse, der fastlægger udformningen af sagsakterne for en anmodning om optagelse, endnu ikke blevet vedtaget. Den franske regering har svaret, at AFSSA den 2. juli 2003 på sin hjemmeside offentliggjorde et dokument med titlen »Retningslinjer for udformningen af sagsakter vedrørende anvendelse af tekniske hjælpestoffer i levnedsmidler« (»Lignes directrices pour la constitution d'un dossier relatif à l'emploi d'un auxiliaire technologique en alimentation humaine«) som en hjælp til udformningen af sagsakter ved anmodning om godkendelse.

47. Jeg er helt enig i den analyse, ifølge hvilken muligheden for at opnå adgang til information om udformningen af de krævede sagsakter har betydning for godkendelsesprocedurens tilgængelighed. Ydermere begynder de i 2001-dekretet fastsatte frister for at træffe afgørelse om en anmodning om optagelse af et stof på listen over godkendte tekniske hjælpestoffer at løbe fra den dag, sagsakten er komplet.

48. Uden at det er påkrævet at analysere indholdet af retningslinjerne for udformning af sagsakter vedrørende anvendelse af tekniske hjælpestoffer i levnedsmidler, deler jeg Kommissionens synspunkt, hvorefter dette dokument under alle omstændigheder ikke kan erstatte den ministerielle bekendtgørelse, der er foreskrevet i 2001-dekretets artikel 3, og som skal fastsætte regler for udformningen af sagsakter ved ansøgninger.

49. Den person, som anmoder om at få optaget et stof på listen over godkendte

17 — For at lette forståelsen har jeg ændret rækkefølgen af Kommissionens anbringender.

tekniske hjælpestoffer, har ikke kontakt til AFSSA, som er forfatteren af »Retningslinjer for udformning af sagsakter vedrørende anvendelse af tekniske hjælpestoffer i levnedsmidler«. Ifølge 2001-dekretets artikel 3 indsender ansøgeren sin ansøgning til generaldirektoratet for konkurrence, forbrugeranliggender og bekæmpelse af svig, som træffer endelig afgørelse om denne ansøgning. Fra ansøgerens synspunkt er AFSSA kun et rådgivende organ. Derfor har det af AFSSA affattede dokument ikke, og ville ikke kunne have, bindende virkning for ansøgere om optagelse af stoffer på listen over godkendte tekniske hjælpestoffer.

50. For det tredje anfører Kommissionen, at varigheden af proceduren, der som minimum tager ca. fem måneder, burde kunne forkortes betydeligt for stoffer, der hidrører fra andre medlemsstater, hvor de allerede er godkendt som tekniske hjælpestoffer. Under alle omstændigheder er varigheden af myndighedernes undersøgelse af sagsakterne uberettiget. Ifølge den franske regering er en sagsbehandling på ca. fem måneder, hvoraf fire er forbeholdt AFSSAs vurdering, ikke urimelig lang.

51. Der er min opfattelse, at kravet om en forkortelse af varigheden af godkendelsesproceduren for nye stoffer, som er lovligt fremstillet og/eller markedsført som tekniske hjælpestoffer i en anden medlemsstat, i lighed med kravet om særlig fordelagtig behandling af sådanne stoffer, er ubegrundet.

52. Det skal dog stadig undersøges, om varigheden af godkendelsesproceduren kan anses for en »rimelig frist« i henhold til Domstolens retspraksis [18].

53. I henhold til 2001-dekretets artikel 3 kan godkendelsesproceduren i bedste fald være tilendebragt inden for en frist på fem måneder. Imidlertid udelukker ordlyden af denne artikel og især beregningsmåden for fristen ikke en overskridelse af denne frist.

54. Oven i købet begynder fristen først at løbe fra den dag, hvor sagsakten til anmodningen om godkendelse er komplet. Usikkerheden vedrørende udformningen af sagsakten taget i betragtning forekommer starttidspunktet for fristen uklart.

55. For det fjerde understreger Kommissionen, at 2001-dekretet ikke indeholder

18 — Jf. den ovenfor i fodnote 15 nævnte retspraksis.

bestemmelser om retsmidlerne i tilfælde af afslag på optagelse. Den franske regering anfægter ikke dette. Imidlertid fremfører den, at en afgørelse om afslag på optagelse kan gøres til genstand for prøvelse, selv om retsmidlerne til prøvelse af en sådan afgørelse ikke er nærmere fastsat i 2001-dekretet. Ydermere består der efter fransk lovgivning en almindelig forpligtelse til at informere borgerne om adgangen til prøvelse, såvel som betingelserne for at benytte sig deraf.

56. I den henseende er jeg enig i den franske regerings argumentation, ifølge hvilken kravet om adgang til prøvelse af en afgørelse om afvisning ikke betyder, at retsmidlerne til prøvelse af en sådan afgørelse behøver at være foreskrevet i 2001-dekretet. Den franske regering har påvist tilstedeværelsen af en almindelig lovgivning, nemlig forvaltningsloven (code de justice administrative), som sikrer adgang til prøvelse af enhver administrativ afgørelse.

57. Sammenfattende er det således min opfattelse, at 2001-dekretet ikke opfylder de i fællesskabsretten fastsatte krav, idet det kræver, at markedsføring af tekniske hjælpestoffer underlægges en ordning med forudgående godkendelse uden derved at foreskrive en let tilgængelig procedure, hvorefter de erhvervsdrivende kan få opført et teknisk hjælpestof på den nationale positivliste over godkendte produkter inden for en rimelig frist.

58. I betragtning af, at hverken 1912-dekretet eller 2001-dekretet efter min opfattelse indeholder en procedure, som overholder proportionalitetsprincippet, har det ringe betydning at fastslå, hvilket dekret der finder anvendelse på den relevante dato, nemlig ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist. Det er imidlertid min opfattelse, at en meddelelse fra de franske myndigheder rettet til virksomheder i fødevarebranchen og offentliggjort i *Journal officiel de la République française* den 19. januar 2002, som indikerer, at der fra dennes offentliggørelse at regne ikke bestod nogen hindringer for at anvende 2001-dekretets bestemmelser vedrørende indgivelse af sagsakter og for princippet om fri bevægelighed, ikke kan have bindende virkning i forhold til tredjemand. Det modsatte ville være i strid med retssikkerhedsprincippet, som er en del af retsstatsprincippet.

D — *Ordning med forudgående godkendelse og gensidig anerkendelsesklausul*

59. Nærværende sag rejser spørgsmålet, hvorvidt fællesskabsretten kræver, at national ret skal indeholde bestemmelser om gensidig anerkendelse.

60. I dom af 10. februar 2009, Kommissionen mod Italien [19], har Domstolen igen klart fastslået, at artikel 28 EF afspejler forpligtelsen til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om gensidig anerkendelse af varer, der er lovligt fremstillet og markedsført i andre medlemsstater, samt forpligtelsen til at sikre fællesskabsvarer fri adgang til de nationale markeder. Det fremgår deraf, at en bestemmelse om gensidig anerkendelse er et af de midler, hvorved den forpligtelse, som følger af artikel 28 EF, kan opfyldes.

61. Artikel 30 EF tillader imidlertid visse undtagelser til de forpligtelser, som følger af artikel 28 EF. Det betyder, at national lovgivning, der udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning, ikke behøver at indeholde en bestemmelse om gensidig anerkendelse, hvis denne hindring kan begrundes med et af de almene hensyn, som er opregnet i artikel 30 EF. Hvis den omhandlede lovgivning indeholder en bestemmelse om gensidig anerkendelse, udgør den ikke en foranstaltning med tilsvarende virkning.

62. En sammenligning af dommen af 22. oktober 1998, Kommissionen mod Frankrig [20], med dommen af 5. februar 2004, Kommissionen mod Frankrig [21], kan fremkalde visse tvivl. I begge tilfælde bebrejdede Kommissionen Den Franske Republik, at denne ikke havde indført en bestemmelse om gensidig anerkendelse i sin lovgivning, hvilket indebar en hindring for de frie varebevægelser. Mens Domstolen i den første sag konstaterede et traktatbrud, afviste den i den anden sag anbringendet om traktatbrud. Disse sager adskiller sig imidlertid ved det forhold, at Den Franske Republik i den anden sag havde ført bevis for, at den lovgivning, som hindrede de frie varebevægelser, var begrundet i hensynet til den offentlige sundhed, mens der i den første sag ikke var blevet fremført nogen betragtninger om beskyttelse af den offentlige sundhed.

IV — Sagens omkostninger

63. Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, første afsnit, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Franske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Den Franske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

19 — Sag C-110/05, Sml. I, s. 519, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

20 — Sag C-184/96, Sml. I, s. 6197.

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 8.

V — Forslag til afgørelse

64. På grundlag af de anførte betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at afsige følgende dom:

»— Det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF, idet den for tekniske hjælpestoffer hidrørende fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og/eller bragt i omsætning, og for levnedsmidler fra andre medlemsstater, der fremstilles ved anvendelse af sådanne tekniske hjælpestoffer, har foreskrevet en ordning med forudgående godkendelse, der ikke er forbundet med en procedure, hvorved de erhvervsdrivende under overholdelse af proportionalitetsprincippet kan få optaget tekniske hjælpestoffer hidrørende fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og/eller bragt i omsætning, på den nationale positivliste over godkendte tekniske hjælpestoffer.

— Den Franske Republik betaler sagens omkostninger.«