FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 27. februar 2003 [1]

1. Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anmodet Domstolen om at fastslå, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF og 30 EF, idet den anvender en ordning på drikkevarer fremstillet og bragt i omsætning i andre medlemsstater, der forbyder markedsføring i Italien af energiholdige drikkevarer med et koffeinindhold over en bestemt grænse uden at have godtgjort, at denne grænse er nødvendig og forholdsmæssig af hensyn til beskyttelsen af folkesundheden.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

2. Der findes ikke Fællesskabets retsforskrifter betingelser for tilsætning af næringsstoffer i almindelige levnedsmidler.

B — *Nationale bestemmelser*

3. Artikel 15, stk. 3, i dekret nr. 719 af 18. maj 1958 fra republikkens præsident (GURI nr. 178 af 24.7.1958, s. 3081, herefter »DPR nr. 719/58«), som har overskriften »Forordning om fastsættelse af almindelige regler om hygiejne ved fremstilling og salg af kulsyreholdigt vand og alkoholfrie drikkevarer med og uden kulsyre, som tilvirkes i lukkede beholdere«, bestemmer:

»Tilsætning af andre stoffer end de, der er angivet i denne forordning, og som ikke tidligere er godkendt af Instituttet for Hygiejne og Folkesundhed, bør, efter forslag fra sundhedsmyndighederne i den provins, hvor virksomheden har hjemsted, og efter udtalelse fra sundhedsrådet i denne provins, godkendes fra gang til gang af nævnte institut.«

II — Faktiske omstændigheder og den administrative procedure

4. Kommissionens opmærksomhed blev henledt på de hindringer for indførsel og

1 — Originalsprog: fransk.

markedsføring i Italien af visse energiholdige drikkevarer, der lovligt fremstilles og sælges i andre medlemsstater. Disse drikkevarer, som omfatter varemærkerne Red Bull, CULT og GUVI, er karakteriseret ved at have et koffeinindhold på mellem 250 og 320 mg/l og indeholder ofte andre stoffer, såsom taurin.

5. De italienske myndigheder forbød indledningsvis markedsføring af disse drikkevarer, navnlig de, der indeholder taurin, i medfør af lovdekret nr. 111 af 27. januar 1992 og en udtalelse af 13. december 1995 fra Consiglio superiore della Sanità (den øverste italienske forvaltningsmyndighed med ansvar for sundhed, herefter »CSS«).

6. De italienske myndigheder ændrede herefter holdning og godkendte markedsføring af disse drikkevarer i Italien, dog på betingelse af, at koffeinindholdet ikke oversteg 125 mg/l.

7. Da Kommissionen fandt, at en sådan begrænsning udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning som en indførselsrestriktion i strid med artikel 28 EF og ikke var begrundet i henhold til artikel 30 EF, da der ikke fandtes videnskabeligt belæg for, at en overskridelse af denne grænse indebar en risiko for folkesundheden, sendte Kommissionen den 4. oktober 1996 en åbningsskrivelse til den italienske regering.

8. De italienske myndigheder meddelte i svarskrivelse af 8. januar 1997, at der som følge af de af Sundhedsministeriet trufne beslutninger af 13. december 1995 ikke længere forelå hindringer for markedsføring i Italien af de pågældende drikkevarer, der sælges lovligt i andre medlemsstater, på betingelse af, at koffeinindholdet ikke oversteg 125 mg/l, en grænse, som inden længe ville blive fastsat til 150 mg/l i overensstemmelse med den gældende italienske lovgivning, bl.a. DPR nr. 719/58.

9. Da Kommissionen fandt de italienske myndigheders svar af 8. januar 1997 utilfredsstillende, fremsatte den den 23. september 1997 en begrundet udtalelse over for Den Italienske Republik.

10. De italienske myndigheder oplyste i skrivelse af 11. december 1997, at Sundhedsministeriet havde anmodet om en ny udtalelse fra CSS, og anmodede Kommissionen om midlertidigt at udsætte traktatbrudsproceduren i afventning af dets svar.

11. I skrivelse af 6. marts 1998 underrettede de italienske myndigheder Kommissionen om, at CSS havde fastslået, at de

pågældende drikkevarer ikke på grundlag af den nuværende viden gav anledning til begrundet bekymring med hensyn til folkesundheden, og at deres overgang til forbrug var blevet tilladt på grundlag af et cirkulære, som myndighederne vedlagte i kopi, hvoraf det blev fremgik, at forbrugerne skulle gives en række informationer ved hjælp af oplysninger og advarsler på en etiket.

12. I skrivelse af 2. april 1998 svarede Kommissionen bl.a., at selv om et cirkulære er en løsning, som er egnet til at sikre en umiddelbar overholdelse af fællesskabsbestemmelserne med hensyn til frie varebevægelser, var de italienske myndigheder ikke af den grund fritaget for forpligtelsen til endeligt og ifølge de sædvanlige procedurer at ændre den omtvistede lovgivning så hurtigt som muligt.

13. I skrivelse af 18. juni 1998 underrettede Sundhedsministeriet Kommissionen om offentliggørelsen af cirkulære nr. 5 af 3. april 1998 med overskriften »Drikkevarer af fællesskabsoprindelse karakteriseret ved et højt indhold af koffein og taurin« (GURI nr. 101, almindelig udg., af 4.5.1998, s. 72), og anførte, at Kommissionens bemærkninger var blevet taget i betragtning ved udformningen af det nævnte cirkulære.

14. Kommissionen havde i mellemtiden taget kontakt til de erhvervsdrivende, der havde indgivet klage, som over for Kommissionen bekræftede, at den frie bevægelighed i Italien for drikkevarer fra andre medlemsstater i praksis blev sikret i medfør af cirkulære nr. 5 af 3. april 1998.

15. I telefax af 14. april 1999 påpegede Kommissionen imidlertid over for de italienske myndigheder, at de havde forpligtet sig til at vedtage en passende bestemmelse, dvs. en lovændring, med henblik på at regulere det pågældende område.

16. De italienske myndigheder fremsendte et af Ministeriet for Industri, Handel og Håndværk udarbejdet lovforslag om »regulering af fremstilling og markedsføring af mineralvand og alkoholfrie drikkevarer« til Kommissionen.

17. Selv om Kommissionen var af den opfattelse, at lovforslaget gav anledning til flere bemærkninger med hensyn til rækkevidden af bestemmelsen om gensidig anerkendelse, meddelte den i en skrivelse af 22. november 1999, at traktatbrudsproceduren med vedtagelsen af det nævnte forslag ville blive indstillet.

18. Efter adskillige påmindelser fra Kommissionen til de italienske myndigheder om nødvendigheden af at gennemføre en lovmæssig ændring af den omtvistede bestem-

melse, underrettede myndighederne den 13. november 2000 Kommissionen om et lovforslag bilagt bestemmelserne i DPR nr. 719/58, som havde til formål at ajourføre lovgivningen om fremstilling og salg af alkoholfrie drikkevarer i almindelighed, herunder koffeinholdige drikkevarer, og som i artikel 9 indeholdt en bestemmelse om gensidig anerkendelse, fra hvis anvendelsesområde alkoholfrie drikkevarer, som lovligt fremstilles og sælges i andre medlemsstater inden for Den Europæiske Union og i EØS-medlemsstaterne, var udelukket.

19. Kommissionen påpegede over for de italienske myndigheder, således som den allerede havde gjort det i skrivelse af 22. november 1999, at nævnte bestemmelse om gensidig anerkendelse i visse henseender burde ændres for at undgå tvetydighed. I mangel af svar fra italiensk side forespurgte Kommissionen med henvisning til sin tidligere skrivelse af 22. november 1999 i skrivelse af 9. april 2001 de italienske myndigheder, om de havde modtaget dens bemærkninger vedrørende det meddelte lovforslag, og om hvornår den italienske regering havde til hensigt at vedtage loven.

20. Da Kommissionen antog, at DPR nr. 719/58 stadig var gældende i sin oprindelige ordlyd, og at der endnu ikke var vedtaget nogen lovændring med henblik på at tilpasse den italienske lovgivning til fællesskabslovgivningen for så vidt angår spørgsmålet om anerkendelse af alkoholfrie drikkevarer, der fremstilles og markedsføres i andre medlemsstater, anlagde den nærværende søgsmål.

III — Parternes påstande

21. I stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 23. oktober 2001 har Kommissionen nedlagt følgende påstande:

»— Det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF og 30 EF, idet den anvender en ordning på drikkevarer fremstillet og bragt i omsætning i andre medlemsstater, der forbyder markedsføring i Italien af energiholdige drikkevarer med et koffeinindhold over en bestemt grænse uden at have godtgjort, at denne grænse er nødvendig og forholdsmæssig af hensyn til beskyttelsen af folkesundheden.

— Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.«

22. Den Italienske Republik har nedlagt påstand om frifindelse.

IV — Gennemgang

A — *Parternes argumenter*

23. *Kommissionen* har gjort gældende, at selv om det ikke er muligt helt klart at identificere retsgrundlaget for forbuddet mod import og markedsføring i Italien af alkoholfrie drikkevarer, hvis koffeinindhold overstiger 125 mg/l, er det ubestridt, at et sådant forbud eksisterer. Ifølge Kommissionen bekræftes dette af de klager, som visse fællesskabsproducenter af energiholdige alkoholfrie drikkevarer har tilsendt Kommissionen, af selve ordlyden af artikel 15, stk. 3, i DPR nr. 719/58, og af den omstændighed, at de italienske myndigheder selv har erkendt behovet for — hvis ikke pligten til — at ændre og ophæve forskellige bestemmelser i den lovgivning, der for øjeblikket gælder på området for alkoholfrie drikkevarer, således som det fremgår af vedtagelsen af det ministerielle cirkulære nr. 5 af 3. april 1998 og af det lovforslag, der er fremsendt til Kommissionen.

24. Henset til Domstolens praksis vedrørende artikel 28 EF og 30 EF, og i særdeleshed henset til Domstolens dom af 12. marts 1987 i sagen Kommissionen mod Tyskland, den såkaldte »Reinheitsgebotdom«[2], finder Kommissionen, at det grundlæggende spørgsmål således ikke synes at være bestridt.

25. Under alle omstændigheder har Kommissionen hvad angår en eventuel berettigelse støttet på beskyttelsen af menneskers sundhed og liv gjort gældende, at det er vanskeligt at antage, at man som de italienske myndigheder dels kan hævde, at drikkevarer med et højt koffeinindhold kan frembyde en risiko for sundheden, dels kan tillade salg af disse drikkevarer, således som Den Italienske Republik gjorde det i medfør af det ministerielle cirkulære nr. 5 af 3. april 1998.

26. Kommissionen har i øvrigt påpeget, at DSS' udtalelse af 13. december 1995, hvortil de italienske myndigheder henviser, er bortfaldet, eftersom CSS er fremkommet med en senere udtalelse, som bekræfter, at de pågældende drikkevarer ikke er sundhedsskadelige. Ifølge Kommissionen blev sidstnævnte udtalelse desuden bekræftet af den udtalelse, som Den Videnskabelige Komité for Levnedsmidler fremsatte den 21. januar 1999.

27. Kommissionen er af den opfattelse, at tvistepunktet i sagen snarere vedrører de foranstaltninger, der er truffet af Den Italienske Republik med henblik på at tilpasse sin lovgivning til Fællesskabets retsforskrifter, efter at det blev konstateret, at lovgivningen var uforenelig med fællesskabsretten. Under hensyn til, at en medlemsstat ikke kan opfylde sine forpligtelser efter et direktiv blot ved at udstede et cirkulære, som forvaltningen kan ændre efter forgodtbefindende, er Kommissionen med henvisning til Domstolens dom af 20. marts 1997 i sagen Kommissionen mod Tyskland[3] af den opfattelse, at det

2 — Sag 178/84, Sml. s. 1227.

3 — Sag C-96/95, Sml. I, s. 1653.

ikke kan antages, at vedtagelsen af cirkulære nr. 5 af 3. april 1998 kan sidestilles med en ændring af artikel 15 i DPR nr. 719/58, som indeholder de omtvistede bestemmelser.

28. Den *italienske regering* har heroverfor gjort gældende, at fastsættelsen af en maksimal grænse for koffeinindholdet er begrundet, navnlig ved de undersøgelser, der er gennemført af den kontrollerende sundhedsmyndighed. Den italienske regering er af den opfattelse, at spørgsmålet må afgøres ud fra, om de italienske sundhedsmyndigheders videnskabelige indstilling er lovlig. Enhver anden løsning vil ifølge den italienske regering føre til, at artikel 30 EF tømmes for indhold, idet medlemsstaternes skønsmæssige ikke-arbitrære kompetence vil blive erstattet af en subjektiv vurdering anlagt af sundhedsmyndighederne i en anden medlemsstat, som helt sikkert er lovlig, men som på grund af sin art ikke kan anses for at være ubestridelig.

29. Den italienske regering har gjort gældende, at det påhviler Kommissionen at fremlægge videnskabeligt belæg for, at fastsættelse af det maksimalt tilladte koffeinindhold, som i hovedparten af tilfældene anses for ikke at være skadelig for forbrugernes sundhed, i henhold til de gældende miljøkrav i Italien ikke opfylder betingelserne om en rimelig afvejning af de pågældende interesser.

30. Den italienske regering har imidlertid tilføjet, at den fortsat har til hensigt at formalisere sin indstilling for så vidt angår det maksimalt tilladte koffeinindhold i alkoholholdige drikkevarer og at indarbejde de regler, som regulerer sammensætningen af alkoholfrie drikkevarer. Regeringen har imidlertid påpeget, at dette ønske ikke hænger sammen med en retlig forpligtelse eller en absolut nødvendighed, for så vidt som en teknisk regel som den fastsatte nødvendigvis har sammenhæng med den foreliggende videnskabelige viden og ikke tager hensyn til et eventuelt samspil mellem ingredienserne i specifikke alkoholholdige drikkevarer, der er nævnt eller ikke nævnt i de gældende bestemmelser. Bevarelsen af et specifikt godkendelsesforbehold for så vidt angår anvendelsen af ingredienser, der er forskellige fra de fastsatte ingredienser, tjener tværtimod til præcist at vurdere samspillet mellem disse og i overensstemmelse hermed til at sikre forbrugernes liv og sundhed, idet forbrugerne ikke bør tilsidesættes af profitmæssige hensyn eller af hensyn til abstrakte fortolkninger af EF-traktaten.

31. Den italienske regering har ligeledes henvist til, at den regel, der gælder for drikkevarer importeret fra andre medlemsstater, også finder anvendelse på drikkevarer fremstillet i Italien.

32. Den italienske regering har i sin duplik endvidere bekræftet, at der er udarbejdet en lov, som ændrer de regler, der ikke blev anset for at være tilpasset de retningslinjer, der blev fulgt af de øvrige sundhedsmyndigheder i Fællesskabet, og at loven i april 2002 er blevet sendt til høring i det organ, der repræsenterer samtlige berørte lokale enheder. Regeringen har desuden anført, at cirkulære nr. 5 af 3. april 1998 har gjort det

muligt i Italien at markedsføre produkter med et højere koffeinindhold end det, der var tilladt i de bestemmelser, der fandt anvendelse på dette område.

B — *Stillingtagen*

33. Det fremgår af sagens akter, at der på tidspunktet for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist — som ifølge fast retspraksis [4] er det tidspunkt, på hvilket det skal vurderes, om der foreligger traktatbrud, og som i det foreliggende tilfælde er ultimo november 1997 [5] — var forbud mod i Italien at markedsføre energiholdige drikkevarer, som blev solgt lovligt i andre medlemsstater og hvis koffeinindhold oversteg 125 mg/l.

34. Uanset den omstændighed, at der på trods af et af Domstolen stillet skriftligt spørgsmål stadig er usikkerhed med hensyn til retsgrundlaget for dette forbud i italiensk ret — artikel 15, stk. 3, i DPR nr. 719/58 foreskriver således ikke et sådant forbud — har den italienske regering rent faktisk aldrig benægtet, at der på ovennævnte dato eksisterede et sådant forbud. Regeringen har endda udtrykkeligt erkendt dette forbud blandt andet i sit svar af 8. januar 1997 på åbningsskrivelsen.

35. Selv om forbuddet kun tog form af en administrativ praksis, kan det udgøre et traktatbrud [6].

36. Dette forbud mod markedsføring, der, i det omfang det gælder for importerede produkter, er en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion i artikel 28 EF's forstand, rejser følgelig spørgsmålet, om det er berettiget af hensyn til et af de i artikel 30 EF indeholdte krav og især af hensyn til nødvendigheden af at beskytte menneskers sundhed og liv.

37. I den forbindelse bemærkes, at det ifølge fast retspraksis påhviler de kompetente nationale myndigheder i hvert enkelt tilfælde at godtgøre, at deres bestemmelser er nødvendige for effektivt at beskytte de

4 — Jf. bl.a. dom af 2.5.1996, sag C-133/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2323, præmis 17, og af 16.1.2003, sag C-122/02, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 833, præmis 11.

5 — I det foreliggende tilfælde fastsatte den begrundede udtalelse en frist på to måneder fra dennes meddelelse til den italienske regering for regeringen til at træffe de foranstaltninger, der var nødvendige for at opfylde dennes fællesskabsretlige forpligtelser. Fremsendelsen af den begrundede udtalelse til den italienske regering skete ved skrivelse af 23.9.1997. Tidspunktet for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist er således ultimo november 1997.

6 — Jf. f.eks. dom af 9.5.1985, sag 21/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1355, præmis 12, af 12.3.1998, sag C-187/96, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1095, præmis 23, og af 29.10.1998, sag C-185/96, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 6601, præmis 35.

interesser, der er nævnt i artikel 30 EF, og navnlig, at markedsføringen af den pågældende vare frembyder en væsentlig fare for folkesundheden [7].

38. Jeg tilslutter mig imidlertid Kommissionens standpunkt, hvorefter den italienske regering ikke har godtgjort, at forbuddet, således som det har været gældende siden ultimo november 1997, er berettiget af hensyn til nødvendigheden af at beskytte menneskers sundhed og liv.

39. Det eneste bevis, den italienske regering har forelagt, er således udtalelsen af 13. december 1995 fra CSS.

40. Uafhængigt af den omstændighed, at samme CSS, således som det fremgår af de italienske myndigheders skrivelse af 6. marts 1998, efterfølgende trak denne udtalelse tilbage, fremgår det af denne, at den under alle omstændigheder vedrører drikkevarer, som har et højt indhold af koffein *og* taurin og endvidere et koffeinindhold på op til 320 mg/l, dvs. det dobbelte af grænsen på 125 mg/l.

41. Det kan således ikke af denne udtalelse udledes, at forbuddet mod markedsføring i Italien af energiholdige drikkevarer, som sælges lovligt i andre medlemsstater, og hvis koffeinindhold overstiger 125 mg/l, er nødvendigt for effektivt at beskytte menneskers sundhed og liv.

42. Den italienske regering har i sit svar på et af Domstolen stillet skriftligt spørgsmål fortsat gjort gældende, at det problem, der ligger til grund for traktatbrudssøgsmålet, ifølge regeringen er løst med vedtagelsen af cirkulære nr. 5 af 3. april 1998.

43. Denne omstændighed gør det imidlertid ikke muligt at konkludere, at traktatbrudssøgsmålet ikke er begrundet. Som det allerede er anført ovenfor, er det nemlig således, at »[...] ifølge fast retspraksis skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, og *at ændringer af forholdene i tiden derefter ikke kan tages i betragtning af Domstolen* [...]« [8].

44. I øvrigt er jeg ikke enig i det af Kommissionen i stævningen anførte synspunkt, hvorefter tvistepunktet i sagen snarere vedrører den foranstaltning, der blev truffet af den italienske stat med henblik på at tilpasse dennes lovgivning til Fællesskabets retsforskrifter, efter at det blev konstateret, at lovgivningen var uforenelig med fællesskabsretten, og følgelig spørgs-

7 — Jf. bl.a. dom af 6.5.1986, sag 304/84, Muller m.fl., Sml. s. 1511, præmis 25, Rheinheitsgebot-dommen, præmis 46, dom af 13.12.1990, sag C-42/90, Bellon, Sml. I, s. 4863, præmis 16, og af 4.6.1992, forenede sager C-13/91 og C-113/91, Debus, Sml. I, s. 3617, præmis 17 og 18.

8 — Dommen af 16.1.2003 i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 11.

målet om, hvorvidt den italienske regering med vedtagelsen af cirkulære nr. 5 af 3. april 1998 har afhjulpet det konstaterede traktatbrud.

45. Det er således min opfattelse, at dette spørgsmål ikke er relevant i forbindelsen med denne sag.

46. I den forbindelse henvises til dom af 10. marts 1970 i sagen Kommissionen mod Italien [9], der vedrører en sag svarende til den foreliggende.

47. I denne sag havde Kommissionen ved Domstolen anlagt traktatbrudssøgsmål mod Den Italienske Republik som følge af et system for opkrævning af omsætningsafgiften, som den fandt var i strid med EØF-traktatens artikel 95 (efter ændring nu artikel 90 EF).

48. Den Italienske Republik påberåbte sig i svarskriftet et lovdekret, som havde ændret den omtvistede skatteordning, og som efter dennes opfattelse medførte, at sagen skulle opgives. Kommissionen bestred dette synspunkt, og mellem parterne udviklede der sig en diskussion om følgerne og virkningen af den i det pågældende lovdekret indførte skatteordning, som udmundede i, at parterne opfordrede Domstolen til at træffe afgørelse vedrørende den således opståede situation i sin helhed.

49. Som svar på denne opfordring fastslog Domstolen i præmis 4 i dommen i sagen Kommissionen mod Italien, at »[...] sagsøgeren således herved har ændret genstanden for sit søgsmål, således at dette ikke længere kun angår spørgsmålet om, hvorvidt Den Italienske Republik på tidspunktet for sagens anlæggelse havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 95, men først og fremmest spørgsmålet om, hvorvidt der siden lovdekretets ikrafttrædelse fortsat foreligger en sådan tilsidesættelse«.

50. Domstolen udtalte herefter i dommens præmis 5 og 6 følgende:

»5 [...]

Domstolen kan således ikke træffe afgørelse om en ikke-overholdelse, der står i forbindelse med en lovændring, som sker, medens sagens verserer, uden at skade medlemsstatens ret til at gøre sine indsigelser til de enkelte klagepunkter gældende inden for rammerne af proceduren efter artikel 169.

9 — Sag 7/69, Sml. 1970, s. 21, org.ref.: Rec. s. 111.

6 Under disse omstændigheder *påhviler det Kommissionen med hensyn til virkningerne af en sådan lovgivningsforanstaltning at indlede en ny procedure i henhold til artikel 169 og eventuelt at anlægge sag ved Domstolen vedrørende nøjagtigt den krænkelse, som den ønsker sanktioneret.*

[...]« [10].

51. Denne dom er forløberen for en retspraksis, der i mellemtiden er blevet fast, og hvorefter et søgsmål, som anlægges i henhold til artikel 226 EF, skal støttes på de samme grunde og anbringender som den begrundede udtalelse [11].

52. I den foreliggende sag udgør det af Kommissionen fremsatte klagepunkt, hvorefter Den Italienske Republik har tilsidesat artikel 28 EF og 30 EF ved i et cirkulære at fremsætte et forbud mod markedsføring, som strider mod traktaten, en tilsidesættelsesgrund, der er forskellig fra kritikken mod denne medlemsstat for at have tilsidesat de samme bestemmelser som følge af den blotte forekomst af dette forbud.

53. Den begrundede udtalelse er udelukkende baseret på denne anden tilsidesættelsesgrund. Den første tilsidesættelsesgrund kan således ikke gøres gældende.

54. I øvrigt er jeg i tvivl om, hvorvidt der foreligger tilstrækkelige oplysninger til på hensigtsmæssig vis at undersøge denne første tilsidesættelsesgrund, uden at den har været genstand for en administrativ procedure, idet en forskriftsmæssig procedure ifølge Domstolen »udgør en med traktaten tilsigtet væsentlig garanti, ikke blot med henblik på at beskytte den pågældende medlemsstats rettigheder, men også med henblik på at sikre, at en eventuel efterfølgende retssag har en klart afgrænset tvist som genstand (jf. dom af 13.12.2001, sag C-1/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 9989, præmis 53)« [12].

55. Der henvises således til unøjagtighederne hvad angår lovgrundlaget for det omtvistede forbud i italiensk ret. Selv om Kommissionen er af den opfattelse, at vedtagelsen af cirkulære nr. 5 af 3. april 1998 ikke kan sidestilles med en ændring af artikel 15 i DPR nr. 719/58, har den imidlertid som svar på et af Domstolen stillet skriftligt spørgsmål erkendt, at det omtvistede forbud måske ikke følger af nævnte artikel, men blot af administrativ praksis.

56. Dette spørgsmål om det omtvistede forbuds lovgrundlag forekommer mig at være af afgørende betydning med henblik

10 — Min fremhævelse.

11 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 13.12.1990, sag C-347/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4747, præmis 16, af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 11, og af 20.6.2002, sag C-287/00, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5811, præmis 18.

12 — Dommen af 20.6.2002 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 17.

på at vurdere den måde, hvorpå Den Italienske Republik bør afhjælpe det traktatbrud, der ifølge min opfattelse er fastslået og som følger af, af dette forbud eksisterede på tidspunktet for udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist.

57. Selv om det således ikke er tilladt en medlemsstat gennem et cirkulære at »ophæve« en national lovbestemmelse, der er årsag til et traktatbrud, kan jeg imidlertid omvendt ikke umiddelbart se, af hvilken grund det ikke, bortset fra situationen med gennemførelsen af et direktiv, som ikke er tilfældet i denne sag, er tilladt en medlemsstat gennem et cirkulære at ændre en administrativ praksis, der ikke er i overensstemmelse med traktaten, til en administrativ praksis, der er i overensstemmelse med traktaten.

V — Forslag til afgørelse

58. På baggrund af den ovenfor anførte foreslår jeg herefter Domstolen at

— fastslå, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28 EF og 30 EF, idet den anvender en ordning på drikkevarer fremstillet eller bragt i omsætning i andre medlemsstater, der forbyder markedsføring i Italien af energiholdige drikkevarer med et koffeinindhold over en bestemt grænse uden at have godtgjort, at denne grænse er nødvendig og forholdsmæssig af hensyn til beskyttelsen af folkesundheden.

— pålægge Den Italienske Republik at betale sagens omkostninger.