

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 6. maj 2004¹

1. Kommissionen har i medfør af artikel 226 EF anlagt sag mod Forbundsrepublikken Tyskland med påstand om, at Domstolen fastslår, at denne medlemsstat har tilsidesat nogle af sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten.

»emballagebekendtgørelsen«) af 21. august 1998⁴ har indført en genbrugsordning for emballage til naturligt mineralvand, der skal påfyldes ved kilden.

I — Den nationale lovgivning, der fandt anvendelse ved udløbet af den i den begrundede udtalelse fastsatte frist⁵

Kommissionen har nærmere bestemt anført, at Forbundsrepublikken Tyskland har overtrådt artikel 5 i direktiv 94/62/EF² og artikel 28 EF samt artikel 3 i direktiv 80/777/EØF³, sammenholdt med bilag II, punkt 2, litra d), idet den ved § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, i Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (bekendtgørelse om begrænsning og genanvendelse af emballageaffald, herefter

2. I emballagebekendtgørelsen er der fastsat en række foranstaltninger, der tager sigte på at opfylde formålet at forebygge eller mindske miljøbelastningen som følge af emballageaffald. Denne bekendtgørelse, der erstatter bekendtgørelsen af 12. juni 1991⁶, gennemfører direktiv 94/62 i national ret og definerer genbrugsemballager som emballager, der skal bruges flere gange til samme formål.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Europa-Parlamentet og Rådets direktiv af 20.12.1994 om emballage og emballageaffald (EFT L 365, s. 10). Der er foretaget væsentlige ændringer i dette direktiv ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/12/EF af 11.2.2004 (EFT L 47, s. 26); disse vedrører ikke de artikler, der finder anvendelse i sagen her.

3 — Rådets direktiv af 15.7.1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om udvinding og markedsføring af naturligt mineralvand (EFT L 229, s. 1).

4 — BGBl. I, s. 2379.

5 — Kommissionen har forklaret, at både de fællesskabsretlige og de nationale bestemmelser er blevet ændret under den administrative procedure forud for sagens anlæggelse.

6 — BGBl. I, s. 1234. Denne bekendtgørelse indeholdt lignende bestemmelser vedrørende obligatorisk pant af engangsemballage til drikkevarer.

I henhold til bekendtgørelsens bestemmelser skal producenter og forhandlere af mineralvand i engangsemballager opkræve et pant pr. emballage i alle omsætningsled, idet de dog har mulighed for at blive fritaget for denne forpligtelse, der også omfatter indsamling og genanvendelse af de tomme flasker, ved at deltage i en samlet ordning for håndtering af emballage og emballageaf-fald. Såfremt den samlede andel af drikkevarer, der sælges i genbrugsemballager i Tyskland, falder til under 72%, og den i 1991 konstaterede andel af denne emballage-type inden for mineralvandsområdet, nemlig 91,33%, samtidig ikke nås, mister de erhvervsdrivende imidlertid denne mulighed, idet de da skal opkræve pant og påtage sig ansvaret for genanvendelsen af flaskerne.

3. Emballagebekendtgørelsens § 6 bestemmer følgende:

»1. Salgsemballager, der er brugt af den endelige forbruger og er helt tomme, skal af forhandleren på det sted, hvor den faktiske overgivelse finder sted, eller i umiddelbar nærhed heraf, tages retur uden vederlag og skal sendes til genanvendelse i overensstem-melse med kravene i bilag I, pkt. 1, samt opfylde kravene i bilag I, pkt. 2.

2. Forpligtelserne i henhold til stk. 1 og 2 gælder ikke for emballager, som er omfattet af en samlet ordning for indsamling [...], hvorved der [...] sikres en [...] afhentning hos eller nær ved den endelige forbruger

eller ved forhandlerens salgssted. Ordningen skal sikre, at de indsamlede emballager sendes til genanvendelse i overensstemmelse med kravene i bilag I, pkt. 1 [...]. Deltagelsen i en sådan ordning skal godtgøres over for den kompetente myndighed. Deltagelsen i en sådan ordning skal ske ved skriftlig aftale med de offentligretlige renovationsorganer [...].

4. Den kompetente myndighed kan tilbagekalde sin afgørelse, såfremt og i det omfang den konstaterer, at de [...] nævnte krav ikke overholdes. Tilbagekaldelsen skal begrænses til emballager af bestemte materialer, såfremt det kun er for disses vedkommende, at de i bilag I nævnte genbrugsandele ikke er nået. Stk. 1 og 2 finder anvendelse fra den første dag i den sjette kalendermåned efter bekendtgørelsen af tilbagekaldelsen. [...]«

4. I emballagebekendtgørelsens § 8, stk. 1, opstilles et princip om obligatorisk pant af engangsemballager med følgende formulering:

»1) Forhandlere, der markedsfører flydende levnedsmidler i drikkevareemballager, der ikke er genbrugsemballager, skal hos deres kunder opkræve et pant på mindst 0,50 DEM, inklusive merværdiafgift, pr. emballage; for emballager med et indholdsvolumen på over 1,5 liter udgør pantet mindst 1 DEM, inklusive merværdiafgift. Pantet skal opkræves af enhver efterfølgende forhandler i alle omsætningsled indtil overgivelsen til den endelige forbruger. Pantet skal tilbagebetales ved tilbagetagelsen af emballager i henhold til § 6, stk. 1 og 2.«

5. I § 9 reguleres fritagelsen for forpligtelsen til at opkræve pant og den beskyttelse, der er indrømmet miljøvenlige drikkevareemballager. Bestemmelsen er affattet som følger:

»1) § 8 finder ikke anvendelse på emballager, med hensyn til hvilke producenten eller forhandleren deltager i en samlet ordning for indsamling, som omhandlet i § 6, stk. 3, der sikrer afhentning i hele området. § 6, stk. 4, finder tilsvarende anvendelse.

2) Såfremt det med hensyn til drikkevarer, for hvilke der anvendes genbrugsemballager, konstateres, at andelen heraf for øl, mineralvand (herunder kildevand, dansk vand og mineralvand), kulsyreholdige læskedrikke,

frugtjuice (herunder frugtnektar, grønsagssaft og andre drikkevarer uden kulsyre) eller vin (undtagen perlevin, mousserende vin, vermouth og dessertvin) i løbet af kalenderåret tilsammen inden for denne bekendtgørelses anvendelsesområde ligger under 72%, foretages der for perioden på 12 måneder efter bekendtgørelsen af, at niveauet for andelen af genbrugsemballage ikke er opfyldt, en fornyet vurdering af de relevante andele af genbrugsemballage. Såfremt andelen af genbrugsemballage inden for hele Forbundsrepublikkens område ligger under den i henhold til første punktum fastsatte andel, anses afgørelsen i medfør af § 6, stk. 3, for tilbagekaldt for hele Forbundsrepublikkens område fra den første dag i den sjette kalendermåned efter bekendtgørelsen i henhold til stk. 3 for de drikkevareområder, for hvilke den andel af genbrugsemballage, der er fastsat i 1991, ikke er nået. Første og andet punktum finder tilsvarende anvendelse på pasteuriseret konsummælk, såfremt andelen af genbrugsemballager og af poseemballager af polyethylen falder til under 20% i kalenderåret.

3) De i henhold til stk. 2 relevante andele af drikkevarer, for hvilke der anvendes miljøvenlige drikkevareemballager, offentliggøres årligt af forbundsregeringen i Bundesanzeiger.

4) Såfremt den i henhold til stk. 2 relevante andel af drikkevarer, for hvilke der anvendes miljøvenlige drikkevareemballageer, efter en tilbagekaldelse igen nås, skal den kompetente myndighed efter anmodning eller ex officio foretage en ny attestering i medfør af § 6, stk. 3.«

anden side at garantere det indre markeds funktion og undgå handelshindringer og forvridning og begrænsning af konkurrencen i Fællesskabet.

6. Efter Kommissionens opfattelse indebærer disse bestemmelser tilsammen, at forhandlere af mineralvand i engangsflasker har pligt til at opkræve et pant pr. emballage og ikke har mulighed for at blive fritaget for denne pligt ved at deltage i en geografisk dækkende ordning for håndtering af emballage og emballageaffald, såfremt genbrugsandelen af drikkevareemballageer i Tyskland globalt er under 72%, og den i 1991 konstaterede genbrugsandel inden for mineralvandsområdet ikke er nået.

I den forbindelse fastsætter direktivet foranstaltninger rettet mod, som førsteprioritet, at forebygge produktion af emballageaffald. Herefter nævnes genbrug, genvinding og andre former for genanvendelse af emballageaffald.

8. Artikel 5 bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne kan i overensstemmelse med traktaten fremme genbrugssystemer for emballage, der kan genbruges på en miljømæssigt fornuftig måde.«

II — Fællesskabslovgivningen

7. Formålet med direktiv 94/62 er i henhold til artikel 1 at harmonisere medlemsstaternes foranstaltninger i forbindelse med håndtering af emballage og emballageaffald for på den ene side at forebygge og mindske miljøbelastningen herfra i samtlige medlemsstater samt i tredjelande og derved sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau, og for på den

9. I henhold til artikel 3 i direktiv 80/777 skal udnyttelsen af kilder med naturligt mineralvand og aftapningen af vandet derfra finde sted i overensstemmelse med bilag II, hvori betingelserne for markedsføring fastsættes. I dette bilags punkt 2, litra d), forbydes transport af naturligt mineralvand i andre beholdere end dem, der er tilladt til levering til den endelige forbruger. Dette

indebærer i praksis, at naturligt mineralvand allerede ved kilden skal påfyldes den beholder, hvori det skal markedsføres.

ført en fuldstændig harmonisering inden for området, således at artikel 28 EF ikke længere fandt anvendelse. Efter tysk opfattelse var begrænsningen af samhandelen minimal, og de omtvistede foranstaltninger, som skal forhindre en stigning i mængden af emballageaffald ved at styrke brugen af genbrugsemballage, var under alle omstændigheder begrundet i miljøhensyn.

III — Den administrative procedure

10. Efter at have modtaget flere klager, hvori det blev anført, at de tyske bestemmelser fra 1991 var uforenelige med fællesskabsretten, og efter at der havde været kontakter mellem de nationale myndigheder og Kommissionens tjenestegrene, konkluderede Kommissionen, at de pågældende bestemmelser var i strid med artikel 28 EF. I december 1995 tilsendte Kommissionen derfor den tyske regering en åbningsskrivelse, hvori den gjorde gældende, at forpligtelsen til at opkræve pant på engangsemballager udgjorde en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet, eftersom engangsemballager herved blev stillet ringere end genbrugsemballage, og at dette ikke kunne begrundes i miljøbeskyttelseshensyn, eftersom forpligtelsen kun gjaldt for bestemte beholdere, og den på et givent tidspunkt foreliggende situation på det nationale marked skulle bevares uændret.

11. På baggrund af vedtagelsen af direktiv 94/62 og i lyset af, at Forbundsrepublikken Tyskland havde udstedt bekendtgørelsen fra 1998 til gennemførelse af direktivets bestemmelser og herved havde ophævet bekendtgørelsen fra 1991, tilsendte Kommissionen i december 1998 denne medlemsstat en supplerende begrundet udtalelse, hvori den under henvisning til proportionalitetsprincippet satte spørgsmålstegn ved, om § 8 og 9 i den nye emballagebekendtgørelse, som foreskriver opkrævning af pant og fastsætter andelen af genbrugsemballager, er forenelige med direktivet og artikel 28 EF. Efter Kommissionens opfattelse indebærer disse bestemmelser en ugunstig behandling af produkter, der har oprindelse langt fra salgsstederne, og som ikke lovligt kan aftappes noget andet sted. Som eksempel har Kommissionen nævnt mineralvand, der er omfattet af direktiv 80/777, og som skal påfyldes ved kilden. Kommissionen opfordrede den tyske regering til at fremsætte forslag til en mere fleksibel indretning af ordningen.

I maj 1996 besvarede Forbundsrepublikken Tyskland åbningsskrivelsen med det argument, at der ved direktiv 94/62 var gennem-

I april 1999 gjorde Forbundsrepublikken Tyskland i sin besvarelse gældende, at

emballagebekendtgørelsens § 9 ikke udgør en kvantitativ restriktion eller en foranstaltning med tilsvarende virkning, og at den, såfremt dette var tilfældet, ville være berettiget. Med hensyn til mineralvand anførte Forbundsrepublikken Tyskland, at ifølge en undersøgelse, som Forbundsministeriet for Miljø offentliggjorde i november 1998, er det ved afstande på op til 750 km mellem påfyldningssted og salgssted bedre for miljøet at anvende genbrugsemballage end engangsemballage.

12. Efter at have undersøgt disse forklaringer afgav Kommissionen i juli 2000 en begrundet udtalelse, hvori den anførte, at den anså det for bevist, at der forelå traktatbrud. Kommissionen kritiserede nærmere bestemt Forbundsrepublikken Tyskland for at lade § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, i den omtvistede bekendtgørelse finde anvendelse på producenter af naturligt mineralvand, som skal påfyldes ved kilden. Disse bestemmelser indebærer efter Kommissionens opfattelse en handelshindring for disse produkter, idet de pålægger virksomhederne en tung byrde, nemlig at transportere de tomme genbrugsemballager over store afstande, hvilket navnlig er til skade for de virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater. Desuden indeholder artikel 5 i direktiv 94/62 ikke hjemmel for disse bestemmelser, idet de går videre end nødvendigt for at nå det tilsigtede mål og savner fleksibilitet.

I november samme år gav Forbundsrepublikken Tyskland udtryk for sin uenighed

med Kommissionen og forklarede, hvilke muligheder udenlandske producenter af mineralvand har for at sælge deres produkter i Tyskland. Forbundsrepublikken Tyskland tilføjede, at fremme af anvendelsen af genbrugsflasker var i overensstemmelse med artikel 5 i direktiv 94/62, og at der heller ikke var tale om en overtrædelse af artikel 28 EF, eftersom indenlandske og udenlandske produkter blev behandlet ens. Forbundsrepublikken Tyskland henviste til en miljøstatusrapport, som var blevet færdiggjort i august 2000, og hvoraf det fremgik, at der selv ved transport over lange strækninger var fordele forbundet med genbrugsemballager i forhold til engangsemballager. Forbundsrepublikken Tyskland tilføjede, at det var hensigten at ændre emballagebekendtgørelsens § 8 og 9 på baggrund af de opnåede resultater.

13. Kommissionen fandt ikke disse forklaringer overbevisende og besluttede at anlægge sag ved Domstolen med påstand om, at det fastslås, at der foreligger traktatbrud.

IV — Retsforhandlinger ved Domstolen

14. Stævningen blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 3. december 2001 og svarskriftet den 14. februar 2002. Begge processkrifter blev suppleret med en replik og en duplik.

15. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 29. maj 2002 har Den Franske Republik og Det Forenede Kongerige fået tilladelse til at intervenere i sagen. Efter at have gennemgået de tilsendte dokumenter vedrørende sagen gav Det Forenede Kongerige afkald på at afgive indlæg.

16. I retsmødet, som fandt sted den 2. marts 2004, blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af de befuldmægtigede for Kommissionen, den franske regering og den tyske regering.

V — Undersøgelse af søgsmålet

A — Formaliteten

17. Den tyske regering har ikke formelt rejst formalitetsindsigelse, men har i duplikkens punkt 5-7 gjort gældende, at traktatbrudspåstanden ikke kan tages til følge, eftersom sagsgenstanden er blevet ændret i stævningen⁷. Den tyske regering har anført, at Kommissionen ganske vist fremførte en række forskellige klagepunkter vedrørende emballagebekendtgørelsen i åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse, men den nævnte ikke det pres, som den tyske genbrugsandelsordning lægger på de udenlandske producenter af mineralvand. Den

tyske regering har således ikke fået mulighed for at fremsætte bemærkninger vedrørende dette klagepunkt, ligesom den ikke har haft lejlighed til at undersøge og drøfte mulighederne for at undgå retssagen⁸, f.eks. ved ikke at medtage de udenlandske producenter af mineralvand ved beregningen af de andele, der er fastsat i emballagebekendtgørelsens § 9, stk. 2.

18. Det står fast, at en forskriftsmæssig administrativ procedure udgør en i traktaten påbudt væsentlig garanti, ikke blot med henblik på at beskytte medlemsstatens ret-tigheder, men også med henblik på at sikre, at en eventuel efterfølgende retssag har en klart afgrænset tvist som genstand⁹. I henhold til Domstolens praksis skal den pågældende medlemsstat gives lejlighed til at begrunde sin stillingtagen og i givet fald bringe sine regler i overensstemmelse med fællesskabsretsordenens krav på frivilligt grundlag. I tilfælde, hvor bestræbelserne på at slutte sagen i mindelighed ikke krones med held, anmodes medlemsstaten om at efterkomme sine forpligtelser, som er angivet i den begrundede udtalelse, der afslutter den administrative procedure i henhold til artikel 226 EF, inden for den i udtalelsen fastsatte frist¹⁰.

⁷ — Faktisk henviser Kommissionen i replikkens punkt 3 udtrykkeligt til det »pres«, de tyske bestemmelser lægger på producenterne af mineralvand for at få dem til at anvende genbrugsemballager.

⁸ — Efter afslutningen af den skriftlige forhandling anmodede Domstolen Kommissionen om at tage stilling til de indsigelser, Forbundsrepublikken Tyskland havde rejst vedrørende dette punkt, hvilket Kommissionen gjorde i et dokument indgæet til Domstolens Justitskontor den 16.1.2004.

⁹ — Kendelse af 11.7.1995, sag C-266/94, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1975, præmis 17, og dom af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, præmis 15.

¹⁰ — Dom af 31.1.1984, sag 74/82, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 317, præmis 13, og af 18.3.1986, sag 85/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1149, præmis 11.

19. Efter at have gennemgået de dokumenter, parterne har udvekslet under den administrative procedure, må jeg imidlertid erklære mig uenig i den tyske regerings vurdering.

udtalelse, kan dette krav ikke indebære, at der under alle omstændigheder skal være fuldstændigt sammenfald i deres formulering, når sagsgenstanden ikke er blevet udvidet eller ændret¹².

20. Både i den første åbningsskrivelse, der var støttet på tilsidesættelsen af traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser, og i den supplerende åbningsskrivelse, der blev fremsendt efter vedtagelsen af direktiv 94/62, kritiserede Kommissionen — under udtrykkelig henvisning til mineralvand, der skal påfyldes ved kilden — nemlig utvetydigt fastsættelsen af en mindsteandel for genbrugsemballage til drikkevarer.

21. I den begrundede udtalelse, hvori genstanden for traktatbrudssagen er fastlagt¹¹, begrænsede Kommissionen sine klagepunkter til kun at omfatte anvendelsen af de omtvistede bestemmelser, nemlig emballagebekendtgørelsens § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, på markedsføringen af mineralvand, og ikke markedsføringen af alle øvrige drikkevarer, som var nævnt i de tidligere dokumenter. Domstolen har fastslået, at selv om klagepunkter, der fremgår af stævningen, skal være identiske med dem, der fremgår af åbningsskrivelsen og af den begrundede

22. I den foreliggende sag er grundene til, at de anfægtede bestemmelser udgør en handelshindring, angivet i afsnit IV, punkt 2, litra a), i den begrundede udtalelse: Selv om bestemmelserne anvendes uden forskel på nationale og importerede produkter, pålægges de udenlandske virksomheder en større byrde, idet disse, hvis de beslutter sig for at anvende genbrugsflasker, skal transportere de tomme flasker over lange strækninger med yderligere omkostninger til følge og med fare for, at miljøbelastningen bliver større end ved anvendelse af engangsflasker. Selv om engangsemballage efter de tyske regler kan tegne sig for en vis markedsandel, inden pantoprævningsforpligtelsen for hver flaske indtræder, tilskynder reglerne også til at opretholde samme niveau som i 1991, således at producenter, der er etableret langt fra salgsstedet, i praksis kun kan øge deres markedsandel i Tyskland, hvis andre producenter, der er tættere beliggende på salgsstedet, er villige til at afgive en del af deres markedsandel til dem.

11 — Dom af 17.6.1987, sag 154/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2717, præmis 6, af 19.5.1998, sag C-3/96, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3031, præmis 18, og af 13.12.2001, sag C-1/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 9989, præmis 53.

12 — Dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 25, og af 25.4.2002, sag C-52/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3827, præmis 44.

Denne forklaring illustrerer fint det pres, Kommissionen henviser til i replikken: Formålet med den omtvistede bekendtgørelses § 9, stk. 2, er at anspore producenterne til at anvende genbrugsemballager, idet de ellers risikerer, at den fastsatte andel ikke nås, hvorefter de mister muligheden for at blive fritaget for forpligtelsen til at opkræve pant, tage de brugte emballager retur og tilbagebetale pantet ved at deltage i en samlet ordning for håndtering af emballage og emballageaffald.

24. Hvis den sagsøgte medlemsstat virkelig havde været villig til at undlade at medtage de udenlandske producenter af mineralvand ved beregningen af denne andel, således at de, der anvender engangsflasker, ikke ville behøve at bekymre sig om, at de når som helst kan blive frataget muligheden for at deltage i den nævnte samlede ordning og dermed blive nødt til at påtage sig at organisere opkrævningen af pant, burde den have foreslået det på dette tidspunkt og ikke i duplikken¹³.

25. Endelig er de klagepunkter, som Kommissionen har fremført i stævningen, sammenfaldende med klagepunkterne i den begrundede udtalelse. Jeg er følgelig af den opfattelse, at den sagsøgte medlemsstats ret til kontradiktion ikke er blevet tilsidesat, og at sagen kan antages til realitetsbehandling.

23. De argumenter, som den tyske regering påberåbte sig til støtte for de omtvistede bestemmelser i besvarelsen af den begrundede udtalelse, viser, at den havde forstået Kommissionens klagepunkter korrekt, navnlig klagepunkterne vedrørende de negative virkninger, som den obligatoriske mindsteandel af genbrugsemballager har for virksomheder i andre medlemsstater, som aftapper og markedsfører mineralvand. Den tyske regering redegjorde således nøje for sådanne virksomheders muligheder for at sælge deres drikkevarer i Tyskland: De kan anvende genbrugsemballager ved at deltage i puljeordningen for standardflasker, og de kan anvende engangsemballager med opkrævning af pant eller endda engangsflasker uden opkrævning af pant, hvis de deltager i en samlet håndteringsordning, idet sidstnævnte mulighed dog bortfalder, når den krævede andel af genbrugsflasker ikke nås på det nationale marked.

26. Under retsmødet gjorde den befuldmægtigede for den tyske regering endvidere gældende, at Kommissionen ikke længere havde interesse i sagen, idet der den 1. januar 2003 blev indført en generel forpligtelse til at opkræve pant, hvorved det påståede pres på importørerne er ophørt.

27. Også denne vurdering er jeg uenig i. Jeg skal ikke her undersøge, om de tyske bestemmelser kan virke som pression for at

¹³ — Dette fastholdt den befuldmægtigede for den tyske regering under retsmødet.

få importørerne af mineralvand til at vælge en bestemt adfærd — dette skal jeg komme ind på under behandlingen af sagens realitet — men jeg skal minde om, at Kommissionen ved udøvelsen af sine beføjelser i henhold til artikel 211 EF og 226 EF ikke skal påvise, at den har en særlig interesse i søgsmålet, da den i Fællesskabets almindelige interesse af egen drift skal påse, at medlemsstaterne overholder EF-traktaten, og drage omsorg for, at det bliver fastslået, at eventuelle tilsidesættelser foreligger¹⁴, og at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, skal vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse¹⁵, således at der selv i tilfælde, hvor traktatbruddet er ophørt efter udløbet af denne frist, er knyttet interesse til sagens forfølgning, med henblik på at fastslå grundlaget for det ansvar, en medlemsstat har pådraget sig over for personer, hvis rettigheder er blevet berørt¹⁶.

B — Realiteten

28. Kommissionen har gjort gældende, at de omtvistede tyske bestemmelser i emballage-

bekendtgørelses § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, er uforenelige med artikel 5 i direktiv 94/62 og artikel 28 EF, for så vidt som de indvirker på markedsføringen af naturligt mineralvand fra andre medlemsstater, der er påfyldt ved kilden¹⁷, idet de udgør en handelshindring, som ikke er begrundet i miljøbeskyttelseshensyn. Den franske regering deler denne opfattelse.

29. Den tyske regering har i en udførlig argumentation til støtte for sine standpunkter gjort gældende, at søgsmålet er ugrundet af følgende tre grunde: 1) §§ 8 og 9 er baseret på direktiv 94/62, som indeholder udtømmende bestemmelser vedrørende anvendelse og fremme af genbrugsemballager, og de skal derfor ikke bedømmes på grundlag af artikel 28 EF; 2) de nævnte bestemmelser hindrer ikke de frie varebevægelser, idet der blot foreligger en bestemt form for salg, uden at hverken producenter eller forhandlere herved tvinges til at anvende genpåfyldelige flasker; og 3) de pågældende bestemmelser er nødvendige og egnede til at sikre miljøbeskyttelsen i Tyskland.

14 — Dom af 4.4.1974, sag 167/73, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 359, præmis 15, af 11.8.1995, sag C-431/92, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2189, præmis 21, dommen af 9.11.1999 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 59, og dom af 25.4.2002, forenede sager C-418/00 og C-419/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3969, præmis 29.

15 — Dom af 17.1.2002, sag C-394/00, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 581, præmis 12.

16 — Dommen af 17.6.1987 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 6.

17 — I den verserende sag Radlberger m.fl. (sag C-309/02) har en tysk ret forelagt fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 94/62, nærmere bestemt artikel 1, stk. 2, og artikel 7 og 18, samt af artikel 28 EF, idet det ønskes oplyst, om disse bestemmelser er til hinder for visse bestemmelser i emballagebekendtgørelsen vedrørende de emballager, der anvendes ved markedsføringen af ikke blot mineralvand, men så godt som alle læskedrikke og vine.

Disse tre grunde skal undersøges i samme rækkefølge, som de er angivet af den sagsøgte medlemsstat.

1) Omfanget af den harmonisering, der er gennemført ved direktiv 94/62, og anvendeligheden af artikel 28 EF i den foreliggende sag

30. Efter den tyske regerings opfattelse omfatter bestemmelsen i artikel 5 i direktiv 94/62 om, at medlemsstaterne kan fremme genbrugssystemer for emballage, muligheden for at opkræve pant på både genbrugs- og engangsemballager. Den tyske regering mener, at direktiv 94/62 indeholder en udtømmende regulering af denne sektor, og når de nationale bestemmelser undersøges i lyset af fællesskabsbestemmelserne, finder artikel 28 EF således kun subsidiært anvendelse, såfremt der ikke er opnået den nødvendige overensstemmelse mellem de nationale bestemmelser og fællesskabsbestemmelserne. Den Europæiske Union har udtrykkeligt tilladt, at anvendelsen af genbrugsemballager fremmes, og artikel 5 i direktiv 94/62 ville blive berøvet sin effektive virkning, hvis anvendelsen af genbrugsemballager og tilbageleveringen af disse til produktionsstedet kunne skade de frie varebevægelser, således som Kommissionen anfører.

31. Det forhold, at en medlemsstat organiserer indsamlingen af emballageaffald og tomme emballager ved hjælp af en pant-, tilbagetagelses- og genanvendelsesordning,

som pålægger producenter og forhandlere visse byrder, giver efter min opfattelse ikke i sig selv anledning til spørgsmål vedrørende foreneligheden med fællesskabsretten¹⁸, idet en sådan ordning er omhandlet i artikel 7 i direktiv 94/62, som medlemsstaterne har skullet gennemføre i deres retsordener. Ordningen omfatter både genbrugs- og engangsemballager. Følgelig må den sagsøgte medlemsstat gives delvis medhold på dette punkt.

32. I mit forslag til afgørelse i sag C-246/99, Kommissionen mod Danmark¹⁹, som vedrørte nationale bestemmelser, der forbød import af øl og kulsyreholdige læskedrikke i dåser, fik jeg lejlighed til at udtale mig om omfanget af den harmonisering på området, der er gennemført ved direktiv 94/62. I den pågældende sag opfyldte emballagerne alle de væsentlige krav, der er fastsat i bilag II til direktivet, og forbuddet var derfor klart i strid med direktivets artikel 18, der indeholder en bestemmelse om fri markedsføring af sådanne emballager i alle medlemsstaterne. Jeg fastslog, at der med direktivets vedtagelse var gennemført en harmonisering af de nationale foranstaltninger om håndtering af emballage og emballageaffald. I sådanne tilfælde følger det af retspraksis, at såfremt de nationale bestemmelser er i overensstemmelse med direktivet, kan der ikke derudover foretages en efterprøvelse af

18 — Det skal undersøges, om ordningen ikke indebærer en opdeling af markedet og ikke særligt rammer produkter fra andre medlemsstater.

19 — Fremsat den 13.9.2001, Sml. 2002 I, s. 6943, jf. punkt 18-41. Sagen blev efterfølgende ophævet.

deres forenelighed med bestemmelserne i den primære ret om de frie varebevægelser²⁰.

33. Jeg er dog ikke enig i det af den tyske regering fremførte argument om, at genstanden for harmoniseringen er anvendelse og fremme af genbrugsemballager. Artikel 5 i direktiv 94/62 — der bestemmer, at medlemsstaterne kan fremme genbrugssystemer, såfremt dette sker i overensstemmelse med traktaten — er en ikke særlig præcis bestemmelse, der ved sin affattelse ikke giver nogen vejledning i, hvordan og i hvilken retning de nationale myndigheder er beføjede til at handle. Genbrug, eller med andre ord muligheden for at genpåfylde emballagen og anvende den til samme formål, som den er udformet til, er defineret i artikel 3, nr. 5, men denne bestemmelse bidrager ikke til en afklaring af spørgsmålet, og i modsætning til, hvad den tyske regering har gjort gældende, kan det således ikke fastslås, at direktivet har harmoniseret fremme af anvendelsen af genpåfyldelige emballager.

34. Det følger heraf, at der ved bedømmelsen af disse foranstaltninger må henvises til den primære ret i sin helhed og ikke blot til de principper, der gælder for de frie varebevægelser. Når de offentlige myndigheder f.eks. yder tilskud eller støtte med henblik på at tilskynde til forskning og øgede investeringer i ombygning eller forbedring af aftap-

ningsanlæg, til fremstilling af genpåfyldelige emballager eller til iværksættelse af tiltag, der fremmer genbrug, og når de vedtager økonomiske, finansielle eller skattemæssige foranstaltninger, skal de således overholde statsstøttere reglerne og konkurrencereglerne, ligesom de skal overholde traktatens bestemmelser på skatteområdet.

Hvis noget tyder på, at beslutninger, der er truffet af en medlemsstat for at fremme genbrugssystemer, udgør en hindring for de frie varebevægelser, selv om de ikke går så vidt som til at forbyde import, skal de undersøges i lyset af artikel 28 EF og 30 EF. Det er ganske vist åbenbart, at medlemsstaterne i henhold til artikel 18 i direktiv 94/62 ikke må forhindre markedsføring af emballage, der opfylder de væsentlige krav, der er fastsat i bilag II, og som har været genstand for harmonisering, men der findes mere subtile former for statslige foranstaltninger, der kan føre til det samme resultat.

35. Til støtte for argumentet om, at artikel 28 EF ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, henviser den tyske regering endvidere til Domstolens dom i DaimlerChrysler-sagen²¹, hvori det i præmis 44 fastslås, at anvendelsen af udtrykket »i overensstemmelse med trak-

20 — Dom af 23.5.1996, sag C-5/94, Hedley Lomas, Sml. I, s. 2553, præmis 18, og af 12.11.1998, sag C-102/96, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6871, præmis 21 og 22.

21 — Dom af 13.12.2001, sag C-324/99, Sml. I, s. 9897.

taten« i artikel 4, stk. 3, litra a), nr. i), i forordning (EØF) nr. 259/93²² ikke skal fortolkes således, at det skal efterprøves, om en national foranstaltning, som opfylder betingelserne i denne bestemmelse, er forenelig med den primære rets bestemmelser om de frie varebevægelser.

et område, hvor der er foretaget en udtømmende harmonisering på fællesskabsplan, skal bedømmes på grundlag af de pågældende harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af den primære fællesskabsret²⁴, men de beføjelser, der er tildelt medlemsstaterne ved artikel 14, stk. 1, i direktiv 97/7/EF²⁵, skal dog udøves under overholdelse af traktaten, således som det udtrykkeligt er angivet i bestemmelsen²⁶.

36. Der er efter min mening flere grunde til, at denne argumentation næppe vil kunne godtages. For det første bemærkede Domstolen yderligere i dommens næste præmis som en tilføjelse til denne bedømmelse, at det nævnte udtryk heller ikke ses at kunne indeholde en formodning for, at alle de i artikel 4, stk. 3, litra a), nr. i), i forordning nr. 259/93 omhandlede nationale foranstaltninger, som begrænser overførsler af affald, systematisk vil være i overensstemmelse med fællesskabsretten, blot fordi de har til formål at gennemføre et eller flere af de principper, der er nævnt i denne bestemmelse. Derimod skal de pågældende nationale foranstaltninger, ud over at være i overensstemmelse med forordningen, også være i overensstemmelse med de regler eller almindelige grundsætninger i traktaten, som ikke er direkte omhandlet i bestemmelserne på området for overførsler af affald. Den samme bedømmelse fremgår af dommen i sagen *Deutscher Apothekerverband*²³, hvori det i præmis 64 fastslås, at enhver national foranstaltning på

37. For det andet var den i *DaimlerChrysler*-sagen omhandlede fællesskabsretsakt en almenyldig retsakt, der er bindende i alle enkeltheder og finder umiddelbar anvendelse på Unionens område, og som derudover pr. definition er mere konkret end et direktiv, hvis bestemmelser medlemsstaterne skal gennemføre i deres respektive nationale retsordener. Som den tyske regering har anført, er henvisningen til traktaten ganske vist formuleret på samme måde i forordning nr. 259/93 og i direktiv 94/62, men indholdsmæssigt er der imidlertid stor forskel på forordningens artikel 4, stk. 3, litra a), nr. i), og direktivets artikel 5: I førstnævnte bestemmelse nævnes de principper, medlemsstaterne skal følge, og de konkrete

22 — Rådets forordning af 12.10.1993 om overvågning af og kontrol med overførsel af affald inden for, til og fra Det Europæiske Fællesskab (EFT L 30, s. 1).

23 — Dom af 11.12.2003, sag C-322/01, Sml. I, s. 14887.

24 — Dom af 12.10.1993, sag C-37/92, *Vanacker og Lesage*, Sml. I, s. 4947, præmis 9, og *DaimlerChrysler*-dommen, præmis 32.

25 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 20.5.1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (EFT L 144, s. 19).

26 — Ifølge denne bestemmelse kan medlemsstaterne inden for det område, der omfattes af direktivet, vedtage eller bevare strengere bestemmelser, der er forenelige med traktaten, for at sikre et højere forbrugerbeskyttelsesniveau.

foranstaltninger, de kan træffe, hvorimod det i sidstnævnte bestemmelse blot angives, at sådanne foranstaltninger skal fremme emballager, der kan genbruges på en miljømæssigt fornuftig måde.

2) De omtvistede bestemmelsers karakter: foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion eller blot en bestemt form for salg

38. Fællesskabslovgiver ser uden tvivl velvilligt på, at de nationale myndigheder træffer foranstaltninger til fremme af genbrugsordninger for emballage, der indirekte fører til affaldsforebyggelse, såfremt disse — uanset om de er af økonomisk, finansiel, skattemæssig eller anden art — ikke forstyrrer det indre markedes funktion.

39. Artikel 5 i direktiv 94/62 er således efter min opfattelse ikke i sig selv tilstrækkelig præcis til, at det kan efterprøves, om bestemmelser, der er vedtaget af medlemsstaterne med henblik på at fremme miljømæssigt fornuftige genbrugssystemer for emballage, er forenelige med fællesskabsretten, og denne manglende præcision kan ikke afhjælpes ved at henvise til andre bestemmelser i samme retsakt. Det er følgende med rette, at Kommissionen har gjort gældende, at når der i denne bestemmelse henvises til traktaten som helhed, indebærer det, at der kan foretages en efterprøvelse af, om disse bestemmelser er i overensstemmelse med reglerne i den primære fællesskabsret om frie varebevægelser.

40. Efter den tyske regerings opfattelse tager emballagebekendtgørelsens §§ 8 og 9 sigte på at gennemføre artikel 5 i direktiv 94/62 i den nationale retsorden, og de kan derfor hverken være i strid med artikel 28 EF eller udgøre en hindring for samhandelen. De beskytter ikke ensidigt statens nationale interesser, men opfylder forpligtelser, der er pålagt i fællesskabets almene interesse. Bekendtgørelsen giver efter den tyske regerings opfattelse drikkevarereproducenterne frihed til at vælge, om de vil sælge deres produkter i den ene eller den anden type emballage; forpligtelsen til at opkræve pant gælder for enhver, der markedsfører mineralvand i engangsflasker i Tyskland, uanset hvor vedkommende er etableret. Udenlandske producenter af mineralvand berøres ikke heraf, idet bestemmelserne kun rammer detailhandlerne og forbrugerne. For forbrugernes vedkommende er byrden den samme, uanset om de køber vand i en genbrugsflaske- eller i en engangsemballage. I begge tilfælde skal de erlægge et depositum, som tilbagebetales, når de returnerer den tomme flaske eller emballage. Den tyske regering har i duplikken fremhævet, at bekendtgørelsens § 8 indeholder den grundlæggende regel om, at der ved salg af drikkevarer i engangsemballage skal opkræves et pant pr. emballage, mens det i § 9 fastsættes, hvornår og under hvilke betingelser pantopkrævningsforpligtelsen finder anvendelse. Den tyske

regering er modsat Kommissionen af den opfattelse, at bekendtgørelsen af, at der fra et bestemt tidspunkt skal opkræves pant, som eventuelt er i strid med fællesskabsretten, ikke kan adskilles fra selve kravet, der i sig selv er foreneligt med fællesskabsretten.

met med henblik på at kunne genbruges mindst et bestemt antal gange, de skal kunne genpåfyldes på en miljømæssigt fornuftig måde, og de skal være i overensstemmelse med de øvrige generelle regler og principper.

Den tyske regering har afvist, at de udenlandske producenter af mineralvand presses til at anvende genbrugsemballager, idet importen steg fra 230 mio. liter i 1994 til mere end 680 mio. liter i 2000. I 2002 opkrævede de allerede pant af hovedparten af engangsemballagerne (ca. 53% af importen) og tog disse retur på frivillig basis. Bekendtgørelsen medfører ikke en indirekte forskelsbehandling, idet den ikke anvendes afhængigt af hverken vandets eller emballagerens oprindelse, og dermed bliver virksomheder fra andre medlemsstater behandlet på samme måde som tyske virksomheder.

41. Den tyske regering har under henvisning til artikel 3, nr. 5, i direktiv 94/62 gjort gældende, at direktivet begunstiger genbrugsemballage på grund af den affaldsforebyggende virkning, som står øverst på prioriteringslisten. Den tyske regering har anført, at artikel 5 ikke giver medlemsstaterne carte blanche til at fremme genbrugssystemer: For at være i overensstemmelse med direktivet skal emballager være udfor-

42. Hvis der foreligger handelshindringer, skyldes disse efter den tyske regerings opfattelse direktiv 80/777, for før dette direktivs vedtagelse var andelen af mineralvand, der blev solgt i genpåfyldelige flasker, ganske stor i medlemsstaterne. Med kravet om påfyldning ved kilden har fællesskabslovgiver accepteret, at vandet transporteres i denne type emballage over store afstande. I praksis er virksomheder, der markedsfører sådanne drikkevarer, vanskeligere stillet end deres konkurrenter i læskedrikkesektoren, uanset i hvilken type emballage de præsenterer deres produkt. Endelig har den tyske regering anført, at emballagebekendtgørelsens §§ 8 og 9 blot indeholder forskrifter om bestemte former for salg og derfor ikke er omfattet af artikel 28 EF.

43. Som den tyske regering har anført, har Domstolen udtalt, at en national bestemmelse, der er vedtaget for at gennemføre et direktiv udstedt af Rådet i Fællesskabets almene interesse²⁷, ikke kan anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion i artikel 28 EF's forstand. Men som Kommissionen med

27 — Dom af 25.1.1977, sag 46/76, Bauhuis, Sml. s. 5, præmis 28 og 29, og af 23.3.2000, sag C-246/98, Berendse-Koenen, Sml. I, s. 1777, præmis 24 og 25.

rette har anført, er betingelsen for, at denne retspraksis finder anvendelse — nemlig at medlemsstaten handler med henblik på at opfylde en forpligtelse i henhold til et direktiv — ikke opfyldt i den foreliggende sag, for som det allerede er fremgået, pålægger direktivets artikel 5 på ingen måde medlemsstaterne nogen forpligtelse, men tildeler dem blot en beføjelse.

45. Ifølge den tyske regering er formålet med disse bestemmelser at fremme anvendelsen af genbrugsemballager. Efter min opfattelse har Kommissionen ret i, at de vanskeliggør markedsføringen i Tyskland af produkter som naturligt mineralvand, der i henhold til direktiv 80/777 skal påfyldes ved kilden. Jeg er heller ikke enig i, at bestemmelserne kun rammer detailhandlerne og forbrugerne.

46. Grundene til, at jeg er af denne opfattelse, er følgende.

44. De omtvistede bestemmelser er følgende: § 8, stk. 1, i emballagebekendtgørelsen fra 1998, i henhold til hvilken forhandlere af drikkevarer i engangsemballager hos deres kunder skal opkræve et pant, der skal tilbagebetales, når de tomme emballager tages retur, og § 9, stk. 2, i henhold til hvilken førstnævnte bestemmelse ikke finder anvendelse, hvis den ansvarlige virksomhed deltager i en samlet håndteringsordning, og andelen af genbrugsemballager i hele landet ikke kommer under 72%. Falder genbrugsandelen til under dette niveau, indtræder pant-, retur- og genanvendelsesforpligtelsen for drikkevarer, for hvilke genbrugsandelen ligger under den i 1991 konstaterede genbrugsandel; det fremgår af stævningen, at denne andel for mineralvands vedkommende var 91,33%. Denne trinvis regulering blev tilsyneladende accepteret af de berørte erhvervsdrivende, der har forpligtet sig til ikke at lade andelen af ikke-forurenende genbrugsemballager til drikkevarer falde til under den på dette tidspunkt nåede andel.

47. For det første forpligter artikel 7 i direktiv 94/62 medlemsstaterne til at træffe de nødvendige foranstaltninger til, at der indføres ordninger til sikring af tilbagetagelse og/eller indsamling af brugt emballage og emballageaffald, og det præciseres, at disse ordninger skal være åbne for deltagelse af de berørte erhvervsdrivende. I medfør af denne bestemmelse kan de nationale myndigheder vælge mellem at lade tomme engangsflasker til drikkevarer underkaste en pant-, retur- og genanvendelsesforpligtelse eller tillade, at de gennem en geografisk dækkende håndteringsordning afhentes hos forbrugeren eller nær ved forhandlerens forretningssted. Når et land lader den anden mulighed fortsætte beståen være betinget af, at den samlede mængde af genbrugsflasker på det nationale marked ikke falder til under en bestemt andel, kan det uden tvivl skabe retsusikker-

hed hos de erhvervsdrivende, der markedsfører deres produkter i engangsemballager, for selv når tallet ligger over den fastsatte tærskel, må virksomhederne år efter år frygte, at andelen ikke nås, og at de, såfremt andelen fra 1991 heller ikke nås i den pågældende sektor, inden for en kort frist skal tilrettelægge opkrævningen af pant i alle omsætningsled.

terne, når andelen er nået over 72%, igen anvender engangsemballager med den sandsynlige konsekvens, at genbrugsandelen på ny falder. Den beslutning, virksomhederne træffer hvad angår emballagetype, er efter min opfattelse så vigtig, at der ikke gennem bestemmelser af denne art bør skabes en høj grad af usikkerhed om, hvorvidt den kan opretholdes, hvis de vælger at gå ind på det tyske marked.

Der er tale om bestemmelser, der dels skaber uvished hos de erhvervsdrivende, som har valgt at deltage i en samlet ordning for håndtering af emballage og emballageaffald, idet de ikke ved, hvor længe de kan arbejde videre under de samme betingelser, dels ansporer dem til at fravælge denne mere praktiske ordning og i stedet opkræve pant på engangsemballager eller anvende genbrugsemballager for at undgå denne usikre situation. Hertil kommer den afskrækkende virkning, som disse bestemmelser kan have på virksomheder, der overvejer at lancere deres mineralvand i Tyskland.

49. For det andet stiller artikel 7 i direktiv 94/62 tilbagetagelses- og indsamlingssystemer og genbrugs- og genanvendelsessystemer, herunder genvinding på lige fod, når blot de fastsatte mål opfyldes. Der er således ingen grund til, at man med henblik på at fremme ét system midlertidigt forhindrer de erhvervsdrivende i at deltage i et andet system, fordi den fastsatte andel ikke er nået.

48. Det må ganske vist tilføjes, at de virksomheder, der fratages muligheden for at benytte den i emballagebekendtgørelsens § 9, stk. 1, omhandlede fremgangsmåde, når andelen af genbrugsemballager falder til under det fastsatte minimumsniveau, kan genvinde denne mulighed, hvis anvendelsen af genpåfyldelige emballager stiger igen. Hvis formålet med de omhandlede bestemmelser er at fremme anvendelsen af genbrugsflasker, er der ingen mening i at tillade, at producen-

50. For det tredje rammer de omtvistede tyske bestemmelser navnlig udenlandske erhvervsdrivende, selv om de gælder uden forskel for indenlandske og udenlandske erhvervsdrivende. Hvad angår naturligt mineralvand, der i henhold til direktiv 80/777 skal påfyldes ved kilden, vil virksomheder, der ønsker at eksportere en del af deres produktion, være tilbøjelige til at anvende engangsemballage på grund af de lavere omkostninger: Hvis genbrugsflaskerne

er af glas, er de tungere, hvilket medfører et højere brændstofforbrug og en større vægt at transportere; ved anvendelse af engangsflasker slipper man desuden for at skulle transportere flaskerne tilbage, hvorved omkostningerne halveres, idet køretøjets kapacitet på tilbagevejen kan udnyttes til transport af andre varer; endelig spares der også udgifter til vask og sterilisering. At det forholder sig således, bevises af, at mineralvandsproducenterne i andre medlemsstater i praksis anvender plasticemballage i langt større omfang end de tyske producenter. Kommissionen har herved henvist til en undersøgelse foretaget af Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung fra juni 2001, hvoraf det skulle fremgå, at de tyske producenter af naturligt mineralvand i 1999 anvendte genpåfyldelige emballager til 90% af deres produktion og engangsflasker til de resterende 10%, mens sidstnævnte type emballage tegnede sig for 71% af eksporten til Tyskland.

51. Efter min opfattelse er der endnu et vigtigt argument her: Når udenlandsk mineralvand skal markedsføres i Tyskland, skal det som regel transporteres over større afstande end mineralvand fra nationale kilder. Dette gælder naturligvis ikke vand fra kilder i andre medlemsstater, der ligger tæt ved grænsen til Tyskland; nogle af de tyske producenter må også tilbagelægge

mange kilometer for at nå alle distributionsstederne, men hvis de anvender standardflasker, kan de undgå at skulle sende de tomme emballager tilbage over lange strækninger ved at deltage i en genbrugsordning. Det forekommer mig ikke realistisk at bede de udenlandske virksomheder om at afstå fra at anvende de emballager, de bruger i de øvrige lande, og gå over til emballager, der er godkendt til tyske virksomheder, især fordi emballagerne i nogle tilfælde har særpræg, og den grafiske gengivelse heraf er registreret som varemærke²⁸.

52. Kommissionen har ikke som anført af Forbundsrepublikken Tyskland kritiseret beslutningen om, at der skal opkræves pant på engangsemballager; dette er en lovgivningsmæssig valgmulighed, der som allerede nævnt er hjemlet ved artikel 7 i direktiv 94/62. Kommissionen kritiserer i virkeligheden de betingelser vedrørende vilkårligt fastsatte andele, der er knyttet til markedsføringen af drikkevarer i Tyskland; det afhænger i sidste instans af forbrugernes præferencer; om disse andele nås, og de erhvervsdrivende kan ikke påvirke disse andele på anden måde end ved at opgive at

28 — Jf. Domstolens dom af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel, Sml. I, s. 1725. Den 28.1.2004 afsagde Retten i Første Instans dom i de forenede sager T-146/02 — T-153/02, Deutsche SiSi-Werke mod KHM (Sml. II, s. 447), som vedrørte en nægtelse af at registrere formen på en drikkevarers emballage, nemlig en stående pose, som et tredimensionalt varemærke.

anvende engangsemballager og gå over til genbrugsemballager. Efter min opfattelse er det ikke afgørende, at importen af mineralvand fra andre medlemsstater steg i perioden fra 1994 til 2000, for havde man ikke haft disse bestemmelser, ville stigningen måske have været større.

produkter og teknologier. I artikel 3, nr. 5, beskrives genbrug som enhver bortskaffelsesform, hvor emballage, som er udformet med henblik på i sin levetid at kunne genbruges mindst et bestemt antal gange, genpåfyldes til samme formål, som den er udformet til, med eller uden støtte af hjælpeprodukter, og som derefter bliver til emballageaffald.

53. Jeg deler ikke sagsøgtens opfattelse hvad angår den ved direktiv 94/62 indførte prioritering mellem de forskellige emballagetyper. I artikel 1, stk. 2, gives forebyggelse af produktion af affald førsteprioritet, og genbrug, genvinding og de andre former for genanvendelse, der derefter nævnes, sidestilles. Ganske vist anføres det i ottende betragtning til direktiv 94/62, at der hurtigst muligt bør fuldføres livscyklusanalyser med henblik på at begrunde en klar prioriteringsrækkefølge mellem genbrugsemballage, genvindelig og genanvendelig emballage, men i praksis har de undersøgelser, der er gennemført i nogle lande, tilsyneladende endnu ikke givet noget endeligt resultat.

55. Den grundlæggende regel for forebyggelse findes i bilag II, punkt 1, i direktiv 94/62, hvor kravene til emballagens fremstilling og sammensætning er opstillet: Emballage skal fremstilles på en sådan måde, at både dens rumfang og vægt mindskes til det minimum, der behøves til at bevare det for det emballerede produkt og for forbrugerens nødvendige sikkerheds-, hygiejne- og acceptniveau. Forebyggelse er altså rettet mod emballagens udformning og fremstilling med henblik på at reducere og forebygge affaldsproduktion helt fra starten. Som det ses, er der tale om foranstaltninger, der finder anvendelse på både genbrugsemballage og genvindelig emballage.

54. Begreberne forebyggelse og genbrug, der er defineret i artikel 3 i direktiv 94/62, kan heller ikke som hævdet af den tyske regering ligestilles. I henhold til artikel 3, nr. 4, forstås ved forebyggelse både reduktion af mængden og miljøskadeligheden af materialer og stoffer i emballage og emballageaffald og reduktion af emballage på produktions-, markedsførings-, distributions- og bortskaffelsesstadiet, navnlig gennem udvikling af renere

56. Jeg er også uenig med den sagsøgte regering i, at eventuelle handelshindringer

skyldes direktiv 80/777, der forbyder transport af naturligt mineralvand i andre flasker end dem, der er tilladt til levering til den endelige forbruger. For det første regulerer direktivets bestemmelser udvindingen og markedsføringen af produkter bestemt til menneskeligt konsum, og da det er folkesundheden, der står på spil, lægges der særlig vægt på beskyttelsen af produkterne mod risikoen for forurening. For det andet beskytter direktivet forbrugernes rettigheder, idet det med påfyldningen ved kilden og en passende lukkeanordning sikres, at vandet bevarer de egenskaber, som har bevirket, at det er blevet anerkendt som mineralvand. Desuden blev direktivet netop vedtaget for at fjerne hindringerne for handelen med mineralvand og lette det fælles markeds funktion. Det er rigtigt, at det med direktivet accepteres, at mineralvand transporteres over lange strækninger, men der tages ikke stilling til, hvilken type emballage der bør foretrækkes, og det antydes heller ikke, at genbrugsemballage skulle være bedre end genvindelig emballage.

og Mithouard-dommen²⁹ sondrede Domstolen mellem bestemmelser vedrørende varens egenskaber og bestemmelser vedrørende bestemte former for salg og fastslog på grundlag heraf, hvilke bestemmelser der — selv om de anvendes uden forskel på indenlandske og udenlandske varer — fører til sådanne hindringer, at der er tale om foranstaltninger med tilsvarende virkning, der er forbudt i henhold til artikel 28 EF.

I denne dom fastslog Domstolen, at der ved sådanne foranstaltninger forstås hindringer for de frie varebevægelser, der i mangel af en harmonisering af lovgivningerne³⁰ følger af, at der på varer fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, anvendes regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde, og det uanset om de pågældende regler anvendes uden forskel på alle varer, når en sådan anvendelse ikke kan begrundes ud fra et alment hensyn, der går forud for hensynene til de frie varebevægelser³¹.

57. Jeg er heller ikke enig i, at § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, i den omhandlede tyske bekendtgørelse blot udgør en bestemt form for salg, selv om de uden forskel finder anvendelse på naturligt mineralvand, der er aftappet i Tyskland, og importeret mineralvand. I Keck

29 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097. Jf. M. López Escudero, »La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard«, i *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, D-28, s. 47-94.

30 — Den sagsøgte regerings anbringende herom er om ikke andet så i hvert fald inkonsekvent, idet et af de vigtigste argumenter, den har anført til sit forsvar, er, at der ved direktiv 94/62 er gennemført en fuldstændig harmonisering inden for området anvendelse og fremme af genbrugsemballager.

31 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, Sml. s. 649, »Cassis de Dijon«, og Keck og Mithouard-dommen, præmis 15.

58. Herefter udtalte Domstolen, at i modsætning til, hvad den hidtil havde antaget, kan nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne som nævnt i Dassonville-dommen³², forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.

59. Domstolen tilføjede, at når disse betingelser er opfyldt, kan sådanne bestemmelser ikke antages at forhindre, at varer fra andre medlemsstater får adgang til markedet, eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer. Sådanne bestemmelser falder derfor uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

60. Efter afsigelsen af denne dom skal der ved afgørelsen af, om artikel 28 EF finder anvendelse på bestemmelser, der anvendes uden forskel på indenlandske og importerede varer, sondres mellem bestemmelser om, hvilke betingelser varerne skal opfylde, f.eks. med hensyn til benævnelse, form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsenta-

tion, mærkning og emballage, og bestemmelser, der regulerer deres salgsformer.

61. Siden Domstolen i 1993 afsagde dommen i Keck og Mithouard-sagen³³, der vedrørte det i Frankrig gældende forbud mod videresalg med tab, har den bl.a. anset følgende for bestemmelser vedrørende en bestemt form for salg: en fagetisk regel udstedt af en fagorganisation i en medlemsstat, hvorefter det forbydes apotekerne at reklamere uden for apoteket for varer, der sædvanligvis forhandles på et apotek, og som de har tilladelse til at udbyde til salg³⁴, bestemmelser om, at butikker højst må holdes åbne et bestemt antal timer og skal være lukkede i bestemte perioder³⁵, bestemmelser, hvorefter detailforretninger ikke må holde åbent om søndagen³⁶, en ordning, hvorefter forarbejdet mælk til spædbørn kun må sælges af apoteker³⁷, et forhandlings-system, hvorefter salg en detail af tobaksvarer er forbeholdt udsalg, der er godkendt af det offentlige³⁸, en bestemmelse om forbud mod fjernsynsudsendelse af reklameindslag for distributionssektoren³⁹, et forbud mod salg med usædvanligt lille avance⁴⁰, et fuldstændigt forbud mod reklamer, der henvender sig

33 — Nævnt ovenfor.

34 — Dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787.

35 — Dom af 2.6.1994, forenede sager C-401/92 og C-402/92, Tankstation 't Heukske og Boermans, Sml. I, s. 2199.

36 — Dom af 2.6.1994, forenede sager C-69/93 og C-258/93, Punto Casa og PPV, Sml. I, s. 2355.

37 — Dom af 29.6.1995, sag C-391/92, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1621.

38 — Dom af 14.12.1995, sag C-387/93, Banchemo, Sml. I, s. 4663.

39 — Dom af 9.2.1995, sag C-412/93, Leclerc-Siplec, Sml. I, s. 179.

40 — Dom af 11.8.1995, sag C-63/94, Belgapom, Sml. I, s. 2467.

32 — Dom af 11.7.1974, sag 8/74, Sml. s. 837.

til børn under 12 år, og mod vildledende reklame⁴¹, et forbud mod, at producenter og importører af alkoholholdige drikkevarer udsender reklamemeddelelser rettet mod forbrugerne⁴², og bestemmelser, hvorefter salg af levnedsmidler ved omførsel i et givet forvaltningsområde kun må foretages af handlende, der også driver næring fra et fast forretningssted, hvor de udbyder de samme varer til salg⁴³.

62. I lyset af disse eksempler kan det vanskeligt hævdes, at de tyske bestemmelser blot regulerer en bestemt form for salg, idet det pres, de lægger på producenterne, er direkte relateret til den type emballage, hvori varen markedsføres, og de pågældende bestemmelser hører derfor til de foranstaltninger, der vedrører varernes egenskaber.

63. Af de anførte grunde mener jeg, at Kommissionen har ret i, at bestemmelserne i emballagebekendtgørelsens § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, der er forbudt i henhold til artikel 28 EF.

3) Hensynet til beskyttelsen af miljøet i Tyskland som begrundelse for den omtvistede lovgivning

64. Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at emballagebekendtgørelsens §§ 8 og 9 er begrundet i tvingende almene hensyn, idet de forfølger tre miljøpolitiske mål, nemlig affaldsforebyggelse, bedre affaldshåndtering og bevarelse af landskabet ved at forebygge ukontrolleret henkastning af affald. Den tyske regering har anført, at de omhandlede bestemmelser ikke kun bygger på resultaterne af miljøstatusrapporter, og at deres virkning derfor ikke kan måles alene ud fra den strækning, der skal tilbagelægges, når de tomme genbrugsflasker skal transporteres tilbage til oprindelseslandet. De nævnte mål nås takket være en høj returprocent uanset transportens længde og emballagens indenlandske eller udenlandske oprindelse. Ingen anden statslig foranstaltning kan lige så effektivt som de handlendes opkrævning af pant på engangsemballager føre til dette resultat. Efter den tyske regerings opfattelse ville den tyske ordning ikke kunne fungere, hvis mineralvandsemballage fra andre medlemsstater var fritaget for pant, idet dette ville føre til en konkurrence ordrejning mellem de virksomheder, der markedsfører deres produkt i engangsemballager. Den tyske regering har tilføjet, at de nævnte bestemmelser er i overensstemmelse med fællesskabsretten, herunder særligt med de i artikel 174, stk. 2, EF opstillede principper om forsigtighed og forebyggende indsats, der giver

41 — Dom af 9.7.1997, forenede sager C-34/95 — C-36/95, De Agostini og TV-Shop, Sml. I, s. 3843.

42 — Dom af 8.3.2001, sag C-405/98, Gourmet International Products, Sml. I, s. 1795.

43 — Dom af 13.1.2000, sag C-254/98, TK-Heimdienst, Sml. I, s. 151.

medlemsstaterne en vis skønsfrihed til at prioritere de miljøpolitiske hensyn⁴⁴.

land falder til under 72%, mister muligheden for — ved at deltage i en ordning for håndtering af emballage og emballageaffald — at blive fritaget for at skulle opkræve et pant pr. emballage, hvis genbrugsandelen inden for deres eget område er lavere end andelen i 1991.

65. Efter Domstolens faste praksis kan en national ordning, som begrænser samhandelen inden for Fællesskabet, være begrundet i sådanne hensyn til beskyttelse af miljøet, som den tyske regering har påberåbt sig⁴⁵. I så fald skal den pågældende ordning imidlertid stå i rimeligt forhold til det tilsigtede mål, og disse mål må ikke kunne nås ved foranstaltninger, som i mindre grad begrænser samhandelen inden for Fællesskabet⁴⁶.

66. Den sagsøgte regering har ikke overbevist mig om, at det af hensyn til miljøbeskyttelsen er nødvendigt at opretholde en bestemmelse om, at virksomhederne, så snart andelen af genbrugsemballager i Tysk-

67. For det første fremgår det ikke, hvorfor det ud fra et miljømæssigt synspunkt er bedre, at 72% — og ikke f.eks. 60%, 70% eller 80% — af de emballager, der er i omsætning i Tyskland, er genbrugsemballager. Jeg kan heller ikke se, hvilke miljømæssige grunde der taler for at lade de resultater, der blev nået i 1991, være det faste udgangspunkt for fremtiden uden mulighed for at anvende kriterier, der tager højde for de erhvervsdrivendes og forbrugernes adfærd og præferencer. Det må medgives, at hvis andelen af genpåfyldelige mineralvandsflasker dette år nåede op på 91,33%, har de producenter, der anvender engangsemballage, meget ringe mulighed for at blive fritaget for pantopkrævningsforpligtelsen ved at deltage i en samlet håndteringsordning, og det er hovedsageligt udenlandske producenter, der anvender engangsflasker.

44 — Den sagsøgte regering har til støtte for dette argument henvist til to domme afsagt af Domstolen, som jeg dog ikke mener, er relevante. Den første (dom af 14.7.1983, sag 174/82, Sandoz, Sml. s. 2445), som blev afsagt på et tidspunkt, hvor denne bestemmelse endnu ikke var indsat i traktaten, vedrørte et krav om forudgående tilladelse til at forhandle levnedsmidler tilsat vitaminer. I den anden (dom af 15.9.1994, sag C-293/93, Houtwipper, Sml. I, s. 4249) anerkendes det ganske vist, at medlemsstaterne råder over et vidt skøn, men sagen drejede sig om, at der skulle vælges mellem en forudgående kontrol ved et uafhængigt organ og et forbud mod at bringe arbejder af ædle metaller i omsætning, som ikke er forsynet med det foreskrevne holdighedsstempel.

45 — Dom af 7.2.1985, sag 240/83, Association de défense des brûleurs d'huiles usagées, Sml. s. 531, og af 20.9.1988, sag 302/86, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 4607, præmis 9.

46 — De Agostini og TV-Shop-dommen, præmis 45, samt dom af 23.10.1997, sag C-189/95, Franzén, Sml. I, s. 5909, præmis 75, og af 14.7.1998, sag C-389/96, Aher-Waggon, Sml. I, s. 4473, præmis 18-20.

I dommen i sagen Kommissionen mod Danmark⁴⁷ fastslog Domstolen som

47 — Præmis 21.

bekendt, at en begrænsning af den mængde varer, som importørerne må markedsføre, ikke står i rimeligt forhold til det forfulgte mål. Dengang tillod den danske ordning producenterne at markedsføre indtil 3 000 hl øl og læskedrikke i ikke-godkendte emballager på årsbasis, forudsat at der blev anvendt genbrugsemballager og opkrævet et pant pr. enhed.

68. For det andet forstår jeg ikke, hvorfor der — når genbrugsandelen igen når op på 72% — på ny skal være mulighed for blive fritaget for at opkræve pant på engangs-emballager, hvis hensigten virkelig er — om så blot indirekte — at forebygge produktion af emballageaffald ved at fremme genbrugs-emballage. Der er ingen tvivl om, at man med pantopkrævningsforpligtelsen opnår en meget højere returandel for tomme emballager, og forbrugerne vænner sig desuden hurtigt til at betale pantet. Hvis en sådan ordning først fungerer, hvilket den ikke uden videre gør, er spørgsmålet, hvad man kan opnå ved at forlade den igen og dermed sandsynligvis bevirke et nyt fald i anvendelsen af genbrugsemballager og udløse en harmonikaeffekt, der vil kunne destabilisere forbrugernes, producenterne og forhandlerne vaner. Hertil kommer det tilbageskridt, dette vil indebære for håndteringen af emballageaffald og bevarelsen af landskabet.

69. For det tredje har den tyske regering i sin iver efter at fremme anvendelsen af genbrugsflasker for at beskytte miljøet mod påvirkningen fra genvinding og genanvendelse af engangsemballageaffald tilsyneladende ikke taget hensyn til andre faktorer (som f.eks. rengøringen og steriliseringen af de genpåfyldelige emballager, brændstofforbruget, udledningerne i atmosfæren og sliddet på infrastrukturen, hvis transporten er længere end et bestemt antal kilometer, med den øgede trafikthæthed og større risiko for ulykker, dette uundgåeligt medfører), som udgør en modvægt til de påståede miljøfordele, således at engangsemballage ud fra et miljømæssigt synspunkt kan udgøre et interessant alternativ til genbrugsemballage.

70. For det fjerde skal medlemsstaterne i henhold til artikel 7 i direktiv 94/62 indføre systemer til sikring af både tilbagetagelse eller indsamling af emballage og genbrug eller genanvendelse. Sådanne systemer skal være åbne for deltagelse af de berørte erhvervsdrivende, de skal også gælde for importerede varer på ikke-diskriminerende betingelser, og de skal udformes på en sådan måde, at handelshindringer og konkurrencefordrejning undgås i overensstemmelse med traktaten. Når indsamlingsordningerne i et land først fungerer, er det efter min opfattelse ikke rimeligt, at de offentlige myndigheder — fordi borgerne har ændret deres forbrugsvaner og foretrækker at købe drikkevarer i engangsemballage — midlertidigt forhindrer bestemte erhvervsdrivende i at konkurrere, indtil det bekræftes, at tendensen er vendt. Der er tale om en begrænsning

af de frie varebevægelser, som ikke står i rimeligt forhold til de ubetydelige fordele, den indebærer for beskyttelsen af miljøet. De i direktiv 94/62 omhandlede mekanismer er efter min opfattelse tilstrækkelige til, at de tyske myndigheder kan sikre denne beskyttelse ved at indføre en ordning, der er stabil nok til, at eksportvirksomhederne kan planlægge, hvilken type emballage de på mellem-lang og lang sigt bør vælge til at markedsføre mineralvand i Tyskland.

mere være en stadig kilde til retsusikkerhed⁴⁸.

72. Endelig er jeg ikke enig i, at opkrævning af pant på engangsemballager er egnet til at fremme anvendelsen af genbrugsemballager. Man opnår ganske givet, at køberen, eller hvem det i øvrigt måtte være, returnerer de tomme emballager for at få det erlagte beløb tilbage, hvilket ikke er så ringe, men når forbrugeren skal betale for begge typer af emballage, vil han typisk vælge den mest praktiske og ikke nødvendigvis den mindst forurenende.

71. For det femte er jeg ikke enig med den sagsøgte regering i, at Domstolen har anerkendt behovet for generelle bestemmelser, for at staten og dens institutioner kan tilgodese det tvingende hensyn til de økonomiske foranstaltningers gennemførlighed. Den tyske regering har i forbindelse med dette argument — løserevet fra sammenhængen — anført, at de bestemmelser, et lands myndigheder vedtager for at udøve en beføjelse i henhold til et direktiv, falder ind under Domstolens praksis om, at selv om fællesskabsinstitutionerne ved udøvelsen af deres beføjelser skal overvåge, at de byrder, de pålægger de erhvervsdrivende, ikke overstiger det, der er nødvendigt for at nå de mål, der er sat, følger det dog ikke heraf, at omfanget af denne forpligtelse skal ses i forhold til en bestemt gruppe erhvervsdrivendes specielle situation, for en sådan afvejning ville på grund af de økonomiske forholds mangfoldighed og kompleksitet ikke blot være uigennemførlig, men ville yder-

73. Det følger af denne argumentation, at de omtvistede tyske bestemmelser ikke kan begrundes i tvingende hensyn til miljøbeskyttelsen, der kan begrænse anvendelsen af artikel 28 EF, idet de ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

74. Af de ovenfor anførte grunde mener jeg, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 5 i direktiv 94/62 og artikel 28 EF samt artikel 3 i direktiv 80/777,

48 — Dom af 24.10.1973, sag 5/73, Balkan Import Export, Sml. s. 1091, præmis 22.

sammenholdt med bilag II, punkt 2, litra d), idet den har anvendt emballagebekendtgørelsens § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, på mineralvand, der skal aftappes ved kilden.

75. Jeg finder herefter, at Kommissionens søgsmål er begrundet, og at Forbundsrepublikken Tysklands traktatbrud må fastslås.

VI — Sagens omkostninger

76. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Eftersom jeg foreslår, at der gives Kommissionen medhold i sagen, og da der er nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland pålægges at betale sagens omkostninger, bør den tilpligtes at betale sagens omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

77. Af de ovenfor anførte grunde foreslår jeg Domstolen at fastslå, at:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 5 i Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 94/62/EF af 20. december 1994 om emballage og emballageaffald og artikel 28 EF samt artikel 3, sammenholdt med bilag II, punkt 2, litra d), i Rådets direktiv 80/777/EØF af 15. juli 1980 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om udvinding og markedsføring af naturligt mineralvand, idet den har anvendt § 8, stk. 1, og § 9, stk. 2, i emballagebekendtgørelsen af 21. august 1998 på mineralvand, der skal aftappes ved kilden.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.«