

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 6 maj 2004¹

1. Kommissionen har väckt talan mot Tyskland med stöd av artikel 226 EG och begärt att domstolen skall fastställa att denna medlemsstat har underlåtit att uppfylla vissa av sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten.

21 augusti 1998⁴, införa ett återanvändningssystem för flaskor för naturligt mineralvatten som skall tappas vid källan.

I — Tillämplig nationell lagstiftning efter utgången av den frist som fastställts i det motiverade yttrandet⁵

Kommissionen har närmare bestämt gjort gällande att Tyskland har åsidosatt artikel 5 i direktiv 94/62² och artikel 28 EG, liksom artikel 3 i direktiv 80/777/EEG³, jämförda med punkt 2 d i bilaga 2, genom att, med stöd av 8.1 och 9.2 §§ i Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (förordning om undvikande och återvinning av förpackningsavfall, nedan kallad förpackningsförordningen) av den

2. I den tyska förpackningsförordningen föreskrivs flera åtgärder i syfte att undvika eller begränsa förpackningsavfallets inverkan på miljön. Avsikten med denna förordning, vilken ersatte förordningen av den 12 juni 1991,⁶ var att införliva direktiv 94/62 med den nationella rätten, och i förordningen definieras återanvändbara förpackningar som sådana som är avsedda att användas flera gånger i samma syfte.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 94/62/EG av den 20 december 1994 om förpackningar och förpackningsavfall (EGT L 365, s. 10; svensk specialutgåva, område 15, volym 13, s. 266). Direktivet har varit föremål för genomgripande ändringar genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/12/EG av den 11 februari 2004 om ändring av direktiv 94/62/EG om förpackningar och förpackningsavfall (EUT L 47, s. 26), vilka dock inte har påverkat de artiklar som är tillämpliga i förevarande mål.

3 — Rådets direktiv 80/777/EEG av den 15 juli 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om utvinning och saluförande av naturliga mineralvatten (EGT L 229, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 10, s. 226).

4 — BGBl. I, s. 2379.

5 — Kommissionen har angivit att både de gemenskapsrättsliga bestämmelserna och de nationella bestämmelserna ändrades under det administrativa förfarande som föregick talans väckande.

6 — BGBl. I, s. 1234. Förordningen innehöll liknande bestämmelser avseende obligatorisk pant för engångsförpackningar för drycker.

Enligt förordningens bestämmelser skall tillverkare och distributörer av mineralvatten som förpackats i engångsförpackningar ta ut en pant per förpackning längs hela distributionskedjan. De kan dock undgå denna skyldighet, till vilken tillkommer skyldigheterna att samla in och återvinna tomflaskorna, genom att delta i ett integrerat hanteringssystem för förpackningar och förpackningsavfall. De ekonomiska aktörerna förlorar emellertid denna möjlighet och måste börja samla in pant och ansvara för flaskåtervinning, om procentandelen drycker som säljs i återanvändbara förpackningar understiger 72 procent för hela Tyskland och man samtidigt inte når upp till den procentsats som uppnåddes för denna typ av förpackningar i vattensektorn år 1991, vilken var 91,33 procent.

3. I 6 § föreskrivs följande:

"1. Distributörer är skyldiga att kostnadsfritt, på försäljningsstället eller i dess omedelbara närhet, samla in tomma förpackningar som härrör från konsumenten och återvinna dem i enlighet med punkterna 1 och 2 i bilaga 1.

2. Tillverkare och distributörer skall återvinna ... de förpackningar som enligt 6.1 § kostnadsfritt skall samlas in vid försäljningsstället.

3. De skyldigheter som anges i 6.1 och 6.2 § gäller inte när tillverkaren eller distributören av förpackningarna deltar i ett integrerat system för hantering av förpackningsavfall och använt förpackningsmaterial som garanterar regelbunden och tillfredsställande insamling hos den slutlige konsumenten eller i försäljningsställets omedelbara närhet. Systemet måste innebära att de insamlade förpackningarna återvinns i enlighet med punkt 1 i bilaga 1 och det skall uppfylla kraven i punkterna 3 och 4 i bilaga 1 Deltagandet i ett sådant system skall styrkas inför behörig myndighet. Avfallshanteringen skall föregås av ett skriftligt avtal med de offentligtstående organ som sköter insamling och återvinning

4. Behörig myndighet får återkalla beslutet så snart och i den mån som det kan konstateras att kraven inte längre uppfylls. ... Återkallandet skall begränsas till förpackningar av vissa material om de procentandelar avseende återvinning som fastställts i bilaga 1 inte uppnås. 6.1 och 6.2 § är tillämpliga från och med den dag som infaller sex kalendermånader efter det att beslutet om återkallande har offentliggjorts. ..."

4. I 8.1 § i förpackningsförordningen fastställs principen om skyldighet att ta ut pant för engångsförpackningar enligt följande:

"1) Distributörer som saluför livsmedel i vätskeform i engångsförpackningar skall av köparen ta ut pant på mins. 0,50 DEM inklusive moms per förpackning. För förpackningar med en volym om mer än 1,5 liter är beloppet 1 DEM inklusive moms. Panten skall tas ut av alla distributörer i distributionskedjan ända fram till försäljningen till den slutlige konsumenten. Panten återbetalas när förpackningarna returneras i enlighet med 6.1 och 6.2 §."

5. I 9 § fastställs undantag från skyldigheten att ta ut pant samt skydd för sådana dryckesförpackningar som uppvisar miljömässiga fördelar enligt följande:

"1) 8 § gäller inte sådana förpackningar vars tillverkare eller distributörer deltar i ett sådant integrerat hanteringssystem som avses i 6.3 § och som garanterar täckning av hela området. 6.4 § gäller i tillämpliga delar.

2) Om andelen dryck som inom Tyskland förpackas i återanvändbara förpackningar, vare sig det rör sig om öl eller mineralvatten

(inklusive källvatten, bordsvatten och hälsovatten), kolsyrad läskedryck, juice (inklusive fruktnectar, grönsaksjuice och andra drycker utan kolsyra) eller vin (utom pärlande vin, mousserande vin, vermouth och dessertvin) under ett kalenderår understiger 72 procent, skall en ny beräkning av andelen återanvändbara förpackningar genomföras avseende den tolv månadersperiod som följer efter offentliggörandet av att denna andel inte har uppnåtts. Om andelen därvid återkonstateras understiga den som anges i den första meningen skall det beslut som antagits enligt 6.3 § anses återkallat i hela Tyskland med verkan från och med den dag som infaller sex kalendermånader efter offentliggörandet för de dryckessektorer där andelen återanvändbara förpackningar är lägre än 1991 års andel. Första och andra meningen gäller i tillämpliga delar för pastöriserad mjölk när konsumtionen av mjölk i återanvändbara förpackningar och i mjuka polyetenförpackningar under ett kalenderår understiger 20 procent.

3) Den federala regeringen skall varje år i den officiella tidningen offentliggöra hur stor procentandel av alla drycker som i enlighet med 9.2 § skall säljas i mindre miljöskadliga förpackningar.

4) Om den andel drycker som enligt 9.2 § skall säljas i mindre miljöskadliga förpackningar åter uppnås efter ett återkallande skall behörig myndighet på begäran av berörda parter eller på eget initiativ göra ett nytt fastställande enligt 6.3 §."

nivå, och å andra sidan säkerställa en fungerande inre marknad och undvika handelshinder samt snedvridning och begränsning av konkurrensen inom gemenskapen.

6. Enligt kommissionen medför dessa bestämmelser i kombination att distributörer av mineralvatten i engångsflaskor är skyldiga att ta ut pant för varje flaska så länge den totala procentandelen i landet av dryck i återanvändbara förpackningar är lägre än 72 procent och andelen återanvändbara förpackningar i vattensektorn inte når upp till 1991 års andel, utan att dessa har möjlighet att undgå denna skyldighet genom att delta i ett integrerat hanteringssystem för förpackningar och förpackningsavfall.

I detta syfte fastställs i direktivet åtgärder som i första hand skall motverka uppkomsten av förpackningsavfall. Därefter anges återanvändning, materialutnyttjande och andra former för återvinning av förpackningsavfall.

8. I artikel 5 föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna får i enlighet med fördraget främja återanvändningssystem för förpackningar som kan återvändas på ett miljövänligt sätt."

II — Gemenskapslagstiftningen

7. Syftet med direktiv 94/62 är enligt dess artikel 1 att harmonisera nationella bestämmelser om hanteringen av förpackningar och förpackningsavfall för att å ena sidan förebygga och minska inverkan på miljön i samtliga medlemsstater och i tredje land, och därmed säkerställa en hög miljöskydds-

9. Enligt artikel 3 i direktiv 80/777 skall källor med naturligt mineralvatten utnyttjas och vattnet därifrån förpackas i enlighet med bilaga 2, i vilken även närmare anges villkoren för saluförande. Enligt punkt 2 d skall transport av naturligt mineralvatten i behållare av annat slag än sådana som godkänts för distribution till konsumenten vara förbjuden. Detta innebär i praktiken att

vattnet måste buteljeras vid källan i samma förpackning i vilken det skall utbjudas på marknaden.

artikel 28 EG därmed inte längre var tillämplig. Enligt regeringen var handelshindren minimala och i vilket fall som helst infördes de omstridda bestämmelserna, vars syfte är att undvika en ökning av förpackningsavfall genom att främja användningen av återanvändbara förpackningar, av miljömässiga skäl.

III — Det administrativa förfarandet

10. Kommissionen mottog efter kontakter mellan de nationella myndigheterna och myndigheternas egna serviceföretag flera klagomål enligt vilka den tyska förordningen från år 1991 var oförenlig med gemenskapsrätten, och kommissionen drog därav slutsatsen att ovannämnda förordning stod i strid med artikel 28 EG. Av detta skäl skickade kommissionen i december 1995 en formell underrättelse till den tyska regeringen i vilken kommissionen framhöll att skyldigheten att ta ut pant för engångsförpackningar utgör ett hinder för handeln mellan medlemsstaterna, då den innebär att återanvändbara förpackningar främjas på bekostnad av engångsförpackningar och detta inte kan anses berättigat med hänsyn till skyddet för miljön, eftersom skyldigheten endast omfattar vissa förpackningar och krav ställs på att den situation som rådde på den nationella marknaden vid ett bestämt tillfälle skall bevaras oförändrad.

11. Mot bakgrund av antagandet av direktiv 94/62 och av att man i Tyskland med upphävande av 1991 års förordning hade antagit 1998 års förordning i syfte att införliva direktivets bestämmelser, skickade kommissionen i december 1998 en kompletterande formell underrättelse i vilken den ställde sig tveksam till huruvida 8 och 9 §§ i den nya förpackningsförordningen, där skyldigheten att ta ut pant samt procentandelarna för de återanvändbara förpackningarna anges, med hänsyn till proportionalitetsprincipen var förenliga med direktivet och artikel 28 EG. Enligt kommissionen innebar ovannämnda bestämmelser att produkter som förpackas långt från försäljningsställena och som lagligen inte kan förpackas någon annanstans påverkas negativt. Kommissionen lade fram exemplet med mineralvatten, som omfattas av direktiv 80/777 och som skall tappas vid källan. Kommissionen anmodade den tyska regeringen att komma med förslag på hur systemet skulle kunna göras mer flexibelt.

I maj 1996 svarade Tyskland att direktiv 94/62 innebar en fullständig harmonisering på ovannämnda område och att

I april 1999 hävdade Tyskland att 9 § i förpackningsförordningen inte utgör en

kvantitativ restriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan och att den i vilket fall som helst är berättigad. Vad gäller mineralvatten anförde Tyskland att det enligt en studie som publicerats av det federala miljöministeriet i november 1998 är miljövänligare att förpacka mineralvatten i återanvändbara förpackningar än i engångsförpackningar när det är högs. 750 kilometer mellan tappningsplatsen och försäljningsstället.

redogöra för de möjligheter som utländska tillverkare av mineralvatten har till försäljning i landet. Tyskland anförde att främjandet av återanvändbara flaskor har stöd i artikel 5 i direktiv 94/62 och att det inte heller föreligger något brott mot artikel 28 EG, eftersom nationella och utländska tillverkare behandlas på samma sätt. Tyskland åberopade en ekobalans som avslutades i augusti 2000, av vilken det framgick att återanvändbara förpackningar erbjuder fördelar jämfört med engångsförpackningar, även när förpackningarna måste transporteras långa sträckor. Tyskland tillade att man hade för avsikt att ändra 8 och 9 §§ i förpackningsförordningen med utgångspunkt från de erhållna resultaten.

12. Efter att ha tagit dessa uttalanden under övervägande förklarade kommissionen i ett motiverat yttrande i juli 2000 att den ansåg fördragsbrottet styrkt. Kommissionens anmärkning avsåg närmare bestämt att ovan nämnda stat tillämpar 8.1 och 9.2 §§ i den omstridda förordningen på tillverkare av naturligt mineralvatten som skall tappas vid källan. Sådana bestämmelser innebär ett hinder för handeln med denna dryck då de innebär att företagen åläggs en betungande börda, bestående i långväga transporter av de tomma återanvändbara förpackningarna, något som speciellt är till nackdel för företag etablerade i andra medlemsstater. Dessutom kan bestämmelserna inte anses ha sin rättsliga grund i artikel 5 i direktiv 94/62, eftersom de går längre än vad som är nödvändigt för att nå det eftersträfvade målet och saknar flexibilitet.

13. Då kommissionen inte blev övertygad av denna redogörelse, beslutade den att väcka talan vid domstolen och begära fastställelse av fördragsbrott.

IV — Förfarandet vid domstolen

I november samma år befäste Tyskland sin oenighet med kommissionen genom att

14. Ansökan inkom till domstolens kansli den 3 december 2001 och svaromålet den 14 februari 2002. Båda dessa skrivelser kompletterades med en replik och en duplik.

15. Frankrike och Förenade kungariket medgavs att intervensera i målet genom beslut av domstolens ordförande av den 29 maj 2002. Efter att ha granskat de översända handlingarna som gällde förfarandet, avstod Förenade kungariket från att yttra sig.

rades på så sätt att yttra sig i detta avseende och förlorade likaså möjligheten att undersöka och diskutera olika sätt för att undvika förfarandet,⁸ bland annat genom att utesluta utländska mineralvattentillverkare vid beräkningen av de procentandelar som anges i 9.2 § i förpackningsförordningen.

16. Vid förhandlingen den 2 mars 2004 närvarade ombud för kommissionen och den franska och den tyska regeringen för att muntligen redogöra för sin talan.

V — Prövning av talan

A — Upptagande till sakprövning

17. Utan att formellt yrka avvisning av talan har den tyska regeringen i punkterna 5 och 7 i dupliken påpekat att talan om fördragsbrott inte kan bifallas, eftersom föremålet för talan har ändrats i ansökan.⁷ Regeringen har anført att kommissionen, trots de många klagomål som den framförde mot förpackningsförordningen, varken i den formella underrättelsen eller det motiverade yttrandet nämnde att de tyska procentsatsbestämmelserna utgör en påtryckning på utländska mineralvattentillverkare. Tyskland förhind-

18. Det är sant att ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet är nödvändigt enligt fördraget, inte bara som en garanti för skyddet av medlemsstatens rättigheter, utan också för att säkerställa att ett eventuellt domstolsförfarande får ett klart avgränsat tvisteföremål.⁹ Enligt domstolens rättspraxis skall medlemsstaten ges tillfälle att motivera sin ståndpunkt eller, i förekommande fall, möjlighet att frivilligt anpassa sig till gemenskapsrättens krav. Om denna ansträngning att reglera saken inte lyckas, uppmanas staten att uppfylla sina skyldigheter, vilka anges närmare i det motiverade yttrande som avslutar det administrativa skedet enligt artikel 226 EG, inom den angivna fristen.¹⁰

8 — Efter att det skriftliga förfarandet avslutats bad domstolen att kommissionen skulle redogöra för sin inställning till Tysklands invändningar i detta avseende, vilket den gjorde i en handling som inkom till kansliet den 16 januari 2004.

9 — Beslut av den 11 juli 1995 i mål C-266/94, kommissionen mot Spanien (REG 1995, s. I-1975), punkt 17, och dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), punkt 15.

10 — Dom av den 31 januari 1984 i mål 74/82, kommissionen mot Irland (REG 1984, s. 317), punkt 13, och av den 18 mars 1986 i mål 85/85, kommissionen mot Belgien (REG 1986, s. 1149), punkt 11.

7 — I själva verket hänför sig kommissionen i punkt 3 i repliken uttryckligen till den "påtryckning" som de tyska bestämmelserna utgör på mineralvattentillverkarna för att dessa skall använda återanvändbara förpackningar.

19. Efter att ha studerat de handlingar som har utväxlats mellan parterna under förfarandets administrativa skede delar jag emellertid inte den tyska regeringens bedömning.

långtgående att det i samtliga fall måste råda fullständig överensstämmelse med avseende på hur de har formulerats, under förutsättning att tvisteföremålet inte har utvidgats eller ändrats.¹²

20. Både i den första formella underrättelsen, vilken grundades på underlåtenhet att iakttta fördragsbestämmelser om fri rörlighet för varor, och i den kompletterande underrättelsen, som skickades ut efter antagandet av direktiv 94/62, framförde kommissionen i själva verket tydlig kritik mot fastställandet av en lägsta tillåtna procentandel för återanvändbara dryckesförpackningar och hänförde sig uttryckligen till mineralvatten som skall tappas vid källan.

21. I det motiverade yttrandet, genom vilket föremålet för fördragsbrottstalan fastställs,¹¹ begränsade kommissionen sina anmärkningar till att avse det faktum att de omstridda bestämmelserna, det vill säga 8.1 och 9.2 §§ i förpackningsförordningen, tillämpas på försäljning av mineralvatten, medan saluförande av övriga drycker, som hade inkluderats i föregående handlingar, lämnades åt sidan. Domstolen har i detta avseende förklarat att även om det krävs att de anmärkningar som framställs i ansökan är identiska med dem som förekommer i den formella underrättelsen och det motiverade yttrandet, är detta krav emellertid inte så

22. I punkt 2 a i kapitel IV i det motiverade yttrandet redogörs för skälen till varför de granskade nationella bestämmelserna utgör ett handelshinder: Trots att bestämmelserna tillämpas utan åtskillnad på nationella och importerade produkter innebär de att en större börda åläggs utländska företag vilka, om de bestämmer sig för att använda återfyllbara flaskor, måste transportera de tomma flaskorna långa sträckor, vilket medför en merkostnad samt en risk för att det sker en större inverkan på miljön än vid användning av engångsflaskor. Dessutom innehåller de tyska bestämmelserna, även om de ger utrymme för att en viss del av marknaden utgörs av engångsförpackningar utan att skyldigheten att ta ut pant för varje flaska uppstår, ett incitament att bibehålla 1991 års nivå, vilket i praktiken innebär att de tillverkare som är etablerade långt från försäljningsstället i praktiken endast kan öka sin marknadsandel i Tyskland om andra, mer närbelägna, tillverkare är beredda att avstå en del av sin marknadsandel, till deras förmån.

11 — Dom av den 17 juni 1987 i mål 154/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2717), punkt 6, av den 19 maj 1998 i mål C-3/96, kommissionen mot Nederländerna (REG 1998, s. I-3031), punkt 18, samt av den 13 december 2001 i mål C-1/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-9989), punkt 53.

12 — Dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 25, och av den 25 april 2002 i mål C-52/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-3827), punkt 44.

Denna redogörelse visar tydligt på den påtryckning som kommissionen hänför sig till i repliken: Syftet med 9.2 § i den omstridda förordningen är att främja att tillverkarna använder återfyllbara förpackningar, eftersom risk annars föreligger att den fastställda andelen inte uppnås, varvid de förlorar möjligheten att genom att delta i ett integrerat system för hantering av förpackningar och förpackningsavfall undgå skyldigheten att ta ut pant, återta använt förpackningsmaterial och återbetala pantbeloppet.

23. Det framgår av den tyska regeringens försvar av sin lagstiftning i svaret på det motiverade yttrandet att regeringen hade tolkat kommissionens anmärkningar på rätt sätt, särskilt anmärkningarna avseende de negativa konsekvenser som den obligatoriska minimiandelen återanvändbara förpackningar medför för företag i andra medlemsstater som buteljerar och säljer mineralvatten. Regeringen redogjorde i själva verket klart för de möjligheter som dessa företag har att sälja sina drycker i landet: använda återanvändbara förpackningar genom att delta i systemen för gemensam användning av standardiserade flaskor, använda engångsflaskor med pant, eller till och med utan pant under förutsättning att de deltar i ett integrerat hanteringssystem, även om det sistnämnda alternativet kan försvinna så fort den obligatoriska andelen återanvändbara flaskor på den nationella marknaden inte uppnås.

24. Om den svarande medlemsstaten verkligen hade varit beredd att bortse från de utländska mineralvattentillverkarna vid beräkningen av ovannämnda andel, i syfte att bespara dem som använder ej återfyllbara flaskor den osäkerhet som det innebär att när som helst kunna nekas fördelarna av det ovannämnda systemet med påföljden att tvingas organisera debitering av pant, borde medlemsstaten ha föreslagit detta då i stället för att göra det i dupliken.¹³

25. Slutligen sammanfaller de anmärkningar som kommissionen framfört i talan med dem i det motiverade yttrandet. Jag anser därför att svarandestatens rätt till försvar inte har kränkts och att kommissionens talan kan tas upp till sakprövning.

26. Under förhandlingen har den tyska regeringens ombud vidare anført att kommissionen inte längre har något intresse i saken, eftersom en allmän skyldighet att ta ut pant infördes den 1 januari 2003 och den påstådda påtryckningen på importörerna därmed har upphört.

27. Jag delar inte heller denna bedömning. Utan att här inleda någon analys av huruvida den tyska lagstiftningen kan tvinga importö-

¹³ — Den tyska regeringens ombud insisterade på denna punkt under förhandlingen.

rer av mineralvatten till ett visst beteende, ett ämne som jag kommer att behandla när jag prövar målet i sak, skall det erinras om dels att när kommissionen utövar sina befogenheter enligt artiklarna 211 EG och 226 EG behöver den inte visa att det föreligger ett särskilt intresse av att få saken prövad, eftersom den har till uppgift att i gemenskapens allmänintresse på eget initiativ säkerställa medlemsstaternas tillämpning av EG-fördraget och påtala eventuella fall av underlåtenhet,¹⁴ dels att förekomsten av ohörsamt beteende skall bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet,¹⁵ så att även om fördragsbrottet har upphört efter denna frist kvarstår ett intresse av att fullfölja förfarandet i syfte att fastställa grunden för det ansvar som en medlemsstat kan ha gentemot dem vars rättigheter har berörts.¹⁶

9.2 §§ i förpackningsförordningen är oförenliga med artikel 5 i direktiv 94/62 och med artikel 28 EG i den mån de påverkar saluförandet av naturligt mineralvatten från andra medlemsstater som tappats vid källan,¹⁷ eftersom de utgör ett handelshinder som inte kan anses berättigat med hänsyn till skyddet för miljön. Den franska regeringen är av samma åsikt.

B — *Prövning i sak*

28. Kommissionen har hävdat att de omstridda tyska bestämmelserna i 8.1 och

29. I ett gediget försvar av sina åsikter har den tyska regeringen vidhållit att talan saknar grund av tre skäl. För det första grundas ovannämnda 8 och 9 §§ på direktiv 94/62, som uttömmande reglerar användning och främjande av återanvändbara förpackningar, och de skall därför inte granskas mot bakgrund av artikel 28 EG. För det andra är de inte till hinder för den fria rörligheten för varor, eftersom de endast innehåller försäljningsformer och tillverkare eller distributörer inte är skyldiga att använda återfyllbara flaskor. För det tredje är de nödvändiga och ändamålsenliga för att säkerställa landets miljöskydd.

14 — Dom av den 4 april 1974 i mål 167/73, kommissionen mot Frankrike (REG 1974, s. 359; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257), punkt 15, av den 11 augusti 1995 i mål C-431/92, kommissionen mot Tyskland (REG 1995, s. I-2189), punkt 21, av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 59, samt av den 25 april 2002 i de förenade målen C-418/00 och C-419/00, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-3969), punkt 29.

15 — Dom av den 17 januari 2002 i mål C-394/00, kommissionen mot Irland (REG 2002, s. I-581), punkt 12.

16 — Dom av den 17 juni 1987 i mål 154/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2717), punkt 6.

17 — I det ännu ej avgjorda målet C-309/02, Radlberger m.fl., har en tysk domstol ställt fyra tolkningsfrågor i vilka den ber om tolkning av direktiv 94/62, närmare bestämt av artikel 1.2, artikel 7 och artikel 18, liksom av artikel 28 EG, i syfte att få veta om de utgör hinder för att tillämpa vissa bestämmelser i förpackningsförordningen som gäller för de förpackningar i vilka, förutom mineralvatten, praktiskt taget samtliga läskedrycker och viner saluförs.

Ovannämnda skäl skall lämpligen analyseras i samma ordning som svarandeparten har lagt fram dem.

1. Omfattningen av harmoniseringen genom direktiv 94/62 och möjligheten att tillämpa artikel 28 EG i detta mål

30. Den möjlighet som medlemsstaterna genom artikel 5 i direktiv 94/62 har fått att främja återanvändningssystem för förpackningar omfattar enligt den tyska regeringen uttagande av pant för såväl återanvändbara förpackningar som engångsförpackningar. Regeringen anser att direktiv 94/62 uttömmande reglerar ovannämnda område, vilket innebär att när de nationella bestämmelserna granskas mot bakgrund av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna skall artikel 28 EG endast tillämpas subsidiärt om bestämmelserna inte i tillräcklig grad överensstämmer med varandra. Europeiska unionen har uttryckligen godkänt främjande av återanvändbara förpackningar, och artikel 5 i direktiv 94/62 skulle helt förlora sin mening om användning och återlämning av förpackningarna till tillverkningsstället, såsom kommissionen påstår, kunde utgöra ett hinder för den fria rörligheten för varor.

31. Enligt min mening innebär det faktum att en medlemsstat organiserar insamling av förpackningsavfall och tomma förpackningar enligt ett system med pant, retur och

återvinning som medför vissa skyldigheter för tillverkare och distributörer, inte i sig något problem avseende förenlighet med gemenskapsrätten,¹⁸ eftersom sådana system föreskrivs i artikel 7 i direktiv 94/62, en bestämmelse som medlemsstaterna är skyldiga att införliva med sin rättsordning. Systemet avser såväl återanvändbara förpackningar som engångsförpackningar. Den svarande medlemsstaten skall följaktligen delvis ges rätt på denna punkt.

32. I förslaget till avgörande i mål C-246/99, kommissionen mot Danmark,¹⁹ där talan gällde en nationell bestämmelse enligt vilken import av öl och kolsyrehaltiga läskedrycker i metallburkar var förbjuden, fick jag tillfälle att uttala mig avseende omfattningen av harmoniseringen på detta område genom direktiv 94/62. I det fallet tillfredsställde förpackningarna alla väsentliga krav enligt bilaga 2 i direktivet, och förbudet stod därför uppenbarligen i strid med artikel 18 i direktivet, i vilken rätten att släppa ut förpackningar på marknaden i alla medlemsstater fastställs. Jag hävdade att de nationella bestämmelserna avseende hantering och förpackningsavfall hade harmoniserats genom direktivet. Enligt rättspraxis får man i sådana fall, under förutsättning att de nationella bestämmelserna överensstämmer med direktivet, därutöver inte kontrollera

18 — Systemet får inte medföra en avskärmning av marknaden och inte vara till särskild nackdel för tillverkare från andra medlemsstater.

19 — Förslag av den 13 september 2001 (REG 2002, s. I-6943). Se punkterna 18–41. Förfarandet slutade med att talan återkallades.

dess förenlighet med primärrätten avseende fri rörlighet för varor.²⁰

33. Jag delar emellertid inte den tyska regeringens åsikt att det är användning och främjande av återanvändbara förpackningar som har harmoniserats. Artikel 5 i direktiv 94/62, vilken medger att medlemsstaterna främjar återanvändningssystem och enligt vilken de åläggs att göra det i överensstämmelse med fördraget är en föga konkret bestämmelse, vars formulering inte är till någon ledning beträffande hur eller i vilken riktning de nationella myndigheterna får handla. Återanvändning, det vill säga möjligheten att återfylla förpackningen och använda den i samma syfte som den utformades för, har definierats i artikel 3.5, en bestämmelse som inte bidrar med någon förklaring i detta avseende, och därför kan det inte, som svaranderegeringen menar, fastställas att direktivet har harmoniserat främjande av användning av återanvändbara förpackningar.

34. Härav följer nödvändigheten av att hänvisa till primärrätten i sin helhet vid bedömningen av dessa åtgärder, och inte bara till principerna om fri rörlighet för varor. Det är därför offentliga myndigheter, när de beviljar till exempel bidrag eller stöd för att främja forskning och investeringar

avseende ombyggnad eller förbättring av förpackningsfabriker, tillverkning av återanvändbara förpackningar eller genomförande av åtgärder som främjar återanvändning, liksom när de vidtar ekonomiska, finansiella eller skatterättsliga åtgärder, måste följa bestämmelserna om statligt stöd och konkurrens på samma sätt som de måste rätta sig efter det som föreskrivs i fördraget på skatteområdet.

Om det finns tecken på att beslut som har antagits av en medlemsstat i syfte att främja återanvändningssystem utgör hinder för den fria rörligheten för varor utan att därvid förbjuda import, skall dessutom besluten granskas mot bakgrund av artiklarna 28 EG och 30 EG. Även om det är uppenbart att medlemsstater enligt artikel 18 i direktiv 94/62 inte kan hindra att förpackningar som uppfyller de väsentliga krav som anges i dess bilaga 2 — som har varit föremål för harmonisering — släpps ut på marknaden, finns det nämligen subtilare former av statliga åtgärder som kan ge upphov till samma resultat.

35. För att styrka att artikel 28 EG inte är tillämplig i förevarande fall har den tyska regeringen också åberopat domen i målet Daimler Chrysler,²¹ i vars punkt 44 det fastställs att användningen av uttrycket "i

20 — Dom av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, Hedley Lomas (REG 1996, s. I-2553), punkt 18, och av den 12 november 1998 i mål C-102/96, kommissionen mot Tyskland (REG 1998, s. I-6871), punkterna 21 och 22.

21 — Dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, Daimler Chrysler (REG 2001, s. I-9897)

enlighet med fördraget” i artikel 4.3 a i i förordning (EEG) nr 259/93²² inte skall förstås så att det, när en nationell åtgärd motsvarar kraven i denna artikel, är nödvändigt att klargöra huruvida denna åtgärd är förenlig med primärätten avseende fri rörlighet av varor.

harmonisering på gemenskapsnivå skall bedömas mot bakgrund av harmoniseringsåtgärden och inte mot bakgrund av primärätten.²⁴ Medlemsstaterna är emellertid skyldiga att ta hänsyn till fördraget när de utövar sin befogenhet enligt artikel 14.1 i direktiv 97/7,²⁵ vilket uttryckligen föreskrivs i den bestämmelsen.²⁶

36. Det finns flera skäl till varför den teori som framförts av svarandeparten enligt min åsikt inte kan godtas. För det första kompletterade domstolen ovannämnda bedömning i domens efterföljande punkt, där den tillade att uttrycket inte heller betyder att alla nationella åtgärder som begränsar transporter av avfall i enlighet med artikel 4.3 a i i förordning nr 259/93 systematiskt skall antas vara förenliga med gemenskapsrätten enbart på grund av att de avser att sätta i kraft en eller flera av de principer som anges i denna bestämmelse. Tvärtom skall sådana nationella åtgärder, förutom att vara förenliga med förordningen, dessutom vara utformade med iakttagande av de regler eller allmänna principer i fördraget som inte direkt äsyftas med lagstiftningen på området för transporter av avfall. Samma bedömning har gjorts i domen i målet *Deutscher Apothekerverband eV*,²³ i vars punkt 64 det fastställs att nationella bestämmelser inom ett område där det har skett en uttömmande

37. För det andra utgjordes de relevanta gemenskapsbestämmelserna i målet *Daimler Chrysler* av en förordning, som per definition, förutom att den har allmän giltighet, är till alla delar bindande och är direkt tillämplig inom Unionen, också är konkretare än ett direktiv, vars bestämmelser införlivas med medlemsstaternas respektive nationella rättsordningar. Sättet att hänvisa till fördraget är visserligen, liksom den tyska regeringen har påpekat, identiskt i förordning nr 259/93 och i direktiv 94/62. Det finns emellertid en stor skillnad mellan innehållet i artikel 4.3 a i i förordningen och artikel 5 i direktivet: Medan förordningen innehåller de

22 — Rådets förordning (EEG) nr 259/93 av den 1 februari 1993 om övervakning och kontroll av avfallstransporter inom, till och från Europeiska gemenskapen (EGT L 30, s.1; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 43).

23 — Dom av den 11 december 2003 i mål C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV* (REG 2003, s. I-14887).

24 — Dom av den 12 oktober 1993 i mål C-37/92, *Vanacker och Lesage* (REG 1993, s. I-4947), punkt 9, och domen i det ovannämnda målet *Daimler Chrysler*, punkt 32.

25 — Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal (EGT L 144, s. 19).

26 — Enligt denna bestämmelse får medlemsstaterna, för att säkerställa en högre skyddsnivå för konsumenten på det område som omfattas av direktivet, anta eller behålla strängare bestämmelser som är förenliga med fördraget.

principer som medlemsstaterna skall följa och de åtgärder som de får vidta, anges i direktivet endast att åtgärderna skall främja förpackningar som kan återanvändas på ett miljövänligt sätt.

2. De omstridda bestämmelsernas beskaffenhet: åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion eller endast försäljningsform

38. Det råder inga tvivel om att gemenskapslagstiftaren ser positivt på att nationella myndigheter vidtar åtgärder som främjar återanvändningssystem för förpackningar som indirekt innebär att förpackningsavfall förebyggs, under förutsättning att dessa, vare sig de är av ekonomisk, finansiell, skattemässig eller annan karaktär, inte försämrar den inre marknadens funktion.

39. Jag anser således att artikel 5 i direktiv 94/62 i sig inte är tillräckligt konkret för att man, utan att även hänvisa till andra bestämmelser i samma rättsakt, skall kunna bedöma huruvida bestämmelser som införs av medlemsstaterna i syfte att främja miljövänliga återanvändningssystem för förpackningar är förenliga med gemenskapsrätten. Kommissionen har följaktligen rätt när den påstår att det faktum att denna bestämmelse hänvisar till fördraget i sin helhet innebär en möjlighet att granska huruvida ovannämnda bestämmelser överensstämmer med primär-rätten avseende fri rörlighet för varor.

40. Enligt svaranderegeringen är syftet med 8 och 9 §§ i förpackningsförordningen att införliva artikel 5 i direktiv 94/62 med den interna rättsordningen och de kan därför inte stå i strid med artikel 28 EG och inte heller utgöra handelshinder. De medför inte ett ensidigt skydd för statens nationella intressen och innebär att de skyldigheter som har införts i gemenskapens allmänintresse genomförs. Enligt regeringen ges dryckes-distributörer genom den ifrågavarande förordningen frihet att saluföra dryckerna i förpackningar av endera sorten. Skyldigheten att ta ut pant gäller dem som, oavsett var de är etablerade, inom landet saluför mineralvatten i engångsflaskor. Utländska dryckes-tillverkare påverkas inte på något sätt, eftersom bestämmelserna endast berör detaljister och konsumenter. För den sistnämnde är kostnaden densamma oavsett om denne köper vatten i en återanvändbar flaska eller i en engångsflaska. I båda fallen skall denne betala ett belopp som återfås när tomflaskan lämnas i retur. I dupliken har regeringen betonat att 8 § i förordningen innehåller den grundläggande regeln om att försäljning av dryck i engångsförpackningar medför skyldighet att ta ut pant för varje förpackning, medan tidpunkten och omständigheterna för

skyldighetens inträdande fastställs i 9 §. Enligt regeringens åsikt kan man inte, såsom kommissionen menar, särskilja tillkännagivandet av att pant kan utkrävas från och med ett visst datum, vilket står i strid med gemenskapsrätten, från själva kravet, vilket i sig är förenligt.

Regeringen har förnekat att någon påtryckning sker mot utländska mineralvattenföretag i syfte att dessa skall buteljera vattnet i återanvändbara förpackningar, eftersom importen har ökat från 230 miljoner liter år 1994 till över 680 miljoner liter år 2000. År 2002 tog de redan ut pant för merparten av engångsförpackningarna (ungefär 53 procent av importen) och samlade frivilligt in dem. Förordningen utgör inte en förtäckt indirekt diskriminering, eftersom dess tillämpning inte är avhängig vattnets eller förpackningarnas ursprung, vilket innebär att utländska och inhemska företag behandlas på samma sätt.

41. Regeringen har till sitt försvar anfört, och stödjer sig därvid på artikel 3.5, att återanvändbara förpackningar genom direktiv 94/62 ges företräde, eftersom de bidrar till att uppkomsten av avfall förebyggs, det mål som står först på prioritetsskivan. Regeringen har påpekat att artikel 5 inte innebär att medlemsstaterna har fria händer att främja återanvändningssystem: Anpassningen till direktivet innebär att förpack-

ningarna skall vara utformade för att återanvändas minst ett visst antal gånger, kunna återfyllas på ett miljövänligt sätt samt stå i överensstämmelse med övriga bestämmelser och allmänna principer.

42. Enligt regeringen skall eventuella handelshinder beskrivas direktiv 80/777, eftersom en betydande andel av mineralvattnet i medlemsstaterna före direktivets antagande såldes i återanvändbara flaskor. I och med att vattnet enligt gemenskapsbestämmelserna skall tappas vid källan, innebär de också ett godkännande av att vattnet transporteras långa sträckor i denna typ av förpackning. I praktiken står distributörer av sådana drycker inför större svårigheter än sina konkurrenter i läskedryckssektorn, beroende av hur de väljer att presentera produkten. Regeringen har avslutningsvis påpekat att 8 och 9 §§ i förpackningsförordningen endast innehåller försäljningsformer, vilka inte omfattas av artikel 28 EG.

43. Domstolen har visserligen, liksom den tyska regeringen har anfört, gjort tolkningen att en nationell regel som syftar till att införliva ett rådsdirektiv som antagits i gemenskapens allmänintresse²⁷ inte kan kvalificeras som en åtgärd med motsvarande verkan som en importrestriktion i den

27 — Dom av den 25 januari 1977 i mål 46/76, Bauhuis (REG 1977, s. 5; svensk specialutgåva, volym 3, s. 267), punkterna 28 och 29, och av den 23 mars 2000 i mål C-246/98, Berendse-Koenen (REG 2000, s. I-1777), punkterna 24 och 25.

mening som avses i artikel 28 EG. Liksom kommissionen med rätta har betonat, föreligger emellertid i förevarande fall inte den förutsättning som är ett villkor för att denna rättspraxis skall kunna tillämpas, det vill säga att medlemsstaten handlar i syfte att verkställa en direktivsenlig skyldighet. Liksom har konstaterats ovan innebär artikel 5 i direktivet nämligen inte på något sätt åläggande av en skyldighet, utan den fastställer bara en möjlighet.

45. Enligt Tyskland är syftet med dessa bestämmelser att främja användning av återanvändbara förpackningar. Enligt min åsikt har kommissionen rätt i sin åsikt att bestämmelserna medför att saluförandet i ovannämnda land försvåras avseende produkter som naturligt mineralvatten som, enligt direktiv 80/777, skall buteljeras vid källan. Jag håller inte heller med om att bestämmelserna endast berör detaljister och konsumenter.

46. Skälen för mitt ställningstagande är följande:

44. De omstridda bestämmelserna är följande: 8.1 § i 1998 års förpackningsförordning, enligt vilken distributörer av drycker i ej återanvändbara förpackningar skall ta ut pant av kunden, vilken återbetalas när kunden lämnar de tomma förpackningarna i retur, samt 9.2 §, enligt vilken ovannämnda bestämmelse inte gäller om det ansvariga företaget deltar i ett integrerat hanteringssystem, under förutsättning att andelen återanvändbara förpackningar i landet inte understiger 72 procent. Om denna miniminivå underskrids inträder pant-, retur- och återvinningsskyldigheten avseende de drycker för vilka andelen återanvändbara förpackningar understiger den andel som uppnåddes år 1991 vilken, enligt vad kommissionen har angivit i sin ansökan, var 91,33 procent för mineralvatten. Denna stegvisa regleringsmetod godtogs tydligen av berörda ekonomiska aktörer, bundna till att andelen återanvändbara och miljövänliga förpackningar inte minskar i förhållande till den andel som uppnåddes vid ovannämnda tidpunkt.

47. För det första åläggs medlemsstaterna genom artikel 7 i direktiv 94/62 att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att införa system för retur eller insamling av använt förpackningsmaterial och förpackningsavfall, och det betonas att dessa skall vara öppna för berörda ekonomiska aktörer. Med tillämpning av denna bestämmelse kan de nationella myndigheterna, vad gäller ej återanvändbara förpackningar, välja mellan att införa pant-, retur- och återvinningsskyldighet för dessa, eller tillåta att de genom ett integrerat hanteringssystem hämtas hos konsumenten eller i närheten av försäljningsstället. Det faktum att det andra alternativets beständighet i ett land görs beroende av att den totala volymen återanvändbara flaskor på den nationella marknaden inte sjunker under en bestämd andel är tveklöst en källa till rätts-

osäkerhet för de ekonomiska aktörer som säljer sina produkter i engångsförpackningar, eftersom företagen, så länge som andelen ligger över det fastställda tröskeltalet, år efter år utför sin verksamhet i oro för att procentandelen inte uppnås. Om detta skulle inträffa måste de, om inte heller 1991 års andel uppnås i den relevanta sektorn, snabbt organisera sig för att ta ut pant längs hela distributionskedjan.

andelen om 72 procent har uppnåtts, återgå till ej återanvändbara flaskor, med den troliga konsekvensen att andelen åter sjunker. Företagens beslut beträffande förpackningstyp förefaller alltför viktigt för att, om företagen väljer att ge sig in på den tyska marknaden, en faktor som medför stor osäkerhet beträffande beslutets beständighet skall få införas genom lagstiftning av detta slag.

De ifrågavarande bestämmelserna medför osäkerhet för aktörer som väljer att delta i ett integrerat system för hantering av förpackningar och förpackningsavfall, eftersom dessa inte vet hur länge de kommer att kunna fortsätta verka under samma omständigheter samt innebär att aktörerna uppmuntras att, för att undvika denna instabilitet, avstå från det bekvämare alternativet och i stället ta ut pant för ej återanvändbara förpackningar eller övergå till återanvändbara förpackningar. För att inte tala om den avskräckande effekt som dessa bestämmelser kan ha på sådana som planerar att introducera sitt mineralvatten i Tyskland.

49. För det andra innebär artikel 7 i direktiv 94/62 att retursystem jämföras med insamlingssystem och återanvändningssystem jämföras med system för återvinning, inbegripet materialutnyttjande, med det enda kravet att de ger utrymme för de uppställda målen. Det finns således inget skäl att, i syfte att främja ett visst system, temporärt hindra de ekonomiska aktörerna från att delta i ett annat system av den anledningen att den fastställda andelen inte har uppnåtts.

48. Det skall vidare tilläggas att de företag som genom 9.1 § i förpackningsförordningen utesluts från ovannämnda möjlighet, när andelen återanvändbara förpackningar sjunker under den föreskrivna gränsen, kan återfå möjligheten om användningen av återanvändbara förpackningar ökar igen. Om syftet med bestämmelserna är att främja återanvändbara förpackningar tycks det föga ändamålsenligt att tillåta tillverkarna att, när

50. För det tredje innebär de omstridda tyska bestämmelserna, även om de tillämpas utan åtskillnad på nationella och utländska aktörer, att i synnerhet de utländska påverkas negativt. När det gäller naturligt mineralvatten som i enlighet med direktiv 80/777 tappas vid källan, har företag som har för avsikt att exportera en del av sin produktion en benägenhet att buteljera vattnet i en-

gångsflaskor på grund av den lägre kostnaden: Om de återanvändbara flaskorna är av glas är de tyngre, vilket medför större bränslekonsumtion och större tonnage vid transporten. Med engångsflaskor undviks dessutom återtransporten, varvid kostnaden halveras då fordonets kapacitet på tillbaka-vägen kan utnyttjas för transport av andra varor. Vidare sparar man in kostnader för rengöring och sterilisering av flaskorna. Beviset för detta är att mineralvattentillverkare från andra medlemsstater i praktiken använder en betydligt större andel plastflaskor än vad tyskarna gör. Kommissionen har i detta hänseende citerat en studie från juni 2001 som har utförts av Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung i syfte att visa att tyska tillverkare av naturligt mineralvatten år 1999 förpackade 90 procent av vattnet i återanvändbara flaskor och resterande 10 procent i engångsflaskor, medan exporten till Tyskland av vatten i den sistnämnda typen av förpackning uppgick till 71 procent.

gränsen till Tyskland. Vissa tyska tillverkare förflyttar sig dessutom åtskilliga kilometer för att nå alla distributionsställen, även om de kan undvika långväga transporter av tomflaskor genom att delta i återanvändningssystem om de arbetar med standardiserade flaskor. Det tycks mig inte realistiskt att be de utländska företagen att avstå från de förpackningar de använder i övriga länder och i stället använda för tyska företag godkända förpackningar, i synnerhet inte med hänsyn till att förpackningarna i vissa fall har särskiljningsförmåga och deras grafiska återgivning har registrerats som varumärke.²⁸

51. Det finns ett annat viktigt övervägande, nämligen att för att mineralvattnet skall kunna placeras på den tyska marknaden är transportavståndet för utländskt vatten allmänt sett längre än avståndet för transport av vatten från inhemska källor. Det är sant att det existerar undantag i form av källor som ligger i andra medlemsstater nära

52. I motsats till vad Tyskland har påpekat har kommissionen inte anmärkt på beslutet att belägga engångsförpackningar med pant, ett lagstiftningsalternativ som, liksom jag har påpekat ovan, har stöd i artikel 7 i direktiv 94/62. Det som kommissionen har anmärkt på är villkoren för saluförande av drycker i denna stat, vilka är knutna till godtyckligt bestämda procentandelar som i sista hand är avhängiga konsumenternas val och som de ekonomiska aktörerna endast kan påverka om de går med på att avstå från ej återanvändbara förpackningar till förmån

28 — Se domstolens dom av den 12 februari 2004 i mål C-218/01, Henkel (REG 2004, s. I-1725). Den 28 januari 2004 meddelade förstainstansrätten dom i de förenade målen T-146/02–T-153/02, Deutsche Sisi-Werke mot harmoniseringsbyrån (REG 2004, s. II-447), i vilka behandlades avslag på ansökan om att registrera formen av en dryckesförpackning bestående av en upprättstående påse som tredimensionellt varumärke.

för återanvändbara. Att importen av mineralvatten från andra medlemsstater ökade mellan år 1994 och år 2000 tycks mig inte vara något avgörande faktum, då ökningen kanske skulle ha varit större om bestämmelserna inte hade existerat.

gandeledet, särskilt genom utveckling av renare produkter och tekniker. I artikel 3.5 beskrivs återanvändning som varje förfarande varigenom förpackningar som är utformade för att under sin livscykel återanvändas minst ett visst antal gånger återfylls i samma syfte som de är utformade för, med eller utan stöd av hjälpprodukter, och som sedan blir förpackningsavfall.

53. Jag stöder inte svarandepartens teori i fråga om rangordningen mellan olika typer av förpackningar som har införts genom direktiv 94/62. Enligt artikel 1.2 skall i första hand uppkomsten av förpackningsavfall förebyggas, medan återanvändning, materialutnyttjande och andra former av återvinning, som nämns strax därefter, befinner sig på samma nivå. I åttonde skälet påpekas visserligen att livscykelanalyser snarast möjligt bör utföras i syfte att motivera en klar rangordning mellan återanvändbara, materialutnyttjandebara och återvinningsbara förpackningar, men i praktiken tycks de studier som har utförts i vissa länder fortfarande inte ha lett till några definitiva slutsatser.

55. Den grundläggande regeln för förebyggande återfinns i punkt 1 i bilaga 2 till direktiv 94/62, i vilken anges de väsentliga kraven för framställning och sammansättning av förpackningarna: De skall framställas på ett sådant sätt att deras volym och vikt begränsas till det minimum som krävs för att upprätthålla den säkerhets- och hygiennivå som är nödvändig för produkten och godtagbar för konsumenten, vilket innebär att förebyggandet är knutet till förpackningens utformning och framställningsprocess, och målet är att redan från början begränsa och undvika uppkomst av avfall. Det är, som synes, fråga om åtgärder som tillämpas på samma sätt på återanvändbara och materialutnyttjandebara förpackningar.

54. Man kan heller inte, såsom den tyska regeringen menar, jämställa förebyggande och återanvändning, begrepp som har definierats i artikel 3 i direktiv 94/62. Enligt artikel 3.4 består det förstnämnda såväl av begränsning av omfattningen av, och skador på miljön orsakade av, material och ämnen i förpackningar och förpackningsavfall, som av begränsning av förpackningar och förpackningsavfall i produktions-, saluförings-, distributions-, användnings- och omhändertag-

56. Jag delar inte heller svaranderegeringens åsikt beträffande tanken att handelshinder,

om sådana finns, skall hänföras till direktiv 80/777, enligt vilket transport av naturligt mineralvatten i flaskor som inte har godkänts för distribution till konsumenten skall vara förbjuden. Genom dessa bestämmelser regleras utvinning och saluförande av livsmedel, eftersom det gäller folkhälsan, med särskild omsorg om skydd mot föroreningssrisker. Vidare innebär de ett säkerställande av konsumentens rättigheter genom att denne garanteras att vätskan har den sammansättning som gjort att den kunnat erkännas som mineralvatten, genom att buteljering sker vid källan och lämpliga förslutningar används. Direktivet antogs dessutom just i avsikt att undanröja hinder för handel med dessa drycker och underlätta den gemensamma marknadens funktion. Det är riktigt att transport över långa sträckor har godkänts genom direktivet. Det innehåller emellertid inte något uttalande om vilken förpackning som är att föredra och det innebär inte att återanvändbara förpackningar skall anses ha högre status än materialutnyttjandebara.

målet Keck och Mithouard²⁹ använde sig domstolen av skillnaden mellan sådana bestämmelser som rör produkters karaktär och sådana som rör försäljningsformer för att avgöra vilka bestämmelser som, trots att de är tillämpliga på inhemska och utländska produkter utan åtskillnad, ger upphov till restriktioner som kan likställas med åtgärder med motsvarande verkan, vilka enligt artikel 28 EG är förbjudna.

Domstolen slog i ovannämnda dom fast att definitionen av sådana åtgärder även omfattar hinder för den fria rörligheten för varor som i avsaknad av en harmonisering av lagstiftningarna³⁰ följer av det förhållandet att det på varor från andra medlemsstater, där de lagligen tillverkas och säljs, tillämpas bestämmelser rörande de villkor som sådana varor skall uppfylla. Detta gäller även om bestämmelserna tillämpas utan åtskillnad på alla varor såvitt de inte kan motiveras av ett mål av allmänintresse som går före intresset av fri rörlighet.³¹

57. Jag är vidare inte överens om att 8.1 och 9.2 §§ i den ifrågavarande tyska förordningen endast utgör en försäljningsform, även om bestämmelserna tillämpas utan åtskillnad på naturligt mineralvatten som buteljerats inom landet och på importerat vatten. I domen i

29 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91 (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 1/4, s. I-431). Se López Escudero, M.: "La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck och Mithouard" i *Gaceta jurídica de la C.E. y de la Competencia*, D-28, s. 47-94.

30 — Detta påstående från svaranderegierungens sida framstår som minst sagt inkonsekvent mot bakgrund av att ett av regeringens huvudsakliga försvarsargument består i att direktiv 94/62 har medfört en fullständig harmonisering av användning och främjande av återanvändbara förpackningar.

31 — Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377), även kallat Cassis de Dijon, och domen i det ovannämnda målet Keck och Mithouard, punkt 15

58. Vidare förklarade domstolen, i motsats till vad den dittills slagit fast, att tillämpningen på varor från andra medlemsstater av nationella bestämmelser, som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer, inte är ägnad att direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i Dassonville-domen,³² förutsatt att bestämmelserna tillämpas på samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt.

59. Domstolen tillade att när dessa villkor är uppfyllda kan sådana bestämmelser inte anses hindra de sistnämnda varornas tillträde till marknaden eller försvåra deras tillträde jämfört med inhemska varor. Sådana bestämmelser faller således utanför tillämpningsområdet för artikel 28 EG.

60. För att med utgångspunkt i denna dom avgöra om artikel 28 EG är tillämplig på bestämmelser som utan åtskillnad är tillämpliga på inhemska produkter och på importerade produkter, måste bestämmelserna angående de villkor som varorna måste uppfylla, exempelvis i fråga om benämning, form, storlek, vikt, sammansättning, utformning, märkning och förpackning, skiljas från

bestämmelser som är ägnade att reglera varornas försäljningsformer.

61. Sedan domstolen 1993 meddelade dom i målet Keck och Mithouard,³³ i vilken Frankrikes förbud mot återförsäljning till underpris granskades, har domstolen som försäljningsformer betraktat till exempel en yrkesetisk regel som antagits av en yrkesorganisation i en medlemsstat och som förbjuder apotekarna inom organisationens ansvarsområde att utanför sina apotek göra reklam för sedvanliga apoteksvaror som de har tillstånd att saluföra,³⁴ bestämmelser om högsta antal timmar för öppethållande i butikerna och perioder när dessa skall vara stängda,³⁵ förbud för detaljhandeln att hålla öppet på söndagar,³⁶ en bestämmelse enligt vilken modersmjölkersättning i princip bara får säljas på apotek,³⁷ ett distributionssystem, som detaljhandeln med tobak förbehålls, försäljningsställen som fått tillstånd av det allmänna,³⁸ en bestämmelse som förbjuder sändning av TV-sända reklaminslag till förmån för den ekonomiska distributionssektorn,³⁹ förbud mot försäljning med synnerligen låg vinstmarginal,⁴⁰ totalförbud mot reklam som riktar sig till barn under tolv

33 — Se ovan.

34 — Dom av den 15 december 1993 i mål C-292/92, Hünermund m.fl. (REG 1993, s. I-6787; svensk specialutgåva, volym 14, s. 467).

35 — Dom av den 2 juni 1994 i de förenade målen C-401/92 och C-402/92, 'Tankstation 't Heukske vof m.fl. (REG 1994, s. I-2199).

36 — Dom av den 2 juni 1994 i de förenade målen C-69/93 och C-258/93, Punto Casa och PPV (REG 1994, s. 2355).

37 — Dom av den 29 juni 1995 i mål C-391/92, kommissionen mot Grekland (REG 1995, s. I-1621).

38 — Dom av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero (REG 1995, s. I-4663).

39 — Dom av den 9 februari 1995 i mål C-412/93, Leclerc-Siplec (REG 1995, s. I-179).

40 — Dom av den 11 augusti 1995 i mål C-63/94, Belgapom (REG 1995, s. I-2467).

32 — Dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Dassonville (REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343).

år och mot vilseledande reklam,⁴¹ förbud för producenter och importörer av alkohol-drycker att i en stat sprida reklam som riktar sig till konsumenter,⁴² och en begränsning av ambulerande försäljning i ett visst förvaltningsdistrikt till att endast tillåtas för försäljare som samtidigt i detta förvaltningsdistrikt bedriver sin näringsverksamhet från ett fast driftställe, där de också säljer varorna i fråga.⁴³

3. Huruvida den omtvistade lagstiftningen är berättigad med hänsyn till skyddet för miljön i Tyskland

62. Mot bakgrund av ovannämnda exempel är det svårt att påstå att de tyska bestämmelserna endast utgör en försäljningsform, eftersom den påtryckning som de medför på tillverkarna står i direkt relation till vilken typ av förpackning varan saluförs i. De utgör således bestämmelser som avser produkternas karaktär.

63. Med hänsyn till ovan angivna skäl anser jag att kommissionen har rätt i sitt påstående att bestämmelserna i 8.1 och 9.2 §§ i den ovannämnda förordningen utgör åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion, som är förbjuden enligt artikel 28 EG.

64. Tyskland har till sitt försvar anfört att 8 och 9 §§ i förpackningsförordningen är berättigade på grund av tvingande hänsyn av allmänintresse, eftersom de eftersträvar tre mål med anknytning till miljöpolitiken, nämligen att undvika avfall, att hantera avfall på bästa sätt samt att bevara landskapet genom att undvika okontrollerad avfallsdumpning. Tyskland har hävdatt att bestämmelserna inte bara grundas på resultaten från ekobalanser, och att verkan av dem därför inte bara skall bedömas mot bakgrund av den sträcka som de återanvändbara tomflaskorna måste transporteras när de återförs till ursprungslandet. De ovannämnda målen uppnås tack vare en hög andel returnerade flaskor, oberoende av hur långt flaskorna transporteras och av om de är av nationellt eller utländskt ursprung. Det finns ingen annat åtgärd som staten kan vidta som vore lika effektiv för att uppnå dessa mål som att aktörerna tar ut en pant för varje engångsförpackning. Enligt Tyskland skulle det tyska systemet inte kunna fungera om mineralvattenförpackningar från andra medlemsstater undantogs från denna pant, eftersom snedvridning av konkurrensen då skulle skapas mellan de företag som saluför sina produkter i engångsförpackningar. Tyskland har tilläggvis anfört att de ovannämnda bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten, i synnerhet med de försiktighetsprinciper och principer om att förebygga åtgärder skall vidtas som anges i artikel 174.2 EG, i enlighet med vilka medlemsstaterna ges ett visst utrymme för skönsmässig bedöm-

41 — Dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95-C-36/95, De Agostini och TV-shop (REG 1997, s. I-3843).

42 — Dom av den 8 mars 2001 i mål C-405/98, Gourmet (REG 2001, s. I-1795).

43 — Dom av den 13 januari 2000 i mål C-254/98, TK-Heimdienst (REG 2000, s. I-151).

ning vid avvägning av det miljöpolitiska intresset.⁴⁴

65. Enligt domstolens fasta rättspraxis kan en nationell bestämmelse som utgör ett hinder för handel inom gemenskapen vara berättigad av sådana hänsyn till skyddet av miljön som åberopats av den tyska regeringen.⁴⁵ Det fordras dock i ett sådant fall att den står i proportion till det åsyftade målet och att detta mål inte skall kunna uppnås genom åtgärder med mindre begränsande verkan på handeln inom gemenskapen.⁴⁶

66. Svaranderegeringen har inte övertygat mig om att det med hänsyn till skyddet för miljön är nödvändigt med en bestämmelse som innebär att företagen varje gång som andelen återanvändbara förpackningar i lan-

det understiger 72 procent förlorar möjligheten att undgå att ta ut en pant per engångsförpackning genom att delta i ett system för hantering av förpackningar och förpackningsavfall, såvida inte 1991 års andel återanvändbara förpackningar uppnås inom företagens verksamhetssektor.

67. För det första har det inte framgått varför det från miljösynpunkt är att föredra att 72 procent återanvändbara förpackningar cirkulerar i landet, i stället för till exempel 60, 70 eller 80 procent. Jag känner heller inte till vilka miljöskyddsskäl som talar för att det resultat som uppnåddes 1991 måste fixeras för framtiden, utan något utrymme för flexibilitetskriterier knutna till beteende och val hos ekonomiska aktörer och konsumenter. Det måste sägas att om andelen återanvändbara mineralvattenflaskor uppgick till 91,33 procent det året så är möjligheten minimal för tillverkare som använder engångsflaskor att undgå skyldigheten att ta ut pant genom att delta i ett integrerat hanteringssystem, och det är främst utländska tillverkare som använder den typen av flaskor.

44 — Svaranderegeringen har till stöd för detta påstående åberopat två av domstolens domar som jag inte anser relevanta. Den första, av den 14 juli 1983 i mål 174/82, Sandoz (REG 1983, s. I-2445; svensk specialutgåva, volym 7, s. 221), vid vilken tidpunkt denna bestämmelse ännu inte hade införts i fördraget, gällde förhandsgodkännande för försäljning av vitaminerade livsmedel. I den andra, av den 15 september 1994 i mål C-293/93, Houtwipper (REG 1994, s. I-4249), medges medlemsstaterna mycket riktigt ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, men i det målet var det fråga om valet mellan en förhandskontroll av ett oberoende organ och ett förbud mot försäljning av ädelmetallföremål utan kontrollstämpel.

45 — Dom av den 7 februari 1985 i mål 240/83, ADBHU (REG 1985, s. 531), och av den 20 september 1988 i mål 302/86, kommissionen mot Danmark (REG 1988, s. 4607; svensk specialutgåva, volym 9, s. 579), punkt 9.

46 — Dom i det ovan i fotnot 41 nämnda målet De Agostini och TV-shop, punkt 45, av den 23 oktober 1997 i mål C-189/95, Franzén (REG 1997, s. I-5909), punkt 75, samt av den 14 juli 1998 i mål C-389/96, Aher-Waggon (REG 1998, s. I-4483), punkterna 18–20.

I domen i målet kommissionen mot Danmark⁴⁷ gjorde domstolen, som redan känt är,

47 — Se ovannämnda dom, punkt 21.

den bedömningen att en begränsning av den mängd produkter som importörer får saluföra är oproportionerlig i förhållande till det eftersträlvade målet. I det målet fick tillverkarna enligt den danska lagstiftningen saluföra högs. 3 000 hl öl och läskedrycker per år i icke godkända förpackningar, under förutsättning att dessa var återanvändbara och att en pant togs ut för varje förpackning.

69. För det tredje tycks den tyska regeringen, i sin strävan efter att främja återanvändbara flaskor för att skydda miljön från konsekvenserna av materialutnyttjande och återvinning av engångsförpackningar, inte ha tagit hänsyn till andra faktorer (som rengörings- och steriliseringsbehandling av de återfyllbara förpackningarna, bränslekonsumtion, utsläpp i atmosfären och vägsitage om transportavståndet överstiger ett visst antal kilometer, med en oundviklig ökning av trafiktäthet och olycksrisker), som kan tjäna som motvikt när de påstådda miljömässiga fördelarna övervägs på så sätt att engångsförpackningar därvid skulle kunna framstå som ett från miljösynpunkt intressant alternativ.

68. För det andra förstår jag inte varför möjligheten till undantag från pant för engångsflaskor åter införs när andelen når 72 procent, om det verkligen är fråga om att, må det vara indirekt, undvika uppkomsten av förpackningsavfall genom att främja återanvändbara förpackningar. Pantskyldigheten medför säkerligen att en mycket högre andel av tomflaskorna returneras av konsumenten, som dessutom snabbt finner sig i att betala panten. När detta system väl har införts, vilket inte är en lätt sak, frågar jag mig vilka fördelar som finns med att vända tillbaka, med den förutsebara konsekvensen att användningen av återanvändbara förpackningar åter sjunker, vilket medför en dragpelseffekt som kan innebära att användares, tillverkares och distributörers vanor blir instabila, för att inte tala om den tillbakagång det innebär för hantering av förpackningsavfall och bevarande av landskapet.

70. För det fjärde skall medlemsstaterna enligt artikel 7 i direktiv 94/62 införa system, såväl för retur eller insamling av förpackningar som för återanvändning eller återvinning, vilka är öppna för berörda ekonomiska aktörer, gäller för importerade produkter på icke-diskriminerande villkor och är så utformade att handelshinder eller snedvridning av konkurrensen undviks i enlighet med fördraget. Det tycks mig oberättigat att de offentliga myndigheterna, när insamlingssystem väl har införts i en stat, temporärt hindrar vissa ekonomiska aktörer från att delta, av den anledningen att statens medborgare har ändrat sina vanor för dryckeskonsumtion och föredrar att köpa dryck i ej återfyllbara flaskor, och myndigheterna fortsätter med detta så länge det inte kan konstateras att trenden har vänt. Detta utgör en begränsning av den fria rörligheten för

varor som inte står i proportion till de obetydliga fördelar som det innebär för skyddet av miljön. Enligt min åsikt innehåller direktiv 94/62 tillräckligt med mekanismer för att de tyska myndigheterna både skall kunna säkerställa detta skydd och anta tillräckligt stabila bestämmelser som underlättar för exportföretagen att på medellång och lång sikt planera vilken typ av förpackning som är lämplig vid saluförande av mineralvatten i Tyskland.

71. För det femte är jag inte överens med den tyska regeringen om att domstolen har erkänt behovet av generella bestämmelser för att en stat och dess institutioner skall kunna tillfredsställa tvingande hänsyn avseende ekonomiska åtgärders genomförbarhet. I föreliggande fall vill den tyska regeringen, utanför sitt sammanhang, till bestämmelser som myndigheterna i ett land har antagit för att i praktiken införa en genom ett direktiv godkänd valmöjlighet, utsträcka tillämpningen av den rättspraxis enligt vilken gemenskapens institutioner, skall övervaka att de bördor som de genom utövande av sina befogenheter ålägger ekonomiska aktörer står i överensstämmelse med de eftersträlvade målen. Denna skyldighet skall inte bedömas mot bakgrund av de särskilda förhållanden som gäller för en viss grupp av aktörer, eftersom en sådan bedömning med hänsyn till mångfalden och komplexiteten i ekonomiska förhållanden inte bara

vore ogenomförbar, utan också skulle innebära en ständig källa till rättsosäkerhet.⁴⁸

72. Slutligen delar jag inte åsikten att det, för att främja användningen av återanvändbara förpackningar, är en lämplig åtgärd att införa pantskyldighet för engångsförpackningar. Det som med all säkerhet uppnås är att köparen eller någon annan berörd person lämnar tillbaka de tomma förpackningarna för att återfå det betalda beloppet, vilket i sig inte är så litet, men om konsumenten måste betala oavsett vilken förpackning han eller hon än väljer, brukar valet falla på den som är bekvämast för konsumenten och inte nödvändigtvis på den som är miljövänligast.

73. Av denna argumentation framgår att de omstridda tyska bestämmelserna inte kan anses berättigade på grund av tvingande miljöskyddshänsyn som kan begränsa tillämpningen av artikel 28 EG, eftersom bestämmelserna inte uppfyller proportionalitetsprincipen.

74. Mot bakgrund av ovannämnda skäl anser jag att Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 5 i direktiv 94/62 och artikel 28 EG, liksom enligt artikel 3 i direktiv 80/777, jämförda

48 — Dom av den 24 oktober 1973 i mål 5/73, Balkan (REG 1973, s. 1091), punkt 22.

med punkt 2 d i bilaga 2, genom att tillämpa 8.1 och 9.2 §§ i förpackningsförordningen på mineralvatten som skall tappas vid källan.

75. Kommissionens talan är således välgrundad, varför Tysklands fördragsbrott skall fastställas.

VI — Rättegångskostnader

76. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom jag föreslår att kommissionens talan skall bifallas och det har yrkats att Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, skall denna stat förpliktas att ersätta dessa.

VII — Förslag till avgörande

77. I överensstämmelse med skälen ovan föreslår jag att domstolen skall

- 1) fastställa att Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 94/62/EG av den 20 december 1994 om förpackningar och förpackningsavfall och enligt artikel 28 EG, liksom enligt artikel 3 i rådets direktiv 80/777/EEG av den 15 juli 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om utvinning och saluförande av naturliga mineralvatten, jämförda med punkt 2 d i bilaga 2, genom att tillämpa 8.1 och 9.2 §§ i förpackningsförordningen av den 21 augusti 1998 på mineralvatten som skall tappas vid källan, och
- 2) förplikta Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.