FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 30. september 1999 *

Indhold

I — Indledning I-4789

II — Det retlige grundlag I-4789

A — Fællesskabsbestemmelserne I-4789

B — De nationale bestemmelser I-4792

III — De faktiske omstændigheder I-4792

IV — De præjudicielle spørgsmål I-4794

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål I-4795

A — Formaliteten I-4795

B — Realiteten I-4796

1. De problemer, der rejser sig i forbindelse med bestemmelserne i direktiv 91/689 I-4796

a) Traktatens artikel 130 R og 130 T I-4796

b) Direktiv 91/689 ..... I-4798

2. Domstolens alternativer I-4803

a) De omhandlede bestemmelser i direktivet anses for ugyldige I-4803

b) Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål, uanset om bestemmelserne i direktivet er ugyldige eller ej I-4806

i) Besvarelse af det første spørgsmål I-4806

ii) Besvarelse af det sjette spørgsmål I-4808

iii) Besvarelse af det andet og tredje spørgsmål I-4808

iv) Besvarelse af det fjerde og femte spørgsmål I-4810

3. Løsningsforslag I-4810

VI — Forslag til afgørelse I-4811

* Originalsprog: græsk.

I — Indledning

1. I den foreliggende sag har Pretura di Udine, Sezione Distaccata di Cividale del Friuli, forelagt Domstolen en række præjudicielle spørgsmål i forbindelse med en straffesag, der er rejst mod visse personer, der står tiltalt for at have aflæsset farligt affald på en losseplads, som ikke var godkendt til dette formål. De stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 4, i Rådets direktiv 91/689/EØF af 12. december 1991 om farligt affald [1] og af Rådets beslutning 94/904/EF af 22. december 1994 om udarbejdelse af en liste over farligt affald i henhold til artikel 1, stk. 4, i direktiv 91/689/EØF [2].

II — Det retlige grundlag

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

2. Bestemmelserne i direktiv 91/689 blev vedtaget som led i de fællesskabsregler vedrørende bortskaffelse af affald, der blev indført ved Rådets direktiv 75/442/EØF [3], som ændret ved Rådets direktiv 91/156/EØF (herefter »direktiv 75/442«) [4].

3. Med direktiv 75/442 vedtoges en fællesskabslovgivning om håndtering (transport, indsamling, lagring, deponering og behandling) af affald. Med henblik herpå gav direktivet definitioner på visse grundbegreber, bl.a. på begrebet »affald« (artikel 1). Endvidere præciserede denne fællesskabslovgivning de miljømæssige mål, som medlemsstaterne skulle have for øje ved håndteringen af affald (artikel 4). Samtidig fastlagde direktivet regler for udformning og udstedelse af tilladelser og for kontrollen med bortskaffelsen, idet det overlod vide beføjelser til medlemsstaterne, heriblandt at oprette eller udpege de nationale myndigheder, som det påhviler at gennemføre bestemmelserne i direktivet (artikel 5 og 6).

4. Ifølge tredje betragtning til direktiv 91/689 »[finder] de generelle bestemmelser om behandling af affald, der er fastsat i Rådets direktiv 75/442/EØF [...], ligeledes anvendelse på farligt affald«. Men i fjerde betragtning tilføjes det, at »den korrekte behandling af farligt affald kræver supplerende og strengere bestemmelser, hvorved

1 — EFT L 377, s. 20.
2 — EFT L 356, s. 14.
3 — Direktiv af 15.7.1975 om affald (EFT L 194, s. 39).
4 — Direktiv af 18.3.1991 om ændring af direktiv 75/442 om affald (EFT L 78, s. 32).

der tages hensyn til dette affalds særlige karakter«.

5. Direktiv 91/689 [5] udgør en lex specialis i forhold til direktiv 75/442, således som det fremgår af artikel 1 i direktiv 91/689, hvor der i stk. 3 henvises til de definitioner, som står i bestemmelserne i direktiv 75/442, med undtagelse af begrebet »farligt affald«, som defineres i artikel 1, stk. 4 [6]. Definitionen har følgende ordlyd:

»I nærværende direktiv forstås ved 'farligt affald':

— affald, der er opført på en liste, som senest seks måneder før tidspunktet for nærværende direktivs iværksættelse udarbejdes efter fremgangsmåden i artikel 18 i direktiv 75/442/EØF og på grundlag af bilag I og II til nærværende direktiv; dette affald skal have en eller flere af de egenskaber, der er opregnet i bilag III; ved listens udarbejdelse tages der hensyn til affaldets oprindelse og sammensætning og, når det er relevant, grænseværdierne for koncentration; listen gennemgås med regelmæssige mellemrum og revideres om fornødent efter samme fremgangsmåde

— al anden form for affald, hvorom en medlemsstat mener, at det udviser en eller flere af de egenskaber, der er opregnet i bilag III; sådanne tilfælde meddeles Kommissionen og gennemgås efter fremgangsmåden i artikel 18 i direktiv 75/442/EØF med henblik på tilpasning af listen.«

6. Bilag I til direktiv 91/689 er opdelt i to dele (bilag I.A og bilag I.B). Disse bilag indeholder henholdsvis 18 og 22 almindelige kategorier eller typer af farligt affald, kendetegnet ved deres art eller den aktivitet, hvorved de er blevet fremstillet. Bilag II opregner 51 stoffer, der gør det i bilag I.B nævnte affald farligt, når det har de i bilag III nævnte egenskaber; bilag III opregner 14 egenskaber, der gør affaldet farligt.

7. Det fremgår af femte betragtning til direktiv 91/689, at »for at gøre behandlingen af farligt affald i Fællesskabet mere effektiv er det nødvendigt at anvende en præcis og ensartet definition af farligt affald, der er baseret på erfaring«. Definitionen af disse kategorier udgør fællesnævneren for farligt affald i Fællesskabet.

8. Den liste, der henvises til i artikel 1, stk. 4, første led, i direktiv 91/689 (herefter »fællesskabslisten«), blev udarbejdet i hen-

5 — Dette direktiv erstattede Rådets direktiv 78/319/EØF af 20.3.1978 om giftigt og farligt affald (EFT L 84, s. 43).

6 — Det tidligere vedtagne direktiv 78/319 udgjorde et selvstændigt regelgrundlag og ikke et supplement til den ramme, som direktiv 75/442 udgør.

hold til beslutning 94/904 og er ikke siden blevet ændret.

9. Efter at listen er udarbejdet, findes der nu for det første en række typer af affald, der er kvalificeret som farligt i hele Fællesskabet. Det drejer sig om kategorier af affald, der falder ind under artikel 1, stk. 4, første led, i direktiv 91/689, og som er optaget på den fællesskabsliste, der er opstillet efter proceduren i artikel 18 i direktiv 75/442 [7].

10. For det andet findes der også andre kategorier af affald, som kun kvalificeres som farlige af en eller flere medlemsstater. Det drejer sig om affald, som er omhandlet i artikel 1, stk. 4, andet led, og som kvalificeres som farlige af de kompetente myndigheder i en medlemsstat, fordi de mener, at det har en af de egenskaber, der er opregnet i bilag III til direktiv 91/689, uden at det kræves angivet, hvorfra affaldet stammer [8].

11. Den medlemsstat, der kvalificerer en affaldskategori som farlig, er forpligtet til at underrette Kommissionen herom. Den kan anvende bestemmelserne i direktiv 91/689 på den konkrete affaldstype. Det anføres i øvrigt i punkt 4 i bilaget til beslutning 94/904, at »ifølge artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689/EØF er andet affald end det, som er opført på nedenstående liste, *farligt affald*, når en medlemsstat anser det for at have nogle af de egenskaber, der er angivet i bilag III til samme direktiv. Alle sådanne tilfælde meddeles Kommissionen og vil blive behandlet med henblik på at ændre listen i henhold til artikel 18 i direktiv 75/442/EØF« (min fremhævelse).

12. Meddelelsen til Kommissionen om det affald, der er blevet kvalificeret således af de kompetente nationale myndigheder, tillader denne at tage hensyn til disse tilfælde og at ændre fællesskabslisten efter proceduren i artikel 18 i direktiv 75/442 [9].

7 — I henhold til artikel 18, stk. 1, i direktiv 75/442 bistås Kommissionen inden for rammerne af denne procedure af et udvalg, bestående af repræsentanter for medlemsstaterne, med Kommissionens repræsentant som formand. Kommissionens repræsentant forelægger udvalget et udkast til de foranstaltninger, der skal træffes. Udvalget afgiver udtalelse om dette udkast inden for en frist, som formanden kan fastsætte under hensyntagen til, hvor meget det pågældende spørgsmål haster. Kommissionen vedtager de påtænkte foranstaltninger, når de er i overensstemmelse med udvalgets udtalelse. Er de påtænkte foranstaltninger ikke i overensstemmelse med udvalgets udtalelse, eller er der ikke afgivet nogen udtalelse, forelægger Kommissionen straks Rådet et forslag til de foranstaltninger, der skal træffes. Har Rådet efter udløbet af en frist på tre måneder regnet fra forslagets forelæggelse for Rådet ikke truffet nogen afgørelse, vedtages de foreslåede foranstaltninger af Kommissionen.

8 — Der nævnes følgende egenskaber i bilag III, som gør affaldet farligt: »eksplosiv«, »brandnærende«, »letantændelig«, »antændelig«, »lokalirriterende«, »sundhedsskadelig«, »giftig«, »kræftfremkaldende«, »ætsende«, »smitsom«, »teratogen«, »mutagen«, stoffer og præparater, der ved berøring med vand, luft eller syre frigør giftige eller meget giftige luftarter, og stoffer og præparater, der efter bortskaffelse kan resultere i et andet stof, f.eks. et udvaskningsprodukt, med en af de ovenfor anførte egenskaber. Den sidste kategori er det affald, der betegnes som »økotoksisk«.

9 — Kommissionen anfører i sine skriftlige bemærkninger, at den ikke har modtaget særligt mange meddelelser fra nationale myndigheder om kvalificering af affald som farligt, og at den snart går i gang med den første opdatering af listen. Der er dog ikke indkommet en eneste meddelelse fra Italien.

B — *De nationale bestemmelser*

13. Som den nationale ret forklarer, gennemførte lovdekret nr. 22/97 af 5. februar 1997 bl.a. direktiv 91/156/EØF og 91/189/EØF i det italienske retssystem [10] og ophævede en stor del af den tidligere gældende lovgivning, særligt præsidentdekret nr. 915/82, som bl.a. havde gennemført direktiv 75/442 [11]. Den nye ordning erstattede begrebet giftigt affald med begrebet farligt affald.

14. I artikel 7, stk. 4, i lovdekret nr. 22/97 bestemmes det, at der »ved farligt affald forstås affald, som ikke er husholdningsaffald, der er opført på listen i bilag D på grundlag af bilagene G, H og I« [12]. Bilag D gentager ordret fællesskabslisten, som blev indført med beslutning 94/904, og bilagene G, H og I svarer til bilag I, II og III i direktiv 91/689.

15. Derudover bestemmer artikel 50 i lovdekret nr. 22/97, at indsamling, transport og destruktion af affald uden forudgående tilladelse udgør et strafbart forhold.

III — De faktiske omstændigheder

16. Under et kontrolbesøg på Verdeindustria Srl's losseplads den 11. marts 1994 blev der i forbindelse med aflæsning af affald opdaget noget giftigt affald, som ud fra en granskning af de relevante dokumenter viste sig at stamme fra virksomheden Fincantieri — Cantieri Navali Italiani SpA i Monfalcone. Den pågældende losseplads havde ikke tilladelse til aflæsning af den type affald.

17. De embedsmænd, der foretog kontrollen, konstaterede tilstedeværelsen af nogle blikbeholdere og en tromle med påtegnelsen ICI polyurethan. Materialet blev beslaglagt, og der blev udtaget prøver, som blev overgivet til anklagemyndigheden med betegnelsen giftigt og skadeligt affald i henhold til præsidentdekret nr. 915/82. Der indledtes derpå straffesag mod de efter loven ansvarlige [13], som fastlagt i artikel 26

10 — GURI, ordinært tillæg, nr. 33, af 15.2.1997.

11 — Dekret af 10.9.1982, GURI af 15.12.1982, nr. 343, s. 9071. Den nationale ret har herudover forklaret, at lovdekret nr. 22/97 efterfølgende blev ændret ved lovdekret nr. 389/97 af 8.11.1997. Endelig udstedtes ministerielt dekret nr. 141/98 af 11.3.1998 »om bortskaffelse af affald og om klassificering af farligt affald, der lagres på lossepladser«.

12 — Henvisningen til bilagene G, H og I blev indført med lovdekret nr. 389/97.

13 — Fornasar og hans medtiltalte anfører konkret i deres skriftlige bemærkninger, at der blev rejst straffesag mod tre ansatte i virksomheden Fincantieri, mod den ansvarlige for transportfirmaet og mod to, der var ansvarlige for lossepladsen.

i præsidentdekret nr. 915/82, for at have aflæsset »giftigt og skadeligt affald« under betegnelsen specialaffald uden forudgående tilladelse.

18. Under sagens forløb trådte direktiv 91/689 og lovdekret nr. 22/97, som ændret ved lovdekret nr. 389/97, i kraft. Artikel 2 i den italienske straffelov fastsætter: »Ingen kan straffes for et forhold, som ifølge senere lovgivning ikke er strafbart«. Derfor måtte den nationale ret undersøge, om de tiltaltes adfærd, ud fra artikel 26 i præsidentdekret nr. 915/82, som i mellemtiden var blevet ophævet, udgjorde den i artikel 50 i lovdekret nr. 22/97 anførte lovovertrædelse, og især, om det affald, der blev opdaget på Verdeindustria Srl's losseplads, udgjorde farligt affald, som der ikke forelå nogen tilladelse til at bortkaste på denne losseplads.

19. Under sagen viste der sig behov for at få præciseret karakteren af de i tromlen forefundne stoffer, og retten beordrede en sagkyndig undersøgelse foretaget. Det blev pålagt den sagkyndige at analysere affaldet og udtale sig om, hvorvidt det måtte klassificeres som farligt affald, og om affaldets oprindelse kunne have betydning for klassificeringen.

20. Den sagkyndige fastslog, efter at have analyseret det stof, der var i tromlen, at stoffet indeholdt [methylen]diphenyldiisocyanat (herefter »MDI«) og en isomerforbindelse heraf. Den sagkyndige præciserede, at isocyanaterne er yderst sundhedsfarlige for mennesker, idet selv meget små koncentrationer af dem i luften, i størrelsen en milliardendedel, kan fremkalde meget alvorlig åndedrætsbesvær, undertiden med dødelig udgang. Den sagkyndige gjorde desuden opmærksom på vanskelighederne med at indplacere det nævnte stof på listen i bilag D til lovdekret nr. 22/97, da de pågældende klassificeringer refererer til affaldets oprindelse, der ifølge den nationale ret i det foreliggende tilfælde ikke kunne fastslås med sikkerhed.

21. Den nationale ret anfører, at affaldets oprindelse i det foreliggende tilfælde ikke kan fastslås med sikkerhed, dvs. at den produktionsproces, som stoffet hidrører fra, ikke kan identificeres. Det fremgik af de dokumenter, som ledsagede affaldet, og af de afgivne vidneforklaringer, at hele mængden af det affald, som blev kørt til lossepladsen, stammede fra Fincantieri. På grund af denne virksomheds størrelse og mangeartede aktiviteter kan det ikke lade sig gøre nøjagtigt at fastslå, hvad stoffet skulle bruges til [14].

22. Ifølge den nationale ret giver heller ikke typen af det i tromlen forefundne stof mulighed for at fastslå, hvad der konkret

14 — Den nationale ret anfører, at der på Fincantieri's anlæg forefindes forskellige træbehandlingsværksteder, idet der der bygges skibe; arbejdet går lige fra fremstilling af plader med henblik på bygning af skibe i bassin til udstyr til den indvendige beklædning; den pågældende virksomhed driver aktiviteter inden for skibsbygning, mekanik og hermed beslægtede områder, bl.a. udstyr, reparation og ophugning af skibe.

var dets brug, da stoffet kan anvendes på mange måder [15].

23. Den nationale ret rejser for det første spørgsmålet om fortolkningen af bestemmelsen i artikel 1, stk. 4, i direktiv 91/689 og af beslutning 94/904 med hensyn til begrebet farligt affald og med hensyn til, om den klassificering, som er indført ved beslutning 94/904, er udtømmende og bindende [16].

24. For det andet finder den nationale ret, at der er behov for en vurdering af den måde, hvorpå mekanismen med at supplere kategorien af farligt affald fungerer, som det er fastsat i artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689, samt af den eventuelle automatiske supplering af listen med de konsekvenser, dette kan få også på medlemsstatsniveau.

IV — De præjudicielle spørgsmål

25. Pretura di Udine, Sezione Distaccata di Cividale del Friuli, har med henblik på at afgøre den for denne ret verserende sag forelagt Domstolen nedenstående seks præjudicielle spørgsmål:

»1) Er det med henblik på kvalificering af affald som farligt affald efter betydningen i artikel 1, stk. 4, i Rådets direktiv 91/689/EØF og Rådets beslutning 94/904 af 22. december 1994 nødvendigt konkret at fastslå affaldets tilblivelse, som der i listen over farligt affald (vedtaget ved nævnte beslutning) henvises til med henblik på klassificering, eller er det med henblik på disse formål tilstrækkeligt, at stoffet ved sin sammensætning også rent abstrakt kan anvendes i en bestemt produktionsproces eller hidrører fra denne som slutprodukt?

2) Er den ved Rådets beslutning 94/904 vedtagne liste udtømmende, således at der ikke findes stoffer uden for listen, som frembyder de egenskaber, der omhandles i bilag I, II og III til direktiv 91/689/EØF?

3) Såfremt listen over farligt affald ikke anses for udtømmende af Domstolen, kan der da antages at ske en automatisk optagelse af farligt affald på grundlag af bilag I, II og III til direktiv 91/689/EØF?

15 — Den forklarer, at MDI er et basisstof til fremstilling af mange syntetiske former for harpiks, der herefter anvendes til fremstilling af automobildele, møbeldele, plasticdele, beklædningsdele og bestanddele af maling osv. Det finder således udbredt anvendelse i virksomheder inden for diverse områder.

16 — Den anfører, at doktrinen og retspraksis i Italien går i retning af, at optagelsen på listen har en bindende karakter med hensyn til klassificering af affald som farligt.

4) Hvilken fremgangsmåde skal man, jf. herved artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689/EØF benytte i en enkelt medlemsstat, der ønsker at kvalificere sådant affald som farligt, der adskiller sig fra det affald, som er opført på den ved Rådets beslutning 94/904 vedtagne liste, og som har en af egenskaberne ifølge bilag III til direktivet, og hvilket organ påhviler det at foretage bedømmelsen og herefter give meddelelse til Kommissionen?

5) Kan også medlemsstatens domstole være forpligtet til at give meddelelse til Kommissionen?

6) Kræver EF-bestemmelserne, at stoffet '[methylen]diphenyldiisocyanat' (MDI) kvalificeres som farligt affald?«

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål

A — *Formaliteten*

26. To af de tiltalte i hovedsagen har krævet sagen afvist. De gør gældende, at et fællesskabsdirektiv efter Domstolens faste praksis [17] ikke kan skabe forpligtelser for borgerne, og at dette princip skal håndhæves med strenghed, eftersom det er den nationale ret, der skal træffe afgørelse om de tiltaltes strafansvar. De fremfører endvidere, at uanset hvilken fortolkning af fællesskabsbestemmelserne Domstolen vil følge, tilkommer det den forelæggende ret at anvende den for de tiltalte gunstigste nationale bestemmelse. Ifølge doktrinen og retspraksis i Italien er de handlinger, som ligger til grund for tiltalen, ikke længere strafbare under den nye retstilstand. Følgelig udgør de præjudicielle spørgsmål i realiteten en på forhånd tilrettelagt retssag, der har til formål at opnå en fortolkning, som tillader dommeren på ulovlig vis at udvide omfanget af de i straffeloven indeholdte forpligtelser.

27. Hvad angår de rejste formalitetsspørgsmål skal jeg først minde om, at Domstolen ganske vist efter sin faste praksis ikke i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) kan træffe afgørelse om en national retsakts gyldighed i forhold til fællesskabsretten, således som Domstolen ville have mulighed for inden for rammerne af EF-traktatens artikel 169 (nu artikel 226 EF) [18], men den er dog beføjet til at forsyne den nationale ret med alle de under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere de nævnte forskrifters forenelighed

17 — De påberåber sig især dommen af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 36.

18 — Se f.eks. dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa, Sml. 1954-1964, s. 531, org. ref.: Rec. s. 1141, og af 25.6.1997, forenede sager C-304/94, C-330/94, C-342/94 og C-224/95, Tombesi m.fl., Sml. I, s. 3561, præmis 36.

med fællesskabsbestemmelserne med henblik på at træffe afgørelse i den sag, den behandler [19].

28. Endvidere fremgår det af fast retspraksis, at »[det udelukkende] tilkommer de nationale retsinstanser, for hvem de konkrete tvister er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen. En afvisning fra realitetsbehandling af en anmodning fra en national retsinstans er mulig, hvis det viser sig, at den fortolkning af fællesskabsretten eller den efterprøvelse af en fællesskabsregels gyldighed, som den pågældende retsinstans har anmodet om, åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand« [20].

29. Den nationale ret giver efter min opfattelse en forklaring på, hvorfor Domstolens svar vil være til hjælp ved afgørelsen af den for retten verserende tvist, og disse svar ses ikke at savne enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand. I betragtning af ovenstående skal de stillede spørgsmål altså antages til realitetsbehandling, og jeg foreslår derfor Domstolen at behandle dem.

19 — Se f.eks. dom af 12.7.1979, sag 223/78, Grosoli, Sml. s. 2621, præmis 3, og den i fodnote 18 nævnte Tombesi-dom, præmis 36.

20 — Se især dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785, præmis 25 og 26, af 3.3.1994, forenede sager C-332/92, C-333/92 og C-335/92, Eurico Italia m.fl., Sml. I, s. 711, præmis 17, og af 6.7.1995, C-62/93, BP Supergaz, Sml. I, s. 1833, præmis 10, samt Tombesi-dommen, fodnote 18, præmis 38.

B — *Realiteten*

30. Bestemmelserne i direktiv 91/689 rejser visse spørgsmål angående deres forenelighed med EF-traktatens artikel 130 R (efter ændring nu artikel 174 EF) og EF-traktatens artikel 130 T (nu artikel 176 EF) (a). Vedrørende disse spørgsmål har Domstolen to fortolkningsalternativer (b): Enten kan den fastslå, at de omhandlede bestemmelser i direktiv 91/689 er ugyldige, eller den kan besvare de præjudicielle spørgsmål fra den forelæggende ret uden at anfægte direktivets gyldighed. Inden jeg formulerer mit eget syn på dette problem (c), skal jeg her forsøge at analysere forskellige sider af de to løsningsmodeller.

1. De problemer, der rejser sig i forbindelse med bestemmelserne i direktiv 91/689

a) Traktatens artikel 130 R og 130 T

31. EF-traktatens artikel 130 S (efter ændring nu artikel 175 EF) [21] udgør hjemmelen for det omtvistede direktiv 91/689, som blev vedtaget inden for rammerne af Fællesskabets indsats for at gennemføre de principper, som fremgår af artikel 130 R. Artikel 130 R handler om Fællesskabets

21 — Når den græske udgave af direktiv 91/689 angiver artikel 130 R som hjemmel i stedet for den korrekte hjemmel artikel 130 S, skyldes dette tydeligvis en fejl.

politik på miljøområdet, som artiklen beskriver, idet den fastlægger kriterier og grænser for fællesskabsinstitutionernes indgreb til beskyttelse af miljøet.

32. Særligt skal her nævnes stk. 2 i artikel 130 R, der rummer de almene principper, som denne specielle fællesskabspolitik bygger på. Det hedder heri, at »Fællesskabets politik på miljøområdet tager sigte på et højt beskyttelsesniveau ...«. Herved fastlægges indholdet af fællesskabslovgivers regulerende indsats på det sårbare område, der hedder miljøbeskyttelse, gennem indførelsen af et kvalitativt kriterium. Tanken om et højt beskyttelsesniveau — der naturligvis ikke munder ud i en forpligtelse for fællesskabslovgiver til at søge at nå det højst mulige beskyttelsesniveau [22] — er bindende for denne og ville kunne danne grundlag for en annullation af en fællesskabsbestemmelse, som ikke opfyldte dette kvalitetskriterium.

33. Forsigtighedsprincippet, som udtrykkeligt fremgår af artikel 130 R, stk. 2, pålægger Fællesskabet at træffe foranstaltninger, selv i tilfælde, hvor faren for at skade miljøet ikke er eksisterende, men blot sandsynlig. Dette almene princips bindende karakter er i øvrigt også anerkendt af Domstolen [23].

34. Af særlig interesse for behandlingen af den foreliggende sag kan det være at henvise til et specielt (negativt) aspekt af forsigtighedsprincippet, hvoraf det følger, at de offentlige myndigheders mulighed for at træffe foranstaltninger, der skønnes nødvendige *ad hoc* for at afværge en miljøfare, ikke må indskrænkes, og det så meget desto mere, hvis denne fare ikke har været konstateret eller »kortlagt« i tidligere lovgivning. Med andre ord ville det være i strid med forsigtighedsprincippet, hvis man på forhånd udtømmende fastlagde de tilfælde, der kræver indgreb fra de offentlige myndigheders side for at afværge en miljøfare, selv om denne fare ikke på forhånd kan beskrives helt konkret.

35. Traktatens artikel 130 T udgør en særlig anvendelse af subsidiaritetsprincippet på miljøbeskyttelsesområdet, et princip, der ligger til grund for fællesskabspolitikken på dette område. Den pågældende artikel giver medlemsstaterne mulighed for at opretholde og anordne strengere beskyttelsesforanstaltninger, selv om de hermed afviger fra

22 — Se herom G. Dellis *Κοινοτικό Δίκαιο Περιβάλλοντος. Οι διαστάσεις της προστασίας του περιβάλλοντος στην κοινοτική έννομη τάξη* («EU-miljøret. Rækkevidden af miljøbeskyttelse inden for Fællesskabets retsorden«), Athen, Ant. N. Sakkoulas, 1998 (431 s.), § 112.

23 — Se dom af 5.5.1998, sag C-157/96, National Farmer's Union m.fl., Sml. I, s. 2211, og generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i denne sag. Af interesse er også generaladvokat Gulmann's forslag til afgørelse, punkt 28, i sag C-405/92, Mondiet (dom af 24.11.1993, Sml. I, s. 6133), og generaladvokat Fennelly's forslag til afgørelse i sag C-67/97, Bluhme (dom af 3.12.1998, Sml. I, s. 8033), af hvilke det klart kan udledes, at selv i mangel af håndfaste beviser på eksistensen af en fare for miljøet udgør forsigtighedsprincippet et tilstrækkeligt grundlag for, at Fællesskabet kan træffe beskyttelsesforanstaltninger.

de eksisterende fællesskabsforanstaltninger til beskyttelse af miljøet, som er indført i medfør af artikel 130 S. Det er dog en betingelse, at de pågældende foranstaltninger er forenelige med traktaten, og at Kommissionen underrettes om dem.

b) Direktiv 91/689

36. I direktiv 91/689 fastsættes de særlige regler, der vedrører en korrekt og ikke-miljøskadelig behandling af farligt affald [24]. Eftersom farligt affald er den kategori affald, hvor der foreligger den største risiko for alvorlig skade på miljøet, er disse regler strengere end dem, der vedrører behandling af andet affald, som anført i sjette betragtning til direktiv 91/689. Desuden står der i direktivets sjette betragtning, at »det er nødvendigt at sikre, at bortskaffelse og nyttiggørelse af farligt affald overvåges i størst muligt omfang«.

37. Gennem dette direktiv tilstræbes det at regulere det omtvistede spørgsmål på udtømmende vis. Fællesskabslovgivningen fastlægger ikke på grundlag af en *generel bestemmelse*, hvilket affald der skal anses for farligt, f.eks. gennem en *vejledende opregning* af de egenskaber, der medfører en sådan karakteristik [25]. Derimod fastsætter den to kategorier af farligt affald. I den første kategori opregnes det affald, som er optaget på en udtømmende fællesskabsliste (artikel 1, stk. 4, første led, i direktiv 91/689) [26]. Den anden kategori omfatter det affald, som medlemsstaterne kvalificerer som farligt, for så vidt betingelserne i direktivets bilag III (artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689) er opfyldt; disse betingelser er formuleret udtømmende, selv om formuleringen er bred. Det skal her bemærkes, at medlemsstaterne er forpligtet til at give underretning om det affald, som de kvalificerer som farligt i henhold til bilag III til direktiv 91/689. Det pågældende affald anses kun for farligt inden for de medlemsstaters territorium, der har kvalificeret det som sådant. Kommissionen undersøger dog også, om det er hensigtsmæssigt at supplere den førnævnte generelle liste over farligt affald, som gælder for samtlige medlemsstater, ved at tilføje det

24 — For en detaljeret gennemgang af direktivet henvises til Nicolas de Sadeleer, *Le droit communautaire et les déchets*, Paris, LGDJ et Bruylant, 1995 (671 s.), s. 293 og især s. 296 ff.

25 — Jeg skal her minde om, at Kommissionen i sit forslag (93 C 271/06) til ændring af direktiv 91/689 [KOM(93) 425 endelig udg., EFT C 271 af 7.10.1993], som endte med ikke at blive vedtaget, havde foreslået medlemsstaterne at indføre definitioner på farligt affald på grundlag af kriterierne i direktivets tre bilag. På denne måde ville listen over farligt affald i stedet for at være bindende blive vejledende (fjerde og femte betragtning til forslaget).
Det er desuden karakteristisk, at det tidligere gældende direktiv 78/319, som blev vedtaget på grundlag af EF-traktatens artikel 100 og 235 (nu henholdsvis artikel 94 EF og 308 EF), definerede giftigt affald i generelle vendinger. Nærmere bestemt fastsattes det i artikel 1 under punkt b), at der ved »giftigt og farligt affald« forstås »affald, som indeholder eller er inficeret med de i bilaget til dette direktiv anførte stoffer eller substanser, der er af en sådan beskaffenhed, og som forefindes i sådanne mængder eller i sådanne koncentrationer, at de udgør en fare for sundhed eller miljø«; endvidere bestemtes det i Kommissionens forslag til direktivet, som blev forelagt Rådet den 16.8.1988 (KOM(88) 391 endelig udg. — SYN 145, EFT C 295 af 19.11.1988, s. 8) i artikel 1, stk. 1, i den version, der byggede på Europa-Parlamentets ændring (nr. 30) (EFT C 158 af 26.6.1989, s. 238), at »denne forordning tager sigte på at fastsætte fælles mindsteregler for forvaltningen af farligt affald.« Endvidere henvistes der i artikel 1, stk. 2, i den oprindelige udformning af Kommissionens forslag til bilag I, II og III med henblik på en definition af »farligt affald«; særligt anførtes det (tredje led), at der ved »farligt affald« forstås »ethvert andet affald, som besidder nogen af de i bilag III anførte egenskaber«.

26 — Jeg skal her minde om, at første betragtning til Rådets direktiv 94/31/EF af 27.6.1994 om ændring af direktiv 91/689 om farligt affald (EFT L 168, s. 28), som forlængede medlemsstaternes frist for at gennemføre direktiv 91/689, udtrykkeligt nævner udarbejdelsen af en bindende liste over farligt affald.

affald, der er blevet kvalificeret som farligt af en eller flere medlemsstater i henhold til direktivets artikel 1, stk. 4, andet led.

38. Denne specielle ordning inden for Fællesskabet, som direktiv 91/689 har indført til styring af farligt affald, fremkalder tre fortolkningsspørgsmål med hensyn til dens forenelighed med bestemmelserne i den primære ret, spørgsmål, som jeg vil behandle i det følgende, idet jeg begynder med det mindste og fortsætter med dem, der har størst juridisk interesse.

39. For det første er det min opfattelse, at både kravet om en forudgående kvalificering af affald som farligt og den ovennævnte forudgående meddelelse til Kommissionen fra en medlemsstats side om denne kvalificering ikke kan betragtes som væsentlige forudsætninger for, at dette affald kan anerkendes som farligt i direktiv 91/689's forstand [27]. En sådan fortolkning ville være i direkte modstrid med principperne om forsigtighed og forebyggende indsats: en medlemsstat — der fungerer som fællesskabsmyndighed inden for rammerne af direktivet og følger en særlig fællesskabsprocedure — kan ikke konstatere, at et konkret affald er farligt ifølge direktivets bilag III, uden straks at anvende de beskyttelsesforanstaltninger, som denne særlige fællesskabslovgivning har fastsat til beskyttelse af miljøet. Med andre ord er den blotte konstatering fra en offentlig myndigheds side i en medlemsstat af, at et affald opfylder betingelserne i direktiv 91/689's bilag III, tilstrækkelig til, at direktivet finder umiddelbar anvendelse, selv om dette affald ikke forinden er blevet kvalificeret som farligt i henhold til en særlig national procedure og/eller derved, at Kommissionen er blevet underrettet om denne kvalificering.

40. Jeg kommer herefter til det næste fortolkningsspørgsmål, der er langt vigtigere. Det kan *a contrario* udledes af ordene i direktiv 91/689, at medlemsstaterne ikke har nogen mulighed for at kvalificere affald som farligt og træffe de foreskrevne foranstaltninger, medmindre direktivets bilag III kan finde anvendelse i den konkrete situation. Med andre ord udgør bilag III det regelgrundlag, der giver medlemsstaterne mulighed for at træffe strengere beskyttelsesforanstaltninger på grundlag af den eksisterende fællesskabsliste over farligt affald. På denne måde har fællesskabslovgiver ønsket at indføre en udtømmende regulering af spørgsmålet om farligt affald. Men denne løsning kan dog ikke godtages, da den ville være i direkte modstrid med bestemmelserne i traktatens artikel 130 T. Naturligvis kan direktiv 91/689 bestemme, at der inden for den særlige beskyttelsesordning, som dette skaber (nemlig udarbejdelsen af en udtømmende fællesskabsliste, som kan udvides på medlemsstaternes initiativ, som ovenfor anført), gives medlemsstaterne mulighed for at kvalificere det affald som farligt — stadig i direktivets forstand — der falder ind under dette direktivs anvendelsesområde og særlig under bilag III; på denne måde suppleres den særlige fællesskabsordning til beskyt-

27 — Jf. N. de Sadeleer, fodnote 24, s. 307.

telse og styring af farligt affald. Men denne mulighed kan dog på ingen måde udelukke medlemsstaternes beføjelse, der hidrører direkte fra artikel 130 T, til for det første at opretholde og indføre deres egen definition af begrebet farligt affald[28], og for det andet at træffe egnede foranstaltninger til at beskytte miljøet mod farligt affald; det er selvfølgelig en forudsætning, at betingelserne i traktatens artikel 130 T er opfyldt, dvs. at der gennem de pågældende foranstaltninger opnås en strengere miljøbeskyttelse, som er i overensstemmelse med de øvrige bestemmelser i traktaten.

41. Hvis det derfor antages, at den bestående fællesskabslovgivning søger at begrænse medlemsstaternes muligheder for at anse visse former for affald for farligt og for at træffe foranstaltninger til at beskytte miljøet, idet denne lovgivning pålægger de nationale myndigheder for det første, at de forinden skal kvalificere det pågældende affald som farligt, og for det andet, at de kun må give denne betegnelse til affald, som besidder de egenskaber, der er beskrevet i bilag III til det omhandlede direktiv, så er dette direktiv i strid med traktatens artikel 130 T.

42. Såfremt man fortolker direktiv 91/689 i lyset af traktatens artikel 130 T, må det lægges til grund, at der ud over den særlige fællesskabsordning til beskyttelse mod farligt affald, som direktivet har indført, altid består en mulighed for i medfør af artikel 130 T at skabe et selvstændigt nationalt system til beskyttelse mod farligt affald. Med andre ord åbner der sig to muligheder for en medlemsstat, der finder listen i direktivets artikel 1, stk. 4, første led, utilstrækkelig. Dels kan medlemsstaten kvalificere affald, som besidder de egenskaber, der er nævnt i direktivets bilag III, som farligt og derpå underrette Kommissionen, hvilket for det første fører til, at det omtvistede direktiv finder anvendelse på dette affald, og for det andet, at Kommissionen kan undersøge muligheden af at optage det på listen. Men den samme medlemsstat har desuden altid mulighed for i henhold til traktatens artikel 130 T at træffe sine egne foranstaltninger til en strengere beskyttelse af miljøet, også uden for direktivets rammer. Denne løsning påbydes dels af subsidiaritetsprincippet, og dels af forsigtighedsprincippet og princippet om fællesskabsinstitutionernes forebyggende indsats inden for miljøbeskyttelse.

28 — Dvs. at traktatens artikel 130 T tillader medlemsstaterne at betegne affald som farligt, når dette bevisligt enten har andre egenskaber, som (efterfølgende eller eksisterende) videnskabelige undersøgelser anser for at være farlige, eller giver ekstra vægt til de allerede fastlagte kriterier, som danner grundlaget for at kunne betegne de egenskaber, der opregnes i bilag III, som farlige, når de forekommer i affald. De kan f.eks. anse affald for »ætsende« ikke kun, når det drejer sig om »stoffer og præparater, der ved berøring med levende væv kan ødelægge dette«, som angivet i bilag III (under punkt H8), men også når det blot kan skade vævet; se herom N. de Sadeleer, fodnote 24, s. 307 ff.

43. For det tredje står det tilbage at undersøge, hvorvidt den ovennævnte fællesskabs-

ordning til beskyttelse af miljøet mod farligt affald, som er formuleret i direktiv 91/689, er i overensstemmelse med betingelserne og principperne i den primære fællesskabsret, som beskrevet i traktatens artikel 130 R. Dette spørgsmål har en særlig praktisk betydning i de tilfælde, hvor en medlemsstat ikke har skabt et selvstændigt nationalt system til at løse opgaverne vedrørende farligt affald, men udelukkende støtter sig på den fællesskabsretlige beskyttelsesordning, som det omtvistede direktiv har fastlagt.

44. Det er min opfattelse, at den måde, hvorpå direktiv 91/689 virkeliggør formålene med artikel 130 R, ikke er korrekt og i overensstemmelse med bestemmelserne i samme artikel og med de grundlæggende principper i fællesskabsretten vedrørende miljøet. Som anført ovenfor skaber dette direktiv en særlig ordning til styring af farligt affald, som har følgende fire kendetegn: a) den indeholder hverken en generel definition på farligt affald eller noget generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af farligt affald; b) der opstilles en udtømmende fællesskabsliste over farligt affald på hele Fællesskabets territorium, som bestemmelserne i direktiv 91/689 finder anvendelse på; c) der gives mulighed for at supplere denne liste, som under alle omstændigheder forbliver udtømmende; d) medlemsstaterne har ret til specielt på deres eget territorium at kvalificere visse former for affald som farligt, forudsat at de udtømmende definerede kriterier i direktivets bilag III er overholdt. Det er min opfattelse, at den ovenfor anførte ordning strider mod principperne om et højt miljøbeskyttelsesniveau og bevarelsen af dette retsgode.

45. For det første: En ordning, der ikke indeholder noget generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af affald, der er farligt for miljøet — et forbud, der forudsætter en generel definition af begrebet »farligt affald« — kan ikke siges at sikre et »højt« miljøbeskyttelsesniveau. Jeg insisterer dog ikke på dette punkt i betragtning af, at det niveau, der kan nås inden for miljøbeskyttelse, i princippet fastlægges ud fra videnskabelige og tekniske data, som Domstolen ikke råder over.

46. Derimod mener jeg, at Domstolen råder over de nødvendige fortolkningsredskaber for at kunne udtale sig om spørgsmålet om foreneligheden af direktiv 91/689's bestemmelser med forsigtighedsprincippet og princippet om forebyggende indsats. På dette punkt er det min klare opfattelse, at den blotte omstændighed, at direktiv 91/689 forsøger at opstille en udtømmende liste over, hvornår der skal træffes særlige foranstaltninger til at afværge konkrete farer for miljøet — eftersom det ikke, selv om det i dag konstateres, at et bestemt affald er til stor fare for miljøet, er muligt at gennemføre de i direktivet angivne nødvendige begrænsende foranstaltninger over hele Fællesskabets område — er tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at det omtvistede direktiv er i strid med forsigtighedsprincippet og princippet

om forebyggende indsats. Disse grundlæggende principper tillader ikke den mulighed, som godt kan forekomme efter direktiv 91/689, nemlig at selv om det konstateres *ad hoc*, at en ukontrolleret bortskaffelse af et konkret affald er særdeles farlig for miljøet, kan man ikke udelukke denne praksis ved hjælp af de generelle restriktioner, som direktiv 91/689 har fastlagt for hele Fællesskabets område, medmindre Kommissionen på eget initiativ eller på medlemsstaternes anmodning optager det omhandlede affald på den udtømmende liste i direktivets artikel 1, stk. 4, første led. Efter min mening ville alene indførelsen af et generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af alt affald, der er farligt for miljøet, være i overensstemmelse med de fundamentale principper i den primære fællesskabsret inden for miljøområdet.

47. Det er her værd at betone, at det ikke som modargument mod det ovenstående kan hævdes, at indførelsen af et generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af farligt affald ville bringe samhandelen i fare, og at den nuværende særlige ordning, som direktivet har indført, netop opnår at kombinere miljøbeskyttelsen med sikringen af dette frie marked.

48. For det første har den retlige interesse i miljøbeskyttelsen her forrang frem for den retlige interesse i sikring af samhandelen, og det er grunden til, at direktiv 91/689 blev udstedt i henhold til EF-traktatens artikel 130 S og ikke til artikel 100 A (efter ændring nu artikel 95 EF)[29]. Desuden forsøger det omhandlede direktiv uden held samtidig at tage hensyn til disse to retsgoder, for så vidt den beskyttelse, som direktivet giver miljøet, er utilstrækkelig ifølge bestemmelserne i artikel 130 R, således som det er analyseret ovenfor. Kombinationen af miljøbeskyttelse og sikringen af de økonomiske interesser, der er knyttet til bortskaffelse, behandling og transport af farligt affald (som falder ind under fællesskabsreglerne om frie varebevægelser), ville sagtens kunne opnås gennem indførelse for det første af et generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af farligt affald og for det andet af en vejledende liste, der opregnede det affald, som fællesskabslovgiver på tidspunktet for listens udarbejdelse havde kvalificeret som farligt.

29 — Retsgrundlaget for Kommissionens forslag var artikel 100 A, hvorimod Rådet anvendte artikel 130 S som retsgrundlag; jf. forslag til direktiv KOM(88) 391 endelig udg., nævnt ovenfor i fodnote 25.
Se endvidere med hensyn til valget af retsgrundlag (valget mellem artikel 100 A og artikel 130 S) dom af 17.3.1993, sag C-155/91, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 939, om retsgrundlaget for direktiv 91/156. Domstolen frifandt Rådet for Kommissionens påstand, idet den fastslog (præmis 20 og 21), at direktiv 91/156 om affald har til formål at sikre behandlingen af disse materialer i overensstemmelse med kravene til miljøbeskyttelse, og derfor kunne direktivet kun udstedes med hjemmel i traktatens artikel 130 S. Se også generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse. Sammenlign endvidere angående valget mellem artikel 100 A og artikel 130 S som retsgrundlag for udstedelse af fællesskabsretsakter, der (også) vedrører miljøet, Domstolens tidligere dom af 11.6.1991, sag C-300/89, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 2867, og generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i sagen; denne sag drejede sig om Rådets direktiv 89/248/EØF af 21.6.1989 om fastsættelse af nærmere regler for indbyrdes tilnærmelse af programmer for nedbringelse af forureningen fra affald fra titandioxidindustrien med henblik på at bringe den til ophør (EFT L 201, s. 56); Domstolen fastslog (præmis 25), at direktivet burde have været udstedt med hjemmel i artikel 100 A, og ikke, som Rådet havde gjort, i artikel 130 S.

2. Domstolens alternativer

49. Efter at den ovenstående analyse er bragt til ende, står Domstolen imidlertid over for følgende dilemma: Enten må den anse det omhandlede direktiv for uforeneligt med traktatens ranghøjere bestemmelser i artikel 130 R og 130 T, og ved hjælp af den beføjelse til indirekte legalitetskontrol, som den har i præjudicielle sager, fastslå, at de »mangelfulde« bestemmelser i direktivet skal fjernes fra den afledte fællesskabsret (a), eller den må forsøge at besvare de præjudicielle spørgsmål uden at anfægte direktivets gyldighed (b). Umiddelbart synes begge fortolkningsveje at udvise vanskeligheder. Hvis Domstolen følger den første model, idet den anser de omhandlede bestemmelser i direktivet for ugyldige, står den over for problemet med at præcisere, hvilken lovgivning der så skal anvendes på farligt affald (1). Og hvis Domstolen følger den anden model, må den behandle det lige så intrikate problem med at give en fortolkning af direktiv 91/689, som er i overensstemmelse med traktaten (2). Inden jeg fremsætter mit forslag for Domstolen, vil jeg derfor i detaljer gennemgå forskellige aspekter af hver af de to fortolkningsalternativer.

a) De omhandlede bestemmelser i direktivet anses for ugyldige

50. Jeg understreger, at anerkendelsen af ugyldighed kun vedrører de bestemmelser i direktivet og den fællesskabsliste, som fastlægger, hvad der er farligt affald, og særligt de fire kendetegn, jeg har omtalt ovenfor.

51. En sådan antagelse vil have til følge, at man ikke kan anvende de relevante bestemmelser i direktivet og naturligvis heller ikke bestemmelserne i beslutning 94/904 og endelig heller ikke de tilsvarende nationale bestemmelser, som har overført disse ugyldige regler til retsordenen i de enkelte medlemsstater. Men i så fald rejser der sig det spørgsmål, hvilken lovgivning der skal anvendes, og hvorvidt der er mulighed for, at traktatens artikel 130 R kan anvendes direkte.

52. Før jeg undersøger dette spørgsmål, mener jeg, at jeg indledningsvis bør gøre visse bemærkninger om de forelagte præjudicielle spørgsmåls behandling i betragtning af de ændringer, som nødvendigvis må foretages i den nationale lovgivning. Det drejer sig konkret om følgende: Antagelsen af, at de ovennævnte fællesskabsbestemmelser er ugyldige — og derfor også de tilsvarende nationale bestemmelser, som har gennemført disse regler i italiensk ret — synes at ophæve det, der ifølge forelæggelseskendelsen var begrundelsen for de præjudicielle spørgsmål. Dermed menes, at når den lovændring, som trådte i kraft under straffesagen, må anses for aldrig at have fundet sted, er der principielt ingen grund til at anvende artikel 2 i den italienske straffelov, ifølge hvilken »ingen kan straffes for en handling, som i henhold til en senere lov ikke udgør en forbrydelse«. Såfremt derfor bestemmelserne i det

omhandlede direktiv og i beslutning 94/904 ifølge det ovenstående bliver kendt ugyldige, forekommer det overflødigt at besvare de af den nationale ret forelagte præjudicielle spørgsmål.

53. Alligevel rejser der sig her det spørgsmål, om den nationale ret skal kontrollere den nationale lovgivning, som vil blive relevant, når fællesskabsbestemmelserne er erklæret ugyldige ud fra den ovenfor foreslåede analyse af indholdet i traktatens artikel 130 R og 130 T. Som det kan udledes af såvel den italienske strafferet som af de almene strafferetlige principper, der gælder i alle medlemsstaterne, kan en sådan kontrol ikke påvirke behandlingen af den verserende straffesag, medmindre den skønnes at kunne medføre et mildere retsgrundlag for den tiltalte. Efter at have påpeget dette vil jeg nu forsøge at besvare det ovennævnte spørgsmål ved at undersøge muligheden for, at de pågældende artikler i traktaten kan finde direkte anvendelse.

54. Umiddelbart er det ikke let at underbygge det standpunkt, at traktatens artikel 130 R kan anvendes direkte. For det første synes foranstaltningerne i artikel 130 R, stk. 2, og artikel 130 S grundlæggende at have en teknisk karakter, som gør dem nødvendige med henblik på at præcisere og gennemføre bestemmelserne i artikel 130 R i medlemsstaternes nationale lovgivning. For det andet: Selv om Domstolen kan kende bestemmelser i den afledte fællesskabsret for ugyldige, kan den ikke optræde retsskabende i fællesskabsinstitutionernes sted, især når disse har en skønsfrihed med hensyn til valget af mest velegnede tekniske foranstaltninger [30].

55. Alligevel kan det i ekstraordinære tilfælde som det foreliggende antages, at de ovennævnte artikler i traktaten rummer et urørligt kerneindhold, der er bekræftet i forbindelse med domstolskontrollen med foranstaltninger, der allerede er truffet på fællesskabsniveau; denne kontrol udgør en del af disse artiklers regulerende virkning, som ikke kan ophæves af nogen senere bestemmelse i den afledte fællesskabsret [31]. Muligheden for en direkte anvendelse af traktatens artikler hidrører netop fra dette urørlige kerneindhold, som i den foreliggende sag vedrører eksistensen af et generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af farligt affald og muligheden for at udarbejde en blot vejledende liste over sådant affald. Denne direkte anvendelse, af begrænset omfang, af traktatens artikler strider hverken mod de generelle betingelser for en direkte anvendelse af traktatens artikler eller mod sondringen mellem Domstolens og de øvrige fællesskabsinstitutioners institutionelle beføjelser.

56. Det urørlige kerneindhold af de generelle bestemmelser i artikel 130 R kan betragtes som tilstrækkelig klart og konkret. Som allerede anført, hersker der ingen

30 — Se mit forslag til afgørelse, punkt 49, i sag C-360/97, Nijhuis, i hvilken der blev afsagt dom den 20.4.1999, Sml. I, s. 1919.

31 — Angående den generelle problemstilling omkring udformningen af et sådant kerneindhold se f.eks. P. Meyer-Bisch (udg.) *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Éditions Universitaires, Fribourg, Schweiz, 1991.

tvivl om, at en ukontrolleret bortskaffelse af farligt affald bør være forbudt i samtlige medlemsstater. Inden for rammerne af den konkrete problemstilling i den foreliggende sag er dette forbud en direkte afledning i negativ form af forsigtighedsprincippet og princippet om forebyggende indsats, som jeg har gennemgået ovenfor.

57. Men hvordan skal man definere farligt affald? Udgør denne definition ikke et teknisk spørgsmål, som udelukkende hører under Rådets kompetence? Efter min opfattelse kan Domstolen godt levere bestanddelene af en sådan definition, som skal indeholde alle de egenskaber, traktaten påbyder, og skal høre ind under det logiske anvendelsesområde for bestemmelserne i artikel 130 R's urørlige kerneindhold, der har direkte virkning. Men Domstolen hverken kan eller skal tage initiativ til lovgivning for at kunne fastlægge denne definition. Den rigtigste løsning er at tage udgangspunkt i bestanddelene i den definition, som står i selve det ugyldige direktiv, og som, for så vidt de ikke strider mod traktaten, kan betragtes som det tekniske grundlag for at formulere såvel en generel definition som en vejledende liste over farligt affald [32].

58. Ved at præcisere de dynamiske elementer i definitionen af farligt affald på denne måde vil Domstolen i praksis blot skulle omforme bestemmelserne i det ugyldige direktiv under hensyntagen til traktatens formål. Domstolens indgreb vil konkret medføre, for det første, at der til den oprindeligt indførte fællesskabsordning, som direktivet tilstræbte at indføre, føjes et generelt forbud mod ukontrolleret bortskaffelse af farligt affald, og for det andet, at den udtømmende liste, som var knyttet som bilag til direktivet, ændres til en vejledende [33].

59. En sådan præcisering af de elementer, der udgør den faste kerne i traktatens artikel 130 R, gør denne kerne direkte anvendelig, idet den således sikrer den effektive virkning af den pågældende artikel i traktaten. Men samtidig muliggør denne præcisering — idet den tager hensyn til alle de tekniske elementer, der er blevet fastlagt gennem de kompetente fællesskabsorganers lovgivningsinitiativer, og som ikke kan anses for at være i strid med traktaten,

32 — For eksempel: Ved farligt affald forstås affald, som på grund af sin oprindelse, sin sammensætning eller grænseværdierne for koncentrationen af visse bestanddele udgør en fare for menneskets sundhed eller miljøet. Dette gælder *især* det affald, der er optaget på fællesskabslisten over farligt affald.

33 — Denne faktiske omformning af bestemmelserne i den afledte fællesskabsret gennem en anerkendelse af, at der findes en hård kerne i beskyttelsen af de sociale rettigheder, svarer til den sædvanlige retspraksis ved de nationale retter, når de kontrollerer, om lovene overholder forfatningen. De bestemmelser i forfatningen, der beskytter de sociale rettigheder samtidig med, at de i princippet pålægger staterne forpligtelser, skaber ikke noget krav, der kan håndhæves ad rettens vej, og som har praktisk virkning over for statslige myndigheder, som har undladt at iværksætte en procedure til opfyldelse af disse rettigheder, forstået således, at hvis undladelsen skulle blive kendt ulovlig, ville dette ikke kunne føre til den tilsigtede opfyldelse af rettighederne, for så vidt der ikke findes noget anvendeligt tidligere retsgrundlag; og dommeren kan ikke træde i de kompetente lovgivende eller administrative myndigheders sted. Har myndighederne derimod truffet foranstaltninger til udførelse af bestemmelserne i forfatningen, kan der foretages en egentlig kontrol, og en eventuel ophævelse af disse foranstaltninger kan danne kernen i et regelsystem, som skal respekteres af enhver senere lov- eller regelordning; se mit i fodnote 30 nævnte forslag til afgørelse i Nijhuis-sagen.
Det er her værd at bemærke, at situationen i den foreliggende sag er den modsatte af den, der gav anledning til dom af 22.11.1995, sag C-443/93, Vougioukas, Sml. I, s. 4033, i hvilken Domstolen med rette fastslog, at den ikke kunne træde i Rådets sted; Rådet havde her undladt at træffe de foranstaltninger, som det påhvilede det at træffe i henhold til EF -traktatens artikel 51 (efter ændring nu artikel 42 EF), til samordning af de særlige ordninger, der gælder for offentligt ansatte. Faktisk kunne Domstolen ikke have formuleret nye regler i Vougioukas-sagen, eftersom Rådet ikke tidligere havde taget noget initiativ til at lovgive om det konkrete emne.

selv om de står i de bestemmelser i direktivet, der er erklæret ugyldige — at Domstolen kan udfylde det tomrum, som den afledte fællesskabsrets forsømmelser tilsyneladende har efterladt, indtil der træffes nye foranstaltninger, uden at dette medfører, at Domstolen ulovligt udfører egentligt lovgivningsarbejde. Det skal understreges, at det i virkeligheden ikke drejer sig om at udfylde et retligt tomrum, men om den krævede anerkendelse af selve det direkte anvendelige kerneområde for de generelle bestemmelser i artikel 130 R.

60. Det må derfor antages, at hvis det anerkendes, at de omhandlede bestemmelser i direktivet er ugyldige, bør den nationale retsinstans anvende de nationale regler, som den anser for gældende — enten de tidligere gældende, genindførte retsregler eller de senere regler, som er ændret under hensyn til fællesskabsretten på grundlag af en »kvasidirekte« anvendelse af traktatens bestemmelser [34] — efter først at have kontrolleret dem med den ovennævnte direkte anvendelige kerne i artikel 130 R som grundlag.

61. Denne kontrol tilkommer udelukkende den nationale retsinstans, som med udgangspunkt i de gældende regler og principper inden for den nationale strafferet, er den eneste, der har kompetence til nøjagtigt at fastslå, hvilken national lovgivning der skal anvendes, og til at præcisere de fortolkningsspørgsmål, der kan stilles til den ud fra den ovennævnte præcisering af den fællesskabsret, der skal anvendes. I den forbindelse kan den forelæggende ret, hvis den finder det nødvendigt, på ny forelægge et præjudicielt spørgsmål for Domstolen.

b) Besvarelse af de præjudicielle spørgsmål, uanset om bestemmelserne i direktivet er ugyldige eller ej

62. Med henblik på bedre at kunne behandle de stillede spørgsmål begynder jeg med en gennemgang af det første spørgsmål, derpå af det sjette; dernæst følger en samlet gennemgang af det andet og det tredje, og til sidst af det fjerde og det femte spørgsmål. Den fælles gennemgang af det andet og tredje og af det fjerde og femte spørgsmål er nødvendiggjort af de beslægtede problemer, de rejser.

i) Besvarelse af det første spørgsmål

63. Med det første spørgsmål anmoder den nationale ret i realiteten Domstolen om at

34 — Traktatens artikel 130 T, hvorefter bestemmelser i den afledte fællesskabsret ikke er til hinder for, at medlemsstaterne opretholder og indfører strengere foranstaltninger til beskyttelse af miljøet, hindrer ikke under nogen omstændigheder medlemsstaterne i at træffe lignende foranstaltninger i tilfælde af, at der ikke er truffet nogen fællesskabsforanstaltninger, og i hvert fald ikke, når sådanne oprindelig trufne foranstaltninger er blevet annulleret.

svare på, om artikel 1, stk. 4, i direktiv 91/689 og beslutning 94/904 skal fortolkes således, at der, for at affald kan kvalificeres som farligt, kræves et konkret bevis på, at affaldet hidrører fra en produktionsproces eller -aktivitet, der står opført på fællesskabslisten, eller om det er tilstrækkeligt at konstatere, at det rent abstrakt ville kunne anvendes i en konkret produktionsproces, eller at det hidrører herfra som slutprodukt.

64. Ved udarbejdelsen af direktiv 91/689 synes fællesskabslovgiver at have tillagt affaldets oprindelse afgørende betydning for betegnelsen af det som farligt, for så vidt som det bestemmes, at der skal tages hensyn til den proces eller aktivitet, det hidrører fra.

65. Men den omstændighed, at indplaceringen på listen skal tage udgangspunkt i affaldets oprindelse, betyder ikke, at en nøjagtig identificering af denne oprindelse udgør det eneste afgørende kriterium for, at affaldet kan kvalificeres som farligt. Dette kan udledes af fortolkningen af de relevante bestemmelser i direktiv 91/689. Ifølge artikel 1, stk. 4, første led, indeholder listen det affald, som opfylder betingelserne i samme direktivs bilag I, II og III. Ved udarbejdelsen af listen blev der ikke kun taget hensyn til stoffets oprindelse, men også til dets sammensætning og, når det er relevant, til grænseværdierne for koncentrationen af et stof [35]. Følgelig udgør oprindelsen heller ikke efter den særlige ordning i direktiv 91/689 det eneste kriterium for at kvalificere affald som farligt.

66. Under alle omstændigheder tillader traktatens artikel 130 T, således som den er blevet fortolket ovenfor, ikke, at de kriterier, som fællesskabslovgiver har anvendt for at kvalificere visse former for affald som farligt, kan være bindende for medlemsstaterne, forstået således, at disse skal bevise konkret eller abstrakt, at affaldet hidrører fra en produktionsproces eller

35 — For at affald kan kvalificeres som farligt, skal der i henhold til den ordning, der er indført ved direktiv 91/689 og beslutning 94/904, følges en bestemt procedure, der strækker sig over tre på hinanden følgende faser. Først skal affaldets oprindelse fastslås i overensstemmelse med arten af den virksomhedssektor, det hidrører fra, arten af fremstillingsprocessen eller arten af affald. Til dette formål skal man søge under kapiteloverskrifterne (kategorierne) i den liste over farligt affald, som blev offentliggjort i beslutning 94/904. Inden for et kapitel har en speciel kategori derefter forrang frem for den generelle kategori med henblik på affaldets kvalificering som farligt. Og inden for en speciel kategori har en speciel definition forrang frem for den generelle definition af de forskellige typer affald med henblik på affaldets kvalificering ud fra dets oprindelse. Hvis affaldet ved at blive kvalificeret ud fra dets oprindelse står opført på listen, kvalificeres det som farligt. Hvis det derimod ikke står opført på listen, skal det ikke undersøges på grundlag af de kapitler (kategorier), der drejer sig om oprindelse, men dem, der handler om typen af affald, som f.eks. kapitlerne 13 (olieaffald (med undtagelse af spiseolier)) og 14 (affald fra organiske stoffer anvendt som opløsningsmidler).
De særlige kapitler for typer af affald omhandler affald, som efter sin oprindelse kan henføres til flere kategorier/kapitler. Hvis det i dette tilfælde ikke er muligt at klassificere affaldet efter dets oprindelse på grund af det store antal forskellige sektorer, det kan hidrøre fra, skal det, som den tyske regering betoner, ikke klassificeres efter sektor, men efter typen af affald, og der skal vælges den gruppe, det har flest typiske træk tilfælles med. Den tyske regering anfører som eksempel et tilfælde med slam, der dannes af olieseparatorer, og som opsuges af opsugningsvogne i den kemiske industri (disse virksomheder hører under kapitlerne 06 (affald fra uorganisk-kemiske processer) og 07 (affald fra organisk-kemiske processer)); dette slam burde egentlig klassificeres i forskellige afsnit efter sin oprindelse. Men da slammet opsamles i en og samme beholder, kan det ikke entydigt klassificeres under nogen af de kapitler, som vedrører oprindelsen. Derfor må det klassificeres under kapitel 13, der drejer sig om typen af affald (olieaffald (med undtagelse af spiseolier)) i undergruppe 1305 (materiale fra olieseparatorer), type 130502 (slam fra olieseparatorer).

en -aktivitet, som står opført på fællesskabslisten over farligt affald.

ii) Besvarelse af det sjette spørgsmål

67. I det sjette spørgsmål spørger den nationale ret, om stoffet '[methylen]diphenyldiisocyanat' (MDI) kan kvalificeres som farligt affald i henhold til fællesskabsbestemmelserne.

68. Mit svar tager udgangspunkt i den særlige ordning i henhold til direktiv 91/689. For det første skal man lægge mærke til, at MDI ikke er optaget på fællesskabslisten over farligt affald. Imidlertid fremgår det af artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689, at fællesskabsretten ikke er til hinder for, at en medlemsstat kvalificerer MDI som farligt affald, forudsat at stoffet udviser en eller flere af de i bilag III til direktiv 91/689 opregnede egenskaber, som gør det farligt. Erfaringen fra andre medlemsstater end Italien begrunder den antagelse, at det omhandlede affald opfylder kriterierne i bilag III [36].

36 — Kommissionen anfører som eksempel, at det var på grundlag af de egenskaber, der nævnes i bilag III til direktiv 91/689, at Kongeriget Danmark faktisk kvalificerede MDI som farligt og underrettede Kommissionen herom. Den østrigske regering anfører i sit skriftlige indlæg, at det har anmodet om at få optaget MDI med navns nævnelse på fællesskabslisten.

69. Men tager man udgangspunkt i traktatens artikel 130 T, således som den er blevet fortolket ovenfor, kan direktiv 91/689 og beslutning 94/904 under ingen omstændigheder hindre myndighederne i en medlemsstat i også at kvalificere andre former for affald som farligt på grund af andre egenskaber end dem, der er nævnt i bilag III. Den nationale retsinstans kan efter det ovenfor anførte henholde sig til den nationale lovgivning ved afgørelsen af, om den bør anse MDI for farligt affald, idet den ved håndtering af farligt affald bruger en forstærket beskyttelse af menneskers sundhed og af miljøet som rettesnor.

iii) Besvarelse af det andet og tredje spørgsmål

70. Med det andet spørgsmål anmoder den nationale ret Domstolen om at tage stilling til, om den ved Rådets beslutning 94/904 vedtagne liste er udtømmende og bindende, således at affald, som ikke er optaget på den, ikke tages i betragtning, selv om det frembyder de egenskaber, der opregnes i bilag I, II og III til direktiv 91/689. Med det tredje spørgsmål, som den stiller for det tilfældes skyld, at det andet spørgsmål besvares benægtende, anmoder den nationale ret Domstolen om at tage stilling til, om der kan ske en automatisk optagelse af farligt affald på listen over farligt affald på grundlag af bilag I, II og III til direktiv 91/689. Den nationale ret spørger altså i realiteten, om det er muligt at tilpasse listen på anden vis end gennem den i artikel 18 i direktiv 75/442 beskrevne procedure.

71. Det er Kommissionens opfattelse, at hvis listen over farligt affald havde en ikkeudtømmende karakter, ville dette betyde, at alt det affald, hvorom det konstateredes, at det opfyldte kravene i bilag I, II og III til direktiv 91/689, ville kunne være omfattet af den. Konstateringen ville i sig selv være tilstrækkelig, uden at der krævedes overholdelse af proceduren i artikel 18 i direktiv 75/442. Af denne grund anser Kommissionen listen for at være udtømmende.

72. Den østrigske regering gør gældende, at for at der til stadighed kan tages hensyn til den tekniske og videnskabelige udvikling, kræves det, at kilderne til optagelse på fællesskabslisten må deles i to kategorier, hvoraf den ene svarer til listen over farligt affald. Dette kan også udledes af definitionen i artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689; hvis man nemlig antog, at listen over farligt affald var udtømmende, ville dette i realiteten berøve denne bestemmelse enhver virkning som retsforskrift.

73. For klarheds skyld skal jeg her gentage, at svaret på det andet og tredje præjudicielle spørgsmål tager udgangspunkt i den hypotese, at de omhandlede bestemmelser i direktivet ikke er ugyldige i henhold til traktatens artikel 130 R og 130 T. På basis af denne fortolkning må det, selv om den i direktivet foreskrevne liste var udtømmende, under alle omstændigheder antages, at den pågældende liste ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan kvalificere andet affald end det, der er optaget på listen, som farligt.

74. Hvad særligt angår det tredje spørgsmål er der grund til at bemærke følgende. Inden for rammerne af den særlige ordning, som direktivet har indført, er der ingen tvivl om, at de enkelte faser i proceduren for opdatering af fællesskabslisten — en procedure, der bygger på medlemsstaternes initiativ til at kvalificere affald som farligt, for så vidt dette har en eller flere af de egenskaber, der er nævnt i bilag III — er både nødvendige og formålstjenlige, for at denne ordning kan fungere efter hensigten. Både den forudgående kvalificering og meddelelsen til Kommissionen herom, der gør det muligt for denne at koordinere opdateringen af listen på fællesskabsniveau, er absolut nødvendige faser i en dynamisk udvikling af denne ordning.

75. Hvis en medlemsstat undlader at overholde sine forpligtelser om en forudgående kvalificering og meddelelsen herom, kan dette naturligvis påføre den et ansvar for ikke at have rettet sig efter de særlige forpligtelser, der påhviler den ifølge direktiv 91/689. Men så snart det på nationalt plan konstateres, at en form for affald frembyder de i bilag III nævnte egenskaber, er denne undladelse dog under ingen omstændigheder til hinder for, at de bestemmelser i direktivet, der tjener til beskyttelse af den menneskelige sundhed og miljøet, bringes i anvendelse på det pågældende affald. Det modsatte standpunkt ville være uforeneligt med forsigtig-

hedsprincippet og princippet om forebyggende indsats.

76. Heraf følger, at under hensyn til traktatens artikel 130 T, således som den er blevet fortolket ovenfor, kan de særlige bestemmelser i direktiv 91/689 og beslutning 94/904 om en forudgående kvalificering og meddelelsen herom under ingen omstændigheder hindre myndighederne i en medlemsstat i at anse affald for farligt i henhold til den nationale lovgivning og i at anvende de relevante miljøbeskyttelsesbestemmelser herpå.

iv) Besvarelse af det fjerde og femte spørgsmål

77. Med det fjerde spørgsmål anmoder den nationale ret Domstolen om at tage stilling til, hvilken procedure der ifølge i artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689 skal følges på nationalt plan, for at en medlemsstat kan kvalificere affald som farligt, og hvilket organ det påhviler at foretage bedømmelsen og herefter at give meddelelse herom til Kommissionen. Med det femte spørgsmål bliver Domstolen spurgt, om også medlemsstatens domstole er forpligtet til at underrette Kommissionen.

78. Artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689 indeholder intet om, hvilken national procedure en medlemsstat skal følge, eller om, hvilket organ der har kompetence til at kvalificere affald som farligt og herefter give meddelelse herom til Kommissionen. Eftersom fællesskabslovgiver ikke har fastlagt regler herfor, må den procedure, der skal følges, og de hertil kompetente organer søges i den nationale lovgivning. Det er under alle omstændigheder min opfattelse, at for at direktivets særlige ordning skal fungere så effektivt som muligt, kan det under ingen omstændigheder a priori udelukkes, at de nationale retsinstanser kan foretage bedømmelserne og give meddelelse herom.

3. Løsningsforslag

79. Som konklusion på den forudgående analyse af de problemer, som ordningen i direktiv 91/689 rejser, og af de fortolkningsmuligheder, der åbner sig for Domstolen, hvis den vælger den ene eller den anden af de foreslåede løsninger, mener jeg, at man meget vel kan komme til det resultat, at de omhandlede bestemmelser i direktivet er ugyldige. Men i betragtning af de faktiske omstændigheder i den verserende sag og de stillede præjudicielle spørgsmåls karakter er jeg alligevel af den opfattelse, at det ikke er nødvendigt at vælge en så radikal løsning, og at den fortolkning, jeg har foreslået som det andet fortolkningsalternativ, gør det muligt at give den nationale ret de svar, den har anmodet om, på de stillede spørgsmål.

VI — Forslag til afgørelse

80. I betragtning af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de af Pretura circondariale di Udine, Sezione Distaccata di Cividale del Friuli, stillede præjudicielle spørgsmål således:

»1) Affaldets oprindelse har ikke afgørende betydning for, om det kan kvalificeres som farligt i henhold til Rådets direktiv 91/689/EØF af 12. december 1991 om farligt affald og Rådets beslutning 94/904/EF af 22. december 1994 om udarbejdelse af en liste over farligt affald i henhold til artikel 1, stk. 4, i direktiv 91/689.

2) [Methylen]diphenyldiisocyanat (MDI) kan kvalificeres som farligt affald i henhold til direktiv 91/689.

3) Fællesskabslisten over farligt affald, som er udarbejdet i henhold til beslutning 94/904/EF, er udtømmende.

4) På grundlag af EF-traktatens artikel 130 T (nu artikel 176 EF), og såfremt betingelserne for anvendelse af denne artikel foreligger, er bestemmelserne i direktiv 91/689 om en forudgående kvalificering og meddelelsen herom til Kommissionen ikke til hinder for, at medlemsstaterne anser affald for farligt i henhold til den nationale lovgivning og anvender de relevante miljøbeskyttelsesbestemmelser herpå, også selv om betingelserne i direktivets bilag III ikke er opfyldt, eller der ikke forudgående er foretaget en kvalificering eller givet meddelelse herom til Kommissionen.

5) Artikel 1, stk. 4, andet led, i direktiv 91/689 indeholder intet om, hvilken national procedure en medlemsstat skal følge, eller om, hvilket organ der har kompetence til at kvalificere affald som farligt og herefter give meddelelse herom til Kommissionen. Eftersom fællesskabslovgiver ikke har fastsat regler herfor, må disse regler søges i den nationale lovgivning.«