FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. KOKOTT

fremsat den 22. oktober 2009[1]

I — Indledning

»δός μοί (φησι) πού στώ καί κινώ τήν γήν«[2]

1. Denne sætning tilskrives den græske lærde Archimedes. Den illustrerer virkningen af hans vægtstangslov.

2. Archimedes boede i den sicilianske by Siracusa. Der findes en bugt ikke langt derfra, Rada di Augusta, som er et område, der igennem mange år er blevet forurenet af skadelige stoffer. Bestræbelserne på at afhjælpe disse miljøskader har givet anledning til den foreliggende præjudicielle anmodning[3].

3. Den foreliggende sag drejer sig ganske vist ikke om at finde en måde at ændre verden på. Imidlertid rejses spørgsmålet, hvordan ansvaret for miljøskader kan placeres. Er det kun dem, der har forårsaget skaderne, der kan drages til ansvar, eller ifalder dem, der ejer arealer i det omhandlede område, eller som udøver industrielle aktiviteter i området, muligvis også et ansvar?

4. I hovedsagen i sag C-378/08 hævdes det nemlig, at de kompetente organer pålagde virksomheder, som udøver aktiviteter i det omhandlede område, at afhjælpe miljøskader, uden at have undersøgt eller ført bevis for, at

1 — Originalsprog: tysk.

2 — »Giv mig et sted at stå, så skal jeg bevæge Jorden«. Citeret efter Pappus Alexandrinus, Collectionis quae supersunt, bind 3, 1. udg., udgivet af Friedrich Hultsch, 1878, s. 1060 (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k99429t.image.f62. pagination, sidst besøgt den 2.9.2009).

3 — Ud over de tre retssager, der undersøges her, verserer yderligere to indbyrdes forbundne retssager vedrørende dette forurenede område: forenede sager C-478/08 og C-479/08, Buzzi Unicem m.fl., meddelt i EUT 2009 C 19, s. 14 f).

der foreligger en årsagsforbindelse mellem virksomhedernes adfærd og miljøskaderne, eller at der foreligger forsæt eller uagtsomhed hos virksomhederne.

5. Den forelæggende ret har navnlig rejst dette spørgsmål i sammenhæng med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/35/EF af 21. april 2004 om miljøansvar for så vidt angår forebyggelse og afhjælpning af miljøskade[4] (herefter »miljøansvarsdirektivet«). Det skal dog indledningsvis afklares, hvorvidt dette direktiv er relevant for skader, der primært er forårsaget før direktivets ikrafttræden.

6. De pålagte foranstaltninger til afhjælpning af skaderne giver anledning til yderligere spørgsmål. De kompetente organer har angiveligt efterfølgende ændret et allerede vedtaget afhjælpningskoncept i betydeligt omfang uden at foretage høring af de berørte virksomheder, undersøge følgerne af denne ændring eller begrunde denne fremgangsmåde. På den baggrund opstår spørgsmålet, om dette er foreneligt med miljøansvarsdirektivet.

4 — EUT L 143, s. 56.

7. Endelig rejses det udbudsretlige spørgsmål om, under hvilke betingelser den offentlige forvaltning kan indgå kontrakter om planlægning og gennemførelse af afhjælpende foranstaltninger, uden at gennemføre en offentlig udbudsprocedure.

II — Retsforskrifter

8. Fællesskabets miljøpolitiske principper, navnlig princippet om, at forureneren betaler, er fastsat i artikel 174 EF:

»Fællesskabets politik på miljøområdet tager sigte på et højt beskyttelsesniveau under hensyntagen til de forskelligartede forhold, der gør sig gældende i de forskellige områder i Fællesskabet.

Den bygger på forsigtighedsprincippet og princippet om forebyggende indsats, princippet om indgreb over for miljøskader fortrinsvis ved kilden og princippet om, at forureneren betaler.

[…]«

9. Miljøansvarsdirektivet knytter princippet om, at forureneren betaler, til den i direktivets artikel 1 fastsatte målsætning:

»Formålet med dette direktiv er at opstille rammebestemmelser om miljøansvar, der bygger på princippet om, at forureneren betaler, med henblik på at forebygge og afhjælpe miljøskader.«

10. Dette direktiv finder i henhold til artikel 3, stk. 1, anvendelse på:

»a) miljøskader, der forvoldes ved udøvelsen af enhver af de erhvervsmæssige aktiviteter, der er opført i bilag III, samt på overhængende fare for sådanne skader som følge af de nævnte aktiviteter

b) skader på beskyttede arter og naturtyper, der forvoldes ved udøvelsen af enhver anden erhvervsmæssig aktivitet end dem, der er anført i bilag III, samt på overhængende fare for sådanne skader som følge af de nævnte aktiviteter, når operatøren har handlet forsætligt eller uagtsomt.«

11. I artikel 4 er undtagelserne til direktivets anvendelsesområde fastlagt. Artikel 4, stk. 5, bestemmer:

»Dette direktiv finder kun anvendelse på miljøskader eller overhængende fare for sådanne skader forvoldt af forurening af diffus art, hvor det er muligt at fastslå årsagsforbindelsen mellem skaden og en operatørs aktiviteter.«

12. Artikel 8, stk. 1, bestemmer følgende vedrørende omkostninger til de afhjælpende foranstaltninger:

»Operatøren bærer omkostningerne ved de forebyggende og afhjælpende foranstaltninger, der udføres i henhold til dette direktiv.«

13. Begrebet »operatør« defineres i artikel 2, nr. 6), på følgende måde:

»en fysisk eller juridisk, privatretlig eller offentligretlig person, der driver eller kontrollerer den erhvervsmæssige aktivitet, eller

som, såfremt dette fremgår af national lovgivning, har fået overdraget afgørende økonomisk beslutningsmyndighed med hensyn til den tekniske drift af aktiviteten, herunder indehaveren af en tilladelse til eller godkendelse af en sådan aktivitet eller den person, der registrerer eller anmelder en sådan aktivitet«.

14. Artikel 16, stk. 1, omhandler medlemsstaternes mulighed for at vedtage strengere forskrifter:

»Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager strengere bestemmelser om forebyggelse og afhjælpning af miljøskader, som f.eks. påvisning af yderligere aktiviteter, der skal underlægges direktivets krav med hensyn til forebyggelse og afhjælpning og påvisning af yderligere ansvarlige parter.«

15. Artikel 17 begrænser den tidsmæssig anvendelse af direktivet:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på

— skade forvoldt af en emission, begivenhed eller hændelse, som fandt sted inden den i artikel 19, stk. 1, nævnte dato

— skade forvoldt af en emission, begivenhed eller hændelse, som finder sted efter den i artikel 19, stk. 1, nævnte dato, når den følger af en bestemt aktivitet, som fandt sted og blev afsluttet inden denne dato

— [...]«

16. Artikel 19, stk. 1, fastsætter fristen for gennemførelsen af direktivet:

»Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 30. april 2007.«

17. Den præjudicielle anmodning i sag C-378/08 vedrører desuden Europa-Parlamentets og

Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter[5], Rådets direktiv 93/37/EØF[6] af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter[7] og Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter[8] for så vidt angår offentlige indkøb. Det er dog ufornødent at gengive de enkelte bestemmelser i disse direktiver.

III — De faktiske omstændigheder og anmodningerne om præjudiciel afgørelse

A — *Sag C-378/08*

18. Følgende faktiske omstændigheder fremgår af den præjudicielle forelæggelse i sag C-378/08:

19. Rada di Augusta-området er kendetegnet ved fænomener, der skyldes en miljøforurening, der formentligt allerede er påbegyndt for længere tid siden, tilsyneladende senest efter Anden Verdenskrig. Særligt havbunden i dette område er i betydeligt omfang forurenet med skadelige stoffer.

20. I det tidsrum, hvor forureningen formodentligt er opstået, er der parallelt og/eller successivt etableret et stort antal industrivirksomheder og olieselskaber i Rada di Augusta-området. Dette kan efter det af den forelæggende ret oplyste føre til, at det er umuligt konkret at fastslå de enkelte virksomheders individuelle ansvar for forureningen.

21. Den italienske forvaltning har i en række successive beslutninger pålagt de virksomheder, der på nuværende tidspunkt er etableret i nærheden af Rada di Augusta, at rense den forurenede havbund. Forvaltningen har varslet at ville foretage rensningsarbejderne for virksomhedernes regning, for det tilfælde, at virksomhederne ikke efterkommer beslutningerne.

5 — EUT L 134, s. 114.

6 — Den nationale ret har i den præjudicielle anmodning ganske vist spurgt til foreneligheden med direktiv 93/97/EØF. Rådets direktiv 93/97/EØF om supplering af direktiv 91/263/EØF for så vidt angår satellitjordstationsudstyr er dog åbenbart irrelevant for hovedsagen, således at det må antages, at der er tale om en skrivefejl, og at den nationale ret faktisk ønskede at spørge til foreneligheden med direktiv 93/37/EØF.

7 — EFT L 199, s. 54.

8 — EFT L 395, s. 33.

22. De virksomheder, der er pålagt at foretage rensningen, udøver aktiviteter, som medfører anvendelse eller forarbejdning af forurenende materialer eller stoffer.

23. Ifølge den forelæggende ret har forvaltningen pålagt de virksomheder, der er etableret i Rada di Augusta, at afhjælpe den eksisterende miljøforurening uden at skelne mellem tidligere og nuværende forurening og uden at fastslå, om hver af disse virksomheder har et ansvar for forureningen.

24. Enkelte af de berørte virksomheder har anfægtet disse beslutninger. Forud for den foreliggende præjudicielle forelæggelse for Domstolen har Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia i forskellige domme allerede kendt flere af disse anfægtede beslutninger retsstridige, bl.a. under henvisning til tilsidesættelser af det fællesskabsretlige princip om, at forureneren betaler. Appeldomstolen, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, har i modsætning hertil fastslået, at det var retmæssigt at holde de virksomheder, der er etableret i Rada di Augusta, ansvarlige, og den har derfor i en sag udsat fuldbyrdelsen af en dom afsagt af Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia.

25. I den sag, der ligger til grund for sag C-378/08, har flere virksomheder, der udøver aktiviteter i Rada di Augusta, anfægtet en beslutning af 20. december 2007, hvorved disse virksomheder blev pålagt at rense havbunden.

26. Rensningen af havbunden skal gennemføres efter en plan, som er udarbejdet af Società Sviluppo Italia Aree Produttive (herefter »Sviluppo Italia«). Ifølge denne plan skal de forurenede sedimenter renses op og efter bearbejdelse anvendes til anlæggelsen af en kunstig ø i havet. Den kunstige ø skal anvendes som »havneplatform« for containerskibe af forskellig størrelse.

27. Sviluppo Italia er en virksomhed, der er stiftet af staten, og som opererer på markedet. Den italienske forvaltning har overdraget Sviluppo Italia opgaven med at planlægge og — såfremt virksomhederne ikke efterkom de udstedte pålæg — efterfølgende gennemføre de omtvistede rensningsforanstaltninger, uden forinden at gennemføre en offentlig udbudsprocedure. Efter den forelæggende rets vurdering har de overdragne arbejder en »overordentlig høj økonomisk værdi«.

28. De sagsøgende virksomheder har — ud over påstanden om annullation af den anfægtede beslutning — indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler med påstand om, at fuldbyrdelsen af beslutningen udsættes.

29. Inden for rammerne af sagen om foreløbige forholdsregler har Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

»1) Er princippet om, at forureneren betaler (jf. artikel 174 (tidligere artikel 130 R), stk. 2, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab) og bestemmelserne i direktiv 2004/35/EF til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder kan udstede pålæg til private erhvervsdrivende — alene som følge af, at de for tiden udøver deres aktiviteter i et område, som længe har været forurenet, eller et område, som grænser op hertil — om at træffe foranstaltninger til udbedring heraf uden at foretage nogen undersøgelse med henblik på at fastslå, hvem der er ansvarlig for forureningen?

2) Er princippet om, at »forureneren betaler« (jf. artikel 174 (tidligere artikel 130 R), stk. 2, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab) og bestemmelserne i direktiv 2004/35/EF til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder særskilt kan pålægge indehavere af fast ejendom og/eller personer, der udøver erhvervsvirksomhed i det forurenede område, ansvar for udbedring af miljøskader, uden at det er nødvendigt først at påvise en årsagsforbindelse mellem den pågældendes adfærd og forureningen, men alene i kraft af den »stilling« som den pågældende befinder sig i (som følge af, at denne udøver aktivitet inden for det omhandlede område)?

3) Er Fællesskabets regler i artikel 174 (tidligere artikel 130 R), stk. 2, i traktaten

om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og direktiv 2004/35/EF til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder uden hensyn til princippet om, at »forureneren betaler«, særskilt kan pålægge indehavere af fast ejendom og/eller virksomheder i det forurenede område ansvaret for udbedring af miljøskader, uden at det er nødvendigt først at påvise, dels at der er årsagsforbindelse mellem den pågældendes adfærd og forureningen, dels at den subjektive betingelse om forsæt eller uagtsomhed er opfyldt?

4) Er Fællesskabets principper om beskyttelse af konkurrencen i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab og direktiverne 2004/18/EF, 93/3/EØF og 89/665/EØF til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder kan overdrage udførelsen af opgaver på offentlig ejendom vedrørende undersøgelse, planlægning og gennemførelse af rensningsforanstaltninger — som dermed rettelig har karakter af offentlige kontrakter — direkte til private (Società Sviluppo SpA og Sviluppo Italia Aree Produttive SpA), uden først at iværksætte de nødvendige procedurer om offentligt udbud?«

B — *De forenede sager C-379/08 og C-380/08*

30. Disse sager vedrører to foranstaltninger med henblik på udbedring af skader, som blev pålagt ved en beslutning af 16. april 2008:

31. For det første blev de sagsøgende virksomheder forpligtet til at adskille det område ved Rada di Augusta, der befinder sig på deres ejendom, fra havet med en fysisk barriere i havbunden. For det andet er godkendelse af udnyttelse af arealerne i det område, der skal renses, gjort afhængig af afhjælpningen af miljøskaderne og etableringen af den nævnte barriere. Disse betingelser vedrører ligeledes arealer, der er renset, og arealer, der ikke er forurenede.

32. De sagsøgende virksomheder har anført, at disse pålæg ændrer tidligere beslutninger, og at de blev vedtaget uden høring, begrundelse eller adækvate undersøgelser af deres virkninger.

33. Inden for rammerne af sagen om foreløbige forholdsregler har Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

»1) Er fællesskabsdirektivet om ansvar for miljøskader (direktiv 2004/35/EF, navnlig artikel 7 og bilag II) til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder under anvendelse af »adækvate midler til genopretning af miljøskader« kan foreskrive andre foranstaltninger over for bestemte elementer i miljøet (»miljømatricer«) (i det foreliggende tilfælde i form af en »fysisk afskærmning« over for grundvandet langs kystlinjen) end dem, det tidligere er besluttet at anvende efter gennemførelsen af en adækvat kontradiktorisk undersøgelse, selv om disse allerede er godkendt, endelig projekteret og under udførelse?

2) Er fællesskabsdirektivet om ansvar for miljøskader (direktiv 2004/35/EF, navnlig artikel 7 og bilag II) til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder af egen drift kan træffe sådanne foranstaltninger uden først at have vurderet de særlige forhold i det pågældende område, udgifterne til gennemførelsen i forhold til de fordele, der med rimelighed kan forventes, de mulige eller sandsynlige skadelige bivirkninger og de skadelige virkninger for den offentlige sundhed og sikkerhed samt den nødvendige tid til gennemførelsen?

3) Er fællesskabsdirektivet om ansvar for miljøskader (direktiv 2004/35/EF, navnlig artikel 7 og bilag II) i betragtning af de særlige forhold i området i Priolo, der er klassificeret som område af national betydning, til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder af egen drift kan træffe sådanne foranstaltninger, hvorved der fastsættes betingelser for godkendelse af den lovlige brug af områder, som ikke er direkte berørt af rensningen, da de allerede er renset eller i hvert fald ikke er forurenet, og som er beliggende inden for omkredsen af det område i Priolo, der

er klassificeret som område af national betydning?«

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

34. Polimeri Europa SpA og Syndial SpA (herefter under ét »Polimeri m.fl.«) har med fælles skriftlige indlæg i sag C-378/08 deltaget i den skriftlige forhandling som sagsøgere i hovedsagen, og ENI SpA, Polimeri Europa SpA og Syndial SpA (herefter undet ét »ENI m.fl.«) har med fælles skriftligt indlæg i de forenede sager C-379/08 og C-380/08 i lighed med ERG Raffinerie Mediterranee SpA (herefter »ERG«) deltaget i den skriftlige forhandling som sagsøgere i hovedsagen, ligesom Den Italienske Republik og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ligeledes har deltaget i den skriftlige forhandling. Kongeriget Nederlandene og Den Hellenske Republik har indgivet skriftlige indlæg i sag C-378/08.

35. Ved den samlede mundtlige forhandling i alle tre sager den 15. september 2009 deltog Polimeri m.fl., ENI m.fl., ERG og Sviluppo Italia som deltagere i hovedsagen samt Italien, Grækenland, Nederlandene og Kommissionen.

V — Retlige bemærkninger

A — *Om de præjudicielle anmodninger kan antages til realitetsbehandling*

36. Jeg vil først knytte nogle korte generelle bemærkninger til Italiens indsigelser mod, at de præjudicielle anmodninger kan antages til realitetsbehandling. Såfremt der er specifikke betænkeligheder for så vidt angår realitetsbehandlingen af enkelte spørgsmål, vil jeg undersøge disse betænkeligheder i forbindelse med de pågældende spørgsmål.

1. De præjudicielle anmodningers formål og genstand

37. Den italienske regering har anført, at den præjudicielle anmodning hovedsageligt har til formål at få bekræftet den forelæggende dommers fortolkning af national ret, som afviger fra appeldomstolens fortolkning, og dermed forfølger anmodningen ikke et af de i artikel 234 EF fastsatte formål.

38. Det er ganske vist korrekt, at den i artikel 234 fastlagte procedure kun kan have

fortolkningen af fællesskabsretten eller gyldigheden af afledt ret som sin genstand[9]. Den foreliggende anmodning drejer sig imidlertid udtrykkeligt om fortolkningen af primære- og sekundære regler i fællesskabsretten. Denne indsigelse mangler derfor ethvert grundlag.

39. Den omstændighed, at den forelæggende ret har en anden opfattelse end appeldomstolen, er endvidere ikke til hinder for anmodningen. Den præjudicielle anmodning har nemlig til formål at fjerne tvivl om fortolkningen af fællesskabsretten[10]. Forskellige opfattelser hos retterne med hensyn til fællesskabsretlige spørgsmål taler for, at den præjudicielle anmodning er begrundet i en oprigtig tvivl.

2. Indholdet af de præjudicielle anmodninger

40. Den italienske regering finder endvidere, at spørgsmålene er for detaljerede, og gør samtidig gældende, at fremstillingen af de faktiske omstændigheder er ukorrekt og tendentiøs.

41. Om spørgsmålene er for detaljerede, har kun betydning for antagelsen til realitetsbehandling af præjudicielle anmodninger, for så vidt som Domstolen i henhold til artikel 234 EF ikke har kompetence til at anvende fællesskabsrettens bestemmelser i et konkret tilfælde[11]. I det foreliggende tilfælde skal bestemmelser i fællesskabsretten dog alene fortolkes under hensyn til omstændighederne i sagen. Det overlades til de kompetente nationale retter at anvende bestemmelserne i det enkelte tilfælde.

42. Det er ikke Domstolens opgave i forbindelse med den præjudicielle forelæggelse at afdække, om den forlæggende ret har gengivet de faktiske omstændigheder korrekt[12]. Tværtimod tilkommer det de kompetente nationale retter at fastslå de faktiske omstændigheder.

43. Italiens indsigelser mod, at de præjudicielle anmodninger antages til realitetsbehandling, kan således ikke tiltrædes.

9 — Dom af 19.9.2006, sag C-506/04, Wilson, Sml. I, s. 8613, præmis 34.

10 — Jf. dom af 15.9.2005,sag C-495/03, Intermodal Transports, Sml. I, s. 8151, præmis 33.

11 — Dom af 24.9.1987, sag 37/86, Coenen, Sml. s. 3589, præmis 8, og af 5.3.2009, sag C-350/07, Kattner Stahlbau, Sml. I, s. 1513, præmis 24.

12 — Dom af 13.11.2003, sag C-153/02, Neri, Sml. I, s. 13555, præmis 34 f., af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 42, og af 12.1.2006, sag C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Sml. I, s. 589, præmis 21.

B — *De første tre præjudicielle spørgsmål i sag C-378/08*

44. De tre første spørgsmål i sag C-378/08 skal afklare, om det er foreneligt med princippet om, at forureneren betaler, i artikel 174 EF og miljøansvarsdirektivet, at visse personer pålægges ansvar for udbedring af miljøskader under henvisning til, at de udøver erhvervsvirksomhed, eller til deres position som ejere af arealer, uden at der foreligger et eventuelt forureningsbidrag eller en eventuel uagtsom eller forsætlig adfærd.

45. Den præjudicielle anmodning nævner ganske vist artikel 174 EF, men det er ufornødent at undergive denne bestemmelse en særskilt undersøgelse. Bestemmelsen fastlægger alene de almindelige formål med Fællesskabets virke på miljøområdet, som fællesskabslovgiver skal gennemføre, før de bliver bindende for medlemsstaterne[13]. Artikel 174 EF giver derfor ingen anvisninger for anvendelsen af en national ansvarsregel.

46. Derimod kan det ikke udelukkes, at miljøansvarsdirektivet er til hinder for nationale ansvarsregler. Artikel 174 og det deri fastsatte princip om, at forureneren betaler, er af særlig betydning for fortolkningen af miljøansvarsdirektivet, da det gennemfører hovedprincipperne i Fællesskabets miljøpolitisk.

47. Miljøansvarsdirektivet hverken foreskriver eller forbyder udtrykkeligt et ansvar som det, der er findes i italiensk ret, som fremstillet i den præjudicielle anmodning. Tværtimod er medlemsstaterne i henhold til artikel 16 ikke afskåret fra at opretholde eller vedtage strengere bestemmelser om forebyggelse og afhjælpning af miljøskader, herunder påvisningen af yderligere ansvarlige parter.

48. Miljøansvarsdirektivets artikel 16 viderefører artikel 176 EF. Efter denne bestemmelse er foranstaltninger efter artikel 175 EF, dvs. Fællesskabets rene miljøretlige regelfastsættelse[14], som f.eks. miljøansvarsdirektivet, ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller indfører strengere beskyttelsesforanstaltninger.

13 — Dom af 14.7.1994, sag C-379/92, Peralta, Sml. I, s. 3453, præmis 57 f.

14 — Artikel 95, stk. 4-6, EF indeholder særlige bestemmelser for fravigelse af miljøretlige foranstaltninger, der i det mindste også er baseret på artikel 95 EF.

49. En strengere beskyttelsesforanstaltning, indført af en medlemsstat, som omhandlet i artikel 176 EF, skal ifølge Domstolen forfølge samme miljøbeskyttelse som det omhandlede direktiv[15] eller være i overensstemmelse hermed[16]. Foranstaltninger, som ikke opfylder disse betingelser, er enten i strid med direktivet, eller de vedrører spørgsmål, som ikke reguleres i direktivet.

50. Det ville være uforeneligt med den præceptive retlige virkning af fællesskabsretten, hvis medlemsstaterne kunne vedtage foranstaltninger, der er i strid med direktivet. Direktivet er til hinder for sådanne foranstaltninger.

51. Derimod er det udelukket, at artikel 176 kan finde anvendelse, hvis medlemsstaternes foranstaltninger vedrører et spørgsmål, som ikke er reguleret i direktivet. Begrebet strengere beskyttelsesforanstaltninger kræver rent logisk en sammenligning. Forudsætningen for en »strengere beskyttelsesforanstaltning« er, at der findes en potentielt mindre streng foranstaltning i fællesskabsretten. Findes der ikke en sådan foranstaltning, kan der heller ikke foreligge en strengere foranstaltning. Eftersom medlemsstaten imidlertid blot udøver sine egne beføjelser i fraværet af relevante bestemmelser i fællesskabsretten, er rene miljøretlige bestemmelser i fællesskabsretten i dette tilfælde ikke til hinder for den nationale regulering. Hvorvidt andre fællesskabsretlige bestemmelser er til hinder for nationale foranstaltninger, kan ikke afgøres efter artikel 176 EF.

52. Disse betragtninger gælder ikke blot for strengere beskyttelsesforanstaltninger efter artikel 176 EF, men også for strengere foranstaltninger efter miljøansvarsdirektivets artikel 16.

1. Anvendelsen af miljøansvarsdirektivet

53. Miljøansvarsdirektivet kan dermed alene anvendes som sammenligningsgrundlag for strengere foranstaltninger, i det omfang det finder anvendelse. Der rejses imidlertid både tvivl om direktivets tidsmæssige og materielle anvendelse i hovedsagerne.

15 — Dom af 14.4.2005, sag C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe, Sml. I, s, 2753, præmis 41.

16 — Deponiezweckverband Eiterköpfe-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 52.

a) Miljøansvarsdirektivets tidsmæssige anvendelsesområde

54. I henhold til miljøansvarsdirektivets artikel 17 og artikel 19, stk. 1, finder direktivet ikke anvendelse på skade forvoldt af en emission, begivenhed eller hændelse, som fandt sted inden den 30. april 2007. Det finder heller ikke anvendelse på skade forvoldt af en emission, begivenhed eller hændelse, som finder sted efter dette tidspunkt, når den følger af en bestemt aktivitet, som fandt sted og blev afsluttet inden denne dato.

55. Den italienske og den nederlandske regering samt Kommissionen har derfor i deres indlæg givet udtryk for tvivl med hensyn til, om miljøansvarsdirektivet kan finde anvendelse med tilbagevirkende kraft. De antager, at de miljøskader, der skal udbedres, alle er indtrådt før den 30. april 2007. Hvis denne antagelse er korrekt, må disse regeringers opfattelse tiltrædes.

56. Den nederlandske regering har korrekt fremhævet, at den beslutning, der anfægtes i hovedsagen, bl.a. beror på en undersøgelse, der allerede blev forelagt i april 2007, altså før det relevante tidspunkt. I øvrigt er Rada di Augusta-området ifølge den sparsomme beskrivelse af miljøskaderne i den præjudicielle anmodning kendetegnet ved fænomener, der skyldes en miljøforurening, der formentligt allerede er påbegyndt for længere tid siden[17].

57. Den erhvervsvirksomhed, som antages at have forårsaget skaderne, udøves imidlertid tilsyneladende stadigvæk. Heraf udleder jeg, at der ved de miljøskader, som skal udbedres, efter den forelæggende rets hidtidige vurdering er tale om kumulative skader, der ganske vist for størstepartens del allerede er opstået før den 30. april 2007, men at det ikke kan udelukkes, at der siden det tidspunkt er opstået yderligere miljøforurening. Om det faktisk forholder sig således, er det ikke Domstolens opgave at afklare i forbindelse med den præjudicielle anmodning[18]. Tværtimod tilkommer det de kompetente nationale retter at fastslå de faktiske omstændigheder.

58. Ordlyden i miljøansvarsdirektivets artikel 17, første og andet led, samt direktivets systematiske sammenhæng viser, at direktivet i en sådan situation med kumulative skader

17 — Polimeri m.fl. anførte ved den mundtlige forhandling endog, at skaderne skyldes forurening, der fandt sted i perioden fra 1958 til 1979.

18 — Jf. henvisningerne ovenfor i fodnote 12.

finder anvendelse på den del af skaderne, der er opstået eller kan opstå efter den 30. april 2007.

59. Efter miljøansvarsdirektivets artikel 17, første led, er det udelukket, at direktivet kan finde anvendelse på skader, der er forårsaget før det relevante tidspunkt (gamle skader).

60. Herudover udelukker miljøansvarsdirektivets artikel 17, andet led, skader forvoldt af en emission, begivenhed eller hændelse, som finder sted efter det relevante tidspunkt, når de følger af en bestemt aktivitet, som fandt sted og blev afsluttet inden dette tidspunkt.

61. Denne regel i andet led vil formodentlig typisk finde anvendelse på gamle forureninger, der udløser nye skader, som f.eks. når skadelige stoffer siver ud fra et affaldsdepot og forurener et tilstødende vandområde. Denne form for spredning af skadelige stoffer kan også anses for en emission[19]. I tysk ret om ansvarspådragelse har man udviklet det sigende begreb »videreudvikling« (»Weiterfressen«) for denne kategori af skader[20].

62. Miljøansvarsdirektivets artikel 17, første og andet led, skal sikre, at direktivet ikke anvendes med tilbagevirkende kraft. Kommissionen forfulgte allerede dette mål i forbindelse med forarbejderne til miljøansvarsdirektivet[21]. Betragtning 30 til direktivet tager denne tanke op, idet det heri anføres, at skader, der er forvoldt inden udløbet af fristen for direktivets gennemførelse, ikke bør være omfattet af direktivets bestemmelser.

63. Baggrunden for, at direktivet ikke kan anvendes med tilbagevirkende kraft, skal findes i retssikkerhedsprincippet, der i almindelighed forbyder, at en fællesskabsretsakt

19 — Jf. definitionen i miljøansvarsdirektivets artikel 2, nr. 8): »en udledning i miljøet, forårsaget af menneskelige aktiviteter, af stoffer, præparater, organismer eller mikroorganismer«.

20 — Jf. Bundesgerichtshofs dom af 24.11.1976 (VIII ZR 137/75, Neue Juristische Wochenschrift 1977, s. 379, på s. 381).

21 — Kommissionens Hvidbog om erstatningsansvar for miljøskader (KOM(2000) 66 endelig af 9.2.2000, s. 14 f.) og Kommissionens forslag af 23.1.2002 til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om miljøansvar for så vidt angår forebyggelse og afhjælpning af miljøskader (KOM(2002) 17 endelig af 23.1.2002, s. 17 og 24) udelukker udtrykkeligt, at direktivet kan finde anvendelse med tilbagevirkende kraft.

gives gyldighed fra et tidspunkt, der ligger før aktens offentliggørelse. Dog kan dette rent undtagelsesvis tillades, når det tilstræbte formål fordrer det, og når de berørtes berettigede forventning respekteres behørigt[22]. Fællesskabslovgiver ønskede imidlertid udtrykkeligt ikke at give miljøansvarsdirektivet en sådan tilbagevirkende kraft.

64. På den anden side kan en ny bestemmelse finde anvendelse straks på de fremtidige virkninger af en situation, der er opstået tidligere[23]. Anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af den berettigede forventning må ikke udvides i en sådan grad, at princippet generelt forhindrer, at en ny ordning kan finde anvendelse på de fremtidige virkninger af situationer, som er opstået tidligere[24].

65. Miljøansvarsdirektivets artikel 17, første led, definerer i dette lys skader, der er opstået før den 30. april 2007, som afsluttede situationer, som ikke længere er omfattet af direktivet.

66. Dette gælder i modsætning til det af den græske regering under den skriftlige forhandling anførte også, når de aktiviteter, der har forårsaget skaderne, ganske vist er påbegyndt før det relevante tidspunkt, men derefter er videreført. Sådanne tilfælde er ganske vist ikke omfattet af miljødirektivets artikel 17, andet led, da aktiviteterne ifølge bestemmelsen skal være bragt til ophør før den 30. april 2007. Artikel 17, første led, udelukker imidlertid, at sådanne aktiviteter kan være omfattet af direktivets anvendelsesområde, for så vidt som aktiviteterne fandt sted før det relevante tidspunkt.

67. Som Kommissionen med rette har redegjort for, skal miljøansvarsdirektivet derimod finde anvendelse, når videreførte aktiviteter medfører nye skader. Dette er allerede nødvendigt for at efterkomme pligten i artikel 5 til at forebygge miljøskader. Denne bestemmelse gennemfører ud over princippet om, at forureneren betaler, yderligere to af Fællesskabets miljøretlige grundprincipper i henhold til artikel 174, stk. 2, EF, nemlig principperne om forebyggelse og bekæmpelse af miljøskader ved kilden.

22 — Dom af 25.1.1979, sag 98/78, Racke, Sml. s. 69, præmis 20, af 22.11.2001, sag C-110/97, Nederlandene mod Rådet, Sml. I, s. 8763, præmis 151, og af 29.4.2004, sag C-17/01, Sudholz, Sml. I, s. 4243, præmis 33.

23 — Dom af 5.12.1973, sag 143/73, SOPAD, Sml. s. 1433, præmis 8, af 10.7.1986, sag 270/84, Licata mod ØSU, Sml. s. 2305, præmis 31, af 2.10.1997, sag C-122/96, Saldanha og MTS, Sml. I, s. 5325, præmis 14, af 29.1.2002, sag C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, Sml. I, s. 1049, præmis 50, og af 11.12.2008, sag C-334/07 P, Kommissionen mod Freistaat Sachsen, Sml. I, s. 9465, præmis 43.

24 — Dom af 16.5.1979, sag 84/78, Tomadini, Sml. s. 1801, præmis 21, af 14.1.1987, sag 278/84, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 1, præmis 36, og af 29.6.1999, sag C-60/98, Butterfly Music, Sml. I, s. 3939, præmis 25, samt Pokrzeptowicz-Meyer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 55.

68. Den omstændighed, at aktiviteter allerede er påbegyndt før miljøansvarsdirektivets ikrafttræden, kan ikke ændre ved pligten til at forebygge. Hvis f.eks. et anlæg i normal drift gennem længere tid har forårsaget miljøskader, skal disse skader i henhold til direktivet principielt undgås fra den 30. april 2007.

69. I den foreliggende sag kan det navnlig ikke udelukkes, at det pålæg om etablering af en fysisk barriere, der er anfægtet i sagerne C-379/08 og C-380/08, også kan tjene til at undgå fremtidige miljøskader, der kan opstå som følge af den fortsatte drift af et anlæg. Det tilkommer i givet fald de nationale retter at tage stilling til, om den nævnte foranstaltning er egnet til at nå dette mål.

70. Anvendelsen af denne pligt til forebyggelse medfører samtidigt, at skader, som burde have været forebygget, men som alligevel er opstået, skal afhjælpes. I overensstemmelse hermed skal de skader, der er forårsaget af aktiviteter, som er videreført efter det relevante tidspunkt, afhjælpes i henhold til miljøansvarsdirektivet. Artikel 8, stk. 4, indeholder dog en mulighed for omkostningsfritagelse for aktiviteter, der er i overensstemmelse med gældende ret og/eller det aktuelle tekniske niveau.

71. Ved kumulative skader kan det ganske vist i praksis vise sig vanskeligt at afgrænse nye skaders andele fra gamle skaders andele, men dette problem optræder også i andre dele af den erstatningsretlige lovgivning og er på ingen måde uløseligt. Miljøansvarsdirektivets artikel 9 giver for så vidt medlemsstaterne et betydeligt handlerum, idet bestemmelsen præciserer, at direktivet ikke berører nationale lovbestemmelser om omkostningsfordeling mellem flere skadevoldere. Skadevoldere, som i deres egenskab af skadevolder af gamle skader ikke er omfattet af direktivet, men som er omfattet af direktivet i deres egenskab af skadevoldere af nye skader, henhører under denne bestemmelse.

72. Tilbage står dermed at afklare, om nyopståede andele af *videreudviklede* gamle skader er omfattet miljøansvarsdirektivet, når de oprindelige aktiviteter videreføres.

73. En sådan fortolkning kunne finde støtte i miljøansvarsdirektivets artikel 17, andet led, eftersom de skadevoldende aktiviteter ikke bringes til afslutning, men videreføres. Den fortsatte udøvelse af aktiviteterne og udvidelsen af gamle skader ville være tegn på en endnu ikke afsluttet situation, der må reguleres på ny med henblik på fremtiden. Samtidigt ville det for fremtiden være sikret, at sådanne videreudviklede skader ville blive inddæmmet i overensstemmelse med direktivet.

74. Dette ville dog indebære, at effekten af direktivet indirekte ville blive udstrukket til at omfatte aktiviteter, der blev udøvet før direktivets ikrafttræden. Bestemmelserne om den tidsmæssige anvendelse af direktivet skulle forhindre netop dette.

75. Pligten til at forebygge miljøskader fører ikke til et andet resultat. Forebyggelsen af miljøskader ved udøvelsen af aktiviteter har en ganske anden karakter, end hvis der er tale om at forhindre videreudvikling af gamle skader. Foranstaltninger med henblik på at forhindre videreudvikling kan dårligt anses for forebyggelse eller bekæmpelse af miljøskader ved kilden. De vil ofte kunne sammenlignes med afhjælpning af gamle skader. Miljøansvarsdirektivet indeholder imidlertid netop ikke en sådan pligt for den erhvervsdrivende. Forebyggelsen af kommende nye skader ved udøvelsen af aktiviteter starter derimod netop ved aktiviteterne. Det er direktivets udtrykkelige mål, at sådanne aktiviteter ikke må forvolde flere skader i fremtiden.

76. Miljøansvarsdirektivet finder derfor ikke anvendelse på miljøskader, for så vidt som disse skader skyldes aktiviteter, der blev udøvet inden den 30. april 2007. Direktivet er således ikke til hinder for en national ordning om afhjælpning af sådanne skader.

b) Miljøansvarsdirektivets materielle anvendelsesområde

77. Kommissionen har endvidere rejst tvivl om, hvorvidt miljøansvarsdirektivet kan finde materiel anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Denne tvivl er begrundet i den omstændighed, at det efter den nationale rets vurdering er umuligt konkret at fastslå et individuelt ansvar, da et stort

antal virksomheder har etableret sig i Rada di Augusta-området.

78. Miljøansvarsdirektivet finder efter artikel 4, stk. 5, kun anvendelse på miljøskader forvoldt af forurening af diffus art, hvor det er muligt at fastslå årsagsforbindelsen mellem skaden og en operatørs aktiviteter.

79. Denne bestemmelse udgør ganske vist en af undtagelserne til miljøansvarsdirektivet. Imidlertid er der nærmere tale om en præcisering af rækkevidden af de almindelige bestemmelser om anvendelsen af direktivet i artikel 3, stk. 1: Herefter finder direktivet anvendelse på miljøskader, der er forvoldt ved udøvelsen af erhvervsmæssige aktiviteter. Artikel 4, stk. 5, præciserer, at skader, der kan tilbageføres til forurening af diffus art, også er omfattet. Sådan forurening er således i princippet ikke til hinder for, at direktivet kan finde anvendelse, så længe den nødvendige årsagsforbindelse kan påvises.

80. Miljøansvarsdirektivets artikel 4, stk. 5, hviler på den betragtning, at det i praksis kan være særligt vanskeligt at føre bevis for en konkret forvoldelse, når der er tale om forurening af diffus art. Dette viser de eksempler, som Kommissionen forestillede sig, da den forberedte direktivet: klimaændringer forårsaget af kuldioxid og andre emissioner, skovdød som følge af sur regn og luftforureningen fra trafikken [25]. Derved ændres direktivets materielle anvendelsesområde dog ikke.

81. De i miljøansvarsdirektivets artikel 3, stk. 1, fastsatte betingelser for direktivets anvendelse om, at de omhandlede miljøskader skal være forvoldt ved udøvelsen af erhvervsmæssige aktiviteter, skal fortolkes strengt. Direktivet foreskriver nemlig også, at skadesårsagerne skal undersøges. Det påhviler i henhold til artikel 11, stk. 2, den kompetente myndighed at fastslå, hvilken operatør der har forvoldt skaden eller fremkaldt den overhængende fare for skade. Hertil kommer, at artikel 5, stk. 4, artikel 6, stk. 3, samt artikel 8, stk. 2, andet afsnit, tillader foranstaltninger, når skadevolderen ikke kan identificeres. Disse bestemmelser, som senere skal behandles mere indgående [26], ville være uden betydning, hvis direktivet ikke finder anvendelse, når årsagen til skaden ikke kan fastslås.

25 — Hvidbog, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 11.
26 — Se nedenfor i punkt 118 ff.

82. Det er korrekt, at ansvaret for miljøskader som omhandlet i direktivet derfor primært kan pålægges for en skade, som er forvoldt ved udøvelsen af erhvervsmæssige aktiviteter. Andre bestemmelser i miljøansvarsdirektivet kan derimod finde anvendelse, selv om det (endnu) ikke er fastslået, at de omhandlede miljøskader er forvoldt som følge af sådanne aktiviteter.

c) Ansvaret efter miljøansvarsdirektivet

83. I det omfang miljøansvarsdirektivet finder anvendelse på hovedsagen, medfører dets ansvarsbestemmelser med henblik på afhjælpningen af miljøskader i lyset af princippet om, at forureneren betaler, visse hindringer for den nationale ret.

84. Princippet om, at forureneren betaler, er i henhold til artikel 174, stk. 2, EF et af de grundlæggende principper i Fællesskabets miljøpolitik. Det fremgår i den forbindelse af artikel 1 i og anden betragtning til miljøansvarsdirektivet, at forebyggelse og afhjælpning af miljøskader bør ske ud fra dette princip. Princippet om, at forureneren betaler, er dermed hovedprincippet i miljøansvarsdirektivet.

85. Den tyske forståelse af princippet om, at forureneren betaler, tager udgangspunkt i, at den, der forårsager forurening, har ansvaret for at få den fjernet igen. Andre sprogversioner, der udtrykkeligt angiver, at »forureneren betaler« (»*polluter-pays*« *principle, principe du* »*polleur-payeur*«), understreger, at princippet om, at forureneren betaler, er et princip om omkostningsfordeling[27]. Ikke samfundet eller en tredjepart, men forureneren skal bære omkostningerne for at få fjernet forureningen. Som følge heraf sker der en internalisering af omkostningerne til miljøbeskyttelse, dvs. at omkostningerne til miljøbeskyttelse medinddrages i den forurenende virksomheds produktionsomkostninger[28].

86. Derved får den potentielle miljøforurener et incitament til at undgå miljøforurening[29]. Ud over at sikre en rimelig fordeling af

27 — Jf. punkt 120 i mit forslag til afgørelse af 13.3.2008 i sag C-188/07, Commune de Mesquer, dom af 24.6.2008, Sml. I, s. 4501.

28 — Jf. punkt 66 i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 30.4.2002 i sag C-126/01, GEMO, dom af 20.11.2003, Sml. I, s. 13769.

29 — Jf. punkt 1 i bilaget til Rådets henstilling (75/436/Euratom, EKSF, EØF) af 3.3.1975 om påligning af omkostninger og de offentlige myndigheders indgriben på miljøområdet (EFT L 194, s. 1).

omkostningerne, rummer princippet om, at forureneren betaler, altså også en tilskyndelseseffekt og fremmer princippet om forebyggende indsats[30].

87. Miljøansvarsdirektivet konkretiserer navnlig princippet om, at forureneren betaler, i og med, at direktivet i artikel 6 forpligter den ansvarlige operatør til at foretage afhjælpning og i artikel 8, stk. 1, bestemmer, at operatøren bærer omkostningerne ved de forebyggende og afhjælpende foranstaltninger, der gennemføres i henhold til direktivet. I henhold til artikel 2, nr. 6), er operatøren den, der har ansvaret for de aktiviteter, som har forvoldt skaderne. Det er i almindelighed operatøren, som i kraft af sine aktiviteter bedst er i stand til at forebygge miljøskaderne.

88. I praksis kan savnes yderligere regler for skader på fremmed ejendom. Direktivet inddrager ejerne af disse ejendomme ved en høringsprocedure efter artikel 7, stk. 4. Dette indebærer dog ikke, at den, der har pligt til at foretage afhjælpning, uden videre kan iværksætte foranstaltninger på fremmed ejendom eller undergrund.

89. I øvrigt fastlægger miljøansvarsdirektivet efter artikel 3, stk. 1, ikke et ansvar for alle miljøskader, og det sondrer endvidere mellem forskellige skader for så vidt angår dette ansvar.

90. På den ene side er miljøskader, der forvoldes ved udøvelsen af enhver af de erhvervsmæssige aktiviteter, der er opført i bilag III, omfattet [miljøansvarsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra a)]. Bilag III opregner visse aktiviteter, som ifølge andre bestemmelser i Fællesskabets miljøret er forbundet med særlige miljørisici. I den foreliggende sag forekommer f.eks. bilagets nr. 1) og/eller nr. 7) at være relevant, dvs. drift af anlæg, for hvilke der kræves godkendelse i medfør af direktiv 96/61[31], eller fremstilling, anvendelse, oplagring, forarbejdning, deponering, udledning i

30 — Jf. min redegørelse for de forskellige elementer i princippet om, at forureneren betaler, i mit forslag til afgørelse af 23.9.2009 i sag C-254/08, Futura Immobiliare m.fl., Sml. I, s. 6995, punkt 30 ff.

31 — Rådets direktiv af 24.9.1996 om integreret forebyggelse og bekæmpelse af forurening (EFT L 257, s. 26), kodificeret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/1/EF af 15.1.2008 om integreret forebyggelse og bekæmpelse af forurening (EUT L 24, s. 8).

miljøet og transport inden for virksomheden af visse farlige stoffer.

91. Miljøansvarsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra b), fastlægger endvidere et ansvar for forsætlige eller uagtsomme handlinger ved andre aktiviteter, for så vidt som der opstår skader på beskyttede arter og naturtyper, som er beskyttet efter habitatdirektivets artikel 6, stk. 3 og 4, eller artikel 16[32] eller fugledirektivets artikel 9[33]. Der er dog ikke meddelt eller anført holdepunkter for, at der er opstået sådanne skader.

92. Da ansvaret for skader på beskyttede arter eller naturtyper udtrykkeligt kræver, at der foreligger forsæt eller uagtsomhed, kan det sluttes modsætningsvist, at ansvar på grund af aktiviteter i bilag III i princippet er et objektivt ansvar. Dette bekræftes af de muligheder, som medlemsstaterne gives i artikel 8, stk. 4, for at indføre en fritagelse for afhjælpningsomkostningerne, hvis operatøren ikke har handlet forsætligt eller uagtsomt,

32 — Rådets direktiv 92/43/EØF af 21.5.1992 om bevaring af naturtyper samt vilde dyr og planter (EFT L 206, s. 7).

33 — Rådets direktiv 79/409/EØF af 2.4.1979 om beskyttelse af vilde fugle (EFT L 103, s. 1).

og hvis de aktiviteter, der har forvoldt skaden, var godkendte eller gennemført efter det aktuelle tekniske niveau. Det strenge ansvarskriterium om objektivt ansvar afspejler de særlige risici, som udøvelsen af de omhandlede aktiviteter — efter deres risikobetonede karakter — medfører for miljøet.

93. I begge tilfælde kræver et ansvar efter miljøansvarsdirektivets artikel 3, stk. 1, i det mindste, at skaderne forårsages af de respektive, omfattede aktiviteter. Det påhviler efter artikel 11, stk. 2, den kompetente nationale myndighed at fastslå, hvilken operatør der har forvoldt skaden. Operatøren er — uanset, om det kan konstateres, hvem der har forvoldt skaden — efter artikel 5-7 forpligtet til at forebygge miljøskader, i givet fald at afhjælpe sådanne skader og til at underrette de kompetente myndigheder. Dette ansvar begrænses efter artikel 8, stk. 3, hvis operatøren kan bevise, at skaderne er forvoldt af tredjemand, eller at de skyldes pålæg fra myndighederne.

94. Miljøansvarsdirektivet har således til formål at konkretisere princippet om, at forureneren betaler, i en bestemt form. Operatørerne skal principielt bære omkostningerne til de miljøskader, som de forvolder. Denne omkostningsfordeling skaber et incitament for operatørerne til at forebygge miljøskader.

Omkostningsfordelingen er for så vidt rimelig, da operatørerne navnlig i tilfældet med det objektive ansvar udøver risikobetonede aktiviteter og som regel også nyder det økonomiske resultat af disse aktiviteter.

95. Så længe skadevolderen ikke er kendt, følger der derimod ikke en pligt til afhjælpning af direktivet. Da dette ifølge den præjudicielle anmodning er tilfældet i hovedsagerne, må det antages, at de omtvistede afhjælpende foranstaltninger ikke kan anses for en anvendelse af miljøansvarsdirektivet.

d) Ansvar uden forvoldelse af skaderne

96. Med det andet spørgsmål i sag C-378/08 ønsker den forelæggende ret oplyst, om det er tilladt at pålægge indehavere af fast ejendom og/eller personer, der udøver en erhvervsvirksomhed i det forurenede område, ansvar for udbedring af miljøskader. Retten har præciseret spørgsmålet således, at ansvaret alene følger af den »stilling«, som den pågældende befinder sig i (dvs. som følge af, at denne udøver aktivitet inden for det omhandlede område). Det er ikke nødvendigt at påvise en årsagsforbindelse mellem den pågældendes adfærd og forureningen.

97. Kommissionen har den opfattelse, at et sådant ansvar er tilladt som en strengere foranstaltning efter artikel 176 EF og miljøansvarsdirektivets artikel 16.

98. Jeg kan imidlertid ikke fuldt ud tilslutte mig Kommissionens opfattelse. Et ansvar, uden at der foreligger et forureningsbidrag, ville ikke følge miljøansvarsdirektivets struktur og ville heller ikke være i overensstemmelse med direktivet, hvis det reducerer ansvaret for den, der ifølge direktivet er ansvarlig for miljøskaden. Direktivet skaber nemlig netop et incitament for den ansvarlige operatør til at forebygge miljøskader og bestemmer, at denne operatør skal bære omkostningerne til afhjælpning af de skader, der opstår på trods af forebyggelsen.

99. Det er navnlig reguleret i miljøansvarsdirektivets artikel 8, under hvilke

omstændigheder den skadevoldende operatør er fritaget fra at bære omkostningerne. Det vil som hovedregel undergrave direktivets konkretisering af princippet om, at forureneren betaler, at indrømme yderligere omkostningsfritagelser. Det ville formindske incitamentsvirkningen af det indførte ansvar og ændre den omkostningsfordeling, som fællesskabslovgiver har fundet rimelig.

100. Dog fremgår det allerede af miljøansvarsdirektivets artikel 16, stk. 1, at der også kan være andre ansvarlige parter end den skadevoldende operatør. Denne bestemmelse giver udtrykkeligt medlemsstaterne mulighed for at påvise yderligere ansvarlige parter.

101. Den omstændighed, at supplerende bestemmelser om ansvar er tilladte, fremgår endvidere af miljøansvarsdirektivets artikel 5, stk. 4, artikel 6, stk. 3, og artikel 8, stk. 2, andet afsnit. Herefter kan de kompetente myndigheder selv og i givet fald for egen regning træffe afhjælpende og forebyggende foranstaltninger, hvis den skadevoldende operatør ikke kan identificeres. Denne bestemmelse, som ikke var indeholdt i Kommissionens forslag, har Rådet indført på visse medlemsstaters ønske[34].

102. Hvis det overordnede ansvar for den ansvarlige operatør ikke skal udhules, skal miljøansvarsdirektivets artikel 16, stk. 1, ikke fortolkes således, at medlemsstaterne kan påvise andre[35] ansvarlige parter, der træder i den ansvarlige operatørs sted. Yderligere[36] ansvarlige parter, der er ansvarlige på lige fod med den skadevoldende operatør og mindsker hans ansvar, må ligeledes afvises.

103. Det ville endvidere være betænkeligt i første omgang at inddrage en anden part, der efterfølgende må gøre sine omkostninger gældende over for den ansvarlige operatør, uden at det er nødvendigt. Miljøansvarsdirektivets artikel 8, stk. 3, synes ganske vist at

34 — Jf. artikel 4, stk. 4, artikel 5, stk. 3, og artikel 6a, stk. 4, i forslag af 16.4.2002, Rådets dokument nr. 7771/02, samt artikel 8, stk. 4, i forslag af 7.5.2002, Rådets dokument nr. 8647/02.

35 — Således formuleret navnlig i den franske, italienske, spanske, portugisiske og rumænske affattelse af miljøansvarsdirektivet.

36 — Således formuleret navnlig i den tyske og den engelske affattelse.

antyde denne mulighed, eftersom medlemsstaterne ifølge bestemmelsen skal foreskrive erstatning af operatørens afhjælpningsomkostninger, hvis denne kan bevise, at skaden er forvoldt af en tredjepart eller på grund af myndighedernes pålæg. Dette skal dog forklares med, at operatøren som regel er bedst i stand til at gennemføre en afhjælpning, fordi han råder over kilden til skaden og i det mindste de umiddelbart berørte områder. Andre forvoldere kan derimod som hovedregel kun holdes ansvarlige med henblik på dækning af omkostningerne.

104. Andre parters ansvar skal derimod have karakter af supplement. Dette ansvar må først gøres gældende, hvis det ikke er muligt at gøre ansvar gældende mod en skadevoldende operatør.

105. Medlemsstaterne kan med denne begrænsning både konkretisere princippet om, at forureneren betaler, på en anden måde, end det er sket i miljøansvarsdirektivet [herom mere under i)], og fastsætte ansvarsregler, der gælder uanset, om der foreligger et forureningsbidrag [herom mere under ii)].

i) Supplerende ansvarsmodeller på grundlag af princippet om, at forureneren betaler

106. Det er nærliggende i første omgang ligeledes at påvise de supplerende ansvarlige efter princippet om, at forureneren betaler. Både medlemsstaterne og Fællesskabet råder på grund af de muligt komplekse årsager til miljøskader over en vid skønsmargin[37]. Miljøansvarsdirektivet udtømmer ikke den fællesskabsretlige skønsbeføjelse. Det bestemmer blot, at den ansvarlige operatør er ansvarlig som skadevolder, men overlader medlemsstaterne muligheden for at give yderligere skadevoldere et ansvar. Artikel 16, stk. 1, nævner f.eks. inddragelsen af yderligere aktiviteter.

107. I den foreliggende sag kunne man f.eks. overveje at anse en ejer eller bruger af en ejendom, som på grund af sin tilstand — eventuelt i form af en videreudvikling — forårsager forurening, for skadevolder, uanset om der foreligger erhvervsmæssige aktiviteter. Årsagen til skaden befinder sig nemlig i den pågældendes kontrolsfære, og den pågældendes medvirken er nødvendig for at fjerne

37 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Futura Immobiliare m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30, punkt 52 ff., navnlig punkt 58.

skaden. Det ville således ikke være i strid med princippet om, at forureneren betaler, at gøre ejeren eller brugeren af ejendommen ansvarlig for disse skader.

108. Det ville heller ikke være i strid med princippet om, at forureneren betaler, også at anse skadevolderens retssuccessor for skadevolder, i hvert fald når den oprindelige skadevolder ikke længere kan holdes ansvarlig.

109. Et ansvar for omkostningerne er endvidere i princippet i overensstemmelse med princippet om, at forureneren betaler, hvis der overhovedet kan påvises et forureningsbidrag, men ikke bidragets omfang. Det vil nemlig i praksis ofte være vanskeligt eller endog umuligt at anslå den enkeltes forureningsbidrag til bestemte miljøskader nøjagtigt. Hvis skadevolderne samlet blev fritaget for deres ansvar, ville princippet om, at forureneren betaler, blive afsvækket. I sådanne tilfælde kunne medlemsstaterne pålægge de identificerede skadevoldere omkostningerne samlet. Der skal i den sammenhæng fastlægges de nødvendige bestemmelser i national ret om fordelingen af omkostningerne på de enkelte skadevoldere, og i den forbindelse kan der hentes inspiration i tilsvarende bestemmelser i andre dele af den erstatningsretlige lovgivning. Denne kompetence for medlemsstaterne er i overensstemmelse med bedømmelsen i miljøansvarsdirektivets artikel 9.

110. Under lovgivningsproceduren gik Kommissionen åbenbart fortsat ud fra, at det ville være i overensstemmelse med princippet om, at forureneren betaler, at pålægge en mulig skadevolder bevisbyrden for, at den pågældende ikke havde forvoldt skaden[38]. Kommissionen foreslog til slut i det mindste en bevislempelse for, at skaden var omfattet af direktivets tidsmæssige anvendelsesområde[39]. Selv om denne bestemmelse ikke blev optaget i den endelige udgave af direktivet, kunne man i denne retning — med forbehold af miljøansvarsdirektivets bestemmelse om konstatering af skadesårsager, som mangler at blive drøftet[40] — forestille sig nationale bestemmelser, som begrunder formodninger om årsagerne til skaderne, der kan afkræftes.

ii) Supplerende ansvarsmodel, uanset om der foreligger et forureningsbidrag

111. Et ansvar, som ikke kræver en årsagsforbindelse mellem den ansvarliges aktiviteter og skaden, ville efter Polimeri m.fl.'s opfattelse være i strid med det i miljøansvarsdirektivet forankrede princip om, at forureneren betaler. Denne opfattelse må for så vidt tiltrædes,

38 — Hvidbog, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 19.

39 — Forslagets artikel 19, stk. 2, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 46.

40 — Jf. nedenfor i punkt 118 ff.

da dette princips funktion med hensyn til en rimelig omkostningsfordeling ville blive afsvækket, hvis afhjælpningsomkostningerne ville blive pålagt en part, som ikke har forvoldt skaden[41].

112. Der kan dog ikke af princippet om, at forureneren betaler, udledes et absolut forbud mod, at andre end skadevolderen pålægges omkostningerne til afhjælpning af miljøskader. Et sådant forbud ville indebære, at miljøskader accepteres, hvis skadevolderen ikke kan holdes ansvarlig. Den omstændighed, at afhjælpningen finder sted for samfundets regning, indebærer nemlig også, at omkostningerne bæres af en part, der ikke er ansvarlig for skaden. En accept af miljøskader ville dog være uforeneligt med målet om at fremme et højt niveau for miljøbeskyttelse og forbedring af miljøkvaliteten. Princippet om, at forureneren betaler, har en funktion i forhold til dette mål, som ikke kun er fastsat i artikel 174, stk. 2, EF, men også i artikel 174, stk. 1, EF og først og fremmest i artikel 2 EF. Princippet om, at forureneren betaler, må ikke forstås således, at det i sidste ende strider mod miljøbeskyttelse, f.eks. ved at forhindre afhjælpningen af miljøskader, hvis skadevoldere ikke kan holdes ansvarlig.

113. Miljøansvarsdirektivet accepterer i overensstemmelse hermed også, at afhjælpningsomkostningerne bæres af andre end den ansvarlige operatør. Direktivet tillader nemlig, at staten selv træffer foranstaltninger for egen regning, hvis den skadevoldende operatør ikke kan identificeres eller ikke er i stand til at bære omkostningerne[42].

114. Hvis den skadevoldende operatør ikke kan identificeres, vil det i øvrigt være i overensstemmelse med en rimelig omkostningsfordeling at lade ejeren af de rensede grundarealer bære afhjælpningsomkostningerne, for så vidt som disse arealers værdi vil stige. I modsat fald ville ejeren opnå en uberettiget berigelse for andres regning.

115. På baggrund af oplysningerne i den præjudicielle anmodning kan det i den foreliggende sag stå åbent, om man kan forestille sig supplerende ansvarsregler, der ikke er betinget af, at der foreligger et forureningsbidrag, og som ville være anfægtelige ud fra en fællesskabsretlig synsvinkel. Der kunne ligge en mulig begrænsning i proportionalitetsprincippet, som kan være til hinder for

41 — Jf. mit forslag til afgørelse i Commune de Mesquer-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 141 ff., og i sagen Futura Immobiliare m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30, punkt 32.

42 — Jf. ovenfor, punkt 101.

åbenbart uforholdsmæssige resultater[43]. Det er dog tvivlsomt, om dette fællesskabsretlige princip finder anvendelse på strengere foranstaltninger som omhandlet i artikel 176 EF[44]. Hvis det respekteres, at det overordnede ansvar ligger hos den ansvarlige operatør, kan der under alle omstændigheder ikke konstateres åbenbart uforholdsmæssige ansvarsregler i den foreliggende sag.

iii) Besvarelse af det andet spørgsmål i sag C-378/08

116. For at komme tilbage til citatet af Archimedes i indledningen: Ansvaret for miljøskader kræver ikke nødvendigvis et fast støttepunkt i form af en skadevoldelse, som det er fastlagt i miljøansvarsdirektivet. Tværtimod råder medlemsstaterne over en vid skønsbeføjelse ved fastlæggelsen af supplerende ansvarsregler.

117. I betragtning af det ovenstående bør det andet spørgsmål besvares med, at miljøansvarsdirektivet kun er til hinder for et ansvar for miljøskader, uden at der foreligger et forureningsbidrag, for så vidt som et sådant ansvar ville undergrave det forhold, at det overordnede ansvar ligger hos den skadevoldende operatør.

e) Manglende undersøgelse af årsagerne

118. Det første spørgsmål i sag C-378/08 skal afklare, om virksomheder, som for tiden udøver deres aktiviteter i et område, som længe har været forurenet, eller et område, som grænser op hertil, kan pålægges at træffe foranstaltninger til afhjælpning heraf, uden at der foretages nogen undersøgelse med henblik på at fastslå, hvem der er ansvarlig for forureningen.

119. Det påhviler efter miljøansvarsdirektivets artikel 11, stk. 2, den kompetente myndighed at fastslå, hvilken operatør der har forvoldt skaden eller fremkaldt den overhængende fare for skade. Denne pligt er af afgørende betydning for gennemførelsen af princippet om, at forureneren betaler, således

43 — Jf. dom af 16.7.2009, sag C-254/08, Futura Immobiliare m.fl., Sml. I, s. 6995, præmis 56, og mit forslag til afgørelse i denne sag, nævnt ovenfor i fodnote 30, punkt 32.

44 — Jf. dommen i sagen Deponiezweckverband Eiterköpfe, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 63.

som det er konkretiseret i direktivet. Hvis mulige skadevoldere ikke behøver at nære frygt for at blive afsløret, er der ikke noget incitament til at forebygge skader. Det vil heller ikke være muligt at foretage en rimelig fordeling af omkostningerne, hvis skadevolderen forbliver ukendt.

120. Derudover ville den i miljøansvarsdirektivets artikel 12 fastsatte klageprocedure vedrørende mulige miljøskader (»anmodning om foranstaltninger«) i vidt omfang være uden betydning, hvis de kompetente myndigheder ikke var forpligtet til at undersøge miljøskader. Den forelæggende ret vil i overensstemmelse hermed være forpligtet til at undersøge ERG, ENI m.fl. samt Polimeri m.fl.'s oplysning om, at en anden virksomhed er identificeret som forvolder af miljøskaderne i andre sager.

121. Den præjudicielle anmodning er ganske vist udtryk for, at det kan være forbundet med store vanskeligheder at fastslå, hvem skadevolderen er. I overensstemmelse hermed anerkender miljøansvarsdirektivet udtrykkeligt, at den ansvarlige operatør muligvis ikke kan identificeres. Direktivet finder efter artikel 4, stk. 5, ikke anvendelse på forurening af diffus art, hvor det ikke er muligt at fastslå årsagsforbindelsen mellem skaden og en operatørs aktiviteter. Ved andre typer forurening tillader artikel 5, stk. 4, artikel 6, stk. 3, og artikel 8, stk. 2, andet afsnit, at de kompetente myndigheder selv som en sidste udvej, dvs. for egen regning, kan træffe afhjælpende og forebyggende foranstaltninger, hvis den skadevoldende operatør ikke kan identificeres.

122. Heraf kan udledes, at miljøansvarsdirektivet tillader, at det undlades at søge skadesårsagen afdækket, hvis yderligere undersøgelser må antages at være udsigtsløse.

123. Man kan endvidere forestille sig, at der iværksættes hasteforanstaltninger, før undersøgelserne er afsluttet, eller før de overhovedet er påbegyndt. De kompetente myndigheder må efter en omfattende bedømmelse af omstændighederne i de enkelte tilfælde beslutte, hvilken fremgangsmåde der skal anvendes.

124. Eftersom denne beslutning kræver en kompleks prognosebaseret vurdering, råder de kompetente myndigheder over et vidt vurderingsskøn. De skal dog — som det i henhold

til artikel 174, stk. 3, EF i almindelighed kræves ved anvendelsen af den europæiske miljøret — basere sig på de bedste videnskabelige og tekniske data[45].

125. Det første spørgsmål skal således besvares med, at miljøansvarsdirektivet tillader, at

— det undlades at søge skadesårsagen afdækket, hvis yderligere undersøgelser må antages at være udsigtsløse, og at

— der iværksættes hasteforanstaltninger, før undersøgelserne er afsluttet.

f) Det objektive ansvar

126. Den forelæggende ret ønsker med det tredje spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om miljøansvarsdirektivet er til hinder for nationale regler, der fastsætter et objektivt ansvar for miljøskader.

127. Miljøansvarsdirektivet opererer selv med to typer ansvar for miljøskader: Efter artikel 3, stk. 1, litra a), gælder der et objektivt for visse aktiviteter, der er forbundet med særlige risici. Derudover udløser alle erhvervsmæssige aktiviteter ifølge 3, stk. 1, litra b), et ansvar for visse skader på beskyttede arter og naturtyper, hvis der er handlet forsætligt eller uagtsomt.

128. Et objektivt ansvar for skadevolderen, der omfatter yderligere aktiviteter end de i miljøansvarsdirektivets artikel 3, stk. 1, litra a), anførte, forfølger samme miljøbeskyttelsesformål og er i overensstemmelse hermed. Miljøansvarsdirektivet begrænser nemlig princippet om, at forureneren betaler, i det omfang det kræver forsæt eller uagtsomhed. Medlemsstaterne må være berettiget til at se bort fra denne begrænsning i forbindelse med strengere foranstaltninger. I praksis medfører et objektivt ansvar nemlig en pligt

45 — Jf. dom af 28.6.2007, sag C-235/04, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5415, præmis 25 (om fuglebeskyttelsesområder), af 9.12.2004, sag C-79/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 11619, præmis 41 (om jagtmængder), og af 6.11.2008, sag C-405/07 P, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 8301, præmis 61 (om Kommissionens foranstaltninger i henhold til artikel 95, stk. 5 og 6, EF).

for de ansvarlige parter til at udvise langt større agtpågivenhed over for miljøet. Dette gælder ikke kun for de ansvarstyper, der er indeholdt i miljøansvarsdirektivet, men også for eventuelle supplerende ansvarsregler i medlemsstaterne.

129. Heraf følger med hensyn til det tredje spørgsmål i sag C-378/08, at miljøansvarsdirektivet ikke er til hinder for regler om objektivt ansvar for miljøskader.

2. Betydningen af princippet om, at forureneren betaler, inden for rammerne af affaldsrammedirektivet

130. Spørgsmålene vedrørende princippet om, at forureneren betaler, er bortset fra sammenhængen med miljøansvarsdirektivet også af betydning i hovedsagerne af den grund, at affaldsrammedirektivet[46] muligvis finder anvendelse.

131. Affaldsrammedirektivet har ganske vist kun været i kraft siden 1977[47], og dermed dækker dette direktiv efter alt at dømme heller ikke alle de forureninger, der har givet anledning til de omtvistede miljøskader. Imidlertid kan der være forårsaget betydeligt større andele af miljøskaderne i de 30 år forud for anvendeligheden af miljøansvarsdirektivet end i de 2 år, hvor miljøansvarsdirektivet har fundet anvendelse. Spørgsmålet om, hvorvidt affaldsrammedirektivet fortsat er gældende efter at miljøansvarsdirektivet er trådt i kraft, og hvilken fremtidig betydning den nye affattelse af direktivet har[48], er ikke rejst i den foreliggende sag og skal ikke afklares på dette sted.

46 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/12/EF af 5.4.2006 om affald, EUT L 114, s. 9. Dette direktiv kodificerer Rådets direktiv 75/442/EØF af 15.7.1975 om affald, EFT L 194, s. 39, med senere ændringer.

47 — Som ændret ved direktiv 75/442, der allerede i artikel 11 indeholder en regel om ansvaret for omkostningerne efter princippet om, at forureneren betaler.

48 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/98/EF af 19.11.2008 om affald og om ophævelse af visse direktiver (EUT L 312, s. 3). Efter artikel 2, stk. 1, litra b), er arealer (*in situ*), herunder ikke opgravet forurenet jord og bygninger, der er fast forbundet med arealet, ikke omfattet af anvendelsesområdet for det ændrede affaldsrammedirektiv. Det hidtidigt gældende affaldsrammedirektiv ophæves i medfør af artikel 41 med virkning fra den 12.12.2010.

132. Domstolen har allerede fastslået, at olieprodukter, der udledes i undergrunden, grundvandet eller havet ved et uheld, således at disse produkter ikke længere kan benyttes formålstjenligt, skal anses for affald[49]. Jord, der er forurenet som følge af, at disse produkter er spildt ved et uheld, må ligeledes anses for affald[50]. De samme betragtninger bør gøre sig gældende for andre skadelige stoffer.

133. I henhold til affaldsrammedirektivets artikel 4 skal affald nyttiggøres eller bortskaffes, uden at menneskers sundhed bringes i fare, og uden at der anvendes fremgangsmåder eller metoder, som vil kunne skade miljøet. Bortskaffelse eller nyttiggørelse af skadelige stoffer, der har forvoldt de omtvistede miljøskader, og den forurenede jord må antages ofte at være en del af afhjælpningen af skaden.

134. Efter affaldsrammedirektivets artikel 15 skal omkostningerne ved bortskaffelsen af affaldet i henhold til princippet om, at forureneren betaler, afholdes af den indehaver, der overlader affald til en indsamler eller til en virksomhed, der varetager bortskaffelse, og/eller de tidligere indehavere eller producenten af det produkt, som affaldet hidrører fra. Affaldsrammedirektivet kræver ikke, at der er handlet forsætligt eller uagtsomt.

135. Denne bestemmelse konkretiserer til forskel fra miljøansvarsdirektivet ikke, hvilke af disse personer der bærer ansvaret for bortskaffelsen af affaldet. Domstolen antog desuagtet med hensyn til olieprodukter, der sivede ud ved driften af en tankstation, at tankstationens bestyrer som indehaver og producent af dette affald principielt var ansvarlig[51]. Hvad angår olieprodukter, som udledes i havet ved et uheld i forbindelse med et tankerhaveri, er ejeren af det skib, som transporterer disse olieprodukter, reelt i besiddelse af disse, umiddelbart før de bliver omdannet til affald. Omkostningerne ved bortskaffelsen heraf bør derfor i princippet bæres af skibets ejer[52].

136. Imidlertid er et ansvar for andre parter muligt, hvis disse parter på grund af særlige omstændigheder er ansvarlige for, at affaldet er opstået[53].

49 — Dom af 7.9.2004, sag C-1/03, Van de Walle m.fl., Sml. I, s. 7613, præmis 47-50, og Commune de Mesquer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 57-59.

50 — Van de Walle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 52.

51 — Van de Walle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 59.

52 — Commune de Mesquer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 74.

53 — Jf. van de Walle-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 60, og Commune de Mesquer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 76 ff.

137. Derfor taler meget for, at de virksomheder i hovedsagerne, hvis aktiviteter medførte, at de skadelige stoffer slap ud i miljøet fra produktionsanlæggene, er ansvarlige for bortskaffelsen af disse stoffer i henhold til affaldsrammedirektivet.

138. Affaldsrammedirektivet er i princippet i samme omfang som miljøansvarsdirektivet til hinder for afvigende bestemmelser. Dvs. at det overordnede ansvar for den hovedansvarlige efter princippet om, at forureneren betaler, ganske vist kan suppleres, men det kan ikke erstattes eller reduceres. Man kan i overensstemmelse hermed heller ikke uden videre undlade at undersøge, hvem den ansvarlige er.

C — *Spørgsmålene i sag C-379/08 og C-380/08*

139. Spørgsmålene i sag C-379/08 og C-380/08 omhandler ikke det principielle ansvar for miljøskader, men fastlæggelsen af afhjælpende foranstaltninger efter miljøansvarsdirektivet. Da det ikke kan udelukkes, at direktivet finder anvendelse på i det mindste en del af de omhandlede miljøskader[54], skal Domstolen ligeledes besvare disse spørgsmål.

1. Det første spørgsmål i sag C-379/08 og C-380/08 — ændring af afhjælpende foranstaltninger

140. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om miljøansvarsdirektivet er til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder kan pålægge andre afhjælpende foranstaltninger i stedet for dem, det tidligere efter gennemførelsen af en adækvat kontradiktorisk undersøgelse var besluttet at anvende, og som allerede var godkendt, gennemført eller under gennemførelse.

141. Miljøansvarsdirektivet indeholder ingen udtrykkelige bestemmelser om ændring af de

54 — Jf. ovenfor, punkt 55 ff., særligt punkt 58.

afhjælpende foranstaltninger. Artikel 7, stk. 2, og artikel 11, stk. 2, nævner blot, at den kompetente myndighed træffer afgørelse om de afhjælpende foranstaltninger. Denne formulering kan uden problemer udlægges således, at ændrede eller yderligere[55] afhjælpende foranstaltninger er omfattet.

142. Denne fortolkning er uomgængelig allerede af den grund, at bedømmelsen af de afhjælpende foranstaltningers virkning kan ændres under eller efter deres gennemførelse. Det ville derfor være i strid med målet om et højt et miljøbeskyttelsesniveau og i øvrigt muligt uforholdsmæssigt, hvis en gang pålagt afhjælpende foranstaltning altid ville skulle fastholdes uændret, også selv om virkningen heraf blev stadig mere tvivlsom.

143. For så vidt som direktivet ikke indeholder relevante bestemmelser om ændring af afhjælpende foranstaltninger, tilkommer det medlemsstaterne at fastsætte bestemmelser herom. I den forbindelse skal medlemsstaterne imidlertid overholde den ramme, som de retningsgivende fællesskabsretlige principper angiver skal iagttages ved gennemførelsen og anvendelsen af fællesskabsretten[56], som f.eks. beskyttelse af princippet om den berettigede forventning[57] eller proportionalitetsprincippet[58].

144. Berettiget forventning for så vidt angår afhjælpende foranstaltninger, kan derefter opstå, hvis de administrative myndigheders handlemåde har skabt en rimelig forventning hos den forudseende og påpasselige erhvervsdrivende om, at pålæggene ikke vil blive ændret[59]. I betragtning af den videnskabelige uvished, der er ved afhjælpning af miljøskader, må det antages, at der kun sjældent vil opstå en berettiget forventning.

145. Foranstaltninger til afhjælpning af miljøskader må i overensstemmelse med

55 — Må ikke forveksles med »supplerende afhjælpning«, som efter bilag II, nr. 1), litra b), skal kompensere for manglende genopretning af de skadede naturressourcer og/eller udnyttelsesmuligheder.

56 — Dom af 24.3.1994, sag C-2/92, Bostock, Sml. I, s. 955, præmis 16, af 18.5.2000, sag C-107/97, Rombi og Arkopharma, Sml. I, s. 3367, præmis 65, af 6.11.2003, sag C-101/01, Lindqvist, Sml. I, s. 12971, præmis 87, af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 105, og af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 28.

57 — Dom af 3.12.1998, sag C-381/97, Belgocodex, Sml. I, s. 8153, præmis 26, af 26.4.2005, sag C-376/02, Goed Wonen, Sml. I, s. 3445, præmis 32, og af 14.9.2006, forenede sager C-181/04 — C-183/04, Elmeka, Sml. I, s. 8167, præmis 31.

58 — Dom af 17.12.1970, sag 25/70, Köster, Berodt & Co., Sml. 1970, s. 259, org.ref.: Rec. s. 1161, præmis 21 f., af 18.11.1987, sag 137/85, Maizena m.fl., Sml. s. 4587, præmis 15, af 13.11.1990, sag C-331/88, Fedesa m.fl., Sml. I, s. 4023, præmis 13, af 7.9.2006, sag C-310/04, Spanien mod Rådet, Sml. I, s. 7285, præmis 97, og af 17.1.2008, forenede sager C-37/06 og C-58/06, Viamex Agrar Handel, Sml. I, s. 69, præmis 33.

59 — Elmeka-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 56, præmis 32.

proportionalitetsprincippet ikke overskride grænserne for, hvad der er egnet og nødvendigt for at genoprette miljøet. Såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst bebyrdende foranstaltning vælges, og byrderne må herved ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål[60].

146. Den forelæggende ret har i sit spørgsmål navnlig fremhævet, at de ændrede foranstaltninger allerede var gennemført. Denne omstændighed skal afgjort tages i betragtning i forbindelse med afgørelsen om ændringen, men den udelukker dog ikke nødvendigvis en ændring. Det kan ganske vist være uforholdsmæssigt, hvis de kompetente myndigheder efterfølgende kasserer visse foranstaltninger ved at pålægge andre foranstaltninger, uden at disse ser ud til at indebære en tilstrækkelig merværdi. Viser det sig imidlertid under gennemførelsen af afhjælpende foranstaltninger, at de ikke er tilstrækkelige, må det være muligt at pålægge ændrede eller yderligere foranstaltninger for at sikre afhjælpningen.

147. Ved besvarelsen af det første spørgsmål må det fastholdes, at miljøansvarsdirektivet ikke er til hinder for en ændring af de afhjælpende foranstaltninger, i det omfang de almindelige fællesskabsretlige principper overholdes.

2. Det andet spørgsmål i sag C-379/08 og C-380/08 — manglende prøvelse af virkningerne

148. Dermed har de kompetente myndigheder ganske vist i princippet adgang til at ændre de afhjælpende foranstaltninger, men det er stadig uklart, under hvilke betingelser det er muligt. En del af disse betingelser er genstand for det andet spørgsmål om, hvorvidt de kompetente myndigheder af egen drift kan ændre de afhjælpende foranstaltninger og undlade at vurdere de særlige forhold i det pågældende område, udgifterne til gennemførelsen i forhold til de fordele, der med rimelighed kan forventes, de mulige eller sandsynlige skadelige bivirkninger og de skadelige virkninger for den offentlige sundhed og sikkerhed samt den nødvendige tid til gennemførelsen.

60 — Jf. i denne retning dommen i sagen Köster, Berodt & Co., præmis 28 og 32, dommen i sagen Fedesa m.fl., præmis 13, og Viamex Agrar Handel-dommen, præmis 35, alle nævnt ovenfor i fodnote 58, samt dom af 11.7.1989, sag 265/87, Schräder HS Kraftfutter, Sml. s. 2237, præmis 21, og af 12.7.2001, sag C-189/01, Jippes m.fl., Sml. I, s. 5689, præmis 81.

a) Anordning af egen drift

149. Som ENI m.fl. og ERG har fremhævet, er det i henhold til miljøansvarsdirektivets artikel 7, stk. 1, i princippet den ansvarlige operatør, der foreslår en række afhjælpende foranstaltninger. Bestemmelsen nævner udtrykkeligt som en undtagelse, at myndighederne selv træffer de nødvendige afhjælpende foranstaltninger [artikel 6, stk. 2, litra e)], navnlig hvis den ansvarlige operatør ikke kan identificeres (artikel 6, stk. 3).

150. Dette indebærer imidlertid ikke, at myndighederne i øvrigt altid skal afvente forslag fra operatøren. I modsat fald ville operatører kunne blokere eller i det mindste forstyrre afhjælpningen af miljøskader ved at forholde sig passivt.

151. Miljøansvarsdirektivets artikel 6, stk. 2, litra b)-d), bestemmer i overensstemmelse hermed, at myndighederne *til enhver* tid kan pålægge operatøren afhjælpende foranstaltninger. Artikel 11, stk. 2, betoner ligeledes, at de kompetente myndigheder afgør, hvilke afhjælpende foranstaltninger der skal iværksættes. Denne afgørelse er efter betragtning 24 udtrykkeligt omfattet af myndighedernes skønsbeføjelse.

152. Miljøansvarsdirektivets artikel 11, stk. 2, bemyndiger ganske vist myndighederne til at påbyde den berørte operatør at foretage sin egen vurdering og tilvejebringe alle nødvendige oplysninger og data. Myndighederne er dog ikke i den forbindelse forpligtet til at overlade initiativet til operatøren.

153. Der ses således ikke at være bestemmelser i miljøansvarsdirektivet, der er til hinder for, at de kompetente myndigheder ændrer afhjælpende foranstaltninger af egen drift.

b) Vurdering af virkningerne

154. Vurderingen af virkningerne er foreskrevet i punkt 1.3.1 i bilag II. Foruden andre

kriterier er også de synspunkter, som den forelæggende ret har anført, omfattet.

155. Bilag II er ved fastlæggelsen af afhjælpende foranstaltninger principielt bindende i medfør af artikel 7, stk. 2, og efter bilagets indledning. Af punkt 1.3.1 fremgår dog blot, at rimelige afhjælpende foranstaltninger »bør« vurderes. I kommissionsforslaget blev der lagt op til, at denne vurdering altid skal finde sted[61], men Rådet undergav denne bestemmelse en kraftig revidering og valgte i den forbindelse åbenbart bevidst at undgå en bindende formulering[62].

156. Denne lovgivningsteknik kan imidlertid ikke fortolkes således, at de kompetente myndigheder ikke skal foretage en vurdering ved valget af afhjælpende foranstaltninger. Tværtimod kræver enhver udvælgelsesafgørelse en vurdering af de forskellige varianter. Dette illustreres navnlig af miljøansvarsdirektivets artikel 7, stk. 3, der for det tilfælde, at der skal vælges mellem afhjælpning af forskellige skader, bestemmer, at bestemte kriterier skal tages i betragtning. Udvælgelsen mellem forskellige mulige afhjælpende foranstaltninger for en skade er grundlæggende sammenlignelig hermed.

157. Særligt skal proportionalitetsprincippet[63] som anført af ENI m.fl. tages i betragtning ved vurderingen. Kriterierne ifølge miljøansvarsdirektivets bilag II, punkt 1.3.1, er efter fællesskabslovgiverens vurdering særligt egnede til at sikre en forholdsmæssig afgørelse om afhjælpende foranstaltninger. Bestemmelsen giver dog mulighed for at foretage et skøn ved udvælgelsen af vurderingskriterierne. Dette skøn skal ganske vist som hovedregel udøves på en sådan måde, at de udtrykkeligt nævnte kriterier inddrages, men de kompetente myndigheder kan dog helt eller delvist fravige dem, hvis det er begrundet.

158. Man kan f.eks. forestille sig, at der skal fastsættes særligt hastende foranstaltninger, uden at der forinden gennemføres en omfattende vurdering efter punkt 1.3.1 i bilag II til

61 — Jf. bilag II, punkt 3.2.1 i Kommissions forslag, nævnt ovenfor i fodnote 21.

62 — En sådan formulering synes at forekomme for første gang i den affattelse af bilag II, punkt 1.3.1, der findes i Rådets dokument nr. 6191/03 af 13.2.2003.

63 — Jf. ovenfor, punkt 145.

miljøansvarsdirektivet. Det kan heller ikke udelukkes, at yderligere vurderingskriterier — f.eks. på grund af særlige omstændigheder i den enkelte sag eller modtagelsen af nye oplysninger — kan indgå i udvælgelsen.

159. Under alle omstændigheder skal der i begrundelsen for afgørelsen om afhjælpende foranstaltninger redegøres for de anvendte vurderingskriterier, resultatet af vurderingen, og hvorfor der er set bort fra visse kriterier efter punkt 1.3.1 i bilag II til miljøansvarsdirektivet. Artikel 11, stk. 4, kræver nemlig i lyset af princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse en »nøjagtig begrundelse« for afgørelser om afhjælpende foranstaltninger. Denne begrundelse er nødvendig for, at de nationale retter kan prøve afgørelsen[64].

160. Da sagsøgerne i hovedsagerne ifølge den præjudicielle anmodning har gjort gældende, at de ikke er blevet hørt om de anfægtede foranstaltninger, skal der desuden henvises til miljøansvarsdirektivets artikel 7, stk. 4. Efter denne bestemmelse opfordrer den kompetente myndighed under alle omstændigheder de personer, på hvis ejendom der skal gennemføres afhjælpende foranstaltninger, til at fremsætte deres bemærkninger, som den kompetente myndighed tager i betragtning.

161. Selv om de ansvarlige for afhjælpningen undtagelsesvis ikke skulle være ejere af ejendommen i denne forstand, skal de alligevel høres. Miljøansvarsdirektivet forudsætter nemlig, at de pågældende som regel vil deltage endnu stærkere i fastlæggelsen af afhjælpende foranstaltninger. De skal i henhold til artikel 7, stk. 1, fastlægge og foreslå afhjælpende foranstaltninger. Hvis de kompetente myndigheder afviger herfra og selv fastsætter afhjælpende foranstaltninger, skal de i det mindste give de ansvarlige for afhjælpningen lejlighed til at fremkomme med en stillingtagen, før der træffes en afgørelse.

162. ENI mfl. har med rette fremhævet, at ovennævnte formkrav gælder så meget desto mere for ændringer af afhjælpende foranstaltninger. Når afhjælpende foranstaltninger først er pålagt efter en omfattende vurdering,

64 — Jf. dom af 15.10.1987, sag 222/86, Heylens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 15, af 15.2.2007, sag C-239/05, BVBA Management, Training en Consultancy, Sml. I, s. 1455, præmis 36, og af 30.4.2009, sag C-75/08, Mellor, Sml. I, s. 3799, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis.

skal de grunde, der kan føre til en ændring heraf, veje tungere end den oprindelige vedtagne vurdering. Dette kræver især, at de nye grunde beror på et sammenligneligt videnskabeligt grundlag.

163. Omkostningerne ved vurderingen af en ændring af afhjælpende foranstaltninger kan ikke desto mindre være formindskede allerede af den grund, at der er indsamlet vigtige oplysninger inden for rammerne af vurderingen af de oprindelige afhjælpende foranstaltninger. Det kan ikke udelukkes, at relativt begrænsede nye oplysninger, der f.eks. fremkommer ved observation af afhjælpende foranstaltninger, kan rejse tvivl om det hidtidige resultat, og i forening med de allerede kendte oplysninger give anledning til, at afhjælpningen drejes i en ny retning.

164. Endelig skal det klargøres, at indskrænkninger i vurderingen af afhjælpende foranstaltninger, begrundelsen for afhjælpende foranstaltninger og høringen af den ansvarlige operatør hverken kan udgøre en »strengere beskyttelsesforanstaltning« som omhandlet i artikel 176 EF eller en »strengere bestemmelse« som omhandlet i miljøansvarsdirektivets artikel 16. Det ville ikke fremme en strengere beskyttelse af miljøet at se bort fra disse procedureretlige foranstaltninger, men ville tværtimod true en sådan beskyttelse. Vurderingen og høringen er egnede til at forbedre oplysningsgrundlaget for afgørelsen om afhjælpende foranstaltninger. Redegørelsen for en afgørelses begrundelse indeholder derimod et element af selvkontrol[65]. Hvis det ikke er muligt at formulere en overbevisende begrundelse, er der grundlag for at kontrollere afgørelsen.

c) Besvarelse af det andet spørgsmål i sag C-379/08 og C-380/08

165. Miljøansvarsdirektivet er således ikke til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder af egen drift kan ændre afhjælpende foranstaltninger. De særlige forhold i det pågældende område, udgifterne til gennemførelsen i forhold til de fordele, der med rimelighed kan forventes, de mulige eller sandsynlige skadelige

65 — Jf. mit forslag til afgørelse af 13.12.2007 i sag C-413/06 P, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, dom af 10.7.2008, Sml. I, s. 4951, punkt 97, og af 22.1.2009 i Mellor-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 64, punkt 32.

bivirkninger og de skadelige virkninger for den offentlige sundhed og sikkerhed samt den nødvendige tid til gennemførelsen skal som hovedregel vurderes med henblik på denne afgørelse. Den kompetente myndighed kan dog i særlige tilfælde på grundlag af en behørigt foretaget bedømmelse helt eller delvist undlade at foretage denne vurdering, hvis afgørelsen træffes på grundlag af en høring af den berørte og begrundes omhyggeligt.

3. Det tredje spørgsmål i sag C-379/08 og C-380/08 — sammenkobling af afhjælpende foranstaltninger med brugen af områder

166. Det tredje spørgsmål i sag C-379/08 og C-380/08 omhandler sammenkoblingen mellem afhjælpende foranstaltninger og brugen af områder. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om det er foreneligt med miljøansvarsdirektivet at fastsætte ændrede afhjælpende foranstaltninger som betingelser for godkendelse af den lovlige brug af områder, som ikke er direkte berørt af afhjælpningen, da de allerede er rensede eller i hvert fald ikke er forurenede.

167. Miljøansvarsdirektivet vedrører kun umiddelbart brugen af områder, for så vidt som de er forbundet med forebyggende eller afhjælpende foranstaltninger. Især forebyggende foranstaltninger kan umiddelbart berøre de aktiviteter, der udøves på området, f.eks. når grænseværdier skal overholdes. Det er heller ikke udelukket inden for rammerne af afhjælpende foranstaltninger at fastlægge, hvilke betingelser der skal være opfyldt for brugen af områder, som skal renses. Som Italien har redegjort for, skal mulige konflikter mellem brug og afhjælpning undgås. Derudover illustrerer punkt 2 i bilag II til miljøansvarsdirektivet, at det er nødvendigt at træffe foranstaltninger, der udelukker de risici ved brugen, som stammer fra forureningen af et område.

168. Sådanne foranstaltninger skal overholde kravene i miljøansvarsdirektivet, navnlig de allerede fremstillede procedureretlige foranstaltninger.

169. Miljøansvarsdirektivet indeholder derimod ikke relevante bestemmelser i de tilfælde, hvor de omhandlede områder — som det antydes i de præjudicielle spørgsmål — ikke (længere) udviser eller forvolder miljøskader. I modsætning til ERG's opfattelse kan der navnlig ikke udledes et forbud mod indskrænkninger i brugen af fuldstændigt

rensede områder. Tværtimod: i det omfang indskrænkninger i brugen af sådanne områder er et effektivt og forholdsmæssigt middel til at gennemføre forpligtelserne efter miljøansvarsdirektivet, kan der endog være en fællesskabsretlig pligt til at vedtage sådanne indskrænkninger[66].

170. Det er dermed ikke i strid med miljøansvarsdirektivet at fastsætte ændrede afhjælpende foranstaltninger som betingelser for godkendelse af den lovlige brug af områder, som ikke er direkte berørt af afhjælpningen, da de allerede er rensede eller i hvert fald ikke er forurenede.

D — *Det fjerde spørgsmål i sag C-378/08 — krav om offentligt udbud*

1. Formaliteten

171. Kommissionen har udtrykt kraftig tvivl om, hvorvidt det fjerde spørgsmål i sag C-378/08 kan antages til realitetsbehandling, da den nationale ret ikke har givet en tilstrækkelig fremstilling af de faktiske og retlige omstændigheder, som danner baggrund for det fjerde spørgsmål.

172. Ifølge Domstolens faste praksis er det for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, faktisk påkrævet, at denne ret giver en beskrivelse af de faktiske og retlige omstændigheder, som danner baggrund for de forelagte spørgsmål, eller i det mindste forklarer de faktiske antagelser, som spørgsmålene beror på[67].

173. Den præjudicielle anmodning opfylder ikke disse krav. Den forelæggende ret har nemlig blot angivet, at Sviluppo Italia har fået overdraget opgaven med at planlægge og — såfremt virksomhederne ikke efterkom de udstedte pålæg — efterfølgende gennemføre de omtvistede rensningsforanstaltninger, uden gennemførelsen af en

66 — Jf. bl.a. dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis.

67 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6, kendelse af 19.3.1993, sag C-157/92, Banchero, Sml. I, s. 1085, præmis 4, af 30.4.1998, forenede sager C-128/97 og C-137/97, Testa og Modesti, Sml. I, s. 2181, præmis 5, af 28.6.2000, sag C-116/00, Laguillaumie, Sml. I, s. 4979, præmis 15, og af 8.10.2002, sag C-190/02, Viacom, Sml. I, s. 8287, præmis 15, samt dom af 9.9.2004, sag C-72/03, Carbonati Apuani, Sml. I, s. 8027, præmis 10, af 17.2.2005, sag C-134/03, Viacom Outdoor, Sml. I, s. 1167, præmis 22, af 6.12.2005, forenede sager C-453/03, C-11/04, C-12/04 og C-194/04, ABNA m.fl., Sml. I, s. 10423, præmis 45, af 14.12.2006, sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Sml. I, s. 11987, præmis 26, og af 2.4.2009, sag C-260/07, Pedro IV Servicios, Sml. I, s. 2437, præmis 29.

offentlig udbudsprocedure, og at Sviluppo Italia er en virksomhed, der er stiftet af staten, og som opererer på markedet.

174. Der savnes mere præcise oplysninger om tildelingen af kontrakten. Det fremgår ikke, hvornår, i hvilken form og med præcist hvilket indhold kontrakten blev tildelt, og hvilken værdi kontrakten havde. Den forelæggende ret har derimod begrænset sig til at beskrive de arbejder, der er overdraget, i meget generelle vendinger som »arbejder med betydelig indvirkning på miljøet, og hvis økonomiske værdi er overordentlig stor«. Der savnes endvidere oplysninger om, i hvilket omfang Sviluppo Italia er undergivet statslig kontrol. Sidst, men ikke mindst, har den forelæggende ret forsømt at redegøre for, hvilke bestemmelser i italiensk der er relevante for tildelingen af kontrakten.

175. Domstolen kan ikke på grundlag af denne upræcise redegørelse fastlægge, hvilke fællesskabsretlige forskrifter der er relevante for bedømmelsen af tildelingen af kontrakten, og Domstolen kan slet ikke foretage en fortolkning med henblik på de faktiske omstændigheder i hovedsagen. Oplysningerne i den præjudicielle anmodning gør det således ikke muligt for Domstolen at give den nationale ret en formålstjenlig fortolkning af fællesskabsretten.

176. Dermed skal det fjerde spørgsmål efter min opfattelse afvises.

2. Supplerende overvejelser vedrørende besvarelse af spørgsmålet

177. For det tilfælde, at Domstolen måtte antage det fjerde spørgsmål til realitetsbehandling, skal jeg dog i mit forslag til afgørelse angive en række henvisninger til den fællesskabsretlige ramme for tildeling af offentlige kontrakter, som kan lette den nationale rets fællesskabsretlige bedømmelse af de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

178. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om en national bestemmelse, der gør det muligt at overdrage gennemførelsen af afhjælpende foranstaltninger uden afholdelse af offentligt udbud, er foreneligt med direktiv 2004/18, direktiv 93/37 og 89/665.

179. Som Kommissionen med føje har anført, er direktiv 89/665 ikke relevant for

bedømmelsen af spørgsmålet, om overdragelsen af afhjælpende foranstaltninger i hovedsagerne er gennemført i overensstemmelse med fællesskabsretten. Direktiv 89/665 indeholder nemlig blot procedureretlige forskrifter om retsmidler mod mulige tilsidesættelser af udbudsretlige forskrifter. Direktiv 89/665 indeholder derimod ikke materielle bestemmelser for selve udbudsproceduren.

180. Kommissionen har endvidere korrekt henvist til, at direktiv 93/37 ikke synes at finde tidsmæssig anvendelse. Ifølge artikel 82, sammenholdt med artikel 80, stk. 1, i direktiv 2004/18, blev direktiv 93/37 nemlig ophævet med virkning fra den 31. januar 2006. Direktiv 93/37 erstattes af direktiv 2004/18[68]. Selv om den forelæggende ret ikke nævner den dato, hvor Sviluppo Italia fik tildelt kontrakten, må det efter fremstillingen i den præjudicielle anmodning formodes, at tildelingen fandt sted efter den 31. januar 2006. Den af Sviluppo Italia udarbejdede plan, der bl.a. omfatter anlæggelsen af en kunstig ø, synes at være af nyere dato, hvorom der første gang blev truffet afgørelse den 20. december 2007.

181. Den nationale ret vil derefter først skulle fastlægge, om anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 er åbnet. Hertil kræves, at der foreligger en »offentlig kontrakt« efter artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, og anvendelsesområdet for direktivet skal være åbnet efter bestemmelserne i afsnit II, kapitel II. Oplysningerne i den præjudicielle anmodning er ikke tilstrækkelige til at prøve, om det er tilfældet. Den samlede sammenhæng i hovedsagen taler imidlertid for, at der er tale om en tjenesteydelses- og bygge- og anlægskontrakt, der overstiger tærskelværdien. Hvis det er tilfældet, skulle udbudsproceduren i direktiv 2004/18 principielt have været anvendt. Kravet om en sådan procedure bortfalder heller ikke nødvendigvis, når den omhandlede kontrakt tildeles, fordi den part, der er hovedansvarlig for gennemførelsen af arbejderne, ikke overholder dette ansvar (»udførelse pr. stedfortræder«).

182. Den italienske regering har imidlertid anført, at tildelingen af kontrakten ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18, da der er tale om en såkaldt in house-aftale. Polimeri m.fl. har bestridt denne opfattelse.

183. Efter Domstolens praksis finder de udbudsretlige forskrifter i fællesskabsretten

68 — Jf. første betragtning til direktiv 2004/18/EF.

ikke anvendelse på såkaldte in house-aftaler, da sådanne aftaler ikke indgås mellem to forskellige personer. Der foreligger en in house-aftale, når følgende to kriterier er opfyldt: For det første skal den ordregivende myndighed underkaste det omhandlede selvstændige organ, som tildeles kontrakten, en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. Den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i det omhandlede organ, udelukker, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette organ, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene. For det andet skal det omhandlede organ udføre hovedparten af sin virksomhed for den ordregivende myndighed, den ejes af[69].

184. Polimeri m.fl. hævder, at Sviluppo Italia ikke er fuldstændigt ejet af den offentlige forvaltning, og at Sviluppo Italia heller ikke udfører hovedparten af sin virksomhed for den offentlige forvaltning. Domstolen kan dog i mangel af relevante oplysninger i den præjudicielle anmodning ikke undersøge dette anbringende. Det tilkommer den nationale ret at foretage denne bedømmelse.

185. Foreligger der ikke en in house-aftale, og er anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 ikke i øvrigt åbnet, kan en kontrakt kun tildeles uden en offentlig udbudsprocedure i de tilfælde, der er nævnt i artikel 31.

186. Artikel 31, stk. 1, litra c), er den eneste bestemmelse, der kunne være relevant i det foreliggende tilfælde. Efter denne bestemmelse kan en kontrakt indgås ved udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse, såfremt det er strengt nødvendigt, når tvingende grunde som følge af begivenheder, som de ordregivende myndigheder ikke har kunnet forudse, ikke gør det muligt at overholde tidsfristerne. Det forekommer dog usandsynligt, at planlægningen og gennemførelsen af afhjælpende foranstaltninger er blevet tvingende, uden at dette kunne forudses af forvaltningen. Forureningen har, når alt kommer til alt, eksisteret igennem længere tid og har endog været genstand for andre afhjælpende foranstaltninger. Også dette spørgsmål kan dog i sidste ende kun vurderes af den nationale ret.

69 — Jf. om disse to betingelser dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 50, af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49, af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38, af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 33, og af 9.6.2009, sag C-480/06, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 4747, præmis 34.

VI — Forslag til afgørelse

187. På dette grundlag foreslår jeg Domstolen at besvare den præjudicielle anmodning i sag C-378/08 på følgende måde:

»1) Direktiv 2004/35/EF af 21. april 2004 om miljøansvar for så vidt angår forebyggelse og afhjælpning af miljøskade finder ikke anvendelse på miljøskader, for så vidt som disse skader skyldes aktiviteter, der blev udøvet inden den 30. april 2007. Direktivet er således ikke til hinder for en national ordning om afhjælpning af sådanne skader.

2) Direktiv 2004/35 er kun til hinder for et ansvar for miljøskader, uden at der foreligger et forureningsbidrag, for så vidt som et sådant ansvar ville undergrave det forhold, at det overordnede ansvar ligger hos den skadevoldende operatør.

3) Direktiv 2004/35 tillader, at

— det undlades at søge skadesårsagen afdækket, hvis yderligere undersøgelser må antages at være udsigtsløse, og at

— der iværksættes hasteforanstaltninger, før undersøgelserne er afsluttet.

4) Direktiv 2004/35 er ikke til hinder for regler om objektivt ansvar for miljøskader.

5) Det fjerde spørgsmål afvises.«

188. Domstolen bør besvare spørgsmålene i sag C-379/08 og C-380/08 på følgende måde:

»1) Direktiv 2004/35 er ikke til hinder for en ændring af de afhjælpende foranstaltninger, i det omfang de almindelige fællesskabsretlige principper overholdes.

2) Direktiv 2004/35 er ikke til hinder for en national lovgivning, hvorefter de offentlige myndigheder af egen drift kan ændre afhjælpende foranstaltninger. De særlige forhold i det pågældende område, udgifterne til gennemførelsen i forhold til de fordele, der med rimelighed kan forventes, de mulige eller sandsynlige skadelige bivirkninger og de skadelige virkninger for den offentlige sundhed og sikkerhed samt den nødvendige tid til gennemførelsen skal som hovedregel vurderes

med henblik på denne afgørelse. Den kompetente myndighed kan dog i særlige tilfælde på grundlag af en behørigt foretaget bedømmelse helt eller delvist undlade at foretage denne vurdering, hvis afgørelsen træffes på grundlag af en høring af den berørte og begrundes omhyggeligt.

3) Det er ikke i strid med direktiv 2004/35 at fastsætte ændrede afhjælpende foranstaltninger som betingelser for godkendelse af den lovlige brug af områder, som ikke er direkte berørt af afhjælpningen, da de allerede er rensede eller i hvert fald ikke er forurenede.«