FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F.G. JACOBS

fremsat den 26. september 2002 [1]

1. I denne sag, der er anlagt i medfør af artikel 226 EF, gør Kommissionen gældende, at de indsigelser, Forbundsrepublikken Tyskland rejste mod visse overførsler af affald til andre medlemsstater med henblik på deres hovedanvendelse som brændsel, var uberettigede og i strid med artikel 7, stk. 2 og 4, i Rådets forordning (EØF) nr. 259/93 af 1. februar 1993 om overvågning af og kontrol med overførsel af affald inden for, til og fra Det Europæiske Fællesskab (herefter »forordningen«) [2]. Kommissionen har derfor nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til forordningens artikel 7, stk. 2 og 4.

2. Sagen vedrører i det væsentlige sondringen mellem operationer til bortskaffelse af affald og operationer til nyttiggørelse af affald og navnlig spørgsmålet om, hvorvidt forbrænding af affald i en industriel proces med henblik på fremstilling af energi til anvendelse i denne proces korrekt skal klassificeres som en bortskaffelses- eller en nyttiggørelsesoperation.

De relevante fællesskabsbestemmelser

Affaldsdirektivet

3. Artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 75/442/EØF af 15. juli 1975 om affald som ændret [3] (herefter »affaldsdirektivet« eller »direktivet«) bestemmer, at medlemsstaterne skal træffe hensigtsmæssige foranstaltninger for at fremme »a) for det første forhindring eller nedbringelse af affaldsproduktionen og af affaldets skadevirkninger« og »b) for det andet: i) nyttiggørelse af affald gennem genvinding, genbrug, videreudnyttelse eller anden behandling med henblik på at udvinde sekundære råstoffer, eller ii) anvendelse af affald som energikilde.«

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT L 30, s. 1.

3 — EFT L 194, s. 47, som ændret ved Rådets direktiv 91/156/EØF af 18.3.1991 (EFT L 78, s. 32) og ved Rådets direktiv 91/692/EØF af 23.12.1991 (EFT L 377, s. 48).

4. I direktivets artikel 5 fastlægges principperne om egenkapacitet og nærhed. Heri bestemmes følgende:

»1. Medlemsstaterne træffer i samarbejde med andre medlemsstater, når dette viser sig nødvendigt eller hensigtsmæssigt, egnede foranstaltninger med henblik på oprettelsen af et integreret og tilstrækkeligt net af bortskaffelsesfaciliteter, hvorved der tages hensyn til den bedste teknologi, der er til rådighed, og som ikke medfører uforholdsmæssigt store omkostninger. Dette net skal sætte Fællesskabet som helhed i stand til selv at bortskaffe sit affald og gøre det muligt for de enkelte medlemsstater hver især at nå dette mål under hensyn til de geografiske forhold eller behovet for særlige faciliteter til bestemte typer affald.

2. Nettet skal endvidere muliggøre bortskaffelse af affald på et af de nærmeste egnede anlæg under anvendelse af de mest hensigtsmæssige metoder og teknologier til sikring af et højt beskyttelsesniveau for miljøet og folkesundheden.«

5. Direktivet definerer »bortskaffelse« som »enhver form og metode, der er anført i bilag II A«[4], og »nyttiggørelse« som »enhver form og metode, der er anført i bilag II B«[5].

6. Direktivets bilag II A og II B[6] har overskrifterne henholdsvis »Bortskaffelsesoperationer« og »Nyttiggørelsesoperationer«. Hvert bilag indledes med en note om, at det angiver de operationer, som »benyttes i praksis«, og i overensstemmelse med artikel 4[7] »skal affaldet [bortskaffes/nyttiggøres], uden at menneskets sundhed bringes i fare, og uden at der anvendes fremgangsmåder eller metoder, som kan skade miljøet«.

7. Bilag II A omfatter blandt de nævnte bortskaffelsesoperationer:

»D 10 Forbrænding på landjorden«.

8. Bilag II B omfatter blandt de nævnte nyttiggørelsesoperationer:

»R 1 Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling«.

4 — Artikel 1, litra e).

5 — Artikel 1, litra f).

6 — Som tilpasset ved Kommissionens beslutning 96/350/EF af 24.5.1996 om tilpasning af bilag II A og II B til Rådets direktiv 75/442/EØF om affald (EFT L 135, s. 32).

7 — Som kræver, at medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger hertil.

Forordningen

9. Forordningen er udstedt i henhold til EF-traktatens artikel 130 S (efter ændring nu artikel 174 EF). Dens formål er at tilvejebringe en harmoniseret ordning med procedurer, hvorved overførsler af affald kan begrænses med henblik på at beskytte miljøet [8].

10. Forordningens afsnit II har overskriften »Overførsler af affald mellem medlemsstater«. Kapitel A og B i afsnit II fastlægger proceduren for overførsel af affald til henholdsvis bortskaffelse og nyttiggørelse.

11. Forordningen anvender de definitioner af »bortskaffelse« og »nyttiggørelse«, der er anvendt i direktivet [9].

12. Proceduren for overførsel af affald til nyttiggørelse afhænger af affaldstypen. Forordningens bilag II-IV klassificerer affald i tre lister [10]. Bilag II indeholder den »grønne affaldsliste« over affald, der »under normale omstændigheder ikke skulle udgøre nogen fare for miljøet, hvis det nyttiggøres på korrekt vis i bestemmelseslandet« [11]. Bilag III indeholder den »orange affaldsliste« og bilag IV den »røde affaldsliste« over affald, der anses for særlig farligt. Affaldsoverførsler, der er opført i bilag II til nyttiggørelse, skal blot ledsages af et dokument indeholdende de påkrævede oplysninger [12]. Overførsler af andet affald til nyttiggørelse (herunder det affald, hvis overførsel gav anledning til den foreliggende sag) og overførsler af affald til bortskaffelse er underlagt den nedenfor beskrevne procedure.

13. Hvis producenten eller indehaveren af affaldet, som almindeligvis benævnes anmelderen [13], agter at overføre sådant affald fra en medlemsstat til en anden, skal han anmelde dette til den kompetente bestemmelsesmyndighed og sende en kopi af anmeldelsen til den kompetente afsendelsesmyndighed [14] samt til modtageren [15].

14. Anmeldelsen foretages ved det ledsagedokument, der skal udstedes af den kom-

8 — Dom af 28.6.1994, sag C-187/93, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 2857, præmis 26.

9 — Artikel 2, litra i) og k).

10 — Som tilpasset ved Kommissionens beslutning 94/721/EF af 21.10.1994 om tilpasning i medfør af artikel 42, stk. 3, af bilag II, III og IV til forordning nr. 259/93 (EFT L 288, s. 36).

11 — 14. betragtning til forordningen.

12 — Forordningens artikel 1, stk. 3 og 11.

13 — Artikel 2, litra g).

14 — Og eventuelt transitmyndigheden.

15 — Artikel 3, stk. 1 (affald til bortskaffelse), og artikel 6, stk. 1 (affald til nyttiggørelse).

petente afsendelsesmyndighed [16]. Anmelderen skal udfylde ledsagedokumentet og på anmodning af de kompetente myndigheder fremlægge yderligere oplysninger og dokumentation [17]. Anmelderen skal i ledsagedokumentet give oplysninger om en række faktorer, herunder i) oprindelse, sammensætning og mængde af affaldet og ii) behandlingsmetoder, der fører til bortskaffelse eller nyttiggørelse som nævnt i direktivets bilag II A eller II B [18].

15. I tilfælde af overførsel af affald til nyttiggørelse skal ledsagedokumentet ligeledes indeholde oplysninger om i) den fastlagte metode til bortskaffelse af restaffald, efter at nyttiggørelsen har fundet sted, ii) mængden af nyttiggjort materiale i forhold til mængden af restaffald og iii) den anslåede værdi af det nyttiggjorte materiale [19].

16. I tilfælde af affald til bortskaffelse skal bestemmelsesmedlemsstaten give tilladelse til overførslen. Afsendelsesmedlemsstaten [20] har ret til at gøre indsigelser, og bestemmelsesmedlemsstaten kan kun give tilladelse, såfremt der ikke foreligger sådanne indsigelser [21]. I tilfælde af affald til nyttiggørelse har afsendelses- og bestemmelsesmedlemsstaten [22] ret til at gøre indsigelser mod en overførsel, men som hovedregel [23] kræves der ingen udtrykkelig tilladelse [24].

17. Den væsentligste forskel mellem procedurerne for overførsel af affald til nyttiggørelse og til bortskaffelse består i de indsigelsesgrunde, som de forskellige kompetente myndigheder kan gøre gældende for at modsætte sig den påtænkte overførsel.

18. I tilfælde af affald til bortskaffelse skal indsigelserne være baseret på artikel 4, stk. 3 [25]. Denne artikel gør det navnlig muligt for i) medlemsstaterne at træffe foranstaltninger med henblik på helt eller delvis at nedlægge forbud mod overførsel af affald for at iværksætte principperne om nærhed, prioritering af nyttiggørelse og tilstrækkelig egenkapacitet på fællesskabsplan og på nationalt plan i overensstemmelse med direktivet [26], og ii) de kompetente afsendelses- og bestemmelsesmyndigheder kan gøre begrundet indsigelse mod den påtænkte overførsel, hvis den ikke er i overensstemmelse med direktivet for at gennemføre princippet om tilstrækkelig egenkapacitet på fællesskabsplan og nationalt plan [27].

16 — Artikel 3, stk. 3, og artikel 6, stk. 3.
17 — Artikel 3, stk. 4, og artikel 6, stk. 4.
18 — Artikel 3, stk. 5, og artikel 6, stk. 5, første og femte led.
19 — Artikel 6, stk. 5, sjette, syvende og ottende led.
20 — Og eventuelt transitmedlemsstaten.
21 — Artikel 4, stk. 1 og 2.
22 — Og eventuelt transitmedlemsstaten.
23 — Når affaldet er opført i bilag IV eller endnu ikke er opført i hverken bilag II, III eller IV, skal de kompetente myndigheder give et skriftligt samtykke (artikel 10).
24 — Artikel 7, stk. 1 og 2.
25 — Artikel 4, stk. 2, litra c).
26 — Artikel 4, stk. 3, litra a), nr. i).
27 — Artikel 4, stk. 3, litra b), nr. i).

19. I tilfælde af affald til nyttiggørelse skal indsigelserne baseres på artikel 7, stk. 4[28]. Artikel 7, stk. 4, litra a)[29], opregner fem grunde, i henhold til hvilke de kompetente bestemmelses- og afsendelsesmyndigheder kan gøre begrundet indsigelse, hvoraf kun den femte er relevant for denne sag. Denne grund — nævnt i artikel 7, stk. 4, litra a), femte led — er følgende: »Hvis forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det affald, som ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af de materialer, der endelig nyttiggøres, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres, ikke begrunder nyttiggørelsen ud fra økonomiske og miljømæssige betragtninger.«

Domstolens retspraksis

20. To af Domstolens afgørelser er særlig relevante for denne sag.

21. For det første fastslog Domstolen i Dusseldorp m.fl.-dommen[30], at principperne om tilstrækkelig egenkapacitet og nærhed ikke finder anvendelse på affald til nyttiggørelse. Affald af denne type skal derfor kunne overføres frit mellem medlemsstaterne med henblik på behandling, for så vidt som transporten ikke fremkalder fare for miljøet.

22. For det andet fastslog Domstolen i ASA-dommen[31], at det væsentlige kendetegn ved en nyttiggørelsesoperation er, at den primært har til formål, at affald kan opfylde en effektiv funktion, som bidrager til at bevare de naturlige ressourcer, ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed. Den nævnte sag omhandlede bl.a. den korrekte kvalificering i henhold til forordningen (som nyttiggørelses- eller bortskaffelsesoperation) af affaldsdeponering i en nedlagt saltmine til sikring af hulrum (opfyldning af en mine).

23. Domstolen fastslog også i ASA-dommen, at de tilfælde, hvor medlemsstaterne kan modsætte sig overførsel mellem medlemsstaterne af affald til bortskaffelse, er udtømmende opregnet i forordningens artikel 4, stk. 3, og artikel 7, stk. 4[32].

Traktatbrudssøgsmålet

24. Det foreliggende traktatbrudssøgsmål er en indirekte følge af behandlingen af

28 — Artikel 7, stk. 2.

29 — Artikel 7, stk. 4, litra b), vedrører de indsigelser, som de kompetente transitmyndigheder kan gøre, hvilket ikke er relevant her.

30 — Dom af 25.6.1998, sag C-203/96, Sml. I, s. 4075, præmis 33 og 34.

31 — Dom af 27.2.2002, sag C-6/00, Sml. I, s. 1961, præmis 69. Det bemærkes, at denne dom blev afsagt, efter at indlæggene i denne sag var indleveret til Domstolen.

32 — Præmis 36.

flere påtænkte overførsler af affald fra Tyskland til Belgien. Overførslerne var til de kompetente tyske myndigheder blevet anmeldt som overførsler af affald til nyttiggørelse, men de tyske myndigheder fandt, at der i virkeligheden var tale om bortskaffelsesoperationer.

25. Overførslerne vedrørte to kategorier af affald.

26. For det første var der affald, som allerede var blevet forarbejdet til erstatningsbrændstof i Tyskland. Affald såsom shellak-, farvestof-, latex-, olie- og phenolslam, halogenerede og ikke-halogenerede destillationsrester fra genindvinding af opløsningsmidler, ikke-halogenerede opløsningsmidler, slam fra rensetanke og vaskekar, filterkager, blegeler og aluminiumslam var blevet blandet med savsmuld. Blandingen var bestemt til forbrænding i cementovne, hvor den skulle erstatte op til en tredjedel af den energi fra primærkilder, som ellers skulle anvendes. I nogle tilfælde havde affaldet en varmeværdi på mindst 11 000 kJ/kg.

27. For det andet var der affald, som på et anlæg i Belgien skulle forarbejdes til et erstatningsbrændstof kaldet »Resofuel«. Affaldet bestod af aktiveret kul og grafit, destillationsrester indeholdende opløsningsmidler, materialer mættet med opløsningsmidler (absorptionsmaterialer, alumina og savsmuld, sidstnævnte delvis mættet med organiske og uorganiske substanser), rester af syntetiske termoresistente substanser, blandet syntetisk affald, slam indeholdende polymeriserede syntetiske substanser, træspåner, savsmuld, træfibre og slam fra papirfremstilling. Det heraf fremstillede »Resofuel« var bestemt til forbrænding, navnlig i cementovne, hvor det fuldt ud kunne erstatte energi fra primærkilder.

28. De kompetente tyske myndigheder i forordningens forstand er delstaterne. Myndighederne i Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz og Niedersachsen rejste indsigelser mod de påtænkte overførsler med den begrundelse, at affaldet var bestemt til bortskaffelse, ikke nyttiggørelse, og at bortskaffelsen skulle ske i Tyskland. I de to førstnævnte delstater blev disse beslutninger truffet i henhold til cirkulærer udstedt af delstaternes miljøministerier, som fastsætter kriterier for sondringen mellem nyttiggørelse og bortskaffelse af affald til forbrænding. For at kunne klassificeres efter punkt R 1 i direktivets bilag II B (»Hovedanvendelse

som brændsel eller andre midler til energifremstilling« [33]), skulle affaldet — og i tilfælde af blandet affald hver affaldstype — have en varmeværdi på mindst 11 000 kJ/kg, mindst 75% af den energi, der fremstilledes ved operationen, skulle anvendes, og de fastsatte tærskelværdier vedrørende affaldets indhold af skadelige stoffer måtte ikke overskrides. Hvis ikke alle disse betingelser var opfyldt, blev operationen klassificeret som bortskaffelse efter D 10 eller D 11 i bilag II A (»Forbrænding på landjorden« eller »Forbrænding på havet«).

29. Efter at have modtaget flere klager over de tyske myndigheders indsigelser mod de påtænkte overførsler af ovennævnte affald tilsendte Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland en skrivelse med anmodning om en forklaring. I sit svar fastholdt Forbundsrepublikken Tyskland, at den påklagede praksis var i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne og gav de kompetente delstatsmyndigheder medhold i, at de omhandlede overførsler vedrørte affald til bortskaffelse.

30. Kommissionen var ikke overbevist og tilsendte Forbundsrepublikken Tyskland en åbningsskrivelse, hvori den anførte, at de omhandlede overførsler ifølge dens opfattelse vedrørte affald til nyttiggørelse, og at de tyske myndigheder derfor udelukkende kunne rejse indsigelse i henhold til de grunde, der er opregnet i forordningens artikel 7, stk. 4. Kommissionen fandt, at forbrændingen af affaldet i de belgiske cementovne udgjorde en nyttiggørelsesoperation efter affaldsdirektivets bilag II B, punkt R 1, »Hovedanvendelse som brændsel [...]«, eller punkt R 13, »Oplagring af affald forud for en af operationerne R 1 til R 12 (bortset fra midlertidig oplagring forud for indsamling på det anlæg, hvor det er produceret)«, sammenholdt med punkt R 1.

31. I sit svar fastholdt Forbundsrepublikken Tyskland sit synspunkt. Da Kommissionen fortsat mente, at overførslerne til Belgien af det omhandlede affald vedrørte affald til nyttiggørelse, og at der derfor kun kunne gøres indsigelse på grundlag af forordningens artikel 7, stk. 4, tilsendte den i februar 1999 Forbundsrepublikken Tyskland en begrundet udtalelse i henhold til EF-traktatens artikel 169, stk. 1 (nu artikel 226, stk. 1, EF). Trods Forbundsrepublikken Tysklands svar fastholdt Kommissionen, at de påklagede foranstaltninger var i strid med forordningen og har derfor anlagt dette traktatbrudssøgsmål.

33 — Da cirkulærerne blev udstedt, var direktivets bilag II B ikke blevet tilpasset ved Kommissionens beslutning 96/350, nævnt i fodnote 6. Den operation, der nu er beskrevet i punkt R 1, var på daværende tidspunkt beskrevet i punkt R 9. I den tyske version var der anvendt formuleringen »Anvendelse som brændsel (undtagen i direkte forbrænding)«. Forbundsrepublikken Tyskland henviser imidlertid konsekvent til den nuværende version af bilag II B i sine indlæg og anerkender, at forskellen mellem de to tyske versioner skyldtes en skrivefejl.

Formaliteten

32. Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om sagens afvisning under henvisning til, at Kommissionen ikke, hverken under den administrative procedure eller i stævningen, har angivet tvistens genstand tilstrækkeligt klart til, at Forbundsrepublikken Tyskland har haft mulighed for at tage til genmæle. Det fremgår hverken af åbningsskrivelsen, af den begrundede udtalelse eller af stævningen, hvilke administrative beslutninger Kommissionen anfægter. Kommissionen henviser blot til tre cirkulærer udstedt af delstaterne Nordrhein-Westfalen og Baden-Württemberg. Efter den tyske regerings opfattelse udgør disse cirkulærer imidlertid ikke »uberettigede indsigelser mod visse overførsler af affald til andre medlemsstater med henblik på deres hovedanvendelse som brændsel«, idet de alene fastsætter visse generelle kriterier for sondringen mellem termisk bortskaffelse og energetisk nyttiggørelse.

33. Kommissionen anfører, at den tværtimod meget klart har angivet søgsmålets genstand både under den administrative procedure og i stævningen. Det er således anført i stævningen, at »den administrative praksis hos de kompetente myndigheder i Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Niedersachsen og Rheinland-Pfalz anfægtes med den begrundelse, at de ikke er i overensstemmelse med traktaten«. Denne praksis fremgår af såvel de cirkulærer, der er vedtaget af de kompetente myndigheder, som af de individuelle beslutninger, de kompetente myndigheder har truffet, delvis på grundlag af cirkulærerne, om at gøre indsigelse mod visse overførsler af affald i henhold til de grunde, der er opregnet i forordningens artikel 4.

34. Ifølge fast retspraksis skal Kommissionens åbningsskrivelse og dens begrundede udtalelse afgrænse tvistens genstand, således at den herefter ikke kan udvides. Den pågældende medlemsstats mulighed for at fremsætte bemærkninger udgør en i traktaten hjemlet væsentlig garanti, hvis opfyldelse er et væsentligt formkrav til sikring af, at den procedure, hvorved det fastslås, at en medlemsstat har begået et traktatbrud, afvikles behørigt [34]. Åbningsskrivelsen har bl.a. til formål at sikre, at medlemsstaten er klar over, på hvilke områder den skal forberede sit forsvar [35].

35. I sin syv sider lange åbningsskrivelse beskriver Kommissionen ganske detaljeret både de to klager, som gav anledning til sagen, og de cirkulærer, der er udstedt af myndighederne i Nordrhein-Westfalen og Baden-Württemberg. Kommissionen angiver klart, at de kompetente myndigheder på grundlag af cirkulærerne gjorde indsigelser mod de overførsler, der er omhandlet i de konkrete klager. Den henviser også til beslutninger truffet af myndighederne i Niedersachsen og Rheinland-Pfalz, og angi-

34 — Dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 23.

35 — Dom af 15.12.1982, sag 211/81, Kommissionen mod Danmark, Sml. s. 4547, præmis 8.

ver i begge tilfælde datoerne og oplyser, at beslutningerne blev truffet på grundlag af den opfattelse, at de påtænkte operationer var bortskaffelses- og ikke nyttiggørelsesoperationer. I den begrundede udtalelse angiver Kommissionen, at overførslerne efter dens opfattelse må anses for affald til nyttiggørelse, og at eventuelle indsigelser kun kan fremsættes i henhold til forordningens artikel 7, stk. 4. Kommissionen præciserer, at operationerne efter dens opfattelse henhører under punkt R 1 i direktivets bilag II B (»Hovedanvendelse som brændsel [...]«) og ikke under punkt D 10 i bilag II A (»Forbrænding på landjorden«). Åbningsskrivelsens konklusion lyder:

»På grundlag af sin aktuelle viden anser Kommissionen derfor, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til [forordningen], [EF-traktatens] artikel 189, stk. 2 [nu artikel 249 EF], og navnlig [direktivets] artikel 7, stk. 2 og 4.«

36. I betragtning af det ovenfor beskrevne indhold mener jeg, at åbningsskrivelsen tilstrækkeligt klart angav de væsentlige punkter i Kommissionens holdning, hvilket er et krav i henhold til Domstolens praksis. Som svar tilsendte Forbundsrepublikken Tyskland Kommissionen en 18-siders svarskrivelse, hvori den fremførte sin argumentation i fuldt omfang. Forbundsrepublikken Tyskland gjorde gældende, at indtil fællesskabslovgiver indførte bedre definitioner af nyttiggørelse og bortskaffelse, måtte de nationale myndigheder fastsætte specifikke kriterier for operationer under punkt D 10 i direktivets bilag II A og punkt R 1 i bilag II B. Efter Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse kunne der kun være tale om nyttiggørelse, hvis det primære formål med operationen var energifremstilling. Anvendelsen af de forskellige kriterier skulle sikre, at en operation kun blev klassificeret som nyttiggørelse, når dette krav var opfyldt.

37. Hvad angår den begrundede udtalelse har Domstolen fastslået, at formålet med den begrundede udtalelse, som Kommissionen i henhold til artikel 226 EF er pligtig at fremsætte, er »at give medlemsstaten lejlighed til at begrunde sin stillingtagen, og i påkommende tilfælde at give Kommissionen mulighed for at lade en medlemsstat bringe sine regler i overensstemmelse med traktatens krav på frivilligt grundlag. I tilfælde, hvor bestræbelserne på at slutte sagen i mindelighed ikke krones med held, har en begrundet udtalelse [...] til formål at fastlægge stridens genstand« [36].

38. I denne sag indeholder den begrundede udtalelse den samme argumentation som åbningsskrivelsen. Desuden er de relevante

36 — Dom af 27.5.1981, forenede sager 142/80 og 143/80, Essevi og Salengo, Sml. s. 1413, præmis 15.

fællesskabsbestemmelser angivet, og Domstolens relevante praksis er opsummeret. Kommissionen indleder sin gennemgang af den påståede tilsidesættelse med følgende udtalelse:

»Kommissionen fastholder sit synspunkt om, at de omhandlede overførsler af affald er bestemt til nyttiggørelse, og at en medlemsstat derfor kun kan gøre indsigelser på grundlag af de kriterier, der er fastsat i artikel 7, stk. 4, litra a), i forordning nr. 259/93, eller under henvisning til [traktatens] artikel 130 T [...], og at de foranstaltninger, som Forbundsrepublikken Tyskland har truffet, er uberettigede og derfor udgør en tilsidesættelse af fællesskabsretten.«

39. Den begrundede udtalelse indeholder også et resumé af Forbundsrepublikken Tysklands argumenter, der blev fremsat i svaret på åbningsskrivelsen, efterfulgt af Kommissionens gendrivelse af disse argumenter. Kommissionen afslutter den begrundede udtalelse med at fastslå, at Forbundsrepublikken Tyskland »har tilsidesat artikel 7, stk. 2 og 4, i forordning (EØF) nr. 259/93«.

40. Forbundsrepublikken Tyskland fremsendte endnu et svar på den begrundede udtalelse, hvori den fastholdt sin tidligere holdning og henviste til den begrundede udtalelses »manglende klarhed«.

41. Det er muligt, at åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse kunne have været formuleret mere præcist. Men det fremgår af ovenstående resumé af dokumenternes indhold, at de tilstrækkeligt klart angav tvistens genstand, hvilket er et krav i henhold til Domstolens retspraksis. Den begrundede udtalelse udvidede desuden ikke tvistens genstand i forhold til åbningsskrivelsen (ligesom tvistens genstand heller ikke blev udvidet ved stævningen i forhold til den begrundede udtalelse), hvilket ikke ville have været tilladt.

42. På denne baggrund konkluderer jeg, at Kommissionens søgsmål kan antages til realitetsbehandling.

Problemstillingen for Domstolen

43. Kommissionen har anført, at de tyske delstaters administrative praksis er i strid med forordningens artikel 7, stk. 2 og 4, idet det fremgår af artikel 7, stk. 2, at de kompetente afsendelsesmyndigheder kun kan gøre indsigelser mod overførsel til en anden medlemsstat af affald til nyttiggørelse på grundlag af artikel 7, stk. 4, der ikke omfatter princippet om tilstrækkelig egenkapacitet, som åbenbart ligger til grund for de cirkulærer, hvorefter de pågældende delstater har gjort indsigelse mod affaldsoverførslerne. Det afgørende spørgsmål er derfor, om den operation, affaldet var bestemt til, er nyttiggørelse eller bortskaffelse. Parterne er navnlig

uenige om, hvorvidt delstaterne havde beføjelser til at fastsætte kriterier, som ikke var angivet i Fællesskabets affaldslovgivning, med henblik på at sondre mellem de to typer af operationer ved gennemførelsen af forordningen, hvad der nøjagtigt skal forstås ved »Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling« i punkt R 1 i bilag II B, og om de konkrete kriterier, som delstaterne fastsatte i det foreliggende tilfælde, er lovlige i den forstand, at de korrekt afspejler kriterierne i direktivet. Jeg skal behandle disse forhold i nævnte rækkefølge.

Medlemsstaternes beføjelser til at fastsætte kriterier

44. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, for det første, at medlemsstaterne har beføjelser til at fastsætte deres egne kriterier for sondringen mellem bortskaffelses- og nyttiggørelsesoperationer i tilfælde som de omhandlede, da der er risiko for overlapning mellem bortskaffelsesoperationer som omhandlet i punkt D 10 »Forbrænding på landjorden« og nyttiggørelsesoperationer som omhandlet i punkt R 1 »Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling«, og Fællesskabets lovgivning ikke indeholder nærmere retningslinjer.

45. Forbundsrepublikken Tyskland henviser til, at flere andre medlemsstater har fastsat kriterier for sondringen, navnlig i form af mindstekrav til varmeværdien (angiveligt 5 000 kJ/kg i Frankrig, mellem 9 500 kJ/kg og 15 000 kJ/kg i Belgiens flamske region, mellem 11 500 kJ/kg og 15 000 kJ/kg i Nederlandene og 21 000 kJ/kg i Det Forenede Kongerige).

46. Den henviser også til mit forslag til afgørelse i Tombesi m.fl.-sagen [37], hvori jeg henviste til »medlemsstaternes behov for at fastsætte praktiske regler og retningslinjer for den løbende anvendelse af direktivet, hvilket vil give borgerne den nødvendige retssikkerhed« og udtalte følgende:

»Således som direktivet nu er affattet, finder jeg, at det i nogen grad bør overlades medlemsstaterne at finde frem til nærmere kriterier for, hvornår udtrykket »nyttiggørelse« kan anvendes i forbindelse med de forskellige situationer, der kan opstå i praksis.«

47. Forbundsrepublikken Tyskland henviser ligeledes til generaladvokat Tesauros

37 — Dom af 25.6.1997, forenede sager C-304/94, C-330/94, C-342/94 og C-224/95, Sml. I, s. 3561, punkt 56 i forslaget til afgørelse.

forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Rådet[38], der vedrørte den korrekte hjemmel for direktiv 91/156[39], som i væsentlig grad ændrede den oprindelige version af affaldsdirektivet[40]. Generaladvokaten udtalte følgende:

»[Direktivet] fastlægger de overordnede retningslinjer, som medlemsstaterne skal følge med henblik på at sikre, at håndteringen af affald inden for Fællesskabet sker på en sådan måde, at hensynet til beskyttelsen af miljøet og menneskers sundhed tilgodeses. Medlemsstaterne bevarer dog grundlæggende set deres kompetence til at fastlægge indholdet af deres politik i så henseende og de nærmere forholdsregler, der skal bringes i anvendelse.

[...]

Hvad navnlig angår konkurrencevilkårene fastlægger direktivet [...] ingen fælles regler vedrørende virksomhed i form af håndtering af affald, idet det alene fastlægger de principper, som medlemsstaterne i deres politik skal lade sig vejlede af. Det følger heraf, at hver medlemsstat materielt kan indføre de bestemmelser, som den finder mest hensigtsmæssige med henblik på virkeliggørelsen af de fastlagte målsætninger. Dette indebærer, at de nærmere vilkår med hensyn til bortskaffelse og genbrug af affald, endog i væsentlig grad, kan være forskellige fra den ene medlemsstat til den anden [...]«

48. Efter min mening var situationen i Tombesi m.fl.-sagen imidlertid forskellig fra denne sag på et væsentligt punkt: Det spørgsmål, Domstolen skulle tage stilling til, var, om visse substanser indeholdende restprodukter fra produktionsforløb eller fra forbrændingsprocesser udgjorde affald. For at besvare dette spørgsmål anførte jeg, at »[det] eneste spørgsmål, der rejser sig i forbindelse med direktivet, er, om det pågældende stof underkastes bortskaffelse eller nyttiggørelse i bilag II A's eller B's forstand«[41]. Eftersom Den Italienske Republik havde fastsat yderligere kriterier for definitionen af affald, som ikke var nævnt i direktivet, bemærkede jeg følgende i det punkt, der følger efter det, Forbundsrepublikken Tyskland henviser til: »Faktisk er det formentlig unødvendigt i de foreliggende sager at fastslå omfanget af medlemsstaternes eventuelle skøn, idet det er klart, at de italienske lovdekreter, som var anledningen til de nationale retters spørgsmål, er uforenelige med direktivet«[42]. Det fremgår altså klart, at jeg — ikke overraskende — ikke argumenterede for, at medlemsstaterne havde ubegrænset ret til at definere begreberne bortskaffelse og

38 — Dom af 17.3.1993, sag C-155/91, Sml. I, s. 939, punkt 8 og 9 i forslaget til afgørelse, der blev fremsat den 1.12.1992.

39 — Nævnt i fodnote 3.

40 — Direktiv 75/442, nævnt i fodnote 2.

41 — Punkt 57 i forslaget til afgørelse.

42 — Sammesteds.

nyttiggørelse. Når den nationale lovgivning eller praksis klart er uforenelig med direktivet — hvilket var tilfældet i Tombesi m.fl.-sagen og efter min mening også er det i denne sag — er det irrelevant at tale om et skøn.

49. For så vidt angår generaladvokat Tesauros udtalelser i sagen Kommissionen mod Rådet viser det sig ved nærmere eftersyn, at hans bemærkninger vedrørte direktivets overordnede regler for den nationale affaldshåndtering og ikke de specifikke begreber, der er defineret i det. Faktisk indledte han sin behandling med ordene: »Hvad herefter angår direktivets *indhold* fastlægger dette (bortset fra definitionen af de begreber, som afgrænser dets anvendelsesområde) [...]« [43]. De forskelle i medlemsstaternes praksis, som generaladvokaten sigter til, må antages at vedrøre nationale politikker for affaldshåndtering, eksempelvis med henblik på at nedbringe affaldsproduktionen og affaldets skadevirkninger og fremme genvinding af affald. Jeg skal bemærke, at sagen Kommissionen mod Rådet vedrørte en anfægtelse af det retsgrundlag, Rådet havde valgt for direktiv 91/156 [44], og at generaladvokaten i sin behandling af sagen derfor hovedsagelig beskæftigede sig med lovgivningens formål. Der er intet i forslaget til afgørelse — eller i Domstolens dom — der giver anledning til at tro, at generaladvokaten mente, at medlemsstaterne kunne fastsætte egne kriterier for de bortskaffelses- og nyttiggørelsesoperationer, som er beskrevet i direktivets bilag II A og II B.

50. Forbundsrepublikken Tyskland henviser også til Domstolens udtalelse i ARCO Chemie Nederland m.fl.-dommen [45]:

»Når der ikke findes særlige fællesskabsbestemmelser vedrørende beviset for, at der er tale om affald, tilkommer det den nationale ret at anvende bestemmelserne herom i dens egen retsorden, idet den herved skal påse, at der ikke gøres indgreb i [affaldsdirektivets] formål og virkning.«

51. Denne udtalelse er imidlertid ikke relevant for denne sag, da der i direktivet findes »særlige fællesskabsbestemmelser«, der beskriver bortskaffelses- og nyttiggørelsesoperationer. Jeg skal bemærke, at Domstolen umiddelbart efter i den efterfølgende præmis udtaler, at »den almindelige opfattelse i samfundet [...] ikke [...] er relevant, når der henses til formuleringen af begrebet affald i [affaldsdirektivets] artikel 1, litra a)«. I modsætning til Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse støtter Domstolens udtalelser i ARCO-dommen således det synspunkt, at medlemsstaterne ikke yder-

43 — Punkt 8, fremhævelse som i originalen.
44 — Nævnt i fodnote 3.
45 — Dom af 15.6.2000, forenede sager C-418/97 og C-419/97, Sml. I, s. 4475, præmis 70, herefter »ARCO-dommen«.

ligere må begrænse de definitioner, der er fastsat i direktivet.

52. Det ville have uacceptable konsekvenser, hvis medlemsstaterne på denne måde kunne fastsætte deres egne kriterier, hvilket ses af de forskellige mindstekrav til varmeværdien, som visse medlemsstater ifølge Forbundsrepublikken Tyskland stiller som betingelse for, at forbrænding af affald med genindvinding af den producerede varme kan klassificeres som en nyttiggørelsesoperation efter punkt R 1 i direktivets bilag II B. Som nævnt ovenfor svinger disse varmeværdier fra 5 000 kJ/kg i Frankrig til 21 000 kJ/kg i Det Forenede Kongerige. Hvis forskellige medlemsstater (og eventuelt forskellige regioner inden for samme medlemsstat) anvendte så forskellige grænseværdier, ville det klart stride mod hensigten med både direktivet, som bl.a. har til formål »at effektivisere håndteringen af affald inden for Fællesskabet [ved at fastlægge] en fælles terminologi og en definition af affald« [46], og med forordningen, som bygger på den forudsætning, at forskellige medlemsstater anvender de samme procedurer ved affald bestemt til visse operationer. Som Kommissionen påpeger, ville dette medføre en betydelig svækkelse af forordningens artikel 7, stk. 4, der udtømmende opregner de tilfælde, hvor medlemsstaterne kan modsætte sig overførsel af affald til nyttiggørelse [47], hvis medlemsstaterne frit kunne fastsætte egne og forskelligartede kriterier for, hvilke operationer der kan klassificeres som nyttiggørelsesoperationer.

53. Dermed være ikke sagt, at et ensartet kriterium baseret på varmeværdi ikke ville være et nyttigt og brugbart redskab til at sondre mellem nyttiggørelses- og bortskaffelsesoperationer, hvis det blev fastsat på fællesskabsplan. Men hidtil har det åbenbart ikke været muligt at nå til enighed om et sådant kriterium.

54. Både Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland henviser til et arbejdsdokument, Kommissionen i 1999 [48] forelagde Udvalget for Tilpasning til den Videnskabelige og Tekniske Udvikling i medfør af direktivet, som fastsætter, at de ændringer, der kræves for at tilpasse direktivets bilag til den videnskabelige og tekniske udvikling, skal vedtages efter en bestemt fremgangsmåde, som omfatter et udvalg bestående af repræsentanter for medlemsstaterne [49]. I det nævnte dokument blev der fremsat en række forslag til at begrænse transport af affald bestemt til forbrænding. En af mulighederne var at fastsætte kriterier for en bedre sondring mellem »Forbrænding på landjorden« som omhandlet i punkt D 10 i bilag II A og »Hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling« som omhandlet i punkt R 1 i bilag II B. Et af

46 — Tredje betragtning til direktiv 91/156, nævnt i fodnote 3.

47 — ASA-dommen, nævnt i fodnote 31, præmis 36.

48 — 28.1.1999, dokument XIE3/KW D(99).

49 — Artikel 17 og 18.

de kriterier, der blev diskuteret, var varmeværdi: Det blev foreslået, at en varmeværdi på 17 000 kJ/kg skulle fastsættes som grænse. Men et flertal af medlemsstaterne kunne åbenbart ikke acceptere en sondring baseret på denne varmeværdi.

»[...]anvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling«

55. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at »[...]anvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling« i punkt R 1 i direktivets bilag II B bør fortolkes i lyset af operationens formål. For at der kan være tale om nyttiggørelse, skal det således være det udtrykkelige mål med operationen at anvende affaldet som energikilde. Dette princip, der ligger til grund for delstaternes praksis, som denne sag omhandler, svarer efter Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse nøje til det kriterium, Domstolen har fastsat i ASA-dommen [50], som også er formuleret med henvisning til det primære formål med operationen.

56. Kommissionen mener derimod, at det afgørende for klassificeringen efter punkt R 1 i direktivets bilag II B er, at affaldet anvendes som brændsel. Affald anvendes kun som brændsel, hvis, for det første, termisk energi frigøres ved dets forbrænding, og hvis, for det andet, den derved frigjorte energi faktisk udnyttes. I sådanne tilfælde erstatter det brændte affald andre energikilder. Hvis disse betingelser ikke er opfyldt, er der ikke tale om anvendelse som brændsel, men kun om forbrænding. Kommissionen har anført, at det affald, der skulle overføres, bestod af blandet affald bestemt til anvendelse som brændsel i den belgiske cementindustri. Der kan ikke herske tvivl om, at affaldet skal anvendes i belgiske cementfabrikker på en sådan måde, at der ved forbrændingen frigøres termisk energi, som faktisk udnyttes og i det ene tilfælde erstatter op til en tredjedel af den energi fra primærkilder, som ellers skulle anvendes, og i det andet tilfælde fuldt ud erstatter energi fra primærkilder. Affaldet er derfor bestemt til anvendelse som brændsel. For så vidt angår ASA-dommen henviser Kommissionen til Domstolens udtalelse om, at »det væsentlige kendetegn ved en nyttiggørelsesoperation er, at den primært har til formål, at affald kan opfylde en effektiv funktion, som bidrager til at bevare de naturlige ressourcer, ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed« [51]. På baggrund af den ovenfor nævnte retspraksis mener Kommissionen, at anvendelsen af dette kriterium i denne sag uvægerligt må føre til den konklusion, at anvendelsen af blandet affald i cementfabrikker må klassificeres som en nyttiggørelsesoperation.

57. Kommissionens konklusion forekommer fornuftig. Sund fornuft og en naturlig

50 — Nævnt i fodnote 31, præmis 69.

51 — Præmis 69.

læsning af beskrivelsen »[...]anvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling« tilsiger, at en sådan proces er omfattet af de to kriterier, Kommissionen har anført. For det første, hvis forbrændingen af affaldet ikke frembringer mere energi, end den forbruger — f.eks. fordi det pågældende affald ikke er let antændeligt, således at det kræver mere energi at antænde det og/eller holde det brændende, end der frigøres ved selve forbrændingen — er der ingen overskudsenergi til rådighed som brændsel. For det andet, selv om der fremstilles overskudsenergi, kan affaldet kun siges at blive anvendt som brændsel, hvis denne energi bruges til et formål. Anvendelse af affald som brændsel eller andre midler til energifremstilling indebærer således nødvendigvis, at energien erstatter energi fra primærkilder, i den udstrækning den udnyttes. Dette er klart i overensstemmelse med begrebet nyttiggørelse.

58. Når der tilmed er tale om en forbrænding, som er en integrerende del af en industriproces, og hvorved der fremstilles overskudsenergi til brug i den nævnte industriproces, må det primære formål med forbrændingen siges at være, at affaldet skal anvendes som brændsel. Da affald, der anvendes på denne måde, naturligvis erstatter andet brændsel, bliver naturlige ressourcer bevaret. Fortolket således kan beskrivelsen i punkt R 1 i direktivets bilag II B opfattes som en anvendelse af det kriterium, Domstolen fastsatte i ASA-dommen [52], nemlig at det primære formål med en nyttiggørelsesoperation er, at affald kan opfylde en effektiv funktion, som bidrager til at bevare de naturlige ressourcer, ved at erstatte anvendelsen af andre materialer, som ellers skulle have været anvendt i dette øjemed. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i den pågældende sag, er det afgørende spørgsmål, om det anvendte affald anvendes eller genanvendes i forbindelse med et reelt formål: Hvis affaldet ikke kan anvendes i en given operation, vil denne operation så alligevel blive udført ved at anvende andet materiale [53]? Med hensyn til affald, der anvendes som brændsel i en cementfabrik, må spørgsmålet klart besvares med et »ja«: Hvis der ikke kan skaffes affald, vil fabrikken blot anvende andre former for brændsel.

59. Det er interessant at sammenligne denne sag med sagen Kommissionen mod Luxembourg [54], et andet traktatbrudssøgsmål, som vedrører påtænkte overførsler af husholdningsaffald bestemt til forbrænding med genindvinding af den producerede energi som en sekundær effekt. I det forslag til afgørelse, som jeg ligeledes fremsætter i dag, udtaler jeg, at med hensyn til affald, der forbrændes i et anlæg, hvis primære formål er forbrænding, må ovennævnte spørgsmål klart besvares med et »nej«:

52 — Nævnt i fodnote 31, præmis 69.

53 — Punkt 86.

54 — Sag C-458/00, punkt 42 i forslaget til afgørelse, dom af 13.2.2003, Sml. I, s. 1553, på s. 1555.

Hvis der ikke kan skaffes affald, vil der ikke finde nogen forbrænding sted. Under sådanne omstændigheder ville det ikke være korrekt at betegne operationen som nyttiggørelse, blot fordi man, når det er muligt at få affald og forbrænde det, helt eller delvis anvender den varme, der frembringes ved forbrændingen, som middel til energifremstilling.

60. Angiveligt forholder det sig[55] i den foreliggende sag endvidere sådan, at de klager til Kommissionen, som i sidste instans gav anledning til traktatbrudssøgsmålet, kom fra cementfabrikanterne. Det må derfor antages, at disse fabrikanter havde fordel af at modtage affaldet, hvilket også tyder på, at det primære formål med de omhandlede operationer er at anvende affaldet som brændsel. Det forhold, at cementfabrikanterne indgav klager, viser, at det ville have negative konsekvenser for såvel de frie varebevægelser som for Fællesskabets miljøpolitik, hvis lovgivningen blev fortolket således, at operationer som de omhandlede korrekt kunne klassificeres som bortskaffelse. I dette tilfælde ville afsendelsesmedlemsstaten kunne forbyde overførsler under henvisning til principperne om nærhed og/eller tilstrækkelig egenkapacitet — hvilket åbenbart er det, Forbundsrepublikken Tyskland ønsker. Producenter i andre medlemsstater ville være forhindret i at bevare naturlige ressourcer ved at anvende affaldet som brændsel i industriprocesser og derved bidrage til den forsigtige og rationelle udnyttelse af naturressourcerne, der er fastsat som mål i artikel 174 EF.

61. Som Domstolen anførte i Dusseldorp m.fl.-dommen[56], var det for at fremme nyttiggørelse i hele Fællesskabet, navnlig ved fremkomst af de mest effektive teknikker, at fællesskabslovgiver bestemte, at affald til nyttiggørelse frit skulle kunne transporteres mellem medlemsstaterne for at blive behandlet der. Domstolen tilføjede ganske vist den betingelse, at transporten ikke må fremkalde fare for miljøet. Efter min mening skal denne betingelse imidlertid ikke opfattes som absolut, da praktisk taget alle eksisterende transportmetoder indebærer en vis fare for miljøet. Jeg mener snarere, at Domstolen har lagt op til en afvejning i de enkelte tilfælde. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i den nævnte sag, er de miljømæssige argumenter mere nuancerede, når det affald, der skal overføres, er bestemt til nyttiggørelse, end når det er bestemt til bortskaffelse. Mens affaldstransport over lange afstande, afhængig af affaldets art, kan medføre miljømæssige risici, vil et fælles marked for affald bestemt til nyttiggørelse kunne fremme genbrug, hvilket vil reducere mængden af affald bestemt til bortskaffelse og bevare primære råmaterialer[57].

55 — Ifølge Forbundsrepublikken Tysklands repræsentant under retsmødet.

56 — Nævnt i fodnote 30, præmis 33.

57 — Punkt 61.

62. Igen er det nyttigt at sammenligne med sagen Kommissionen mod Luxembourg: I den sag, hvor det primære formål med den omhandlede operation er bortskaffelse af affaldet, virker det rimeligt, at hensynet til miljøet bør have forrang for hensynet til de frie varebevægelser, mens det i den foreliggende sag, hvor formålet er at anvende affaldet som brændsel i en fremstillingsproces og derved bevare naturlige ressourcer, forholder sig omvendt.

Kvantitative kriterier — betydningen af »hoved«[anvendelse]

63. Selv om det efter min mening ikke er lovligt for medlemsstaterne at tilføje yderligere kriterier til beskrivelsen af nyttiggørelsesoperationer i punkt R 1 i direktivets bilag II B, »hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling«, er Forbundsrepublikken Tysklands argumenter om lovligheden af de fastlagte kriterier dog potentielt relevante, fordi den har anført, at kriteriet om en mindste varmeværdi nøje svarer til kravet om »hoved«anvendelse. Den anfører, at begrebet hovedanvendelse indebærer, at det primære formål med operationen er at genindvinde energi. Hvis affaldet ikke primært anvendes som brændsel, men blot bliver brændt, er betingelserne ikke opfyldt: For at leve op til definitionen i punkt R 1 skal størstedelen af affaldet anvendes som energikilde. Ifølge Forbundsrepublikken Tysklands beregninger er dette generelt kun tilfældet, når der opnås en varmeværdi på 11 000 kJ/kg. Ved næsten alle forbrændingsoperationer er der en vis form for udnyttelse af den frembragte varme. Hvis dette i sig selv betød, at der var tale om nyttiggørelse, ville praktisk taget al forbrænding være nyttiggørelse.

64. Kommissionen fastholder, at det eneste kvantitative element i definitionen i punkt R 1 er kravet om, at affaldet *hovedsagelig* skal anvendes, hvilket vil sige, at størstedelen af affaldet skal anvendes som brændsel. En operation, hvor kun en mindre del af affaldet brændes med udnyttelse af den frembragte varme, mens størstedelen nyttiggøres på en anden måde, kan derfor ikke klassificeres efter punkt R 1 i direktivets bilag II B.

65. Jeg mener, at Kommissionens synspunkt er i overensstemmelse med ordlyden af bilag II B. På alle sprog fremgår det af punkt R 1, at affaldet hovedsagelig skal anvendes som brændsel, eller med lidt andre ord, at affaldets hovedanvendelse skal være som brændsel. Hvis kun en mindre del af et parti affald brændes med udnyttelse af den frembragte varme, kan det naturligvis ikke hævdes, at der er tale

om »hovedanvendelse som brændsel eller andre midler til energifremstilling«. For at opfylde definitionen i punkt R 1 skal partiet af affald som helhed »hovedsagelig« anvendes.

66. Forbundsrepublikken Tyskland anfører hertil, at konsekvensen af denne fortolkning er, at en operation vil udgøre nyttiggørelse, blot 51% af affaldet skal brændes, og den frigjorte energi skal udnyttes. Det forholder sig imidlertid ikke sådan, at afsendelsesmedlemsstaten er pligtig at godkende alle overførsler af affald bestemt til sådanne operationer. Hvis den ikkebrændte del af affaldet ikke skal nyttiggøres, er afsendelsesmedlemsstaten berettiget til at gøre indsigelse mod overførslen på grundlag af femte led i forordningens artikel 7, stk. 4, litra a), som omhandler situationer, hvor »forholdet mellem det affald, der kan nyttiggøres, og det affald, som ikke kan nyttiggøres, den skønnede værdi af de materialer, der endelig nyttiggøres, eller udgifterne til nyttiggørelsen og udgifterne til bortskaffelse af den del, der ikke kan nyttiggøres, ikke begrunder nyttiggørelsen ud fra økonomiske og miljømæssige betragtninger«. Afsendelsesmedlemsstaten vil kunne vurdere dette, da ledsagedokumentet i henhold til forordningen skal indeholde oplysninger om den fastlagte metode til bortskaffelse af restaffald, efter at nyttiggørelsen har fundet sted, mængden af nyttiggjort materiale i forhold til mængden af restaffald og den anslåede værdi af det nyttiggjorte materiale [58].

67. Som omtalt ovenfor kan affald kun siges at være anvendt som brændsel eller andre midler til energifremstilling, når operationen giver en nettoproduktion af energi, og denne energi faktisk udnyttes. Kravet om, at affaldet »hovedsagelig« skal anvendes, gælder efter min mening begge elementer i denne definition. Ikke alene skal størstedelen af et parti affald brændes under en given forbrændingsoperation, men der vil også kun være tale om nyttiggørelse, hvis den producerede energi »hovedsagelig« anvendes.

68. Hvis disse betingelser er opfyldt, opfylder operationen efter min mening kravene i punkt R 1 i direktivets bilag II B, således at der er tale om en nyttiggørelsesoperation. Der er derfor ikke brug for kriterier vedrørende affaldets varmeværdi osv. Som Domstolen fastslog i ASA-dommen [59], der omhandlede den korrekte kvalificering af deponering af affald i en nedlagt mine, skal de kompetente myndigheder vurdere påtænkte affaldsoverførsler i hvert enkelt tilfælde. Jeg mener også, at dette princip finder anvendelse i sager som den foreliggende: For at kunne afgøre, om ovennævnte betingelser er opfyldt i forbindelse med en given affaldsoverførsel, må de kompetente myndigheder nødvendigvis vurdere hvert enkelt konkret tilfælde.

58 — Sjette, syvende og ottende led i artikel 6, stk. 5.

59 — Nævnt i fodnote 31, præmis 71.

Anvendelsen af generelle kriterier er imidlertid klart i strid med en sådan fremgangsmåde.

Blandet affald

69. Forbundsrepublikken Tyskland anfører, at når det skal vurderes, om blandet affald faktisk er bestemt til nyttiggørelse, er det nødvendigt at undersøge de forskellige affaldstyper, der indgår i blandingen, og ikke det blandede affald som sådan [60]. Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland er dette i overensstemmelse med praksis i de fleste medlemsstater. Forbundsrepublikken Tyskland understreger, at hvis der i blandet affald indgår affald, hvis forbrænding ikke kan betragtes som en nyttiggørelsesoperation, enten fordi det ikke ville frembringe overskudsvarme, hvis det blev brændt alene, eller fordi det slet ikke ville brænde, kan forbrændingen af det blandede affald heller ikke betragtes som nyttiggørelse, men må korrekt klassificeres som bortskaffelse. Dette illustrerer Forbundsrepublikken Tyskland med et eksempel: Forskelligt slam (slam fra rensetanke og vaskekar, farvestof- og shellakslam samt phenolslam) i det i denne sag omhandlede blandede affald består af mindst 75% vand, som ikke brænder, men fordamper, fordi det er blandet med brændbare substanser, som brænder ved temperaturer, der er tilstrækkeligt høje til at opvarme vand. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at »forbrændingen« af ikke-brændbare affaldstyper derfor ikke udgør et »middel til energifremstilling«, men at de tværtimod bruger den energi, der frigøres af det øvrige affald, de er blandet med.

70. Jeg mener imidlertid ikke, at dette argument bringer noget nyt: Hvis der skabes et nettoenergioverskud ved forbrændingen af blandet affald, og denne energi genindvindes, er der tale om en nyttiggørelsesoperation som omhandlet i punkt R 1 i direktivets bilag II B. Jeg kan ikke indse, hvorfor der bør drages en anden konklusion, blot fordi de enkelte affaldstyper i blandingen ikke ville reagere på samme måde, hvis de blev brændt hver for sig. Det afgørende er, at det mindre brændbare affald rent faktisk brænder, fordi det er blandet med det mere brændbare affald, og at der sker en udnyttelse af den energi, der frigøres ved den fælles forbrænding.

71. Forbundsrepublikken Tyskland tilføjer, at hvis det er tilstrækkeligt, at blandingen lever op til definitionen i punkt R 1 i direktivets bilag II B, selv om dette ikke gælder for de enkelte bestanddele, bliver det umuligt at fastholde forordningens skarpe skel mellem affald til bortskaffelse og affald til nyttiggørelse: Alt affald, der er uegnet som brændsel og derfor kun kan

60 — Dette er muligt, da det er fastsat i første led i forordningens artikel 6, stk. 5, at ledsagedokumentet skal indeholde oplysninger om »oprindelse, sammensætning og mængde af det affald, der skal nyttiggøres [...] samt en detaljeret fortegnelse over affaldet, hvis det er af forskellig oprindelse«.

bortskaffes, kan ganske enkelt blandes med affald, der er egnet som brændsel. Dermed anses det førstnævnte affald også for at være bestemt til nyttiggørelse og falder uden for forordningens bestemmelser om affald til bortskaffelse. Også dette argument er imidlertid fejlbehæftet: Hvis affald, der ikke er brændbart i sig selv, blandes med andet mere brændbart affald, og den herefter resulterende blanding faktisk primært anvendes som brændsel, er det kun rimeligt, at en overførsel af en sådan blanding behandles som en overførsel af affald til nyttiggørelse.

72. Jeg kan derfor ikke tiltræde Forbundsrepublikken Tysklands argumentation for, at bestanddelene af blandet affald skal vurderes hver for sig med henblik på at afgøre, om den operation, de er bestemt til, er en nyttiggørelses- eller en bortskaffelsesoperation.

Affald med farligt eller skadeligt indhold

73. Forbundsrepublikken Tyskland gør gældende, at hvis nogle af det blandede affalds bestanddele er farligt affald efter Rådets direktiv 91/689/EØF om farligt affald[61], er det i henhold til det nævnte direktivs artikel 2, stk. 2, ikke tilladt at blande dem med andet affald. Denne bestemmelse lyder således:

»Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at kræve, at anlæg og virksomheder, der varetager bortskaffelse, nyttiggørelse, indsamling eller transport af farligt affald, ikke blander forskellige kategorier farligt affald eller blander farligt affald med ikke-farligt affald.«

74. Affaldsblandinger, der er i strid med bestemmelserne i direktiv 91/689, kan imidlertid ikke påvirke betydningen af »nyttiggørelse« og »bortskaffelse« i affaldsdirektivets forstand eller betydningen af de forskellige operationer, der er opført i affaldsdirektivets bilag II A og II B. Dette synspunkt understøttes af artikel 1, stk. 3, i direktiv 91/689, hvori det angives, at »affald« samt de øvrige anvendte udtryk — herunder »nyttiggørelse« og »bortskaffelse« — defineres som i affaldsdirektivet.

75. Hvis Forbundsrepublikken Tyskland befrygter, at farligt og ikke-farligt affald

61 — Direktiv af 12.12.1991 (EFT L 377, s. 20).

blandes i strid med bestemmelserne i direktivet om farligt affald, må den træffe de nødvendige foranstaltninger, der er fastsat i dette direktiv, for at sikre, at sådan praksis bringes til ophør.

76. De kriterier, der er fastsat af de pågældende delstater, vedrører arten og mængden af forurenende substanser i affaldsblandingen: Hvis koncentrationen af visse substanser ligger over en bestemt grænseværdi, betragtes forbrænding af affaldet som bortskaffelse. Forbundsrepublikken Tyskland anfører, for det første, at dette beror på, at nyttiggørelsesoperationer skal være uskadelige og ufarlige for miljøet — hvilket fremgår af den note, der indleder direktivets bilag II B [62]. Da noten i bilag II A [63] om bortskaffelse har nøjagtig samme ordlyd, kan dette kriterium alene imidlertid ikke hjælpe til at sondre mellem nyttiggørelses- og bortskaffelsesoperationer.

77. Forbundsrepublikken Tyskland tilføjer, at det i direktivets artikel 5, stk. 2, er fastsat, at det net af bortskaffelsesfaciliteter, der skal oprettes i henhold til direktivet, skal muliggøre bortskaffelse af affald »under anvendelse af de mest hensigtsmæssige metoder og teknologier til sikring af et højt beskyttelsesniveau for miljøet og folkesundheden«. Nyttiggørelsesfaciliteter har derimod ikke altid samme teknologiske niveau i alle medlemsstaterne. Medlemsstaterne kan derfor fastsætte et kriterium vedrørende skadeligt indhold med henblik på at sondre mellem affald til bortskaffelse og affald til nyttiggørelse og dermed sikre, at affald indeholdende skadelige substanser bortskaffes i overensstemmelse med artikel 5, stk. 2.

78. Jeg kan ikke tiltræde denne argumentation.

79. For det første indeholder direktivets artikel 4, stk. 1, en generel bestemmelse om, at medlemsstaterne skal træffe »de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at affaldet nyttiggøres eller bortskaffes, uden at menneskets sundhed bringes i fare, og uden at der anvendes fremgangsmåder eller metoder, som vil kunne skade miljøet«. Altså er der ikke grundlag for at sondre mellem affald til nyttiggørelse og affald til bortskaffelse med henvisning til forskellige miljøbeskyttelsesniveauer i forbindelse med nyttiggørelses- og bortskaffelsesoperationer.

80. For det andet er der fastsat harmoniserede normer for luftforureningen fra affaldsforbrændingsanlæg for hele Fælles-

62 — Nævnt i punkt 6.
63 — Jf. punkt 6.

skabet, nu i direktiv 89/369/EØF [64] og 89/429/EØF [65], som vil blive erstattet af direktiv 2000/76/EF [66]. Under disse omstændigheder kan Forbundsrepublikken Tyskland ikke forhindre overførsel af affald med henvisning til, at andre medlemsstater angiveligt ikke overholder disse normer [67]. Dette gælder, selv om Forbundsrepublikken Tyskland i overensstemmelse med direktiverne og artikel 176 EF må opretholde eller indføre strengere miljøbeskyttelsesforanstaltninger end dem, der er fastsat i direktiverne og traktaten [68]: Domstolen har for nyligt fastslået, at en medlemsstat ikke må gøre tilladelsen til en overførsel af affald til bortskaffelse betinget af, at bortskaffelsen kan foretages ifølge betingelserne i afsendelsesstatens bestemmelser om miljøbeskyttelse [69], og det fremgår klart af dommens ordlyd og af forordningens opbygning, at dette princip så meget desto mere vil gælde enhver tilsvarende indsigelse mod overførsel af affald til nyttiggørelse.

81. For det tredje gjorde Domstolen det i ASA-dommen [70] klart, at »det ikke fremgår af [...] direktivets bestemmelser, at den omstændighed, at affaldet er farligt eller ufarligt, er et relevant kriterium for vurderingen af, om en behandlingsmetode for affald skal klassificeres som »nyttiggørelse««. Der er intet, der tilsiger, at dette argument ikke finder anvendelse, når det er enkelte bestanddele af blandet affald, der angiveligt er farlige, og ikke hele affaldet, der er farligt.

82. Endelig skal jeg bemærke, at der i selve direktivet er taget hensyn til, at affald til nyttiggørelse kan indeholde farlige substanser: I artikel 3, stk. 1, litra a), tredje led, er det fastsat, at medlemsstaterne skal træffe passende foranstaltninger for at fremme »udvikling af egnede teknikker til endelig bortskaffelse af farlige stoffer i affald bestemt til nyttiggørelse«.

83. Af disse grunde kan jeg ikke tiltræde Forbundsrepublikken Tysklands videre argumentation, hvorefter medlemsstaterne, da det i visse af Fællesskabets andre affaldsbestemmelser er fastsat, i hvilken udstrækning bestemte typer skadeligt affald må gøres til genstand for nyttiggørelse frem for bortskaffelse, kan fastsætte et generelt kriterium for, hvor stort et indhold af skadelige bestanddele, der må være i blandet affald, ved sondringen mellem affald til bortskaffelse ved forbrænding og affald til nyttiggørelse ved anvendelse som brændsel.

64 — Rådets direktiv af 8.6.1989 om forebyggelse af luftforurening fra nye kommunale affaldsforbrændingsanlæg (EFT L 163, s. 32).

65 — Rådets direktiv af 21.6.1989 om nedbringelse af luftforurening fra bestående kommunale affaldsforbrændingsanlæg (EFT L 203, s. 50).

66 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 4.12.2000 om forbrænding af affald (EFT L 332, s. 91).

67 — Jf. eksempelvis dom af 23.5.1996, sag C-5/94, Hedley Lomas, Sml. I, s. 2553, præmis 20 og de deri nævnte afgørelser.

68 — Sidste betragtning i præamblen til hvert direktiv.

69 — Dom af 13.12.2001, sag C-324/99, DaimlerChrysler, Sml. I, s. 9897, præmis 48-65.

70 — Nævnt i fodnote 31, præmis 68.

84. Jeg kan derfor ikke tiltræde, at det forhold, at blandet affald indeholder elementer af farlig eller skadelig art, kan udgøre et kriterium for, om affaldet skal klassificeres som affald til nyttiggørelse eller affald til bortskaffelse.

Forslag til afgørelse

85. På grundlag af det anførte skal jeg foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser efter artikel 7, stk. 2 og 4, i Rådets forordning (EØF) nr. 259/93 af 1. februar 1993 om overvågning af og kontrol med overførsel af affald inden for, til og fra Det Europæiske Fællesskab, da den med henvisning til princippet om tilstrækkelig egenkapacitet inden for affaldsbortskaffelse har rejst indsigelser mod overførsler af affald til andre medlemsstater med henblik på deres hovedanvendelse som brændsel.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.«