FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 26 september 2002 [1]

1. I denna talan som har väckts enligt artikel 226 EG har kommissionen hävdat att invändningar som har framställts av Förbundsrepubliken Tyskland mot vissa transporter av avfall till andra medlemsstater, vilket där huvudsakligen skall användas som bränsle, var oberättigade och innebar ett åsidosättande av artikel 7.2 och 7.4 i rådets förordning (EEG) nr 259/93 av den 1 februari 1993 om övervakning och kontroll av avfallstransporter inom, till och från Europeiska gemenskapen (nedan kallad förordningen). [2] Kommissionen har därför yrkat att domstolen skall fastställa att Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 7.2 och 7.4 i förordningen.

2. Målet rör i huvudsak åtskillnaden mellan bortskaffnings- och återvinningsförfaranden för avfall, och särskilt frågan huruvida förbränning av avfall i en industriell process, vilken genererar energi som skall användas i denna process, kan anses utgöra ett bortskaffnings- eller ett återvinningsförfarande.

Tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser

Avfallsdirektivet

3. I artikel 3.1 i rådets direktiv 75/442/EEG av den 15 juli 1975 om avfall i dess ändrade lydelse [3] (nedan kallat avfallsdirektivet eller direktivet) föreskrivs att medlemsstaterna skall besluta om lämpliga åtgärder för att främja "(a) för det första, att avfall inte uppkommer och att avfall inte har skadliga egenskaper eller att mängden avfall och avfallets skadlighet begränsas" och "(b) för det andra (i) att avfall återvinns genom återanvändning, vidareutnyttjande, materialåtervinning eller andra processer som syftar till att utvinna sekundära råvaror, eller (ii) att avfall används som energikälla".

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 30, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 43.

3 — EGT L 194, s. 39; svensk specialutgåva, område 15, volym 1, s. 238, i dess lydelse enligt rådets direktiv 91/156/EEG av den 18 mars 1991, EGT L 78, s. 32; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 66, och enligt rådets direktiv 91/692/EEG av den 23 december 1991, EGT L 377, s. 48; svensk specialutgåva, område 15, volym 10, s. 208.

4. I artikel 5 i direktivet anges principerna om tillräcklig egenkapacitet och närhet. I artikeln föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder, genom samarbete mellan medlemsstater när detta är nödvändigt eller tillrådligt, för att upprätta ett gemensamt, ändamålsenligt utformat nätverk av anläggningar eller andra inrättningar för bortskaffandet, med beaktande av bästa tillgängliga teknik som inte medför oskäliga kostnader. Nätverket måste utformas så att gemenskapen som helhet kan ta hand om sitt avfall och så att medlemsstaterna var för sig närmar sig detta mål, med hänsyn tagen både till geografiska förhållanden och behovet av specialiserade anläggningar för vissa typer av avfall.

2. Nätverket måste även utformas så att det blir möjligt att ta hand om avfallet vid någon av de närmast belägna lämpliga anläggningarna med användning av de bäst anpassade metoderna och den bästa tekniken, så att en hög nivå för miljö- och hälsoskyddet säkerställs."

5. I direktivet definieras bortskaffande som "de förfaranden som omfattas av bestämmelserna i bilaga 2 A" [4] och återvinning som "de förfaranden som omfattas av bestämmelserna i bilaga 2 B". [5]

4 — Artikel 1 e.

5 — Artikel 1 f.

6. Bilagorna 2 A och 2 B till direktivet [6] är rubricerade Bortskaffningsförfaranden respektive Återvinningsförfaranden. Båda bilagorna föregås av en anmärkning i vilken anges att de omfattar förfaranden som förekommer i praktiken och att avfall enligt artikel 4 [7]... [måste bortskaffas/återvinnas] utan risker för människors hälsa och utan användning av processer eller metoder som kan antas skada miljön.

7. Bland de bortskaffningsförfaranden som anges i bilaga 2 A finns följande:

"D10 Förbränning på mark".

8. Bland de återvinningsförfaranden som anges i bilaga 2 B finns följande:

"R1 Huvudanvändning som bränsle eller andra metoder att generera energi".

6 — Anpassade genom kommissionens beslut 96/350/EG av den 24 maj 1996 om anpassning av bilagorna IIA och IIB till rådets direktiv 75/442/EEG om avfall (EGT L 135, s. 32).

7 — Enligt vilken medlemsstaterna skall vidta åtgärder i samma syfte.

Förordningen

9. Förordningen grundas på artikel 130s i EG-fördraget (nu artikel 175 EG i ändrad lydelse). Förordningens syfte är att införa ett harmoniserat system av förfaranden genom vilka avfallstransporterna kan begränsas för att säkerställa skyddet av miljön. [8]

10. I kapitel A och B i avdelning II i förordningen, rubricerad Transport av avfall mellan medlemsstater, anges förfaranden som skall följas vid transport av avfall för bortskaffande respektive återvinning.

11. I förordningen används de definitioner av begreppen bortskaffande och återvinning som anges i direktivet. [9]

12. Förfarandet vid transporter av avfall för återvinning varierar beroende på avfallstypen. I bilagorna 2—4 till förordningen klassificeras ett visst avfall i en av tre listor. [10] Bilaga 2 innehåller en "Grön avfallslista" med avfall som "normalt inte utgör en fara för miljön om det återvinns på ett korrekt sätt i destinationslandet". [11] Bilaga 3 innehåller en "Gul avfallslista" och bilaga 4 en "Röd avfallslista" som omfattar avfall som anses särskilt farligt. Transporter av avfall som anges i bilaga 2 för återvinning skall endast åtföljas av ett dokument med viss föreskriven information. [12] För transporter av annat avfall för återvinning (inklusive det avfall som är aktuellt i tvisten vid den nationella domstolen) och transporter av avfall för bortskaffande gäller följande förfarande.

13. När producenten eller innehavaren av avfallet, i allmänhet kallad anmälaren [13], har för avsikt att transportera sådant avfall från en medlemsstat till en annan, skall han anmäla detta till den behöriga destinationsmyndigheten och sända en kopia av anmälan till behöriga avsändarmyndigheter [14] samt till mottagaren. [15]

14. Anmälan skall göras med hjälp av den fraktsedel som utfärdas av den behöriga

8 — Dom av den 28 juni 1994 i mål C-187/93, Parlamentet mot rådet (REG 1994, s. I-2857; svensk specialutgåva, volym 15, s. 249), punkt 26.

9 — Artikel 2 i och 2 k.

10 — Anpassade genom kommissionens beslut 94/721/EG av den 21 oktober 1994 om anpassning i enlighet med artikel 42.3 av bilagorna 2, 3 och 4 till rådets förordning (EEG) nr 259/93 om övervakning och kontroll av avfallstransporter inom, till och från Europeiska gemenskapen (EGT L 288, s. 36; svensk specialutgåva, område 15, volym 13, s. 223).

11 — Fjortonde skälet i ingressen till förordningen.

12 — Artiklarna 1.3 och 11 i förordningen.

13 — Artikel 2 g.

14 — Och, i tillämpliga fall, transitmyndigheten.

15 — Artiklarna 3.1 (avfall för bortskaffande) och 6.1 (avfall för återvinning).

avsändarmyndigheten.[16] I samband med anmälan skall anmälaren fylla i fraktsedeln och på begäran från behöriga myndigheter tillhandahålla kompletterande uppgifter och dokumentation.[17] Anmälaren skall på fraktsedeln särskilt ange uppgifter om i) ursprung, sammansättning och mängd avseende avfallet och ii) de bortskaffnings- eller återvinningsförfaranden som anges i bilaga 2 A eller 2 B till direktivet.[18]

15. I fråga om transport av avfall för återvinning skall anmälaren på fraktsedeln även ange i) den planerade metoden för bortskaffande av restavfall sedan återvinning skett, ii) mängden återvunnet material i förhållande till restavfallet och iii) det uppskattade värdet av det återvunna materialet.[19]

16. I fråga om avfall för bortskaffande ansvarar destinationsmedlemsstaten för att meddela tillstånd till transporten. Avsändarmedlemsstaten[20] har rätt att invända och destinationsmedlemsstaten får endast meddela tillstånd om sådana invändningar inte har framförts.[21] I fråga om avfall för återvinning har avsändarmedlemsstaten och destinationsmedlemsstaten[22] rätt att invända mot en transport, men i regel[23] krävs inget uttryckligt tillstånd.[24]

17. Den viktigaste skillnaden mellan de förfaranden som gäller vid transport av avfall för återvinning respektive avfall för bortskaffande rör de grunder som olika berörda behöriga myndigheter kan åberopa när de framställer invändningar mot en planerad transport.

18. I fråga om avfall för bortskaffande skall invändningarna grundas på artikel 4.3.[25] Enligt denna artikel tillåts särskilt i) medlemsstaterna att helt eller delvis förbjuda eller systematiskt invända mot transporter av avfall för att genomföra principerna om närhet, prioritering av återvinning och tillräcklig egenkapacitet på gemenskapsnivå och nationell nivå i enlighet med direktivet[26] och ii) de behöriga avsändar- och destinationsmyndigheterna att göra skäliga invändningar mot planerade transporter som inte sker i enlighet med direktivet för att genomföra principen om tillräcklig egenkapacitet på gemenskapsnivå och nationell nivå.[27]

16 — Artiklarna 3.3 och 6.3.
17 — Artiklarna 3.4 och 6.4.
18 — Artiklarna 3.5 och 6.5 första och femte strecksatserna.
19 — Artikel 6.5 sjätte, sjunde och åttonde strecksatserna.
20 — Och, i tillämpliga fall, transitmedlemsstaten.
21 — Artikel 4.1 och 4.2.
22 — Och, i tillämpliga fall, transitmedlemsstaten.
23 — När avfallet är förtecknat i bilaga 4 eller när det inte har förts in i bilaga 2, 3 eller 4 skall de behöriga myndigheterna ge skriftligt tillstånd (artikel 10).
24 — Artikel 7.1 och 7.2.
25 — Artikel 4.2 c.
26 — Artikel 4.3 a i.
27 — Artikel 4.3 b i.

19. I fråga om avfall för återvinning skall invändningarna grundas på artikel 7.4.[28] I artikel 7.4 a[29] anges fem fall när de behöriga destinations- och avsändarmyndigheterna får framföra motiverade invändningar. Endast det femte fallet är tillämpligt i förevarande mål. Detta fall — som anges i den femte strecksatsen i artikel 7.4 a — är följande:

"— om förhållandet mellan vad som kan återvinnas och inte kan återvinnas, det uppskattade värdet för det material som slutligen återvinns eller kostnaderna för återvinning och bortskaffande av den del som inte kan återvinnas medför att återvinning inte är ekonomiskt och miljömässigt försvarbar".

Domstolens rättspraxis

20. Två av domstolens avgöranden är av särskilt intresse i samband med förevarande mål.

21. För det första slog domstolen i sin dom i målet Dusseldorp[30] fast att principerna om tillräcklig egenkapacitet och närhet inte är tillämpliga på avfall för återvinning. Detta avfall skall därför kunna cirkulera fritt mellan medlemsstaterna för att kunna behandlas där, så länge inte transporten utgör en fara för miljön.

22. För det andra konstaterade domstolen i sin dom i målet ASA Abfall[31] att det som framför allt utmärker en återvinningsåtgärd är att åtgärdens huvudsyfte är att avfallet kan användas på ett användbart sätt genom att ersätta andra material som annars skulle ha behövts för detta ändamål, och därigenom bidra till att bevara naturresurserna. Detta mål rörde bland annat en riktig klassificering i enlighet med förordningen (det vill säga som en åtgärd för återvinning eller bortskaffande) av en deponering av avfall i en nedlagd saltgruva för att fylla hålrum i gruvan.

23. Domstolen slog även i domen i målet ASA Abfall fast att det i artiklarna 4.3 och 7.4 uttömmande anges i vilka fall en medlemsstat får motsätta sig en transport av avfall mellan medlemsstaterna.[32]

Talan om fördragsbrott

24. Denna talan om fördragsbrott härrör indirekt från flera planerade avfallstrans-

28 — Artikel 7.2.

29 — I artikel 7.4 b behandlas invändningar som kan framföras av de behöriga transitmyndigheterna, vilka inte är relevanta i förevarande mål.

30 — Dom av den 25 juni 1998 i mål C-203/96, Dusseldorp m.fl. (REG 1998, s. I-4075), punkterna 33 och 34.

31 — Dom av den 27 februari 2002 i mål C-6/00, Abfall Service AG (ASA) mot Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie (nedan kallat ASA Abfall) (REG 2002, s. I-1961), punkt 69.

32 — Punkt 36 i domen.

porter från Tyskland till Belgien. Transporterna hade anmälts till den behöriga tyska myndigheten som transporter av avfall för återvinning. Den tyska myndigheten ansåg att de planerade förfarandena i själva verket var bortskaffningsförfaranden.

25. Transporterna avsåg två kategorier avfall.

26. För det första fanns det avfall som redan hade bearbetats i Tyskland till ett ersättningsbränsle. Avfall som schellack, färgämnen, latex, olja och fenolslam, halogenerade och icke-halogenerade destillationsrester från återvinning av lösningsmedel, icke-halogenerade lösningsmedel, slam från rengöringsbehållare och tvättkar, filterkakor, blekjord, aluminiumslam m.m. hade blandats med sågspån. Blandningen var avsedd för förbränning i cementugnar, där den ersatte upp till en tredjedel av den energi från primära källor som annars användes. I vissa fall var avfallets värmevärde minst 11 000 kJ/kg.

27. För det andra fanns det avfall som skulle bearbetas i en anläggning i Belgien till ett ersättningsbränsle, så kallat Resofuel. Avfallet bestod av aktivt kol och grafitavfall, destillationsrester som innehöll lösningsmedel, material som hade mättats med lösningsmedel (absorptionsmedel, aluminiumoxid och sågspån, varav det sistnämnda delvis hade kontaminerats av organiska och oorganiska ämnen), rester av syntetiska värmeresistenta ämnen, syntetiskt blandavfall, slam som innehöll polymeriserade syntetiska ämnen, träspån, sågspån, träfibrer och slam från papperstillverkning. Det Resofuel som återstod var avsett för förbränning, särskilt i cementugnar, där det helt kunde ersätta energi från primära källor.

28. De behöriga myndigheterna i Tyskland för tillämpningen av förordningen finns på delstatsnivå. Myndigheterna i Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz och Niedersachsen invände mot de planerade transporterna på grund av att avfallet var avsett för bortskaffande och inte för återvinning, och att bortskaffandet borde ske i Tyskland. För de två förstnämnda delstaterna grundade sig dessa beslut på cirkulär som utfärdats av miljöministerierna, i vilka angavs kriterier för att skilja mellan återvinning och bortskaffande för avfall som skulle förbrännas. För att ett sådant förfarande skall klassificeras som återvinning enligt rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet ("Huvudanvändning som bränsle

eller andra metoder att generera energi" [33], måste det aktuella avfallet — och vid blandavfall varje avfallstyp som ingår — framför allt ha ett värmevärde på minst 11 000 kJ/kg, minst 75 procent av den energi som genereras från förfarandet måste användas och angivna gränsvärden för förorenande ämnen som ingår i avfallet får inte överskridas. Om inte alla dessa villkor uppfylls skall förfarandet klassificeras som bortskaffande enligt rubrik D10 eller D11 i bilaga 2 A ("Förbränning på mark" eller "Förbränning till havs").

29. Efter att ha tagit emot flera klagomål angående de tyska myndigheternas invändningar mot planerade transporter av det avfall som anges ovan skrev kommissionen inledningsvis till Tyskland och bad om en förklaring. I sitt svar vidhöll Tyskland att det förfarande som avsågs i klagomålen uppfyllde de tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna och bekräftade de behöriga federala myndigheternas inställning att de aktuella transporterna rörde avfall för bortskaffande.

30. Kommissionen lät sig inte övertygas utan skickade en formell underrättelse till Tyskland, i vilken kommissionen uttryckte sin inställning att de aktuella transporterna avsåg avfall för återvinning och att de tyska myndigheterna därför endast kunde åberopa de grunder för invändningar som anges i artikel 7.4 i förordningen. Kommissionen intog ståndpunkten att förbränningen av avfallet i de belgiska cementugnarna var ett återvinningsförfarande enligt rubrik R1 i bilaga 2 B till avfallsdirektivet, det vill säga "Huvudanvändning som bränsle...", eller enligt rubrik R13, "Lagring av avfall som skall underkastas något av de förfaranden som är numrerade R1 — R12 (utom tillfällig lagring, före insamling, på den plats där det produceras)" läst tillsammans med rubrik R1.

31. I sitt svar vidhöll Tyskland sin inställning. Eftersom kommissionen vidhöll att transporterna till Belgien av det aktuella avfallet rörde avfall för återvinning och att invändningar därför endast kunde göras på de grunder som anges i artikel 7.4 i förordningen, skickade den i februari 1999 ett motiverat yttrande i enlighet med Artikel 169.1 i EG-fördraget (nu artikel 226.1 EG) till Tyskland. Kommissionen ansåg, trots Tysklands svar, att de åtgärder som var föremål för klagomålen stred mot förordningen och den har därför väckt förevarande talan om fördragsbrott.

33 — Vid den tidpunkt då cirkulären utfärdades hade bilaga 2 B till direktivet faktiskt inte anpassats genom kommissionens beslut nr 96/350, ovan not 6. Det förfarande som nu beskrivs under rubrik R1 angavs då under rubrik R9. I den tyska versionen, dock inte i den franska eller engelska, var ordalydelsen vidare "Användning som bränsle (utom vid direkt förbränning)". Tyskland har emellertid genomgående i sina yrkanden hänvisat till den aktuella versionen av bilaga 2 B, och har medgivit att skillnaden mellan de två tyska versionerna var en följd av ett redaktionellt fel.

Upptagande till sakprövning

32. Tyskland har hävdat att talan inte kan tas upp till sakprövning på grund av att kommissionen vare sig i det administrativa förfarandet eller i ansökan till domstolen har angivit det exakta föremålet för talan tillräckligt tydligt så att Tyskland kan försvara sig. De administrativa beslut som kommissionen vill bestrida kan inte identifieras utifrån den formella underrättelsen, det motiverade yttrandet eller ansökan. Kommissionen har helt enkelt hänvisat till tre cirkulär som har utfärdats av delstaterna Nordrhein-Westfalen och Baden-Württemberg. Dessa cirkulär innehåller emellertid inga "omotiverade invändningar mot vissa transporter av avfall till andra medlemsstater för huvudanvändning som bränsle", eftersom de endast anger allmänna kriterier för att skilja termiskt bortskaffande från återvinning av energi.

33. Kommissionen har hävdat att den tvärtom har framställt föremålet för talan med stor precision både i det administrativa förfarandet och i ansökan. I ansökan bekräftas särskilt att "administrativ praxis vid de behöriga myndigheterna i delstaterna Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Niedersachsen och Rheinland-Pfalz ifrågasätts på grund av att den inte uppfyller fördraget". Denna praxis exemplifieras genom både cirkulär som har antagits av de behöriga ministerierna och av enskilda beslut som har fattats av de behöriga myndigheterna i vilka dessa myndigheter, delvis på grundval av cirkulären, gjorde invändningar mot vissa transporter av avfall på de grunder som anges i artikel 4 i förordningen.

34. Det följer av fast rättspraxis att den formella underrättelsen och det motiverade yttrande som utfärdats av kommissionen begränsar föremålet för tvisten så att det därefter inte kan utvidgas. Möjligheten för den berörda staten att inkomma med sina synpunkter utgör en i fördraget avsedd väsentlig garanti, och beaktandet av denna garanti är ett viktigt formellt krav för ett korrekt genomförande av förfarandet vid fördragsbrott. [34] Ett syfte med den formella underrättelsen är att säkerställa att den berörda medlemsstaten har kännedom om de punkter på vilka den kan tvingas förbereda sitt försvar. [35]

35. Kommissionens sjusidiga formella underrättelse hänvisar i viss detalj både till de två klagomål som initierade målet och till de två cirkulär som utfärdades av myndigheterna i Nordrhein-Westfalen och Baden-Württemberg. I underrättelsen anges tydligt att de behöriga myndigheterna på grundval av cirkulären gjorde invändningar mot de transporter som avsågs i de specifika klagomålen. Där hänvisas också till andra beslut av myndigheterna i Nieder-

34 — Dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 23.

35 — Dom av den 15 december 1982 i mål 211/81, kommissionen mot Danmark (REG 1982, s. 4547), punkt 8.

sachsen och Rheinland-Pfalz, med angivande av datum och med uppgift om att besluten grundade sig på antagandet att det avsedda förfarandet var ett bortskaffnings-, inte ett återvinningsförfarande. I den formella underrättelsen anges att kommissionen anser att transporterna skall betraktas som avsedda för återvinning och att artikel 7.4 a i förordningen är den tillämpliga bestämmelsen vid eventuella invändningar. Där anges särskilt att kommissionen anser att förfarandet omfattas av rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet ("Huvudanvändning som bränsle...") och inte av rubrik D10 i bilaga 2 A ("Förbränning på mark"). Den formella underrättelsen avslutas på följande sätt:

"På grundval av sin nuvarande kunskap anser kommissionen därför att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt [förordningen], andra stycket i artikel 189 [i EG-fördraget, nu artikel 249 EG] och särskilt artikel 7.2 och 7.4 i [direktivet]."

36. Jag anser att den formella underrättelsen, med tanke på det innehåll som beskrivs ovan, på ett tillfredsställande sätt och i enlighet med kraven i domstolens rättspraxis anger de väsentliga punkterna i kommissionens ståndpunkt. Som svar på detta skickade Tyskland ett 18-sidigt svar till kommissionen där man uttömmande presenterade sina argument. Där uttrycktes åsikten att de nationella myndigheterna, tills gemenskapens lagstiftande församling på ett bättre sätt hade definierat återvinning och bortskaffande, var skyldiga att ställa upp specifika kriterier för förfarandena enligt rubrikerna D10 i bilaga 2 A och R1 i bilaga 2 B till direktivet. Tyskland ansåg att återvinning förutsatte att det huvudsakliga syftet med förfarandet var att generera energi. De olika kriterier som användes syftade till att säkerställa att ett förfarande endast kunde klassificeras som återvinning om denna definition uppfylldes.

37. Vad beträffar det motiverade yttrandet har domstolen slagit fast att syftet med kravet i artikel 226 EG att kommissionen överlämnar ett motiverat yttrande är "att ge medlemsstaten en möjlighet att motivera sin ståndpunkt och att, i förekommande fall, frivilligt efterkomma kraven i fördraget. Om dessa ansträngningar att nå en lösning inte lyckas är syftet med det motiverade yttrandet att bestämma föremålet för tvisten". [36]

38. Det motiverade yttrandet i förevarande mål har en ordalydelse som liknar den i den formella underrättelsen. Dessutom anges

36 — Dom av den 27 maj 1981 i de förenade målen 142/80 och 143/80, Essevi och Salengo (REG 1981, s. 1413; svensk specialutgåva, volym 6, s. 113), punkt 15.

den aktuella gemenskapslagstiftningen, och aktuell rättspraxis sammanfattas. Kommissionen har inlett sin analys av det påstådda fördragsbrottet med följande uttalande:

"Kommissionen står fast vid åsikten att transporterna i fråga är avsedda för återvinning, och att en medlemsstat därför endast kan invända mot en transport av avfall på grundval av kriterier som anges i artikel 7.4 a i förordning nr 259/93 eller genom att åberopa artikel 130t EG, samt att de åtgärder som har vidtagits av Förbundsrepubliken Tyskland inte är motiverade och därför innebär ett åsidosättande av gemenskapsrätten."

39. Det motiverade yttrandet innehåller också en sammanfattning av de tyska argument som har givits i svaret på det formella yttrandet, följd av kommissionens tillbakavisande av dessa argument. Det avslutas med förklaringen att Tyskland "har åsidosatt artiklarna 7.2 och 7.4 i förordning EEG nr 259/93".

40. Återigen skickade Tyskland ett svar på det motiverade yttrandet, och upprepade sin tidigare ståndpunkt samt hänvisade till "bristen på klarhet" i det motiverade yttrandet.

41. Det är möjligt att den formella underrättelsen och det motiverade yttrandet skulle ha kunnat utformas med större precision. Det framgår emellertid tydligt av sammanfattningen ovan att innehållet i dokumenten på ett tillräckligt sätt anger föremålet för tvisten i enlighet med kraven i domstolens rättspraxis. Det motiverade yttrandet utvidgade inte detta föremål vidare jämfört med den formella underrättelsen (eller ansökan jämförd med det motiverade yttrandet), vilket inte skulle ha varit tillåtet.

42. Jag slår därför fast att kommissionens talan kan tas upp till sakprövning.

Tvisten vid domstolen

43. Kommissionen har hävdat att de aktuella tyska delstaternas administrativa praxis strider mot artikel 7.2 och 7.4 i förordningen. Det framgår tydligt av artikel 7.2 att de behöriga avsändarmyndigheterna endast får framföra invändningar mot transporten av avfall för återvinning till en annan medlemsstat på grundval av artikel 7.4, vilken inte innefattar principen om tillräcklig egenkapacitet, och vilken de behöriga myndigheterna i dessa delstater, på grundval av administrativa cirkulär, uppenbarligen förlitar sig på, i sina invändningar mot avfallstransporterna. Frågan är därför i huvudsak om det förfarande som skulle tillämpas för avfallet i fråga utgör återvinning eller bortskaffande. Parterna är särskilt oeniga om huruvida

delstaterna hade rätt att ställa upp kriterier som inte fanns i gemenskapens avfallslagstiftning för att skilja mellan de två typerna av förfarande vid tillämpning av förordningen, om vad som exakt avses med "Huvudanvändning som bränsle eller andra metoder för att generera energi" i rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet och huruvida de specifika kriterier som har ställts upp av delstaterna i förevarande mål är lagliga, på så sätt att de på ett riktigt sätt speglar kriterier som är nödvändiga beståndsdelar i direktivet. Jag skall analysera dessa frågor i tur och ordning.

Medlemsstaternas befogenhet att skönsmässigt fastställa kriterier

44. Tyskland har för det första hävdat att medlemsstaterna har befogenhet att fastställa sina egna kriterier för att skilja mellan bortskaffnings- och återvinningsförfaranden i fall som dessa, med tanke på att det kan förekomma en överlappning mellan bortskaffningsförfarandet enligt D10, "Förbränning på mark" och återvinningsförfarandet enligt R1, "Huvudanvändning som bränsle eller andra metoder för att generera energi" och med hänsyn till bristen på ytterligare vägledning i gemenskapslagstiftningen.

45. Tyskland har hänvisat till flera andra medlemsstater som också har fastställt kriterier för att göra denna skillnad, särskilt genom att föreskriva ett minsta värmevärde (vilket tydligen är 5 000 kJ/kg i Frankrike, mellan 9 500 kJ/kg och 15 000 kJ/kg i den flamländska delen av Belgien, mellan 11 500 kJ/kg och 15 000 kJ/kg i Nederländerna och 21 000 kJ/kg i Förenade kungariket).

46. Tyskland har också hänvisat till mitt förslag till avgörande i de förenade målen Tombesi [37], där jag framhöll "medlemsstaternas behov av att fastställa praktiska regler och riktlinjer för den dagliga tillämpningen av direktivet och av att tillgodose enskildas behov av rättssäkerhet" och angav följande:

"Mot bakgrund av direktivets aktuella ordalydelse, anser jag att det till viss del måste överlåtas på medlemsstaterna att utveckla ett mera detaljerat kriterium för att tillämpa begreppet 'återvinningsåtgärd' i de olika situationer som kan förekomma i praktiken."

47. I en liknande tankegång har Tyskland hänvisat till förslaget till avgörande av

37 — Dom av den 25 juni 1997 i de förenade målen C-304/94, C-330/94, C-342/94 och C-224/95, Tombesi (REG 1997, s. I-3561), punkt 56 i förslaget till avgörande, föredraget den 24 oktober 1996.

generaladvokaten Tesauro i målet kommissionen mot rådet [38], vilket avsåg den rättsliga grunden för rådets direktiv 91/156 [39], som avsevärt ändrade den ursprungliga versionen av avfallsdirektivet [40]. Generaladvokaten uppgav följande:

"[Direktivet] anger ramarna för den åtgärd som medlemsstaterna skall vidta för att säkerställa att avfallshanteringen inom gemenskapen bedrivs på ett sådant sätt att den garanterar skydd för miljö och hälsa. Medlemsstaterna har emellertid ändå i huvudsak frihet att definiera innehållet i denna åtgärd och de metoder som de använder.

...

När det gäller särskilt konkurrensvillkoren anger direktivet inga... gemensamma regler med avseende på förfarandet avfallshantering, utan definierar bara de principer som skall styra medlemsstaternas åtgärder. Av detta följer att varje medlemsstat får anta de materiella bestämmelser som denna medlemsstat anser är lämpliga för att uppfylla de föreskrivna målsättningarna. Därför kan reglerna om bortskaffande och återvinning av avfall skilja sig — till och med i hög grad — från en medlemsstat till en annan..."

48. Jag anser emellertid att situationen i målet Tombesi skilde sig från förevarande mål i ett väsentligt avseende. Frågan vid domstolen avsåg huruvida vissa ämnen, inklusive rester från produktions- eller konsumtionscykler, utgjorde avfall. För att behandla denna fråga ansåg jag, med tanke på definitionen av avfall i direktivet, att det i direktivet endast är fråga "om huruvida den aktuella substansen är föremål för åtgärder för slutligt omhändertagande eller återvinningsåtgärder i den mening som avses i bilaga 2 A eller B" [41]. Eftersom Italien hade föreskrivit ytterligare kriterier för definitionen av avfall, vilka inte nämndes i direktivet, uppgav jag följande i det stycke som följde efter det som Tyskland har åberopat: "Det är antagligen onödigt att i förevarande fall fastställa i vilken omfattning medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom det är uppenbart att de italienska lagdekret som föranledde den nationella domstolens frågor strider mot direktivet." [42] Det är därför uppenbart — och knappast förvånande — att jag inte antydde att medlemsstaterna hade ett obegränsat utrymme för skönsmässig bedöm-

38 — Mål C-155/91 (REG 1993, s. I-939; svensk specialutgåva, tillägg, s. 67), punkterna 8 och 9 i förslaget till avgörande (det finns ingen officiell svensk översättning av förslaget till avgörande).

39 — Ovan fotnot 3.

40 — Direktiv 75/442, ovan fotnot 3.

41 — Punkt 57 i förslaget till avgörande.

42 — Ibidem.

ning för att begränsa begreppen bortskaffande och återvinning. Om nationell lag eller praxis — som i målet Tombesi, och vilket jag kommer att påstå, som i förevarande mål — är uppenbart oförenlig med direktivet blir frågan om utrymmet för skönsmässig bedömning irrelevant.

49. Med avseende på uttalandena från generaladvokaten Tesauro i målet kommissionen mot rådet framgår det av en mer noggrann läsning av hans förslag till avgörande att han analyserade de allmänna regler om nationell avfallshantering som föreslogs i direktivet och inte de specifika villkor som definierades där. Han inleder faktiskt sin diskussion med orden "Om vi nu tittar på dess innehåll anger direktivet (förutom att definiera de begrepp som avgör dess tillämpningsområde) ...".[43] De skillnader mellan medlemsstaters praxis som generaladvokaten åsyftar kan anses röra den nationella politiken inom området avfallshantering, till exempel för att uppmuntra en minskning av avfallsproduktionen och dess skadlighet och för att uppmuntra återanvändning av avfall. Man måste därför komma ihåg att målet kommissionen mot rådet innebar ett bestridande av den rättsliga grund som hade valts av rådet för direktiv 91/156[44], och diskussionen fokuserade därför på lagstiftningens målsättningar. Det finns ingenting i förslaget till avgörande — eller i domstolens dom — som tyder på att generaladvokaten avsåg att medlemsstaterna skulle tillämpa egna kriterier för de bortskaffnings- och återvinningsförfaranden som beskrivs i bilaga 2 A och 2 B till direktivet.

50. Tyskland har också hänvisat till domstolens uttalande i domen i de förenade målen ARCO[45]:

"I avsaknad av särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser om bevisning för att avfall är för handen, ankommer det på den nationella domstolen att tillämpa bestämmelserna i sin egen rättsordning inom detta område och därvid tillse att [avfallsdirektivets] mål och verkan inte begränsas."

51. Detta konstaterande kan emellertid inte vara relevant i förevarande mål med tanke på att direktivet innehåller "särskilda gemenskapsrättsliga bestämmelser" som beskriver bortskaffnings- och återvinningsförfaranden. Det kan noteras att domstolen i den punkt som följde omedelbart efter denna uppgav att "vad gäller allmänhetens uppfattning kan det konstateras att... denna omständighet [inte] är relevant med hänsyn till hur begreppet avfall har utformats i artikel 1 a i [avfallsdirektivet]". I motsats till vad Tyskland har gjort gällande stödjer domstolens uttalanden i ARCO därför förslaget att medlemsstaterna inte

43 — Punkt 8, understruket i originaltexten.
44 — Ovan fotnot 3.
45 — Dom i de förenade målen C-418/97 och C-419/97, ARCO Chemie Nederland (REG 2000, s. I-4475), punkt 70.

får vidarekvalificera definitioner i direktivet.

52. De oacceptabla följderna av att medlemsstater tillåts tillämpa egna kriterier på ett sådant sätt framgår tydligt av de olika minsta värmevärden som vissa medlemsstater enligt Tyskland kräver för avfall, för att dess förbränning med återvinning av genererad värme skall klassificeras som ett återvinningsförfarande enligt rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet. Som anges ovan ligger de värmevärdena mellan 5 000 kJ/kg i Frankrike och 21 000 kJ/kg i Förenade kungariket. Olika medlemsstaters (och möjligen olika regioners i samma medlemsstat) tillämpning av så vitt skilda gränsvärden skulle tydligt gå emot syftet med målsättningarna för både direktivet, vars mål vilar på konstaterandet att "... en effektivare avfallshantering inom gemenskapen [kräver] en gemensam terminologi" [46], och förordningen, vilken bygger på förutsättningen att olika medlemsstater kommer att tillämpa samma förfaranden för avfall som är avsett för särskilda åtgärder. Som kommissionen har framhållit skulle verkan av artikel 7.4 i förordningen, vilken innehåller en uttömmande uppräkning av de fall där medlemsstater får göra invändningar mot transporter av avfall för återvinning [47], minskas kraftigt, om medlemsstaterna hade friheten att ställa upp egna divergerande kriterier för att avgöra vilka förfaranden som skulle klassificeras som återvinningsförfaranden.

53. Det innebär inte att ett enhetligt kriterium som grundar sig på värmevärde inte kan vara ett användbart och fungerande medel för att skilja mellan återvinnings- och bortskaffningsförfaranden, om det fastställs på gemenskapsnivå. Det förefaller emellertid som om det ännu inte har varit möjligt att komma överens om ett sådant kriterium.

54. Både kommissionen och Tyskland har hänvisat till ett arbetsdokument som kommissionen har lämnat in till kommittén för teknisk anpassning år 1999 [48] i enlighet med direktivet, vilket innehåller bestämmelser om de ändringar som är nödvändiga för att anpassa bilagorna till direktivet, med hänsyn till vetenskapliga och tekniska framsteg som skall antas enligt ett föreskrivet förfarande i samarbete med en kommitté bestående av företrädare för medlemsstaterna [49]. I detta dokument gavs ett antal förslag för att begränsa förflyttning av avfall som skulle förbrännas. Ett av de alternativ som övervägdes var utvecklingen av kriterier för att skilja tydligare mellan "Förbränning på mark" enligt rubrik D10 i bilaga 2 A och "Huvudanvändning som bränsle eller andra metoder för att generera energi" enligt rubrik R1 i bilaga 2 B. Ett av de kriterier som diskuterades var ett värmevärde: det föreslogs att ett värmevärde på

46 — Se tredje skälet i ingressen till direktiv 91/156 (ovan fotnot 3).

47 — Domen i målet ASA Abfall, punkt 36 (ovan fotnot 31).

48 — Den 28 januari 1999, XIE3/KW D(99).

49 — Artiklarna 17 och 18.

17 000 kJ/kg skulle användas som gränsvärde. Det förefaller emellertid som om en distinktion på grundval av detta värmevärde inte godtogs av majoriteten av medlemsstaterna.

"... användning som bränsle eller andra metoder för att generera energi"

55. Tyskland har hävdat att "... användning som bränsle eller andra metoder för att generera energi" i beskrivningen i rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet bör tolkas med hänsyn till åtgärdens målsättning. För att utgöra återvinning måste därför det specifika målet med en förbränningsåtgärd vara att avfallet används som energikälla. Tyskland anser att denna princip, som ligger bakom praxis i de delstater som är aktuella i förevarande talan, exakt speglar det kriterium som anges av domstolen i domen i målet ASA Abfall [50], vilket också uttrycks som åtgärdens huvudsyfte.

56. Kommissionen anser däremot att den avgörande faktorn för rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet är att avfallet används som bränsle. Avfall används som bränsle endast om 1) dess förbränning genererar värmeenergi och 2) den energi som genereras på detta sätt faktiskt används. Det avfall som förbränns ersätter därför i själva verket andra energikällor. Om dessa villkor inte är uppfyllda föreligger ingen användning som bränsle utan endast förbränning. Kommissionen har påpekat att det avfall som skall transporteras består av blandavfall som skall användas som bränsle i den belgiska cementindustrin. Avfallet skall utan tvekan användas i belgiska cementfabriker på ett sådant sätt att dess förbränning genererar värmeenergi som faktiskt används, och ersätter i ett fall upp till en tredjedel av den energi från primära källor som annars används och i det andra fallet all sådan energi. Avfallet är därför avsett att användas som bränsle. Med hänsyn till domen i målet ASA Abfall har kommissionen hänvisat till domstolens uttalande att "det som framför allt utmärker en återvinningsåtgärd är att åtgärdens huvudsyfte är att avfallet kan användas på ett användbart sätt som bidrar till att bevara naturresurserna genom att ersätta andra material som annars skulle ha behövts för detta ändamål" [51]. Kommissionen anser att detta kriterium tillämpat på förevarande mål mot bakgrund av den analys som sammanfattas ovan oundvikligen leder till slutsatsen att användningen av blandavfall i cementfabriker skall klassificeras som ett återvinningsförfarande.

57. Kommissionens analys förefaller riktig. Det följer av sunt förnuft och det framgår

50 — Punkt 69 (ovan fotnot 31).

51 — Punkt 69.

vid en naturlig läsning av beskrivningen, "... användning som bränsle eller andra metoder för att generera energi", att detta måste innefatta de två kriterier som kommissionen föreslår. För det första, om avfallsförbränningen inte genererar mer energi än den förbrukar — till exempel på grund av att avfallet i fråga inte är lättantändligt, så att mer energi krävs för att antända det och/eller hålla det brinnande än vad som genereras genom själva förbränningen — kommer det inte att uppstå någon överskottsenergi som kan användas som bränsle. För det andra, även om överskottsenergi genereras kan avfallet inte anses användas som bränsle eller andra metoder för att generera energi om inte just denna energi används. Begreppet att använda avfall som bränsle eller andra metoder för att generera energi innebär därmed oundvikligen att det, i den utsträckning som det används på detta sätt, ersätter energi från primära källor. Detta överensstämmer tydligt med begreppet återvinning.

58. Vidare kan huvudsyftet med en förbränningsåtgärd som är en del av en industriell process och som genererar överskottsenergi som skall användas i denna industriella process sägas vara användningen av avfallet som bränsle. Eftersom användningen av avfall på ett sådant sätt uppenbarligen kommer att ersätta andra bränslen kommer naturresurserna att bevaras. När beskrivningen i rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet tolkas på detta sätt kan den därför betraktas som en tillämpning av det kriterium som fastställdes av domstolen i domen i målet ASA Abfall [52], nämligen att huvudsyftet med ett återvinningsförfarande är att avfallet kan användas på ett användbart sätt som bidrar till att bevara naturresurserna genom att ersätta andra material som annars skulle ha behövts för detta ändamål. Som jag antydde i mitt förslag till avgörande i det målet är den avgörande frågan huruvida avfallet används för ett verkligt ändamål. Med andra ord, om avfall inte vore tillgängligt för ett visst förfarande, skulle förfarandet ändå genomföras med hjälp av något annat material? [53] För avfall som används som bränsle för en cementfabrik är svaret på denna fråga ett klart "ja" — om avfall inte vore tillgängligt skulle fabriken ändå fungera med hjälp av annat bränsle.

59. Det är lärorikt att jämföra förevarande mål med målet kommissionen mot Luxemburg [54], en annan talan om fördragsbrott som avser planerade transporter av hushållsavfall för förbränning med tillfällig återvinning av den energi som genereras. I mitt förslag till avgörande som också föredras i dag uppger jag att svaret på den fråga som anges ovan för avfall som förbränns i en anläggning som har utvecklats för detta syfte är ett tydligt "nej". Om inget avfall vore tillgängligt skulle ingen förbränning ske. Under dessa omständigheter skulle det inte vara rätt att beskriva förfarandet som återvinning endast på

52 — Punkt 69 (ovan fotnot 31).

53 — Punkt 86.

54 — Dom av den 13 februari 2003, mål C-458/00, kommissionen mot Luxemburg (REG 2003, s. I-1553, s. I-1555), punkt 42 i förslaget till avgörande.

grund av att den värme som, när avfall är tillgängligt och förbränns, genereras vid förbränningen används, helt eller delvis, som en metod för att generera energi. Detta faktum gör inte i sig att huvudsyftet med förbränningen blir användningen av avfallet som bränsle eller andra metoder för att generera energi.

60. I förevarande mål förefaller det [55] vidare som om de klagomål till kommissionen som till slut föranledde denna talan om fördragsbrott framfördes av cementtillverkarna. Det kan därför antas att det var fördelaktigt för dessa tillverkare att avfallet transporterades, vilket också tyder på att huvudsyftet med de aktuella åtgärderna är användningen av avfallet som bränsle. Det faktum att cementtillverkarna lämnade in klagomål illustrerar de negativa följderna för både den fria rörligheten för varor och för gemenskapens miljöpolitik som skulle uppstå till följd av en tolkning av lagstiftningen med innebörden att åtgärder som de som är aktuella i förevarande mål korrekt klassificerades som bortskaffande. Avsändarstaten skulle då — som Tyskland uppenbarligen vill — kunna förbjuda transporter av avfallet på grund av principen om närhet och/eller principen om tillräcklig egenkapacitet. Tillverkare i andra medlemsstater skulle förhindras att bevara naturresurserna genom att använda avfallet som bränsle i en industriell process och därigenom bidra till syftet att utnyttja naturresurserna varsamt och rationellt, vilket uttrycks i artikel 174 EG.

61. Som domstolen noterade i domen i målet Dusseldorp [56] var det för att stimulera återvinning inom hela gemenskapen, bland annat genom att utveckla de bästa möjliga teknikerna, som gemenskapslagstiftaren har föreskrivit att avfall för återvinning skall kunna cirkulera fritt mellan medlemsstaterna för att bearbetas. Domstolen lade onekligen till förbehållet att transporten inte skulle utgöra en fara för miljön. Jag anser emellertid att detta förbehåll inte skall tolkas i absoluta termer, eftersom i princip alla transportmetoder för närvarande innebär någon typ av risk för miljön. Jag tolkar i stället detta så att domstolen har föreskrivit en avvägning. Som jag påpekade i mitt förslag till avgörande i detta mål är de miljömässiga argumenten betydligt mer nyanserade när det avfall som skall transporteras är avsett för återvinning än för bortskaffande. Även om långväga transporter av avfall kan innebära vissa miljömässiga risker, beroende på avfallstyp, bidrar sannolikt en inre marknad för avfall för återvinning till att förbättra återvinningen och därigenom att minska mängden avfall för slutligt omhändertagande samt att bevara primära råvaror. [57]

55 — Enligt Tysklands företrädare vid den muntliga förhandlingen.

56 — Punkt 33 (ovan fotnot 30).

57 — Punkt 61.

62. Återigen är en jämförelse med målet kommissionen mot Luxemburg användbar. I detta mål, där den aktuella åtgärdens syfte i första hand är att bortskaffa avfallet, förefaller det rimligt att det tvingande kravet miljöskydd bör överskugga det tvingande kravet fri rörlighet för varor, medan motsatsen gäller i förevarande mål, där syftet är att använda avfallet som bränsle i en tillverkningsprocess, och därmed bevara naturresurserna.

Tysklands beräkningar sker detta i allmänhet bara när värmevärdet 11 000 kJ/kg uppnås. Nästan alla förbränningsåtgärder återanvänder i någon mån den värme som frigörs. Om detta faktum i sig skulle innebära att åtgärden utgjorde återvinning skulle i princip all förbränning utgöra återvinning.

Kvantitativa kriterier — betydelsen av "huvudanvändning"

64. Kommissionen har upprepat att det enda kvantitativa elementet i definitionen i rubrik R1 är kravet att avfallet måste användas *i huvudsak*, vilket innebär att den största delen av avfallet måste användas som bränsle. Ett förfarande där endast en mindre del av avfallet förbränns med användning av den värme som genereras, medan den större delen återvinns på annat sätt, skulle därför inte klassificeras under rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet.

63. Trots att jag anser att det är olagligt för medlemsstater att fastställa ytterligare kriterier för beskrivningen av återvinningsförfarandet i rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet, "Huvudanvändning som bränsle eller andra metoder för att generera energi", är Tysklands påståenden med avseende på lagenligheten av de kriterier som har fastställts ändå potentiellt relevanta, eftersom Tyskland anser att kriteriet med ett lägsta värmevärde är en korrekt tolkning av kravet "huvudanvändning". Tyskland har hävdat att begreppet huvudanvändning kräver att huvudsyftet med förfarandet är återvinning av energi. En användning där avfallet inte i huvudsak används som bränsle utan endast förbränns är inte tillräcklig. För att definitionen i rubrik R1 skall uppfyllas skall den största delen av avfallet användas som energikälla. Enligt

65. Jag anser att kommissionens åsikt stämmer överens med ordalydelsen i bilaga 2 B. Alla språkversioner av rubrik R1 utom den grekiska återspeglar kravet att användningen i huvudsak måste vara i form av bränsle, eller, uttryckt något annorlunda, att huvudanvändningen måste vara i form av bränsle. Om endast en mindre del av en avfallsförsändelse förbränns med hjälp av den värme som genereras kan förfarandet uppenbarligen inte betraktas såsom utgörande "huvud-

användning som bränsle eller andra metoder för att generera energi". För att omfattas av beskrivningen i rubrik R1 måste försändelsen som helhet användas "i huvudsak".

66. Tyskland har invänt att följden av denna tolkning är att ett förfarande kommer att utgöra återvinning förutsatt att endast 51 procent av avfallet skall förbrännas och den energi som genereras skall användas. Avsändarstaten måste emellertid inte godkänna alla transporter av avfall för ett sådant förfarande. Om den icke förbrända delen av avfallet inte skall återvinnas kan avsändarstaten ha rätt att motsätta sig denna transport på grundval av den femte strecksatsen i artikel 7.4 a i förordningen, vilken avser situationen där "förhållandet mellan vad som kan återvinnas och inte kan återvinnas, det uppskattade värdet för det material som slutligen återvinns eller kostnaderna för återvinning och bortskaffande av den del som inte kan återvinnas medför att återvinning inte är ekonomiskt och miljömässigt försvarbar". Avsändarstaten kommer att kunna göra en sådan bedömning, eftersom fraktsedeln enligt förordningen skall innehålla information med avseende på den planerade bortskaffningsmetoden för restavfallet när återvinning har skett, mängden återvunnet material i förhållande till restavfallet samt det uppskattade värdet på det återvunna materialet. [58]

67. Som jag har diskuterat ovan kan man endast anse att avfall används som bränsle eller andra metoder för att generera energi om förfarandet leder till en nettoproduktion av energi och denna energi faktiskt används. Jag anser att kravet att avfallet skall användas i "huvudsak" på detta sätt är tillämpligt på båda dessa element av definitionen. Därför måste inte bara den största delen av en avfallsförsändelse förbrännas i ett givet förbränningsförfarande, utan förfarandet kommer inte att utgöra återvinning om inte den energi som genereras i sig används i "huvudsak".

68. Förutsatt att dessa villkor uppfylls förefaller det mig som om kraven i rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet är uppfyllda och förfarandet utgör ett återvinningsförfarande. Det föreligger därför inget behov av presumtioner som inbegriper avfallets värmevärde och så vidare. Som domstolen slog fast i domen i målet ASA Abfall [59], vilket avsåg den korrekta klassificeringen av deponering av avfall i en nedlagd gruva, måste den behöriga myndigheten i varje enskilt fall pröva planerade transporter av avfall. Denna princip förefaller lika tillämplig i fall som det förevarande. För att avgöra om de villkor som diskuterats ovan är uppfyllda i fråga om en given avfallstransport måste myndigheten oundvikligen

58 — Artikel 6.5, sjätte, sjunde och åttonde strecksatserna.

59 — Punkt 71 (ovan fotnot 31).

pröva varje enskilt fall. Användningen av allmänna presumtioner står emellertid tydligt i strid med detta synsätt.

Blandavfall

69. Tyskland har hävdat att hänsyn måste tas till kvaliteten på de ingående enskilda avfallstyperna och inte själva blandningen, vid avgörandet om blandavfall verkligen skall återvinnas. [60] Tyskland har hävdat att detta stämmer överens med de flesta av medlemsstaternas praxis. Tyskland har därvid anfört att om ett blandavfall innehåller avfall för vilket förbränning inte skulle betraktas som ett återvinningsförfarande, antingen för att det om det förbrändes ensamt inte skulle generera överskottsenergi eller på grund av att det inte skulle brinna alls, kan inte heller förbränningen av detta blandavfall betraktas som sådant, utan den måste betraktas som ett bortskaffningsförfarande. Detta har illustrerats genom det exempel som Tyskland har givit: olika slam (slam från rengöringsbehållare och tvättkar, färgämnen och shellackslam samt fenolslam) i det aktuella blandavfallet består av minst 75 procent vatten, vilket inte brinner utan förångas, eftersom det är kombinerat med lättantändliga ämnen som brinner vid en temperatur som räcker för att värma upp vatten. Tyskland har anfört att "förbränningen" av var för sig oantändligt avfall därför inte är en "metod för att generera energi", utan att den tvärtom använder den energi som genereras av det övriga avfall som det är kombinerat med.

70. Jag anser emellertid att detta argument inte för saken framåt. Om det verkligen föreligger en nettovinst av energi från förbränningen av blandavfall och denna energi återvinns är förfarandet ett återvinningsförfarande enligt rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet. Jag kan inte se varför denna slutsats skulle bli annorlunda endast på grund av att avfallets beståndsdelar, om de förbrändes var för sig, inte skulle reagera på samma sätt. Det relevanta är att det mindre brännbara avfallet faktiskt brinner till följd av att det har blandats med mer lättantändligt avfall och att den energi som genereras av den kombinerade förbränningen används.

71. Tyskland har tillagt att om det är tillräckligt att blandningen ensam, och inte dess beståndsdelar, uppfyller definitionen av förfarandet i rubrik R1 i bilaga 2 B till direktivet, skulle den strikta uppdelning som föreskrivs i förordningen mellan avfall för bortskaffande och avfall för återvinning bli omöjlig. Allt avfall som faktiskt är olämpligt för användning som bränsle och därmed endast lämpligt för bortskaffande skulle helt enkelt kunna blandas med avfall som var lämpligt för användning som

60 — Detta förefaller möjligt, eftersom det i den första strecksatsen i artikel 6.5 i förordningen föreskrivs att fraktsedeln skall innehålla information om "ursprung, sammansättning och mängd avseende det avfall som skall återvinnas... samt, om avfallet härrör från olika källor, en detaljerad förteckning över avfallet".

bränsle. Det första avfallet skulle därmed också betraktas som avsett för återvinning och kringgå de bestämmelser i förordningen som är tillämpliga på avfall för bortskaffande. Detta argument är emellertid också felaktigt. Om de avfall som inte kan förbrännas själva blandas med annat mer lättantändligt avfall och den blandning som uppstår faktiskt används i huvudsak som bränsle är det naturligtvis rimligt att en transport av en sådan blandning bör behandlas som en transport av avfall för återvinning.

72. Jag godtar därför inte Tysklands påstående att beståndsdelar i blandavfall måste bedömas var för sig i syfte att fastställa om det förfarande som de skall bli föremål för är ett återvinnings- eller ett bortskaffningsförfarande.

Avfall som innehåller farliga eller skadliga ämnen

73. Tyskland har hävdat att om beståndsdelar av blandavfallet utgör farligt avfall i den mening som avses i rådets direktiv 91/689/EEG om farligt avfall [61], strider det mot artikel 2.2 i detta direktiv att blanda dem med annat avfall. I artikel 2.2 föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall vidta de nödvändiga åtgärderna för att kräva att en inrättning eller ett företag som bortskaffar, återvinner, insamlar eller transporterar farligt avfall inte blandar olika kategorier av farligt avfall eller blandar farligt avfall med icke farligt avfall."

74. Blandning av avfall i strid mot bestämmelserna i direktiv nr 91/689 kan emellertid inte påverka betydelsen av begreppen återvinning och bortskaffande vid tillämpningen av avfallsdirektivet och av de enskilda förfaranden som räknas upp i bilaga 2 A och 2 B till det. Denna åsikt får stöd i artikel 1.3 i direktiv 91/689, i vilken föreskrivs att definitionen av "avfall" och de andra begrepp som används i detta direktiv — däribland "återvinning" och "bortskaffande" — skall vara desamma som i avfallsdirektivet.

75. Om Tyskland har anledning att frukta att farligt och ofarligt avfall blandas i strid

61 — Rådets direktiv 91/689/EEG av den 12 december 1991 (EGT L 377, s. 20).

med villkoren i direktivet om farligt avfall skall de nödvändiga åtgärderna i enlighet med detta direktiv vidtas för att säkerställa att dessa förfaranden stoppas.

76. De kriterier som föreskrivs av de berörda delstaterna innefattar karaktären på och mängden förorenande ämnen i avfallsblandningen. Om koncentrationen av vissa ämnen ligger över ett föreskrivet gränsvärde kommer förbränningen av avfallet att betraktas som bortskaffande. Tyskland har först förklarat att detta beror på — vilket framgår av den anmärkning som föregår bilaga 2 B till direktivet [62] — att återvinningsförfaranden måste vara oskadliga och miljövänliga. Eftersom den anmärkning som föregår bilaga 2 A [63], som reglerar bortskaffande, uttrycks i identiska termer kan detta kriterium emellertid inte självt bidra till att skilja mellan återvinnings- och bortskaffningsförfaranden.

77. Tyskland har tillagt att det nätverk av anläggningar för bortskaffande som enligt direktivet skall inrättas skall utformas så att det blir möjligt att ta hand om avfallet "vid någon av de närmast belägna lämpliga anläggningarna med användning av de bäst anpassade metoderna och den bästa tekniken, så att en hög nivå för miljö- och hälsoskyddet säkerställs" i enlighet med artikel 5.2 i direktivet. Återvinningsanläggningar å andra sidan håller inte alltid samma tekniska nivå i alla medlemsstater. Medlemsstaterna får därför fastställa ett kriterium för skadligt innehåll för att skilja mellan avfall för bortskaffande och avfall för återvinning, och därmed säkerställa att avfall som innehåller skadliga ämnen bortskaffas i enlighet med artikel 5.2.

78. Jag kan inte godta detta argument.

79. För det första föreskrivs i artikel 4.1 i direktivet ett allmänt krav på medlemsstaterna att vidta de åtgärder som krävs för att säkerställa att avfall återvinns eller bortskaffas "utan fara för människors hälsa och utan att processer eller metoder används som kan skada miljön". Återigen föreligger därför ingen grund för en åtskillnad mellan avfall för återvinning och avfall för bortskaffande med hänvisning till olika nivåer på miljöregler om återvinnings- och bortskaffningsförfaranden.

80. För det andra fastställs harmoniserade normer för luftföroreningar från avfallsförbränningsanläggningar i hela gemenskapen, för närvarande genom direktiven

62 — Vilken det redogjorts för ovan, punkt 6.
63 — Se ovan punkt 6.

89/369[64] och 89/429[65], vilka med tiden skall ersättas av direktiv 2000/76.[66] Under dessa omständigheter kan Tyskland inte förhindra avfallstransporten med hänvisning till att andra medlemsstater inte iakttar dessa normer.[67] Detta gäller trots att Tyskland i enlighet med direktiven och artikel 176 EG kan behålla eller införa miljöskyddsåtgärder som är strängare än dem som där anges.[68] Domstolen har nyligen slagit fast att en medlemsstat inte får anta en regel enligt vilken transporten av avfall för bortskaffande enbart är tillåten under förutsättning att det avsedda bortskaffandet uppfyller de miljörättsliga kraven i avsändarstaten[69], och det framgår av ordalydelsen i denna dom och förordningens system att denna princip skall tillämpas i än högre grad på eventuella analoga invändningar mot transporter av avfall för återvinning.

81. För det tredje klargjorde domstolen i domen i målet ASA Abfall[70] att "det [inte] framgår av... direktivet att det är relevant för att klassificera en avfallshantering som återvinning... huruvida avfallet är farligt eller inte". Det finns ingenting som tyder på att detta förslag inte skulle vara lika tillämpligt om det är fråga om den påstått skadliga karaktären på enskilda beståndsdelar i blandavfall, och inte det faktum att avfallet som helhet är ett farligt avfall.

82. Slutligen anges det i själva direktivet att avfall som är avsett för återvinning kan innehålla farliga ämnen. I den tredje strecksatsen i artikel 3.1 a föreskrivs att medlemsstaterna skall besluta om lämpliga åtgärder för att främja "utveckling av lämpliga tekniker för slutligt bortskaffande av farliga ämnen som ingår i avfall som är avsett att återvinnas".

83. Även av dessa skäl kan jag inte godta Tysklands argument att det skadliga innehållet i enskilda beståndsdelar i blandavfall, eftersom vissa andra gemenskapsregler om avfall reglerar i vilken utsträckning specifika typer av skadligt avfall kan återvinnas i stället för att bortskaffas, är ett lagligt allmänt kriterium som medlemsstaterna får tillämpa för att skilja mellan avfall för bortskaffande genom förbränning och avfall för återvinning genom användning som bränsle.

64 — Rådets direktiv 89/369/EEG av den 8 juni 1989 om förhindrande av luftförorening från nya kommunala avfallsförbränningsanläggningar (EGT L 163, s. 32; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 61).

65 — Rådets direktiv 89/429/EEG av den 21 juni 1989 om minskning av luftförorening från befintliga kommunala avfallsförbränningsanläggningar (EGT L 203, s. 50; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 81).

66 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/76/EG av den 4 december 2000 om förbränning av avfall (EGT L 332, s. 91).

67 — Se exempelvis dom av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, The Queen mot MAFF, ex parte Hedley Lomas (REG 1996, s. I-2553), punkt 20, samt de mål som citeras där.

68 — Sista skälet i ingressen till vart och ett av direktiven.

69 — Dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler (REG 2001, s. I-9897), punkterna 48—65.

70 — Punkt 68 (ovan fotnot 31).

84. Jag anser därför inte att den farliga eller skadliga karaktären på vissa beståndsdelar i blandavfall är relevant vid bedömningen av huruvida avfallet skall klassificeras som avfall för återvinning eller avfall för bortskaffande.

Förslag till avgörande

85. Jag anser därför att domstolen skall:

1) förklara att Förbundsrepubliken Tyskland, genom att göra invändningar mot avfallstransporter till andra medlemsstater för huvudanvändning som bränsle, på grund av tillräcklig egenkapacitet vid bortskaffandet av avfall, har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 7.2 och 7.4 i rådets förordning (EEG) nr 259/93 av den 1 februari 1993 om övervakning och kontroll av avfallstransporter inom, till och från Europeiska gemenskapen,

2) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.