

**Nyregulering af pantopkrævning ved eksport af
engangsemballage for drikkevarer
i lyset af Grundgesetz og
europæisk ret**

Syn- og skønsrapport

for

Interessengemeinschaft der Grenzhändler in Schleswig-Holstein (IGG)

Fremsat af

Prof. Dr. Dr. Peter Salje

Hannover, marts 2005

Indholdsfortegnelse

<i>Indholdsfortegnelse</i>	<u>1</u>
<i>A. Sagsfremstilling</i>	<u>3</u>
<i>B. Syn og skøn</i>	<u>7</u>
<i>I. EmballageFO's anvendelighed</i>	<u>7</u>
<i>II. EmballageFO's overensstemmelse med europæisk ret</i>	<u>7</u>
1. Ingen udelukkelse af anvendelse mht. primær ret	7
2. Krænkelser af regler om varenes fri bevægelighed	9
a) Krænkelser af TEF art. 28	9
aa) Statslige foranstaltninger	9
bb) Fællesskabets samhandel	10
cc) Foranstaltning med tilsvarende virkning	10
(1) Diskriminering	10
(2) Subsidiært: Ingen almindelige salgsbetingelser	11
(3) Hindring af varenes bevægelighed	12
dd) Legitimering af en effektiv forskelsbehandling	12
(1) Velegnet, nødvendigt middel	13
(2) Forholdsmæssigt middel	14
ee) Resultat	14
b) Krænkelser af TEF art. 29	15
3. Krænkelser af TEF art. 12	16
4. Krænkelser af direktivet 94/62/EF	17
5. Resultat	18
<i>III. Overensstemmelse med tysk forfatningsret</i>	<u>19</u>
1. Krænkelser af grundrettigheder	19
a) Forholdet der skal reguleres	20
b) Krænkelser af GG art. 3, stk. 1 (forbud mod vilkårlighed)	21
c) Krænkelser af GG art. 12	22
d) Delresultat	24
2. Bemyndigelsesgrundlagets gyldighedsområde (GG art. 76 i forbindelse med art. 80, stk. 1)	24
3. Krænkelser af GG art. 20, stk. 3	25
<i>IV. Juridiske konklusioner</i>	<u>26</u>
a. Krænkelser af forfatningsret	26
b. Krænkelser af europæisk ret	27
c. Resultat	29
<i>V. Resume</i>	<u>29</u>

"Distributører, der markedsfører flydende fødevarer i drikkevareemballage, der ikke er genbrugsemballage, forpligtes til at opkræve pant på minimum 0,25 € inkl. moms pr. emballage af aftageren; når fyldvolumen udgør mere end 1,5 l beløber pantet sig til minimum 0,50 € inkl. moms. Pantet skal opkræves hos enhver yderligere distributør på samtlige handelstrin frem til udlevering hos slutbrugeren. Pantet skal refunderes ved hver tilbagetagelse af emballage iht. § 6, stk. 1 og 2."

Omstillingen af ordlyden til Euro var ikke indeholdt i EmballageFO af 1998, men blev foretaget i 2001. En overtrædelse af EmballageFO § 8, stk. 1 skal straffes som lovovertrædelse iht. EmballageFO 1998 § 15, stk. 17, idet bøden gives for ikke-opkrævning af pantet samt for ikke-refusion af pantet. I betragtning af et kompliceret system af overgangs- og ikrafttrædelsesregler (EmballageFO §§ 16, 17) og de fornødne kendelser skulle EmballageFO § 8, stk. 1 først komme til anvendelse pr. 1/1-2003.

Den tredje forordning til ændring af EmballageFO sigter bl. a. på en ændring af pantopkrævning på engangsdrikkeemballager. Efter afslutning af EU-notifikationsproceduren vil de nye regler træde i kraft fra maj 2005. EmballageFO n.v. § 3, stk. 3, 2. fastlægger begrebet "engangsemballage" som residuum som værende negativt ved at der ved disse emballager ikke er tale om "genbrugsemballager". EmballageFO § 8 stk. 1, 1.-3. lyder fremover som følgende:

"Distributører, der markedsfører drikkevarer i engangsemballage med en fyldvolumen på 0,1 til 3 l forpligtes til at opkræve pant på minimum 0,25 € inkl. moms pr. emballage af aftageren. 1. sætning er ikke gældende for emballager, der ikke udleveres til slutbruger i forordningens gyldighedsområde. Pantet skal opkræves hos enhver yderligere distributør på samtlige handelstrin frem til udlevering hos slutbrugeren... (herefter 4 sætninger ff.)"

Det er især øl, mineralvand, læskedrikke (specielt sodavand, cola osv.) samt blandingsdrikke med alkoholinhold (for detaljer og undtagelser jfr. EmballageFO n.v. § 8, stk. 2) der er underlagt obligatorisk pantopkrævning. Med undtagelse af forbuddet af retursystemet iht. EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 7. i form af såkaldte producent- eller handelsrelaterede "ø-løsninger" skal § 8, stk. 1 træde i kraft dagen efter bekendtgørelsen af forordningen i Bundesgesetzblatt.

"Interessengemeinschaft der Grenzhändler in Schleswig-Holstein (IGG)" har bedt undertegnede om at vurdere, om EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. også er i overensstemmelse med den tyske forfatning og med europæisk ret, hvis drikkeemballagerne købes af personer, der er EU-borgere, hvis sædvanlige bopæl dog er uden for tyske Grundgesetz' område (især skandinaviske statsborgere) i nærheden af den tysk-danske grænse hhv. færgehavnene ved Østersøen, med henblik på at eksportere disse til Danmark eller til et andet skandinavisk land. IGG omfatter mere end 30 virksomheder, hvis salgslokaler som regel befinder sig maksimalt tre kilometer fra den tysk-danske grænse hhv. færgehavn. Der sker målrettede henvendelser til kunderne i Skandinavien, idet

sortimentet overvejende består af skandinaviske produkter (ved øl er det over 97 %). Der annonceres ikke i Tyskland, og henvisninger til butikkerne er på dansk hhv. på svensk. Der ansættes udelukkende sprogkyndige ekspedienter og ekspeditricer, og betalingen sker overvejende med skandinaviske valuta.

En stor del af kunderne kommer med indkøbsbusser, idet der ofte tilbagelægges 300 til 500 kilometer, specielt med henblik på indkøb i Tyskland. På grund af den høje skandinaviske moms samt ølafgifter er skandinavisk øl samt andre drikkevarer betydeligt billigere i Tyskland. Grænsehandlen har derfor udviklet sig til et højtspecialiseret erhverv, idet der ud over drikkevarer også sælges andre varer som impuls-købsvarer, selvom indkøbsfordelene her er betydeligt ringere eller slet ikke eksisterende. Grænseforhandlernes samlede omsætning beløber sig til mere end 500 mio. € årligt.

De skandinaviske lande har afvigende systemer til bortskaffelse og genanvendelse af drikkevareemballage. IGG's medlemmer har forsøgt at blive integreret i de danske producenters og danske forhandleres retursystem, men forsøget er hidtil strandet pga. modstanden fra den (konkurrerende) danske drikkevarehandel.

Drikkevarerne, der sælges i Tyskland til skandinaviske EU-borgere, sælges nærmest uden undtagelse i multipak (f.eks. 30 dåser med folieemballage). Derved kan drikkevarerne nemmere stables i bil eller bus og den forhåndenværende bagageplads kan udnyttes optimalt. Der foregår praktisk talt ikke salg med henblik på fortæring i Tyskland, og derfor forekommer der ikke nogen belastning af det tyske affaldsretur- og genanvendelsessystem med disse engangsemballager (især glas, hvidmetal og aluminium).

Hvis grænsehandelen var forpligtet til at opkræve et pant på 0,25 € for hver enkel salgsemballage, ville den gennemsnitlige fordel på pt. ca. 20 Cent ved den mest omsætningstunge øltype (Ceres Royal, 0,33 l) blive vendt til en prisulempe på 5 Cent. De skandinaviske købere, der bor langt væk fra grænsen, er hverken de facto eller under hensyntagen til den resulterende økonomiske ulempe i stand til at transportere engangsemballagen tilbage til Tyskland for at få refunderet pantet. Hvis pantet også skulle opkræves for eksport af drikkevareemballage (= transport til et andet medlemsland, f.eks. Danmark), ville varen på denne afgørende måde været belastet med tillægsbeløbet.

Den på kort sigt opståede omsætningsfordel hos IGG's medlemmer bliver hurtigt vendt til en ulempe, idet den danske presse allerede inden pantet på drikkevareemballagen trådte i kraft, havde talt om de hermed forbundne prisforhøjelser i Tyskland. Den konkurrerende danske drikkevarehandel er meget interesseret i, at den nye lov ligeledes skal anvendes på eksportforhold til Danmark.

IGG's medlemmer finder, at – såfremt den nye lov ligeledes skal anvendes på eksportforhold – det er tvivlsomt, om den nye regulering er i overensstemmelse med tysk samt europæisk ret. For tiden opkræves der, med accept fra forvaltningsdomstolene i Schleswig-Holstein pant ved salget, men den annulleres ved køb af multipak og pantet refunderes, når den skandinaviske køber har udfyldt en "eksporterklæring for engangsemballager", hvori han forpligter sig til at eksportere drikkevaren til et skandinavisk land i løbet af salgsdagen og til ikke at konsumere drikkevaren i Tyskland.

Hver enkelt af disse eksportsager registreres med navn, pasnummer, kassekvitteringens nummer og kundens underskrift. Derved sikres, at samtlige eksportsager er registrerede og at der kan dokumenteres, at disse drikkevareemballager ikke vil belaste det tyske affalds- og genbrugssystem.

IGG har bedt undertegnede om en syn- og skønserklæring vedr. spørgsmålet, om EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. sætning er i overensstemmelse med tysk og europæisk ret.

B. Syn og skøn

Den p.t. praktiserede refusionsordning er lovlig, såfremt de beskrevne forhold enten ikke falder under forordningens bestemmelser (nedenstående I.) eller EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. er i strid med europæisk ret (nedenstående II.) eller i strid med Grundgesetz (nedenstående III.).

I. EmballageFO's anvendelighed

Iht. EmballageFO 1998 § 2, stk. 1 er EmballageFO som udgangspunkt gældende for alle emballager der markedsføres i gyldighedsområdet for Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz. Såfremt den obligatoriske pantoprævning iht. EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. ikke skal gælde for emballager, der ikke udleveres til slutbrugere i EmballageFO's gyldighedsområde, kunne man omvendt slutte af denne ordlyd af forordningen, at den 1. sætning (obligatorisk pantoprævning) altid, uden undtagelse skal anvendes, når drikkevarens engangsemballage udleveres til slutbrugere i Tyskland. Pantoprævningen skulle gennemføres uanset, om drikkevaren er beregnet til eksport ved slutbrugeren eller om der er tale om forbrug i Tyskland. En sådan fortolkning af reglen forudsættes at foreligge i det følgende, uden at argumenterne der taler imod en sådan fortolkning samt forordningsgiverens præmisser¹ vedr. 2. sætning er blevet prøvet for deres holdbarhed. Da grænsehandelen udleverer engangsemballagen i indlandet til (skandinaviske) slutbrugere, burde pantet i så fald opkræves – såfremt den nye lovgivning er bindende. EmballageFO skulle anvendes ved disse eksportforhold, og den hidtil praktiserede og af forvaltningsdomstolene i Schleswig-Holstein accepterede fremgangsmåde² ville således kun være i overensstemmelse med gældende ret, såfremt EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. ikke var i overensstemmelse med loven.

II. EmballageFO's overensstemmelse med europæisk ret

I det følgende skal det prøves, om EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. under hensyntagen til de præsenterede forhold er i overensstemmelse med europæisk primær ret (EF-Traktaten) og sekundær ret (emballagedirektivet).

1. Ingen udelukkelse af anvendelse mht. primær ret

En vurdering af national ret på basis af TEF art. 28ff. er i betragtning af EF-domstolens retspraksis vedr. de harmoniserede retsområder heller ikke udelukket. EmballageFO i den i 1998 ændrede version havde også til formål at implementere Europaparlamentets og

¹ Vedr. præmisser jfr. Bundesregierungs-Drucksache 919/04, s. 14

² Jfr. Verwaltungsgericht Schleswig af 7/7-2003 (Az 12 B 30/03) samt Oberverwaltungsgericht Schleswig af 23/7-2003 (4 MB 58/03).

Rådets direktiv 94/62/EF af 20. december 1994 om emballager og emballageaffald³ i tysk lovgivning. Iht. til præambelens første betragtning havde direktivet til formål, at harmonisere medlemsstaternes forskellige foranstaltninger i forbindelse med håndtering af emballage og emballageaffald, for på den ene side at forebygge og mindske miljøbelastningen og derved at sikre et højt miljøbeskyttelsesniveau, og for at garantere det indre markeds funktion og undgå handelshindringer og forvridning og begrænsning af konkurrencen i Fællesskabet.

Dette formål kan også ses i emballagedirektivets art. 1, stk. 1 samt art. 7 stk. 1 og art. 18, som foreskriver at de introducerede standarder og systemer skal garantere det indre markeds funktion og undgå, at der i forbindelse med den nye emballagelovgivning opstår handelshindringer, forvridninger eller begrænsninger af konkurrencen⁴. Iht. art. 18 skal det garanteres, at der i overensstemmelse med direktivet i alle medlemslande må markedsføres tilsvarende emballager. Direktivet definerer ikke begrebet "markedsføring". Den nye version af EmballageFO⁵ fra 2005 tjener ifølge fodnotens henvisning fortsat det formål, at implementere emballagedirektivet i dets i 2004 sidst ændrede version⁶.

Hvis EU beslutter sig for ved miljøregler kun at afstikke rammerne, så risikerer man pga. medlemsstaternes systemvalgmuligheder, at de respektive nationale bortskaffelses- og genvindingssystemer ikke er i overensstemmelse med hinanden og der i tilfælde af transport forekommer konkurrenceforvridninger. Derfor henviser direktiverne – som vist også emballagedirektivet – hver gang til primær ret, dvs. især TEF art. 28ff., således at der på trods af (delvis)harmonisering ad denne vej kan udelukkes konkurrencebegrænsninger.

EF-domstolen anvender ikke mere disse regler vedr. varehandelen, når der i Fællesskabet er blevet skabt en fuld harmoniseret regulering, fordi det i dette tilfælde er den nye regulering og dermed sekundær ret, der danner grundlaget for vurderingen af national ret⁷. Denne retspraksis kan også anvendes ved direktiver, når disse har en tilstrækkelig detaljeringsgrad mht. de harmoniseringsmålsætninger der står til implementering. Specielt mht. den tyske EmballageFO har EF-domstolen allerede ved to afgørelser fastslået, at der i forbindelse med emballagedirektivet ikke var tilstræbt en såkaldt "fuld harmonisering" for pant- og retursystemet, og den tyske forordning derfor også skulle kunne måle sig med TEF art. 28ff.⁸

Emballagedirektivet indeholder ifølge denne retspraksis kun en grov ramme for affaldsgenvindings- og bortskaffelsessystemer hos de enkelte medlemsstater; der er netop ikke blevet indrettet et harmoniseret genbrugssystem for emballager og emballageaffald (systemernes konkurrence). Da det ved direktiver med rammekarakter fortsat er nødvendigt at anvende primær ret inkl. TEF art. 28ff. og da det skal undgås, at de nationale

³ EF-Tidende L 365/10

⁴ Jfr. også direktivets art. 5: fremme af genbrugssystemer kun "i overensstemmelse med traktaten".

⁵ Mht. ordlyden af tredje ÆndringsFO jfr. Bundesregierungs-Drucksache 919/04.

⁶ Ændring ved Europaparlamentets og Rådets direktiv 2004/12/EF af 11/2-2004, EF-Tidende nr. 47, s. 26

⁷ EF-domstolen NVwZ 2002, 582,583

⁸ EF-domstolen af 14/12-2004 – sag C-309/02 – Radlberger – Tz 53ff. (anderledes ved mærkning, identificering mv.: afsluttende harmonisering, jfr. Tz 56); EF-domstolen af 14/12-2004 – sag C-463/01 – EmballageFO – Tz 36ff. (hver gang med dokumentation om retspraksis: anvendelse af primær ret på national ret, der implementerer delharmoniseret sekundær ret). Afgørelserne er trykt i: ZUR 2005, s. 139ff og s. 143ff.

genbrugssystemer bruges til opbygning af handelshindringer, vil TEF art. 28ff.'s forrang fortsat være bevaret trods ramme-harmoniseringen i emballagesektoren.

IGG's medlemmer sælger hovedsageligt danske, men også tyske drikkevarer; de eksporterer især til Danmark, Finland og Sverige. Mht. begge produkter kan man gå ud fra, at både drikkevarens emballage og dens indhold er i overensstemmelse med kravene i det pågældende medlemsland (Danmark hhv. Tyskland) og dermed også den (delvis) harmoniserede fødevarer- samt emballagelovgivning. Iht. emballagedirektivets art. 18 må medlemsstaterne derfor ikke forbyde markedsføring af disse emballager på deres territorium.

2. Krænkelse af regler om varernes fri bevægelighed

Der kan være tale om krænkelse af både TEF art. 28 og TEF art. 29.

a) Krænkelse af TEF art. 28

Iht. TEF art. 28ff. er statslige foranstaltninger i strid med EF-traktaten, når disse udgør en kvantitativ begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne eller en "foranstaltning med tilsvarende virkning". I denne forbindelse er foranstaltninger i form af importrestriktioner (TEF art. 28) i princippet sidestillet med foranstaltninger vedrørende udførsel til en anden medlemsstat (TEF art. 29)⁹. Såfremt der konstateres sådanne restriktioner med tilsvarende virkning, skal disse være begrundet i "tvingende samfundshensyn"¹⁰ eller begrundes iht. TEF art. 30 (hensynet til den offentlige interesse).

aa) Statslige foranstaltninger

Det er kun statslige foranstaltninger der er underlagt TEF art. 28's forbud. Foranstaltningen skal således skyldes en offentlig instans¹¹. Dertil hører utvivlsomt alle foranstaltninger fra en stats udøvende, lovgivende eller dømmende magt¹². En forordning fra den tyske regering (EmballageFO) er utvivlsomt en foranstaltning fra en offentlig myndighed og dermed en statslig foranstaltning.

⁹ Ang.. detaljer om fortolkning af foranstaltningsbegrebet: art. 29 vedrører kun "specifikke udførelsesrestriktioner".

¹⁰ EF-domstolen slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon; jfr. også slg. 1974, 837 - Dassonville

¹¹ Retspraksis: EF-domstolen slg. 1989, 1295; slg. 1982, 4005; slg. 1990, I-4625.

¹² Vedr. yderligere dokumentation jfr. Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, art. 28 EGV Rz. 25; Lenz/Lux, EG-Vertrag, 3. Aufl. Köln/Basel/Genf/München/Wien 2002, art. 28 Rz. 17ff.

bb) Fællesskabets samhandel

Foranstaltninger med tilsvarende virkning såsom kvantitative importrestriktioner er forbudte iht. TEF art. 28, når disse vedrører fællesskabets samhandel¹³. Da IGG medlemmerne hovedsageligt realiserer forholdet "import af skandinaviske drikkevarer" med det formål at genudføre til en skandinavisk medlemsstat, er reglen berørt.

cc) Foranstaltning med tilsvarende virkning

EmballageFO foreskriver ingen kvantitative begrænsninger mht. drikkevareemballager. Indretningen af et pant- og retursystem har derimod en potentielt fordyrende virkning for de af den tyske drikkevarehandel solgte drikkevareemballager, specielt når emballagerne de facto eller af økonomiske grund ikke returneres til Tyskland og refusion af pantbeløbet derved er blevet juridisk eller økonomisk umulig.

Foranstaltningen med tilsvarende virkning skal relatere sig til varehandelen mellem medlemsstaterne; det synes ikke umiddelbart indlysende, at reglerne skulle gribe ind på fri bevægelighed for tjenesteydelser og kapital. Endvidere skal det prøves, om den pågældende regel har diskriminerende virkning; hvis der derimod er tale om generelt anvendelige "almindelige salgsbetingelser", vil en sådan bestemmelse ikke være underlagt TEF art. 28.

(1) Diskriminering

Da en udvidelse af den obligatoriske pantopkrævning på grænsehandelen formelt set vedrører danske og tyske varer på samme måde, kunne der være tale om en generelt anvendelig foranstaltning.

En sådan opfattelse ville dog tilsidesætte de specifikke virkninger af pantreglerne. Den formelle ligestilling viser sig ved nærmere betragtning som ikke uvæsentlig forskelsbehandling mht. indholds- og udlandsforhold: Mens et tysk landsdækkende retur- og pantrefusionssystem er i stand til for de i indlandet bosatte købere at skabe problemfri refusion, belastes købere fra andre medlemsstater med pantet, når en returnering af økonomiske grund ikke kan komme i betragtning. Den typiske skandinaviske køber rejser 300 – 500 km, for at dække sig ind med store mængder drikkevarer i Tyskland; en returnering af emballagen til Tyskland ville økonomisk og miljømæssigt være groft uforsvarlig. Et i forbindelse med pantbetaling afgivet bindende løfte om returnering burde alene af juridiske grunde ikke indløses (BGB § 275, stk. 2).

Derfor er det ikke ligestilling af tyske og danske varer der kendetegner forholdet, men forskellig prissætning for den øl der forbliver i Tyskland og den der udføres til Skandinavien: Kun den (f.eks.) til Danmark udførte øl forbliver endeligt belastet med

¹³ Ang. anvendelsesområdet jfr. dokumentation hos Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, art. 28 EGV Rz. 20f.

pantbeløbet, fordi køberen af økonomiske grunde ikke er i stand til at returnere drikkevareemballageen og Danmark derudover har et genbrugssystem for drikkevareemballager, som er tilstrækkeligt og i overensstemmelse med europæisk ret. Selvom formålet med emballagedirektivet således opnås i begge medlemsstater – på den respektive nationale måde – medfører forpligtelsen til pantopkrævning, at der sælges til statsborgere fra andre medlemsstater til en de facto højere pris end den der afkræves statsborgere med bopæl i Tyskland.

Her kan det ikke indvendes, at begge slags købere formelt er ligestillet på købstidspunktet (bruttosalgspris plus pant). EF-traktaten forpligter medlemsstaterne til den såkaldte "effekt utile"¹⁴ i forbindelse med opnåelse af traktatforpligtelserne, og derfor må der ikke opereres med formelle betragtninger. Da der er tale om økonomiske forhold, skal der tages hensyn til det tidsrum, hvor forholdet effektivt udvikler sig. Mens den danske køber på trods af jævnbyrdig bortskaffelse af drikkevareemballager betaler et beløb der er mere end en tredjedel højere, får den tyske køber pantet hurtigt refunderet, og er derfor effektivt betydeligt mindre belastet.

En begrænsning af eksporten af skandinaviske drikkevarer medfører indirekte en importrestriktion, som er formålsløst, når disse drikkevarer ikke mere kan afsættes til skandinaviske EU-statsborgere til markedspriser. EF-domstolen har i sin Radlberger-afgørelse bekræftet, at der foreligger en potentiel diskriminering af i andre medlemsstater bosatte drikkevareforhandlere på grund af den tyske EmballageFO, der udgør en hindring for markedsføringen af disse producenters produkter¹⁵. Dermed kan det allerede mht. diskrimineringsargumentet bekræftes, at der er tale om en foranstaltning med tilsvarende virkning.

(2) Subsidiært: Ingen almindelige salgsbetingelser

En salgsbetingelse er kendetegnet ved, at den er gældende for alle erhvervssubjekter og at den berører afsætningen af indenlandske produkter i samme omfang som salget af udenlandske varer; salgsbetingelser spærrer eller hindrer således ikke markedsadgangen for varer fra andre medlemsstater mere end den for indenlandske produkter, og er derfor iht. retspraksis undtaget fra TEF art. 28¹⁶. Et eksempel på en sådan almindelig salgsbetingelse er den nationale lukkelov¹⁷ eller forbuddet mod at videresælge varer til underskudspris eller med overdreven lav gevinstmargen¹⁸.

En almindelig salgsbetingelse kan under ingen omstændigheder accepteres, hvis den pågældende statslige foranstaltning viser sig at være en diskriminering overfor udenlandske produkter. Som det blev vist ovenfor, er det tilfældet her. Men selv når

¹⁴ TEF art. 20, jfr. dokumentation om retspraksis og litteratur hos Lenz/Borchardt, EG-Vertrag, art. 220 Rz. 18.

¹⁵ EF-domstolen af 14/12-2004 – Rs C-309/02 – Radlberger – Tz. 69

¹⁶ Oversigt hos Lenz/Lux, EG-Vertrag, Art. 28 Rz. 19; Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, Art. 28 EGV Rz. 45ff..

¹⁷ EF-domstolen, slg. 1994, I-2355

¹⁸ EF-domstolen, slg. 1993, I-6097 – Keck.

udvidelsen af dåsepantet til grænsehandelen ikke skulle blive opfattet som diskriminering og det således ikke umiddelbart kan udelukkes, at der er tale om en almindelig salgsbetingelse, ville en sådan ikke komme i betragtning her.

Såfremt det forudsættes at der findes en generelt anvendelig foranstaltning, kunne reguleringen iht. EmballageFO § 8, stk. 1 ved første øjekast virke som en sådan almindelig salgsbetingelse, fordi den obligatoriske pantoprævning tilsyneladende ikke er relateret til produktet, men til rammevilkårene for dets omsætning.

EF-domstolen har til gengæld, bl. a. på grund af det til obligatorisk pantoprævning knyttede etiketteringskrav, i sin afgørelse af 14/12-2004¹⁹ indtaget det modsatte standpunkt, og den betragter den obligatoriske pantoprævning som en produktrelateret regulering²⁰. Argumentet om foranstaltningen med tilsvarende virkning kan således ikke engang tilsidesættes i forbindelse med antagelsen om en ren salgsbetingelse, når udvidelsen af den obligatoriske pantoprævning på grænsehandelen skulle anses for at være en generelt anvendelig foranstaltning.

(3) Hindring af varernes bevægelighed

Det næste krav til en foranstaltning med tilsvarende virkning er den **objektive hindring** af den praktiserede varebevægelighed i øvrigt. Udover transport af tyske drikkevarer til Danmark hhv. i andre skandinaviske stater (jfr. nedenfor i forbindelse med TEF art. 29) begrænses objektivt set også transporten af danske drikkevarer til Tyskland med henblik på deres geneksport, hvis skandinaviske købere ikke har mulighed for en effektiv refusion af det erlagte pantbeløb. Da disse købere meget snart vil udeblive, vil samhandelen over grænserne hhv. i færgehavnene stort set ophøre. Hvis denne overvejelse sættes op mod den alternative betragtning, ville der ved ikke-anvendelse af EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. blive opnået en effektiv ligestilling af begge grupper af købere, og i forhold til den pt. praktiserede samhandel med drikkevareemballage mellem Danmark og Tyskland ville varehandelens hidtidige tilstand blive bevaret²¹. Derfor kan der samstemmende med EF-domstolen tales om en foranstaltning med tilsvarende virkning i medfør af TEF art. 28.

dd) Legitimering af en effektiv forskelsbehandling

Idet der i nærværende ikke kan være tale om a priori at legitimere begrundelser for TEF art. 30, skal des højst prøves, om den begrænsende foranstaltning på grund af manglende regulering i Fællesskabet kan begrundes men såkaldte **tvingende hensyn**. Da denne

¹⁹ EF-domstolen sag C-309/02 Tz.70ff.; sag C 4663/01 Tz. 66ff.

²⁰ EF-domstolen sag C-309/02 Radlberger – Tz. 71.

²¹ Den kendsgerning at den særlige samhandel mellem Danmark og Tyskland især skyldes forskelle i momsen, foranlediger ikke afvigende betragtninger, selvom der via det tyske pant faktisk talt kompenseres for denne forskel. Momssatserne beror på medlemsstaternes nationale beslutninger; der mangler en harmonisering for Fællesskaberne. Det er således de eksisterende forskelle der danner udgangspunktet for betragtningerne. Det afgørende er derfor ikke en eventuel kompensationsvirkning.

undersøgelse til gengæld kun giver mening, når der er tale om foranstaltningens generelle virkning på indenlandske og på fra andre medlemsstater importerede varer, fører den ovenfor konstaterede diskriminering²² egentlig til, at undersøgelsen er overflødig.

Subsidiært skal det dog alligevel undersøges, om en legitimering i det mindste forekommer muligt som tankeeksperiment; dette er dog kun tilfældet, når de begrænsninger der udspringer af reguleringen, ikke er uforholdsmæssige²³. Således har EF-domstolen anerkendt det danske pantflaskesystem af miljøhensyn, fordi det effektivt bidrager til formindskelse af affaldsmængder²⁴, selvom der objektivt set er tale om en produktrelateret foranstaltning. Med afgørelsen af 14/12-2004 har EF-domstolen i forhold til den tyske EmballageFO anerkendt en krænkelse pga. en uforholdsmæssig regulering, idet den i EmballageFO § 9, stk. 2 siden 1998 fastlagte overgangsfrist på seks måneder for introduktionen af et pant- og retursystem ikke er tilstrækkelig for virksomheder i andre medlemsstater til at kunne tilpasse produktion og håndtering af engangsemballageaffald til det nye system²⁵.

Det tvingende samfundshensyn, der her kan komme i betragtning, er sikkerheden og konsistensen af et tysk system til tilbagesøgelse og genbrug af emballageaffald, med henblik på at styrke miljøbeskyttelse i Tyskland. Tyskland kunne her argumentere på følgende måde: Såfremt det ikke effektivt kan garanteres, at de af skandinaviske statsborgere i Tyskland indkøbte tyske drikkevareremballager ikke alligevel forbliver i Tyskland og bliver til affald dér, skal begge forhold – indenlandsk forsyning, medlemsstats-forsyning – ligestilles, med henblik på at beskytte hele systemet.

Formålet med et konsistent indsamlingssystem fortjener grundlæggende anerkendelse, men skal kunne opnås med forholdsmæssige midler²⁶. Foranstaltningen skal være velegnet, nødvendig og forholdsmæssig²⁷. Medlemsstaten skal, såfremt der er flere midler til rådighed, vælge det, der mindst muligt begrænser varenes frie bevægelighed²⁸. Der må ikke vælges midler, der a priori ikke fører til målet.

(1) Velegnet, nødvendigt middel

Tyske pantsystemer er i princippet velegnede foranstaltninger til at undgå en belastning af bortskaffelsessystemet og littering i Tyskland. Når det derimod står klart, at engangsemballager ikke kan blive til affald i Tyskland, er der a priori ingen risiko, der kræver styring fra den tyske forordningsgiver. Derfor er et tysk pant- og retursystem ikke et velegnet middel ved eksportforhold. Foranstaltningen er i sig selv uforholdsmæssig, og

²² Jfr. EF-domstolen af 14/12-2004 - sag C-309/02 Radlberger – Tz. 69.

²³ Vedr. denne retspraksis jfr. Lenz/Lux, EG-Vertrag, Art. 28 Rz. 30ff; Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, Art. 28 EGV Rz. 35ff.

²⁴ EF-domstolen, slg. 1988, 4607

²⁵ EF-domstolen, sag C-309/02, Tz. 75ff.; sag C-463/01, Tz. 75ff.

²⁶ EF-domstolen slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon

²⁷ Mht. afgørelsespraksis jfr. Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, Art. 3028 EGV Rz 49ff.

²⁸ EF-domstolen, id.

de her omtalte forhold bør være undtaget fra pantreglerne for at undgå en krænkelse af EU-ret.

Et uegnet middel er per se heller ikke nødvendigt til opnåelse af de tyske miljømålsætninger; den tyske forordningsgiver har hverken dette eller mildere midler til rådighed til styring af affaldsforhold, der unddrager sig tysk kompetence. Også i dette henseende er der tale om uforholdsmæssighed.

(2) Forholdsmæssigt middel

Nationale begrænsninger af varenes frie bevægelighed skal stå i et passende forhold til målsætningen²⁹ (afvejning). Der mangler en endelig regulering af pant- og retursystemet i Fællesskabet; emballagedirektivet skaber derfor kun en **rammeregulering** og overlader den detaljerede udformning af systemet til medlemsstaterne³⁰. Der er pt. ingen overstatslige pant- og retursystemer. Da det via eksporterklæringen og dens i hvert fald stikprøveagtige kontrol er muligt, at sikre et sikkert og konsistent tysk pant- og retursystem, og der dermed er tale om en mindre belastende foranstaltning for danske købere, benytter EmballageFO § 8, stk. 1 et uforholdsmæssigt middel. Når drikkevareemballager transporteres til skandinaviske lande, skal EU's emballage-rammelovgivning overholdes, og dette sikrer lovlig bortskaffelse og genbrug på samme måde som det tyske pant- og retursystem. Derfor er det i EmballageFO § 8 valgte middel – pantbelastning af drikkevareemballage der er beregnet til eksport – ikke blot et til formålet uegnet, men samtidig også uforholdsmæssigt middel. Da disse forhold er klart adskillige, er foranstaltningen med hensyn til eksportforhold ydermere i strid med EU-ret.

ee) Resultat

Dermed ville EmballageFO n.v. § 8 stk. 1, 2. være en krænkelse af TEF art. 28, såfremt reglen også vedrører de drikkevareemballager, der er beregnet til eksport til en anden medlemsstat. Da tysk emballageret i dette tilfælde via en væsentlig forhøjelse af salgsprisen ville påvirke drikkevaresalget i en anden medlemsstat, begrænses varehandelen med Danmark og andre skandinaviske lande uforholdsmæssigt. Derudover må der regnes med en krænkelse af TEF art. 28, idet eksporterklæringerne muliggør en foranstaltning der på samme måde sikrer det tyske system og samtidig er mindre belastende. Med denne fortolkning kan EmballageFO n.v. § 8 stk. 1, 2. heller ikke legitimeres med "tvingende hensyn".

²⁹ EF-domstolen, slg. 1995, I-1923 Tz. 15 – Mars; slg. 1997, I-3689 Tz. 19 – Familiapress.

³⁰ Fluck, *Ausgewählte Rechtsfragen der VerpackV*, DB 1993, s.211, 217: "ikke uvæsentlig spillerum" for medlemsstaterne

b) Krænkelser af TEF art. 29

Mens TEF art. 28 regulerer "importforhold" (transport til den medlemsstat, der har vedtaget den statslige foranstaltning), regulerer TEF art. 29, tilsyneladende med samme indhold, foranstaltninger med tilsvarende virkning, såsom kvantitative eksportrestriktioner (= transport til en anden medlemsstat end den, der har vedtaget foranstaltningen). Begge typer foranstaltninger er i princippet forbudte; dog har retspraksis via modificeringen af begrebet "foranstaltning med tilsvarende virkning" trods identisk ordlyd i begge bestemmelser introduceret en vis differentiering³¹.

Med hensyn til eksportforholdet (transport af drikkevarer ved danske slutbrugere til Danmark) skal det undersøges, om foranstaltningsbegrebet skal fortolkes anderledes pga. TEF art. 29. EF-domstolen vil kun anerkende en krænkelser af TEF art. 29, når en medlemsstat på en specifik måde begrænser levering af varer til andre medlemsstater og derigennem skaber ulige vilkår for handelen inden for en medlemsstat og for samhandelen med andre medlemsstater³². Denne retspraksis tager sigte på at se bort fra handelshindringer, der er resultatet af manglende harmonisering mellem medlemsstaterne og som derfor er underlagt princippet om gensidig anerkendelse³³.

Som det er blevet påvist, bevirker anvendelsen af EmballageFO n.v. § 8 stk. 1, 2. på eksportforhold, at leveringen af drikkevareemballager til andre medlemsstater begrænses i sammenligning med de vilkår, der gælder i den tyske drikkevarehandel. Da Tyskland ikke kan garantere refusion af pantet i Danmark, behandles den tysk-skandinaviske drikkevarehandel anderledes end den indre tyske drikkevarehandel. Den formelle ligebehandling (belastning af begge forhold med pant) udmønter sig materielt som specifik forskelsbehandling. Denne diskriminering er en krænkelser af TEF art. 29 på en specifik måde.

Dette er ikke kun en konsekvens af kravet om gensidig anerkendelse af ikke harmoniserede dele af medlemsstaternes lovgivning; en sådan kan højst komme på tale med hensyn til moms og afgiftssatsen for øl. Tyskland har derimod mulighed for at behandle drikkevarehandelen med Danmark på samme måde som den indre tyske drikkevarehandel, hvis man så bort fra pantoprævning ved eksportforhold. Også i dette henseende er der tale om en specifik begrænsning i medfør af TEF art. 29.

Såfremt nærværende forhold er underlagt TEF art. 29, kan disse ikke begrundes med tvingende hensyn (jfr. ovenstående). Transport af dansk øl til Danmark medfører en specifik begrænsning af varehandelen og kan derfor ikke begrundes med tvingende og specifikke hensyn.

³¹ Jfr. ovenfor B. II. 2.a)

³² EF-domstolen, slg. 1979, 3409, slg. 1992, I-3669

³³ Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, Art. 29 EGV Rz. 4; Lenz/Lux, EG-Vertrag, Art. 28 Rz. 22 (med dok.)

3. Krænkelser af TEF art. 12

Derudover kan der også være tale om en krænkelse af forbuddet mod diskriminering iht. TEF art. 12. Ifølge denne bestemmelse må ingen forskelsbehandles på grundlag af nationalitet i forhold til den agerende stats egne statsborgere.

Art. 12 begunstiger a priori kun **andre medlemsstaters statsborgere**; den såkaldte nationale diskriminering er ikke Fællesskabets anliggende, men skal bekæmpes af medlemsstaten selv (f.eks. Grundgesetz art. 3, stk. 1)³⁴. Således falder en diskriminering af tyske forhandlere som følge af EmballageFO § 8 stk. 1 ikke under art. TEF art. 12.

Derfor skal det kun undersøges, om de skandinaviske købere diskrimineres i medfør af TEF art. 12. Der foreligger ingen **direkte diskrimination**, hvis den økonomiske merbelastning ved drikkevarekøbet i Tyskland – trods den formelle ligestilling – ikke er knyttet til statsborgerskabet, men i sidste ende skyldes bopæl. Tyske statsborgere med permanent bopæl i Skandinavien belastes på samme måde. Men man kunne argumentere på følgende måde: Da der i de skandinaviske lande overvejende bor skandinaviske statsborgere, er der alligevel et materielt link til statsborgerskabet. På trods af et velfungerende nationalt genbrugssystem skal disse statsborgere – i kraft af deres bopæl – betale højere salgspriser end tyske statsborgere. Denne ulempe nærmer sig i hvert fald en diskriminering i medfør af TEF art. 12³⁵. I hvert fald mht. importforhold har EF-domstolen konstateret, at en generel pantopkrævning på drikkevareemballager er en krænkelse³⁶, også med hensyn til direkte diskrimination³⁷. Ved eksportforhold bliver den i Tyskland indkøbte drikkevare dyrere for skandinaviske statsborgere, fordi pantbeløbet bliver en del af prisen, når tilbagetagelse af emballagen i Tyskland de facto er udelukket.

Den såkaldte **indirekte diskriminering** falder ind under TEF art. 12, hvis den ikke er knyttet til statsborgerskabet som kendetegn, men der alligevel opnås en tilsvarende virkning; dette er ligeledes i strid med EU-ret³⁸.

Som påvist, er EmballageFO n.v. § 8 stk. 1, 2's belastende virkning ikke umiddelbart knyttet til statsborgerskabet, men kommer tæt på en direkte diskriminering, fordi der i de skandinaviske stater typisk bor skandinaviske statsborgere og det kun er dem, der belastes med en højere salgpris (inkl. pant). Dermed medfører den nationale regulering netop med hensyn til konsekvenserne af bopæl alligevel en diskriminering; da reguleringen som påvist heller ikke er legitimeret ved objektive omstændigheder³⁹, er der tale om en krænkelse af TEF art. 12.

³⁴ Oversigt hos Lenz/Lux, EG-Vertrag, Art. 12 Rz. 7; Streinz/Schroeder, EUV/EGV, München 2003, Art. 12 EGV Rz. 13, 30ff..

³⁵ Vedr. direkte diskriminering som differenciering direkte efter statsborgerskabet jfr. EF-domstolen, slg. 1997, I-6725 med dokumentation i Tz. 17.

³⁶ EF-domstolen af 14/12-2004 – sag C-309/02 – Radlberger – Tz. 69.

³⁷ Mht. retslige konsekvenser jfr. EF-domstolen slg. 1997, I-5325

³⁸ Jfr. retspraksis EF-domstolen slg. 1998, I-2521; Tz. 29f.; slg. 1997, I-285, Tz. 17; slg. 1996, I-1307, Tz. 19; slg. 1978, 451, Tz. 78ff.; slg. 1979, 2652, Tz. 13

³⁹ Vedr. dette hensyn jfr. EF-domstolen slg. 1997, I-285 Tz. 19; slg. 1998, I-4695 Tz. 22ff.

Diskrimineringen kan heller ikke accepteres alene på grund af forskelle mellem retssystemerne (princip om gensidig anerkendelse). Dette ville forudsætte, at skandinaviske og tyske retssystemer behandler deres statsborgere helt ens. Dette er netop ikke tilfældet, idet skandinaviske statsborgere belastes dobbelt: For det første betaler de højere salgspriser end tyske statsborgere, når de køber drikkevarer i Tyskland (pant som prisbestanddel uden udsigt til refusion), for det andet bidrager de – via skatter, gebyrer mv. – til finansieringen af det skandinaviske emballage- og genbrugssystem. Den dobbelte belastning kunne uden videre fjernes ved en ”dispensationsregel” vedr. EmballageFO n.v. § 8 stk. 1, 2. Den tyske emballage lov kan således ikke legitimeres med henvisning til medlemsstaternes forskellige emballagegenbrugssystemer.

4. Krænkelse af direktivet 94/62/EF

Den nye version af EmballageFO som Tredje ÆndringsFO⁴⁰ må heller ikke være i strid med emballagedirektivet som sådan (direktivet 94/62/EF)⁴¹ i dens sidste ændrede version ved direktivet 2004/12/EF⁴². Direktivet har forrang for den tyske forordning. Det er med rette, at EF-domstolen⁴³ i sin afgørelse ”Radlberger” umiddelbart har målt den tyske EmballageFO med direktivet 94/62/EF og udtalt⁴⁴:

”Selv om direktiv 94/62 altså giver mulighed for, at en medlemsstat i lyset af omstændighederne bestemmer, at en ordning, hvorefter emballageindsamling finder sted nær forbrugerne eller salgsstederne, skal udskiftes med en ordning med pantoprævning og individuel tilbagetagelse, kræves det dog, at en sådan udskiftning opfylder visse betingelser.

For det første skal den nye ordning ligeledes være egnet til at nå målsætningerne med direktiv 94/62. Særligt skal den pågældende medlemsstat, såfremt den nye ordning – som i det foreliggende tilfælde – er en ordning med pantoprævning og individuel tilbagetagelse, sørge for, at der findes **et tilstrækkeligt antal indsamlingssteder** (*forfatterens fremhævelse*), således at de forbrugere, der har købt varer i engangsemballage med pant, vil kunne få det beløb, der er betalt i pant, tilbage, selv om de ikke kommer tilbage til det sted for deres oprindelige indkøb.”

EF-domstolen har således især fortolket direktivets art. 7, stk. 1. Ifølge denne bestemmelse er medlemsstaterne forpligtet til at træffe de nødvendige foranstaltninger til indførsel af systemer til tilbagetagelse og/eller indsamling af brugt emballage og/eller emballageaffald samt til genbrug eller genanvendelse af indsamlet emballage/emballageaffald, og i denne forbindelse skal systemerne være åbne for deltagelse af erhvervsdrivende. Disse bestemmelser skal også gælde for importerede produkter på ikke-diskriminerende betingelser, og systemerne skal udformes på en sådan måde at handelshindringer eller konkurrenceforvridning undgås. National ret skal i denne forbindelse opfylde for EU-ret

⁴⁰ BR-Drucksache 919/04

⁴¹ EF-Tidende L 365, s. 10

⁴² af 11/2-2004, EF-Tidende L 47, s. 26

⁴³ Sag C-309/02 af 14/12-2004, Tz. 38, 44ff.

⁴⁴ Id., Tz. 45ff.

sædvanlige krav til åbenhed, objektivitet og ikke-diskriminering, idet det ellers er overladt medlemsstaterne til selv at udforme systemet i detaljerne og foranledige en systemudskiftning⁴⁵. Efterfølgende har EF-domstolen kritiseret, at EmballageFO af 1998 § 6 stk. 1, 1. for uden detaljeret begrundelse ikke at være tydelig nok; da den Tredje ÆndringsFO ikke har rørt ved § 6, mangler forordningsgiveren her stadig at reagere.

Men i lyset af ovenstående udredninger fra EF-domstolen udviser systemet allerede mangler mht. transparens, udformning efter objektive principper og ikke-diskrimination, når slutbrugeren skal tilbagelægge lange afstande til opsamlingsstedet. Da den tyske forordningsgiver - pga. manglende tilknytning til de lokale systemer og pga. manglende harmonisering⁴⁶ - ikke kan garantere en indsamling af emballager samt refusion af pant i de skandinaviske lande, er der tale om en krænkelse mod emballagedirektivet, når forordningsgiveren alligevel foreskriver pantopkrævning i disse tilfælde.

Såfremt EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. skal fortolkes på den måde, at eksportforhold ikke kan undtages fra den obligatoriske pantopkrævning, når engangsdrikkevare-emballagen udleveres til slutbrugeren i Tyskland, foreligger der en krænkelse af direktivets art. 7, stk. 1, alene af den grund, at den tyske forordningsgiver hverken de facto eller juridisk er i stand til at opbygge et pant- og retursystem i de skandinaviske medlemsstater, som vil muliggøre det for de i Tyskland indkøbende skandinaviske statsborgere at **"få det beløb, der er betalt i pant, tilbage, selv om de ikke kommer tilbage til det sted, hvor de oprindeligt har købt varen."**⁴⁷

Endvidere tillader emballagedirektivets art. 5 medlemsstaterne kun fremsættelse af systemer til genbrug af emballager, når det sker i overensstemmelse med EF-traktaten. Den konstaterede krænkelse af traktatens art. 28, 29 og 12 udgør således samtidig en krænkelse af emballagedirektivets art. 5.

5. Resultat

EmballageFO § 8 er i strid med både TEF art. 28, 29 og art. 12. Forordningen begrænser på en uforholdsmæssig måde samhandelen med drikkevarer mellem Tyskland og Skandinavien og kan ikke begrundes med tvingende hensyn. Derved foreligger der samtidig en krænkelse af emballagedirektivet, idet direktivet kun tillader implementeringer i national ret i overensstemmelse med europæisk primær ret. Endvidere er et system iht. EF-domstolens dom af 14/12-2004 i strid med direktivet, når der mangler en passende kobling mellem pantopkrævning og pantrefusion.

⁴⁵ EF-domstolen, sag C-309/02 af 14/12-2004, Tz. 44, hvorefter direktivet ikke modsætter sig en systemudskiftning med henblik på en optimal bortskaffelse.

⁴⁶ F.eks. størrelsen af det opkrævede pant

⁴⁷ EF-domstolen, sag C-309/02 af 14/12-2004, Tz. 46

III. Overensstemmelse med tysk forfatningsret

Den del af EmballageFO der skal anvendes på engangsdrikkevareemballage har juridisk været specielt omstridt og medført talrige afgørelser hos forvaltningsdomstolene og også hos forfatningsdomstolen⁴⁸. Med få undtagelser har domstolene erklæret forordningen for at være i overensstemmelse med forfatningen. Nærværende forhold – EmballageFO § 8, stk. 1 relation til udlandet – er derimod ikke blevet vurderet. Dette legitimerer en fornyet juridisk vurdering mht. om der muligvis foreligger en overtrædelse af erhvervsmæssige rettigheder, om bemyndigelsesgrundlagets rækkevidde og – jfr. proportionalitetsprincippet – om egnethed af de af forordningsgiveren valgte midler.

1. Krænkelse af grundrettigheder

Når lovgiveren og forordningsgiveren træffer foranstaltninger på produkt- og affaldsområdet, berører dette typisk grundrettigheder iht. GG art. 12 (erhvervsudøvelsesfrihed), til GG art. 3, stk. 1 (lighedsprincippet) samt GG art. 2, stk. 1, således at et indgreb på kerneområdet skal undersøges nærmere. Derimod behøver GG art. 14 ikke at blive undersøgt, da EmballageFO ikke griber ind overfor allerede erhvervede ejendoms- og andre rettigheder⁴⁹, såfremt reguleringen hovedsageligt vedrører forhandlerens erhvervsudøvelse med fødevarer, især drikkevarer, og derigennem fremtidige erhvervschancer⁵⁰.

Disse grundrettigheder har det til fælles, at forfatningsdomstolens retspraksis måler indgrebet i forhold til proportionalitetsprincippet. Når en forordningsgivers foranstaltning berører erhvervsudøvelsesfriheden⁵¹, begrænses beskyttelsen af grundrettigheder til overholdelse af passende samfundshensyn, der skal få foranstaltningen til at virke hensigtsmæssig⁵².

Lighedsprincippet iht. GG art. 3, stk. 1 krænktes, når der ikke kan findes en fornuftig, saglig begrundet eller på anden vis sagligt indlysende grund for lovmæssig forskelsbehandling eller ligestilling, og bestemmelsen således må betegnes som vilkårlig⁵³. Lovgiveren har i sagens natur et vidtgående råderum, idet han sågar har ret til at vedtage

⁴⁸ Jfr. især BVerfG UPR 2002, 309; BVerfG DVBl. 2005, 183; BVerfG GewArch 2005, 16; BVerfG NJW 2003, 418; OVG Berlin af 20/2-2002, OVG 2 S 6.01; OVG Berlin ZUR 2003, 109; BVerwG NVZ-RR 2003,904; BVerwG 117,322; BVerwG NWBl.2003, 139; OVG Münster ZUR 2003, 109.

⁴⁹ Oversigt hos Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 14 Rz. 3e med dokumentation om retspraksis

⁵⁰ Mht. benyttelse af materielle, personelle og finansielle midler hos private virksomheder ved opgaver for det offentlige jfr. BVerfG 22, 380, 382ff.

⁵¹ Mht. Tretrinsteorien jfr. BVerfG 7, 377, 405ff.: objektive hv. subjektive forudsætninger for adgang til valg af erhverv resp. ren regulering om erhvervsudøvelse.

⁵² BVerfG 30, 292, 315ff.; E 33, 171, 186ff.; E 36, 47, 58ff.; E 37, 1, 18f.; E 39, 210, 225; E 47, 109, 116; E 93, 213, 235.

⁵³ BVerfG 1, 14, 52; E 1, 208, 247; E 4, 142, 155; E 5, 22, 24; E 6, 132, 136; E 9, 73, 81; E 12, 326, 333; E 12, 338, 348; E 14, 142, 150; E 15, 313, 319; E 17, 319, 330; E 18, 38, 38, 46 og 121, 124; E 20, 31, 33; E 21, 6, 9; E 40, 106, 108 og 109; 115f. (akt. retspr.)

bestemmelser, der ignorerer en vis faktisk ulighed⁵⁴; bestemmelsen skal kun være tilstrækkeligt legitimeret⁵⁵, således at den af loven foretagne forskelsbehandling kan begrundes sagligt og indlysende⁵⁶. I denne forbindelse skal der tages højde for **måden og omfanget** af de faktiske forskelle⁵⁷, således at forskelsbehandlingen genspejler forholdets forskelligartethed. Hvis lovgiveren derimod anvender den samme bestemmelse på **forskelligartede fakta**, krænker han GG art. 3, stk. 1 i det øjeblik, forskellen mellem de lige behandlede tilfælde er så betydelig, at deres ligebehandling ud fra en retfærdighedsbetragtning forekommer at være ubærlig⁵⁸. Derfor er det ved GG art. 3, stk. 1 i sidste ende igen proportionalitetsprincippet, som ligebehandlingen hhv. en given forskelsbehandling skal holdes op imod.

GG art. 2, stk. 1 (beskyttelse af den almene handlefrihed) er som referencegrundrettighed kun relevant, hvis det pågældende område ikke er beskyttet på anden vis⁵⁹; da også handlefriheden som begrænsning orienterer sig efter forfatningen, skulle man via GG art. 20, stk. 3 (retsstatsprincippet) under alle omstændigheder anvende proportionalitetsprincippet som parameter⁶⁰.

a) Forholdet der skal reguleres

Forordningsgiveren har mht. reguleringens omfang iht. EmballageFO's præambel orienteret sig efter affaldslovens bemyndigelsesgrundlag⁶¹. Samtidig er der foretaget en produktregulering; den der udleverer produkter (fødevarer) i drikkevareemballage til tredjemand, forpligtes til at opkræve pant og til at tilbagetage drikkevareemballage (affald). Som udgangspunkt skal det her ikke anfægtes, at forordningsgiveren har knyttet affaldslovgivning med produktlovgivning; for at garantere velfungerende bortskaffelse og genbrug af drikkevareemballager, var forordningsgiveren berettiget til at vedtage en regulering der forbereder genbrug og som således er knyttet til produktudlevering, fordi det ud fra hans perspektiv ikke er muligt at opnå en lignende effektivitet ved forpligtelser der placeres i en senere fase – tidsmæssigt sammenfald af produktets forbrug hos forbrugeren og affaldsdannelse.

En forfatningsretslig undersøgelse skal adskille de i EmballageFO § 8, stk. 1 indeholdte delreguleringer (produktregulering med henblik på at tage hånd om affald). Reguleringen omkring de i engangsemballager udleverede drikkevarer sker nemlig kun med det formål at tage hånd om affaldet mens det dannes. Da affaldet dannes efter udleveringen, **skal reguleringen i hele perioden for anvendelsen – fra produktudlevering til affaldsdannelse være i overensstemmelse med forfatningen**. Det betyder, at affaldsdannelsen i indlandet

⁵⁴ BVerfG 3, 58, 135; E 46, 55, 62; E 49, 260, 271; E 56, 87, 95; E 85, 176, 187.

⁵⁵ BVerfG 9, 20, 28; E 9, 201, 207; E 23, 12, 27

⁵⁶ BVerfG 85, 176, 187; E 87, 234, 255

⁵⁷ BVerfG 87, 1., 36; E 55, 72, 88

⁵⁸ BVerfG 21, 73, 84; E 9, 137, 146.

⁵⁹ BVerfG 21, 227, 234; E 23, 50, 55f; E 58, 358, 363, E 9, 338, 343; E 30, 292, 335f.

⁶⁰ Mht. dokumentation jfr. Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, art. 20, Rz. 27ff. med dokumentation

⁶¹ Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz

såvel som i udlandet skal være hjemlet i forfatningen som reguleringsgenstande, under hensyntagen til det tidsmæssigt udstrakte faktum.

Hvis drikkevareemballagerne – som produkt eller senere som affald – transporteres fra EmballageFO's gyldighedsområde til en anden EU-stat, bliver de til affald dér. Da pantet ikke refunderes dér, er der intet incitament til at benytte sig af det dér praktiserede genbrugssystem. Forbrugeren benytter enten det forhåndenværende genbrugssystem eller bortskaffer drikkevareemballagen "vildt". Det tyske pantopkrævnings- og retursystem påvirker ikke hans handlinger. Forholdene i udlandet adskiller sig således væsentligt fra dem, hvor affaldet dannes i indlandet.

b) Krænkelse af GG art. 3, stk. 1 (forbud mod vilkårlighed)

Selvom lovgiveren har et vidtgående råderum⁶², må han ikke underkaste udformningen til identiske regler, når ligebehandling ud fra en retfærdighedsbetragtning forekommer at være ubærlig⁶³. Ved sin fortolkning af begrebet "markedsføring" (enhver udlevering til tredjemand) samt omvendt konklusion fra ordlyden i EmballageFO n.v. § 8 stk. 1, 2. behandler lovgiveren to strengt adskilte forhold – affaldsdannelse i indlandet og affaldsdannelse i udlandet – lige, selvom forordningens målsætning ikke kan opnås i udlandet og de benyttede foranstaltninger (pantopkrævning, retursystem) er fuldkommen udelige. Da transporten hhv. eksporten af tyske engangsemballager (med indhold) til andre medlemsstater samt til EU-udlandet alene ved grænsehandelen udgør mere end 100 Mio. €, er der tale om et juridisk og økonomisk betragteligt forhold.

Ligebehandling af så forskellige forhold forekommer ud fra en retfærdighedsbetragtning at være nærmest ubærlig. I betragtning af EU-traktatens målsætning (realiseringen af det indre marked) er det uforståeligt, at den nationale forordningsgiver med ufattelig simplificering ignorerer et forhold der er så vigtigt for funktionen af det indre marked. Selv når man tager hensyn til at forordningsgiveren har brug for først at samle erfaringer, er han alligevel forpligtet til at finde passende løsninger for typiske forhold, for at undgå krænkelse af forbuddet mod vilkårlighed.

Overfor dette resultat – krænkelse af GG art. 3, stk. 1 – kan man ikke indvende, at der netop ved forhold i udlandet hersker usikkerhed mht. prognoser og man derfor ikke har mulighed for dispensationer. Når der indkøbes emballerede drikkevarer i mindre omfang og til det daglige behov, er der ikke brug for dispensationer, idet transporten af affaldet til en anden medlemsstat ikke er garanteret. Når skandinaviske statsborgere derimod indkøber store mængder/multipak af emballerede drikkevarer mindre end tre kilometer fra den tyske grænse, og disse rejser tilbage til deres hjemland samme dag, er affaldsdannelsen i Grundgesetz' gyldighedsområde praktisk talt udelukket. Derfor er det ikke rigtigt, at prognoseusikkerheden kan medføre en tilsvarende udvidelse af forordningsgiverens råderum.

⁶² Jfr. dokumentation ovenfor vedr. retspraksis i note 57 og 58

⁶³ BVerf.G 21, 73, 84; E 9, 137, 146

Den nye EmballageFO § 8, stk. 1, 2.'s ordlyd tyder endvidere på, at der fremover vil være tale om en yderligere vilkårlig forskelsbehandling ved eksportforhold. Da bestemmelsen ved en fortolkning der helt naivt udlægges ud fra ordlyden, skelner mellem udlevering af engangsdrikkevareemballage til slutbrugeren og til tredjemand (f.eks. grossist og detailhandelen, aftapper eller andre forarbejdende led) sker der forskelsbehandling mellem potentielle eksportforhold.

Denne fortolkning af EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. medfører endvidere, at eksport organiseret af erhvervsdrivende behandles anderledes mht. pantopkrævning end eksport fortaget af forbrugeren selv. Trods samme eksportresultat – transport af engangsdrikkevareemballage til skandinaviske EU-lande – er virkningen af obligatorisk pantopkrævning faktisk afhængig af, om eksporten gennemføres af en erhvervsdrivende eller en slutbruger.

Der findes ingen saglig begrundelse for en sådan forskelsbehandling. Risikoen for den såkaldte "littering" er til stede, uanset om det er en erhvervsdrivende eller en slutbruger der eksporterer, fordi der ved begge udformninger i sidste ende er tale om udlevering til slutbrugeren. Da det tyske system er kendetegnet ved en konsistent pantopkrævning på alle trin i markedsføringsprocessen og den således ikke bare sætter ind ved slutbrugeren – der er svært at tage hånd om, er en regulering der adskiller eksportforhold med forskellige opkrævningstrin, et systemfremmed og dermed vilkårligt element. Da ulovlige differentieringer ikke kan legitimere forskelsbehandling i medfør af GG art. 3, stk. 1, vil intentionen om at begunstige tyske erhvervsdrivende – og lige netop ikke skandinaviske slutbrugere – heller ikke være velegnede til at legitimere en krænkelse af GG art. 3, stk. 1. En ikke-indgriben af den obligatoriske pantopkrævning, der kun kommer erhvervsdrivende til gode, mens forholdene i øvrigt er ens, ville være en forbudt støtte i medfør af TEF art. 87, idet lempelsen på 0,25 € pr. enkel emballage kun bevilliges til tyske virksomheder. Hverken de skandinaviske eksportører (eksport af dansk øl, genimport ved tysk øl) eller skandinaviske slutbrugere ville kunne drage nytte af lempelsen. En positiv forskelsbehandling af erhvervsdrivende via dispensation fra pantopkrævning overfor slutbrugere er vilkårlig, når eksportforholdene ellers er ens, og er i strid med GG art. 3, stk. 1.

Da forordningsgiveren var forpligtet til, i det mindste **samlet** at tage hånd om og regulere transport af drikkeemballager til en anden EU-medlemsstat som et særskilt forhold, er EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 1. og 2. ikke i overensstemmelse med vilkårsforbuddet og er derfor i strid med GG art. 3, stk. 1, når der foretages en snæver fortolkning af begrebet "markedsføring".

c) Krænkelser af GG art. 12

En regulering vedrørende fri erhvervsudøvelse i medfør af **GG art. 12** er i overensstemmelse med forfatningen, hvis den er hjemlet ved fornuftige samfundshensyn⁶⁴.

⁶⁴ Principielt: BVerfG 7, 377; stående retspr.: E 9, 338-344; E 17, 269,276; E 33, 303, 329

Der kan sågar foreligge en krænkelse af GG art. 12, når en begrænset personkreds i typiske situationer belastes væsentligt mere uden tilstrækkelig saglig begrundelse⁶⁵. Også under hensyntagen til økonomiske, beskæftigelsesmæssige og socialpolitiske målsætninger og den til realisering nødvendige vurderings- og handlingsmargen for forordningsgiveren mht. til valg af egnede foranstaltninger⁶⁶ skal lovgiveren holde sig til det tålelige, idet den givne anledning og det mål der skal realiseres skal stå i et fornuftigt forhold til hinanden, under behørigt hensyn til forbuddet mod overdrivelse⁶⁷. Midlet til at opnå formålet skal derfor være forholdsmæssigt, dvs. velegnet og nødvendigt, og begrænsningerne for de berørte skal være tålelige⁶⁸. Specielt hvis det benyttede middel ikke blot objektivt, men i al almindelighed er uegnet til opfyldelse af lovens formål, er bestemmelsen i strid med GG art. 12, stk. 1⁶⁹.

Selv under hensyntagen til forordningsgiverens store råderum kan formålet med Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz § 1, som Forordningen i sidste ende beror på, slet ikke opnås ved udlandsforhold. Et regulært genbrug af drikkevareemballager i Tyskland forudsætter jo, at affaldet dannes her eller i det mindste transporteres tilbage hertil. En sådan regulering af udlandsforhold sikres derimod hverken ved loven eller EmballageFO. Den tyske lovgiver har desuden, pga. tysk rets geografiske begrænsning af gyldighedsområdet ingen mulighed for at forpligte skandinaviske statsborgere til returnering i Tyskland.

Det økonomiske incitament i form af udsigten til pantrefusion slår fejl i forhold til denne personkreds. Det er således umuligt juridisk eller de facto at opnå det planlagte reguleringsformål. Ved eksportforhold er pantopkrævning og indretning af et retursystem slet og ret uegnet til opnåelse af reguleringsformålet.

Da reguleringsformålet er uopnåeligt og der på baggrund af EF-traktaten og målsætningen med det indre marked tilmed foreligger et vigtigt og afgrænset forhold, er EmballageFO § 8, stk. 1 i tilfælde af yderligere fortolkning af begrebet "markedsføring" under hensyntagen til EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. ikke i overensstemmelse med fornuftige samfundshensyn. Den åbenlyse krænkelse af proportionalitetsprincippet medfører i så fald i lyset af GG art. 12 en krænkelse af forfatningen.

Reguleringen er heller ikke nødvendig, idet det ville have været tilstrækkelig ved egnede krav – fra forordningsgiveren eller ad administrative veje – at garantere, at de i grænsehandelen solgte drikkevareemballager rent faktisk eksporteres. Foranstaltningerne fra de i IGG sammensluttede virksomheder (eksporterklæringer mv.) tjener samme formål.

⁶⁵ BVerfG 25, 236,251; E 30, 292, 327; E 48, 376, 388f.

⁶⁶ BVerfG 77,84,106; E 50, 290,332f.; E 46,246,257; E 81, 156, 189

⁶⁷ BVerfG 7,377, 405f.; E 11, 234, 239; E 14, 19, 22; E 15, 226, 234; E 30 292, 315; E 33, 171, 186f.; E 36, 47, 59; E 37, 1, 18f.

⁶⁸ BVerfG 46, 120, 138; E 52, 277, 282; E 53, 135, 144; E 57, 139, 158f.

⁶⁹ BVerfG 47, 109, 117; E 19, 119, 126f. Ang. en lignende proportionalitetsundersøgelse i lyset af EF-ret jfr. foroven B II. 3 d).

d) Delresultat

Delresultatet er således følgende: EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. er i forhold til udlandsforhold (transport af drikkevareemballager til skandinaviske medlemsstater) i strid med GG art. 3, stk. 1 og art. 12, stk. 1, hvis der i forbindelse med udlevering på tysk territorium til skandinaviske slutbrugere også reguleres affaldsdannelse i en anden medlemsstat; reguleringen kan kun være i overensstemmelse med forfatningen, hvis sådanne eksportforhold – også i relation til den selveksporterende slutbruger – er undtaget fra forpligtelsen til pantopkrævning.

2. Bemyndigelsesgrundlagets gyldighedsområde

(GG art. 76 i forbindelse med art. 80, stk. 1)

EmballageFO § 8, stk. 1 skal som bestemmelse i en forordning være i overensstemmelse med GG art. 80, stk. 1. Især bemyndigelsens indhold, formål og omfang fastlægges i loven, og forordningen skal holde sig inden for denne trefoldige lovmæssige bemyndigelse (den formelle lovs forrang, GG art. 76 i forbindelse med GG art. 20 stk. 3)⁷⁰. Forordningen skal være "tro mod loven"⁷¹. Forordningsgiveren må ikke "overtrumfe" lovgiveren⁷². Det er i denne forbindelse den kompetente "fagdomstol" der har kompetence til forkastelse⁷³.

Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz har til formål at skåne de naturlige ressourcer og at sørge for at "sikre affaldets miljømæssigt bæredygtige bortskaffelse" i Tyskland (§1). Da EmballageFO ifølge sin præambel kun er baseret bemyndigelsesgrundlaget fra denne lov⁷⁴, bliver forordningens gyldighedsområde defineret og samtidig begrænset ved denne § 1. EmballageFO § 1 overtager dette lovformål.

Idet forordningsgiveren har valgt "markedsføring" som referencebegreb for pantopkrævning og refursystem, begrænser han sig som udgangspunkt med rette til forhold, hvor produktet udleveres til tredjemand i indlandet og der dér dannes affald.

Der er formentlig ikke blevet tænkt på, at **udleveringsprocesserne**, i betragtning af at der kræves regulering af et tidsmæssigt udstrakt faktum, **mht. produkt og affaldsdannelse, kan være geografisk udstrakt over hele Europa**. Disse forhold, hvor affaldsdannelsen sker i en anden EU-medlemsstat, er økonomisk vigtige og kræver regulering, idet den nationale lov- og forordningsgiver skal tage hensyn til forhold i det indre marked. Hvis forordningsgiveren ved sit begrebsvalg har inkluderet forhold, hvor lovens formål slet ikke kan opnås med de valgte midler, krænker den vedtagne regulering den formelle lovs forrang. I så fald har forordningsgiveren til opgave at genoprette overensstemmelse med

⁷⁰ BVerfG 8, 155, 169; E 56, 216, 241.

⁷¹ Kirchhof, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Festgabe zum 25jährigen Bestehen des BVerfG 1976, Bd. II, Tübingen 1977, s. 50, 84ff. med dokumentation om retspraksis

⁷² BVerfG 65, 248, 264.

⁷³ BVerfG 71, 305, 337 (st. retspr.)

⁷⁴ Jfr. præambelen til EmballageFO af 21/8-1998, BGBl. I, s. 2379

loven ved at benytte sit råderum. Han kan f.eks. indføre undtagelser i selve forordningen der er møntet på det pågældende forhold, og f.eks. bestemme:

”§ 8, stk. 1, 1. sætning finder ikke anvendelse, når det er garanteret, at drikkevareemballagen ikke bliver til affald inden for forordningens gyldighedsområde”

Eller han fastlægger en dispensation der skal håndteres fleksibelt:

” Hvis formålet fra Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz § 1 ikke kan opnås, f.eks. fordi drikkevareemballagerne, der efter pantopkrævning bliver til affald, ikke kommer tilbage til Grundgesetz’ gyldighedsområde, kan myndigheden fastlægge en dispensation fra EmballageFO § 8 stk. 1, 1. sætning og regulere procedures detaljer.”

Hvis forordningsgiveren ikke foretager en differentieret regulering⁷⁵, men derimod underkaster indlands- og udlandsforhold en identisk regulering eller han med en ny version af EmballageFO § 8 stk. 1, 2. sætning efterlader et sådant indtryk, krænker han formålet fra Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz § 1 i tilknytning til GG art. 20, stk. 3 (proportionalitetsprincippet). En forordning må heller ikke regulere på en måde, så lovens formål slet ikke kan opnås. Det betyder, at forordningen i tilfælde af anvendelse på affaldsdannelse i en anden medlemsstat ikke er hjemlet ved dens bemyndigelsesgrundlag, uden at det er afgørende, om EmballageFO § 8, stk. 1 i øvrigt er i overensstemmelse med det i forordningens præambel nævnte bemyndigelsesgrundlag fra Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz.

Som yderligere delresultat kan det derfor fastslås, at EmballageFO n.v. § 8 stk. 1 mht. eksportforhold fortsat krænker GG art. 76 i f. m. art. 80, stk. 1.

3. Krænkelser af GG art. 20, stk. 3

Retsstatsprincippet om magtdeling mellem lovgivende, udførende og dømmende magt hører blandt Grundgesetz’ elementære basisafgørelser⁷⁶. Dette vigtige forfatningsprincip er forankret i GG art. 20 (specielt stk. 3), selvom der ikke er tale om en regulering af grundrettigheder. Dog foreligger der i forbindelse med GG art. 2 stk. 1 en statsborgerlig ret til afværgelse af uforholdsmæssige statslige foranstaltninger⁷⁷. Spørgsmålet om afværgelsesretten bør udledes i medfør af GG art. 12 i f. m. art. 20, stk. 3, eller om der derudover foreligger en afværgelsesret i medfør af GG art. 2, stk. 1 i f. m. proportionalitetsprincippet⁷⁸, skal ikke afklares her, idet det snarere har karakter af en retsteknisk betragtning.

⁷⁵ Jfr. herom ovenfor B III. 2.

⁷⁶ BVerfG 6, 32, 41.

⁷⁷ Jfr. BVerfG 92, 277, 325; BVerfG EuGRZ 1994, 83

⁷⁸ Jfr. undersøgelser ovenfor B II. 3. d) samt III. 1. c).

Men hvis drikkevareemballage først bliver til affald i udlandet, så langt fra den tyske grænse, at et genbrug i Tyskland i betragtning af udgifterne er utænkeligt, kan lovens formål, som det blev dokumenteret ovenfor⁷⁹, slet ikke opnås. Det valgte middel er i relation til forholdene slet og ret uegnet. En sådan regulering "med tendens til overdrivelse" må ikke forekomme. Proportionalitetsprincippet er dermed krænket i kraft af egnehedsprincippet⁸⁰, og i f. m. GG art. 2 stk. 1 hhv. art. 12 foreligger der således en krænkelse af grundrettigheder, som medfører, at EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. sætning er i strid med forfatningen, hvis anvendelsesområdet udvides til at omfatte transportforhold ved slutbruger.

IV. Juridiske konklusioner

Da de påviste juridiske fejl vedrører en forordning og dermed en regulering der er underlagt formel ret, kan der ikke ske en konkret "normkontrol" i medfør af GG art. 100, stk. 1. Den dømmende ret (ordentliches Gericht, Finanzgericht, Verwaltungsgericht) er derfor ikke forpligtet til, at udsætte sagen og indhente en afgørelse fra Forfatningsdomstolen mht. normens overensstemmelse med forfatningen⁸¹. Forordningens mangler kan heller ikke udledes af lovmæssige bemyndigelses ugyldighed (f.eks. Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz § 1)⁸². Forordningens skæbne er derfor afhængig af den krænkede rets kvalitet.

a. Krænkelse af forfatningsret

Såfremt EmballageFO § 8, stk. 1, 2. krænker forfatningsret⁸³, har de dømmende fagdomstole kompetence til forkastelse og de er selv kompetente til at træffe afgørelse om ikke-anvendelse af forordningen på det pågældende forhold⁸⁴. Domstolene vil først undersøge, om ugyldigheden af EmballageFO § 8, stk. 1 kan undgås via en fortolkning i overensstemmelse med forfatningen.

Da der ved forhold med relation til udlandet (affaldsdannelse uden for Grundgesetz' gyldighedsområde) er tale om afgrænsede forhold og anvendelse ved indenlandske forhold forbliver meningsfuld, vil fagdomstolene først prøve, via en fortolkning i overensstemmelse med forfatningen, af begrebet "markedsføring" at undgå normens fuldstændige ugyldighed. I så fald bortfalder til gengæld enhver anvendelsesmulighed for EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 2. sætning.

⁷⁹ Jfr. ovenfor B II. 3. d) samt III. 1. c).

⁸⁰ Mht. indvendinger (prognosemargen, afgrænsning af forholdene, betydning osv.) jfr. ovenfor B. III. 1.

⁸¹ BVerfG 17,208,209f.; E 31, 357,362; E 48, 40, 44; E 52, 1, 16f. (st. retspr.)

⁸² Mht. denne undtagelse ved anvendelsen af GG art. 100 jfr. BVerfG 5,71,74f.; E 7,282,287; E 11,77,88.

⁸³ Jfr. ovenfor B. III.

⁸⁴ Jfr. dokumentation om retspraksis i næstsidste fodnote.

Hvis begrebet "markedsføring" begrænses til udlevering af drikkevareemballager til de tredjemand, der konsumerer produktindholdet i Tyskland, vil dette være fyldestgørende for formålet i Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz § 1. "Markedsføring" omfatter i så fald - iht. formålet om det tidsmæssigt udstrakte faktum - produktets anskaffelse samt sandsynlig affaldsdannelse i Tyskland. Derimod må en fortolkning i overensstemmelse med forfatningen ikke anvende begrebet "markedsføring", når der ved det tidsmæssigt udstrakte faktum er et delafsnit, der ikke har en geografisk relation til Tyskland og til de her gældende indsamlingssystemer for drikkevareemballager.

Dette er for det første tilfælde når drikkevareemballagen udleveres til tredjemand uden for Grundgesetz' gyldighedsområde; en tysk forordning kan ikke regulere et sådant forhold - heller ikke negativt. Selv når drikkevareemballagen returneres til Tyskland og den her danner affald, ville en sådan regulering ikke kunne anvendes pga. den geografiske gyldighedsbegrænsning⁸⁵. I genimport-tilfælde kan EmballageFO § 8, stk. 1, 1. anvendes uden problemer på alle distributører og slutbrugere, uden at det krænker overordnet ret, fordi udlevering og affaldsdannelse er begrænset til Tyskland.

Det andet forhold, hvor der mangler et delelement af det tidsmæssigt udstrakte faktum, skal behandles tilsvarende: Hvis produktets udlevering sker i Tyskland, men affaldet dannes uden for Tyskland, kan lovens og forordningens formål heller ikke opnås. Selvom den tyske forordningsgiver ikke pga. den geografiske gyldighedsbegrænsning ville være forhindret i at regulere forholdet, kan f.eks. skandinaviske statsborgere ikke forpligtes til returnering, og dette formål kan pga. afstanden heller ikke opnås med økonomiske midler (pant). Tværtimod ville den unødigt forårsagede trafik være i strid med de statslige målsætninger om miljöhensyn (GG art. 20a). Ikke-opnåelse af lovens formål påbyder også ved nærværende tidsmæssigt udstrakte faktum en dispensation. Da faktumets andet element (affaldsdannelse i indlandet) ikke er opfyldt, foreligger der heller ikke en "markedsføring" i medfør af den forfatningsmæssige fortolkning af EmballageFO § 8, stk. 1.

Såfremt fagdomstolene på denne måde er i stand til via en fortolkning i overensstemmelse med forfatningen af begrebet "markedsføring" at opretholde normens gyldighed i øvrigt (indenlandske forhold), vil man ikke forkaste bestemmelsen i EmballageFO n.v. § 8, stk. 1 som værende i strid med forfatningen, men alene nægte anvendelse på forholdet "affaldsdannelse i udlandet". Det betyder til gengæld, at 2. sætning ikke mere har noget selvstændigt anvendelsesområde.

b. Krænkelse af europæisk ret

Tyske forfatningsdomstole har ikke kompetence til at undersøge, om tysk ret er i overensstemmelse med europæisk ret, uanset om der er tale om primær eller sekundær

⁸⁵ Forordningsgiveren kunne højst opkræve pant fra alle personer, der transporterer tomme drikkevareemballager og/eller lignende produkter til Tyskland, hvad der faktisk er umuligt og formentlig også er i strid med TEF art. 28 til 30.

fællesskabsret; GG art. 100, stk. 1 finder ikke anvendelse⁸⁶. Især en krænkelse af europæisk ret er ikke nødvendigvis en krænkelse af tyske grundrettigheder. Da den Tyske Forfatningsdomstol går ud fra, at en jævnbyrdig beskyttelse af grundrettigheder er garanteret via europæisk ret og dermed på fællesskabsniveau⁸⁷, er fremsættelse af EmballageFO § 8, stk. 1 ikke påbudt.

Derfor skal det kun undersøges, om fagdomstolene er berettiget eller ligefrem forpligtet til at fremsætte et præjudicielt spørgsmål hos EF-domstolen i medfør af TEF art. 234. Et præjudicielt spørgsmål har til formål, at sikre bevaring af enslydende ret i Fællesskabet samt at garantere beskyttelse af individuel ret⁸⁸.

Ved præjudicielle spørgsmål kan for det første være tale om fortolkningsspørgsmål, og for det andet om gyldighedsspørgsmål. Da EF-domstolens afgørelseskompetence er begrænset til **fortolkning af europæisk ret**, fortolker den hverken national ret eller dens overensstemmelse med fællesskabsret⁸⁹. Hvis der alligevel forelægges et spørgsmål der under disse omstændigheder ikke kan afvises af domstolene, vil domstolen foretage en omfortolkning af spørgsmålet med henblik på at gøre det muligt for den nationale domstol – under hensyntagen til EF-domstolens fortolkning og gyldighedsvurderinger – at foretage en undersøgelse vedr. den nationale bestemmelses overensstemmelse med fællesskabsret. Om den pågældende regulering findes i en tysk forordning eller i en formel tysk lov, er afgørelsen i den præjudicielle sag iht. TEF art. 234 uvedkommende.

Den nationale domstol der skal træffe afgørelsen, vil derfor i medfør af TEF art. 234 fremsætte spørgsmålet, om direktivet 94/62/EF af 20/12-1994 vedr. affald og affaldsemballage samt TEF art. 28 til 30 er i strid med den nationale regulering, der foreskriver, at der også består en pantopkrævningspligt for fødevarer der transporteres til en anden medlemsstat og som er fyldt i engangsdrikkeemballager, når disse drikkevareemballager udleveres til tredjemand i den pågældende medlemsstat (distributører og slutbrugere), men danner affald og bortskaffes/genbruges i en anden EU-medlemsstat.

Dette præjudicielle spørgsmål vil give EF-domstolen lejlighed til især at anvende TEF art. 28 på forholdet og at afgøre, om der foreligger en foranstaltning med tilsvarende virkning og om denne kan legitimeres med tvingende hensyn. Da en legitimering som påvist⁹⁰ ikke er mulig, og samhandelen i det indre marked ikke må begrænses ved panttillæg vil **EF-domstolen** fortolke "foranstaltningen med tilsvarende virkning" som vist ovenfor, under hensyntagen til dette forhold.

Den nationale **fagdomstol** afgør derefter selv, under hensyntagen til EF-domstolens fortolkning, om EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 1. og 2. sætning er i overensstemmelse med europæisk ret. Her vil den vurdere en fortolkning af EmballageFO § 8, stk. 1 i

⁸⁶ Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 100 Rz. 1 a med dokumentation

⁸⁷ Solange-afgørelser, jfr. BVerfG 89, 155 – Maastricht.

⁸⁸ Streinz/Ehricke, EUV/EGV, München 2003, Art. 234 RZ. 3ff.; Lenz/Borchart, EG-Vertrag, Art. 234 Rz. 2.

⁸⁹ EF-domstolen slg. 1993, I-6787; slg. 1988, 5099, 5119; slg. 1984, 1299, 1324.

⁹⁰ Ovenfor B. II.2.

overensstemmelse med europæisk ret, idet det som påvist er muligt at fortolke begrebet "markedsføring" i medfør af EmballageFO § 8, stk. 1 på en sådan måde, at den er i overensstemmelse med europæisk ret. Hvis domstolen ikke ser sig i stand til det eller hvis den 2. sætning ikke er i overensstemmelse med europæisk ret, skal domstolen med sin forkastningskompetence erklære, at forordningens regulering ikke er i overensstemmelse med den tyske ret der har forrang, da EF-traktaten og dermed også TEF art. 28ff. på samme måde som emballagedirektivet udgør bestanddele af den formelle tyske lov⁹¹.

Kun en tysk domstol af sidste instans er forpligtet til fremsættelse i medfør af TEF art. 234, stk. 3. De foregående instanser er berettiget til at fremsætte et præjudicielt spørgsmål i medfør af stk. 2, men kan også selv direkte træffe afgørelse om nationale normers overensstemmelse med europæisk ret og i denne forbindelse selvstændigt fortolke europæisk ret. Da GG art. 100, stk. 1 som påvist ikke finder anvendelse ved forordninger, er der i sidste ende mht. fagdomstolenes forkastningskompetence ingen forskel mellem anvendelse af europæisk ret eller anden tysk ret.

c. Resultat

Afgørelser om overensstemmelse med forfatningen samt med europæisk ret er i relation til EmballageFO § 8, stk. 1 forbeholdt den nationale domstol. Domstolen afgør suverænt, om reguleringen i forordningen under hensyntagen til tysk ret og europæisk primær- og sekundær ret er virksom eller ej, hhv. om en fortolkning i overensstemmelse med gældende ret kan komme i betragtning. Til denne afgørelse kan den nationale domstol i medfør af TEF art. 234 søge hjælp hos EF-domstolen, men ikke hos den tyske forfatningsdomstol.

V. Resume

1. I litteraturen hersker enighed om, at EmballageFO 1998 ikke finder anvendelse på **eksport**. I denne forstand er transport til en anden medlemsstat også eksport, især fordi TEF art. 28 fortsat anvender dette begreb. Ordlyden i EmballageFO § 8, stk. 1, 2. i den nye version, der snart vil træde i kraft, tillader derimod nu en fortolkning, hvorefter eksportforhold ikke mere i sig selv er undtaget fra obligatorisk pantoprævning, når engangsdrikkevareemballagerne er blevet udleveret til slutbrugere i Tyskland og derefter eksporteres.
2. EmballageFO n.v. § 8, stk. 1 er i strid med både direktivet 94/62/EF og med europæisk primær ret, når der tages hensyn til bestemmelsens ordlyd i forbindelse med eksportforhold og der i disse tilfælde bekræftes en pantoprævningspligt. På trods af den ved emballagedirektivet realiserede delharmonisering udgør især TEF art. 28ff. fortsat en hindring for den nationale implementering af direktivet, da

⁹¹ Fællesskabsrettens forrang, EF-domstolen slg. 1964, 1270; jfr. også Lenz/Hetmeier, EG-Vertrag, Art. 249 Rz. 22ff.

harmoniseringsforanstaltningen kun har rammekarakter og derudover udtrykkeligt henviser til primær ret.

3. Anvendelsen af pant-reguleringen på transportforhold berører både geneksportforhold (import af danske drikkevareemballager til Tyskland og tilbagetransport ved danske statsborgere) og transport af tyske drikkevareemballager til skandinaviske stater. Da der tilmed er tale om en statslig foranstaltning (tysk forordningsret), der pga. fordyrelsen begrænser samhandelen i det indre marked, skal fremgangsmåden legitimeres enten ved tvingende hensyn (TEF art. 28) eller ved realisering af samfundshensyn (TEF art. 30).
4. Samhandelen i det indre marked begrænses objektivt ved pantopkrævning med prisforhøjelse til følge, og i forhold til TEF art. 29 også på en specifik måde; da de skandinaviske statsborgere ikke mere køber de dyrere drikkevarer, vil grænsehandelen komme til ophør eller i hvert fald blive kraftigt indskrænket. Pantopkrævning har således virkning af en foranstaltning med tilsvarende virkning.
5. En legitimering ved tvingende hensyn til miljøet i medfør af TEF art. 176 er udelukket, idet pantopkrævning i Tyskland slet ikke er egnet til at hæve genbrugsniveauet i Tyskland, når emballageaffaldet dannes i Danmark og i andre skandinaviske medlemsstater. Foranstaltningen er i hvert fald uforholdsmæssig og er derfor ikke i overensstemmelse med EF-traktaten. Krænkelsen af selve emballagedirektivet udspringer samtidig af, at den krævede kobling mellem pantopkrævning og (realistisk) lejlighed til pantrefusion ikke kan realiseres ved tyske eksportforhold.
6. Hvis der ved transport til skandinaviske lande skulle opkræves pant, ville det fordyre både danske og tyske drikkevareemballager, da Tyskland trods jævnbyrdig genbrugs-/bortskaffelsessystemer ikke kan garantere refusion af pantbeløb i Danmark. Dette er næsten ensbetydende med en direkte statsborgerlig diskriminering i medfør af TEF art. 12, og udgør under alle omstændigheder en indirekte diskriminering, da det målrettet belaster EU-statsborgere fra andre medlemsstater.
7. En inddragelse af eksportforhold i EmballageFO krænker også tysk forfatningsret. Pantopkrævning som middel er slet og ret uegnet til at sikre genanvendelse i indlandet, når køberen bor langt væk fra den tyske grænse. Forpligtelsen om at anvende det uegnede middel er i tilfælde af belastende foranstaltninger i strid med proportionalitetsprincippet og derigennem retsstatsprincippet. En sådan regulering af erhvervsudøvelsen er i strid med GG art. 12.
8. Anvendelsen på eksportforhold vil ydermere krænke forbuddet mod vilkårlighed i medfør af GG art. 3, stk. 1. Forholdene "affaldsdannelse i indlandet" og "affaldsdannelse i udlandet" kan skilles klart fra hinanden og må i betragtning af deres elementære forskellighed ikke sidestilles. Da de skandinaviske lande under hensyntagen til EU-beskyttelsesniveauet har indrettet genbrug og bortskaffelse

uden pantopkrævning, agerer forordningsgiveren vilkårligt, når han også underkaster disse transportforhold til EmballageFO § 8, stk. 1.

9. Navnlige når det tages i betragtning, at lov- og forordningsgiveren har vidtgående handle- og vurderingsfrihed, kan en sådan åbenlyst uforholdsmæssig ligebehandling af indlands- og udlandsforhold, der samtidig er i strid med GG art. 3 stk. 1, ikke legitimeres, ej heller forskelsbehandlingen af eksportforhold iblandt hinanden (distributører og slutbrugere). Både EF-direktivet om emballageaffald og samhandelen i det indre marked med emballerede drikkevarer er velkendte for forordningsgiveren. Selv indrømmelsen at der først skal samles erfaringer med en ny regulering, fører ikke til en anderledes vurdering.
10. Hvis der i medfør af EmballageFO n.v. § 8, stk. 1, 1. allerede er tale om "markedsføring", når en drikkevareemballage i indlandet udleveres til statsborgere fra en anden medlemsstat i multipak, med henblik på konsumering dér, er denne fortolkning heller ikke i overensstemmelse med Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz' bemyndigelsesgrundlag i f. m. GG art. 80, stk. 1. Forordningens formål i overensstemmelse med gældende ret er bortskaffelse og genbrug af affald der dannes i indlandet; forordningsgiveren skal derfor afholde sig fra at regulere affalddannelse i en anden EU-medlemsstat.
11. Den **juridiske konsekvens** af de konstaterede uoverensstemmelser med EU-ret samt med tysk forfatningsret er en prøvelse hos den kompetente domstol, om EmballageFO § 8, stk. 1 kan fortolkes som værende i overensstemmelse med forfatning og europæisk ret ved transportforhold. Konkret normkontrol (GG art. 100) finder ikke sted ved forordninger; et præjudicielt spørgsmål mht. fortolkningen af den relevante europæiske primær og sekundær ret i medfør af TEF art. 234 er derimod mulig. Hvis det i betragtning af ordlyden i EmballageFO n.v. § 8, stk. 1 ikke er muligt at fortolke bestemmelsen som værende i overensstemmelse med gældende ret, må bestemmelsen pga. sin krænkelse af europæisk ret og tysk forfatningsret ikke anvendes.

Hannover, marts 2005

Prof. Dr. Dr. Peter Salje