

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 6 de mayo de 2004¹

1. La Comisión ha presentado una demanda contra Alemania con arreglo al artículo 226 CE, en la que solicita al Tribunal de Justicia la condena de ese Estado miembro por incumplimiento de algunas de las obligaciones que le impone el derecho comunitario.

sobre envases»), de 21 de agosto de 1998,⁴ un sistema de reutilización de las botellas de aguas minerales naturales, que deben ser envasadas en origen.

I. La legislación nacional aplicable al final del plazo fijado en el dictamen motivado⁵

En concreto, le reprocha la infracción del artículo 5 de la Directiva 94/62/CE² y del artículo 28 CE, así como del artículo 3 de la Directiva 80/777/CEE³ en relación con el anexo II, punto 2, letra d), al instaurar, mediante los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 2, del *Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungssabfällen* (Reglamento relativo a la prevención y la valorización de los residuos de envases; en lo sucesivo, «Reglamento

2. El Reglamento alemán sobre envases promueve varias medidas para alcanzar el objetivo de evitar o de reducir la incidencia de los residuos de envases sobre el medio ambiente. Esa normativa, que sustituyó a la de 12 de junio de 1991,⁶ se propone incorporar la Directiva 94/62 al derecho interno y define los recipientes reutilizables como los destinados a servir varias veces para la misma finalidad.

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (DO L 365, p. 10). Ha sido objeto de modificaciones importantes por la Directiva 2004/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004 (DO L 47, p. 26), que no han afectado a los artículos aplicables a este asunto.

3 — Directiva del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales (DO L 229, p. 1; EE 13/11, p. 47).

4 — BGBl. I, p. 2379.

5 — La Comisión explica que tanto las disposiciones de derecho comunitario como las de derecho nacional sufrieron modificaciones a lo largo del procedimiento administrativo que precedió a la introducción del recurso.

6 — BGBl. I, p. 1234. Dicha regulación contenía disposiciones parecidas relativas al depósito obligatorio aplicable a los envases de un solo uso para bebidas.

En virtud de sus disposiciones, los productores y los distribuidores de agua mineral envasada en recipientes de un solo uso cobran un depósito por unidad, a lo largo de toda la cadena comercial, aunque pueden liberarse de esa obligación, a la que se suman las de recogida y valorización de las botellas vacías, participando en un sistema integrado de gestión de envases y de sus residuos. Sin embargo, cuando el porcentaje global de bebidas vendidas en Alemania en recipientes reutilizables baja del 72 % y, a la vez, no se alcanza la cuota de este tipo de envases conseguida en 1991 en el sector del agua, que fue del 91,33 %, los agentes económicos pierden esa posibilidad, debiendo empezar a recaudar el depósito y a responsabilizarse de la valorización de las botellas.

3. Quedan exentos de las cargas derivadas de los apartados 1 y 2 los envases incluidos en [...] un sistema integrado de gestión [...] que garantice su recogida [...] en el domicilio del consumidor final o en las cercanías del lugar donde opera el distribuidor. El sistema ha de valorizar los envases recolectados con arreglo a las exigencias del número 1 del anexo I y cumplir con las disposiciones de los números 3 y 4 del anexo I [...]. La participación en tal sistema se acredita ante las autoridades competentes. La gestión de residuos debe prever un acuerdo escrito con las organizaciones de recogida y valorización de las entidades públicas [...]

3. El artículo 6 prescribe:

«1. El distribuidor está obligado a recoger gratuitamente, en el punto de venta o en sus alrededores, los envases vacíos procedentes del consumidor final y a someterlos a una valorización de acuerdo con los números 1 y 2 del anexo I.

4. Las autoridades competentes pueden revocar su decisión en el momento y en la medida en que comprueben que ya no se cumplen las exigencias. [...] La revocación ha de limitarse a los envases de determinados materiales cuando no se alcancen los porcentajes de valorización fijados en el anexo I. Los apartados 1 y 2 se aplican con efecto al primer día del sexto mes civil siguiente a su publicación. [...]»

2. Los fabricantes y los distribuidores han de someter a valorización [...] los envases recogidos gratuitamente en el punto de venta, conforme a lo previsto en el apartado 1.

4. El artículo 8, apartado 1, del Reglamento sobre envases enuncia el principio del depósito obligatorio para los de un solo uso en estos términos:

«1) Los distribuidores que comercialicen productos alimenticios líquidos envasados en recipientes desechables deben cobrar al comprador un depósito mínimo de 0,50 DEM por unidad; si la capacidad del envase supera los 1,5 litros, el importe asciende a 1 DEM, incluido, en ambos casos, el IVA. El depósito ha de percibirse por cada distribuidor sucesivo a lo largo de la cadena de comercialización, hasta la venta al consumidor final, retornándose a la devolución de los envases, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6, apartados 1 y 2.»

5. El artículo 9 regula la exención de la obligación de cobrar un depósito y la protección concedida a los envases para bebidas que presentan ventajas desde un punto de vista ecológico, con esta redacción:

«1) El artículo 8 no se aplica a los envases cuyo fabricante o distribuidor participa en un sistema integrado de gestión de los contemplados en el artículo 6, apartado 3, que garantice la cobertura en todo el territorio. El artículo 6, apartado 4, se aplica *mutatis mutandis*.

2) Cuando la proporción de bebidas envasadas en recipientes reutilizables, tanto si se trata de cerveza o de aguas minerales

(incluidas las de manantial, las de mesa y las mineromedicinales), como de bebidas refrescantes carbónicas, zumos (incluidos los de frutas, los de hortalizas y otras bebidas no carbónicas) o vino (excluidos los de aguja, espumosos, vermut y digestivos) en el territorio federal cae, durante el año civil, por debajo del 72 %, los datos tomados en consideración se recalculan para los doce meses siguientes a la publicación del anuncio de que no se ha llegado a esa cifra. Si la proporción vuelve a situarse por debajo de la fijada en la primera frase, la decisión adoptada en virtud del artículo 6, apartado 3, se entiende revocada, en todo el ámbito nacional, con efecto al primer día del sexto mes civil que sigue a la publicación, para los sectores de bebidas en los que la tasa de rellenables se haya situado por debajo de la lograda en 1991. Las frases primera y segunda se aplican, *mutatis mutandis*, a la leche pasteurizada cuando el consumo en recipientes reutilizables y en bolsas flexibles de polietileno cae en un año civil por debajo del 20 %.

3) El Gobierno federal publica anualmente en el Diario Oficial los porcentajes, con arreglo al apartado 2, de las bebidas que deben venderse en envases menos perjudiciales para el medio ambiente.

4) En el momento en que la proporción, indicada en el apartado 2, de bebidas comercializadas en envases menos perjudiciales para el medio ambiente se alcance otra vez tras una revocación, las autoridades competentes efectúan, a petición de los interesados o de oficio, una nueva declaración de acuerdo con el artículo 6, apartado 3.»

otra, el funcionamiento del mercado interior y evitando los obstáculos comerciales, los falseamientos y las restricciones de la competencia dentro de la Comunidad.

A tal fin, estatuye medidas encaminadas, como primera prioridad, a la prevención de la producción de residuos de envases. A continuación, se citan la reutilización, el reciclado y las demás formas de valorización de residuos de envases.

6. En opinión de la Comisión, la combinación de estas disposiciones obliga a los distribuidores de aguas minerales en botellas de un solo uso a cobrar un depósito por envase, siempre que el porcentaje global en el país de bebidas en recipientes reutilizables sea inferior al 72 % y no se alcance la tasa de los rellenables en el sector del agua correspondiente a 1991, sin que puedan liberarse de esta carga participando en un sistema integrado de gestión de envases y de sus residuos.

8. En virtud del artículo 5:

«Los Estados miembros podrán favorecer los sistemas de reutilización de aquellos envases susceptibles de volver a usarse sin perjudicar al medio ambiente, de conformidad con el Tratado».

II. La legislación comunitaria

7. La Directiva 94/62 tiene por objeto, según su artículo 1, armonizar las medidas nacionales sobre gestión de envases y residuos de envases para prevenir o reducir su impacto ambiental en todos los Estados miembros, así como en países terceros, asegurando de esta forma un alto nivel de protección del medio ambiente, por una parte, garantizando, por

9. A tenor del artículo 3 de la Directiva 80/777, la explotación de los manantiales de aguas minerales y su envasado deben hacerse con arreglo a lo dispuesto en el anexo II, que define, además, las condiciones de comercialización. En el punto 2, letra d), se prohíbe el transporte de agua mineral natural en envases no autorizados para su distribución al consumidor final. Esto significa, en la práctica, que esa agua ha de embotellarse en

origen en el recipiente en el que se lanza al mercado.

que el artículo 28 CE ya no resultaba de aplicación; a su entender, las barreras al comercio eran mínimas y, en cualquier caso, las medidas controvertidas, cuya finalidad reside en evitar un aumento de los residuos de envases mediante el fomento del uso de los reutilizables, obedecían a razones ecológicas.

III. El procedimiento precontencioso

10. Después de recibir varias quejas relativas a la incompatibilidad con el derecho comunitario de la normativa alemana de 1991, tras los contactos habidos entre las autoridades nacionales y sus propios servicios, la Comisión dedujo que dicha reglamentación era contraria al artículo 28 CE. Por este motivo, en diciembre de 1995, envió un escrito de requerimiento al Gobierno federal, poniendo de relieve que la obligación de cobrar un depósito por los envases de un solo uso constituía un obstáculo a los intercambios intracomunitarios, pues los situaba en una posición desfavorable en relación con los rellenables, sin justificación en la protección del medio ambiente, por imponerse exclusivamente a ciertos recipientes y mantener sin variación las condiciones que se habían dado en el mercado nacional en un momento determinado.

11. Habida cuenta de que se había adoptado la Directiva 94/62 y de que en Alemania se había aprobado el Decreto de 1998 para desarrollar sus disposiciones, derogando la regulación de 1991, la Comisión remitió un escrito complementario de requerimiento en diciembre de 1998, expresando sus dudas acerca de la compatibilidad con esa Directiva y con el artículo 28 CE de los artículos 8 y 9 del nuevo Reglamento sobre envases, que prevén el cobro obligatorio del depósito y los porcentajes correspondientes a los envases reutilizables, por no respetar el principio de proporcionalidad. A su parecer, dichas normas inciden negativamente en los productos cuyo origen queda lejos de los puntos de venta, sin que, por mandato legal, pueda procederse a su envasado en cualquier otro lugar. Puso el ejemplo de las aguas minerales, regidas por la Directiva 80/777, que han de ser embotelladas en el manantial. Invitó al Gobierno alemán a proponer formas de flexibilizar el sistema.

Alemania respondió en mayo de 1996 que la Directiva 94/62 había realizado una armonización completa en dicha materia, de manera

En abril de 1999, el Estado presuntamente infractor alegó que el artículo 9 del Regla-

mento sobre envases no constituye una restricción cuantitativa o una medida de efecto equivalente y que, si lo fuera, estaría justificada. En lo que se refiere, en concreto, a las aguas minerales, sostuvo que, según un estudio publicado por el Ministerio Federal del Medio Ambiente en noviembre de 1998, para una distancia máxima de 750 km entre el lugar de acondicionamiento y el punto de venta, el empleo de recipientes reutilizables para el agua mineral era más ecológico que el de envases de un solo uso.

explicando las posibilidades de los productores extranjeros de aguas minerales para vender en el país. Adujo que el fomento de las botellas reutilizables se amparaba en el artículo 5 de la Directiva 94/62 y que, al tratar de la misma manera a los productores nacionales y a los extranjeros, tampoco se violaba el artículo 28 CE. Citó un ecobalance terminado en agosto de 2000, del que se desprendía que los envases rellenables ofrecían ventajas en relación con los de un solo uso, incluso cuando habían de transportarse hasta lugares lejanos. Añadió que se proponía modificar los artículos 8 y 9 del Reglamento sobre envases a partir de los resultados obtenidos.

12. Una vez evaluadas estas explicaciones, la Comisión emitió un dictamen motivado en julio de 2000 en el que consideró demostrada la infracción. Concretamente, reprochó a dicho país la aplicación del artículo 8, apartado 1, y del artículo 9, apartado 2, del Reglamento controvertido, a los productores de agua mineral natural, que ha de envasarse en origen. Tales disposiciones entrañan un obstáculo al comercio de esa bebida por imponer a las empresas una pesada carga, transportar los envases reutilizables vacíos a grandes distancias, perjudicando, en especial, a las establecidas en otros Estados miembros. Además, no encuentran base normativa en el artículo 5 de la Directiva 94/62, por superar lo necesario para alcanzar la finalidad perseguida y por carecer de flexibilidad.

13. Al no quedar convencida por estas explicaciones, la Comisión decidió recurrir ante el Tribunal de Justicia, instando la declaración de incumplimiento.

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

En noviembre del mismo año, Alemania manifestó su discrepancia con la Comisión,

14. La demanda tuvo entrada en el registro el 3 de diciembre de 2001 y la contestación llegó el 14 de febrero de 2002. Ambos escritos se completaron con una réplica y una dúplica.

15. Francia y el Reino Unido fueron autorizados a intervenir en el litigio por auto del presidente del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 2002. Una vez examinados los documentos de procedimiento que se le habían transmitido, el Reino Unido renunció a manifestarse.

16. A la vista, que tuvo lugar el 2 de marzo de 2004, comparecieron, a fin de exponer oralmente sus alegaciones, el agente de la Comisión, el del Gobierno francés y el del Gobierno alemán.

V. Examen del recurso

A. Sobre la admisibilidad

17. Sin esgrimir formalmente una excepción de inadmisibilidad, el Gobierno alemán indica, en los apartados 5 a 7 de la dúplica, que la acción de incumplimiento no puede prosperar porque el objeto del litigio ha sido modificado en la demanda.⁷ Afirma que, en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, aun habiendo avanzado multitud de inconvenientes contra el Reglamento sobre envases, la Comisión no mencionó la presión que el régimen alemán de cuotas ejerce sobre los productores extranjeros de aguas minerales. Se le impidió así presentar

observaciones sobre ese cargo, hurtándole también la ocasión de examinar y discutir las vías de evitar el proceso,⁸ entre las que cabe citar, por ejemplo, la de excluir a los productores extranjeros de aguas minerales del cálculo de los porcentajes recogidos en el artículo 9, apartado 2, del Reglamento sobre envases.

18. Es cierto que la regularidad del procedimiento administrativo previo constituye una garantía esencial, impuesta por el Tratado, no sólo para la protección de los derechos del Estado miembro, sino también para asegurar que el eventual proceso contencioso tenga un objeto claramente definido.⁹ De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se debe proporcionar al Estado miembro la oportunidad de justificar su posición o, en su caso, permitirle ajustarse voluntariamente a las exigencias del ordenamiento jurídico comunitario. Si el esfuerzo para zanjar diferencias no se ve coronado por el éxito, se requiere al Estado para que asuma sus obligaciones, detalladas en el dictamen motivado con el que culmina la fase precontenciosa prevista en el artículo 226 CE, en el plazo señalado.¹⁰

8 — Una vez finalizado el procedimiento escrito, el Tribunal de Justicia pidió a la Comisión que tomara posición sobre las objeciones, a este respecto, de Alemania, lo que hizo en un documento registrado en la Secretaría el 16 de enero de 2004.

9 — Auto de 11 de julio de 1995, Comisión/España (C-266/94, Rec. p. I-1975), apartado 17; y sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartado 15.

10 — Sentencias de 31 de enero de 1984, Comisión/Irlanda (74/82, Rec. p. 317), apartado 13; y de 18 de marzo de 1986, Comisión/Bélgica (85/85, Rec. p. 1149), apartado 11.

7 — En realidad, la Comisión se refiere de forma expresa a la «presión» de la normativa alemana sobre los productores de agua mineral para emplear envases reutilizables, en el punto 3 de la réplica.

19. No obstante, después de sopesar los documentos intercambiados entre las partes a lo largo de esa etapa administrativa del proceso, discrepo de la apreciación del Gobierno alemán.

el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, esta exigencia no impone en todos los supuestos una coincidencia perfecta en su formulación, siempre que el ámbito del litigio no se haya ampliado ni modificado.¹²

20. En efecto, tanto en el primer escrito de requerimiento, que se apoyaba en la infracción de las disposiciones del Tratado sobre la libre circulación de mercancías, como en el complementario, remitido una vez adoptada la Directiva 94/62, la Comisión criticó, de manera rotunda, la fijación de un porcentaje mínimo de envases reutilizables para bebidas, con referencia expresa a las aguas minerales, que han de ser embotelladas en el manantial.

21. En el dictamen motivado, que determina el objeto del recurso de incumplimiento,¹¹ la Comisión limitó sus quejas a la aplicación de la normativa controvertida, a saber, los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 2, del Reglamento sobre envases, a la puesta en el mercado de aguas minerales, dejando de lado la comercialización de todas las demás bebidas incluidas en los textos anteriores. El Tribunal de Justicia ha declarado al respecto que, aun cuando los motivos formulados en la demanda han de ser idénticos a las imputaciones contenidas en

22. En concreto, en el capítulo IV, apartado 2, letra a), del dictamen motivado, se exponen las razones por las que las denunciadas normas nacionales implican una restricción al comercio: a pesar de aplicarse a los productos nacionales y a los importados sin distinción, imponen una carga mayor a los empresarios extranjeros, quienes, si se deciden a utilizar botellas rellenables, deben transportar las vacías a grandes distancias, con un coste suplementario y con el riesgo de incrementar el impacto ambiental en relación con las de un solo uso. Además, aunque la normativa alemana deja un cierto segmento de mercado para los envases desechables antes de que se desencadene el mecanismo que obliga a cobrar un depósito por cada botella, contiene un incentivo para que se mantengan en el nivel de 1991, de suerte que, en la práctica, los productores establecidos a gran distancia del punto de venta sólo pueden incrementar su cuota de mercado en Alemania si otros radicados más cerca están dispuestos a cederles una parte de la suya.

11 — Sentencias de 17 de junio de 1987, Comisión/Italia (154/85, Rec. p. 2717), apartado 6; de 19 de mayo de 1998, Comisión/Países Bajos (C-3/96, Rec. p. I-3031), apartado 18; y de 13 de diciembre de 2001, Comisión/Francia (C-1/00, Rec. p. I-9989), apartado 53.

12 — Sentencias de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, Rec. p. I-7773), apartado 25; y de 25 de abril de 2002, Comisión/Francia (C-52/00, Rec. p. I-3827), apartado 44.

Esa explicación refleja bien la presión a la que se refiere la Comisión en la réplica: el objetivo del artículo 9, apartado 2, del Reglamento controvertido es fomentar que los fabricantes recurran a los recipientes rellenables, so pena de arriesgarse a no alcanzar la cuota fijada, momento en el que pierden la opción de liberarse de su obligación de cobrar depósito, de aceptar el retorno de los usados y de devolver la cantidad consignada, colaborando en un sistema integrado de gestión de envases y de sus residuos.

23. La defensa de su legislación en la respuesta al dictamen motivado demuestra que el Gobierno alemán había interpretado correctamente las quejas de la Comisión, en especial las relativas a las consecuencias negativas que el porcentaje mínimo obligatorio de envases reutilizables ocasiona a las empresas de otros Estados miembros que embotellan y comercializan aguas minerales. De hecho, expuso claramente las posibilidades de tales empresas para vender sus bebidas en el país: servirse de recipientes reutilizables, participando en las organizaciones de puesta en común de botellas normalizadas, recurrir a los de un solo uso con el cobro de un depósito o, incluso, sin depósito, a condición de cooperar en un sistema integrado de gestión, aunque esta última alternativa puede quedar anulada cada vez que no se alcance el porcentaje exigido de botellas reutilizables en el mercado nacional.

24. Si realmente el Estado demandado estaba dispuesto a sustraer a los productores extranjeros de aguas minerales del cómputo de dicho porcentaje, con el fin de evitar a los que emplean botellas no rellenables la incertidumbre de que, en cualquier momento, se les deniegue disfrutar del referido sistema integrado, con la consiguiente carga de organizarse para cobrar un depósito, habría debido proponerlo en ese estadio, en vez de hacerlo en la dúplica.¹³

25. Por último, los cargos formulados por la Comisión en el recurso coinciden con los del dictamen motivado. Debo considerar, por lo tanto, que no se han infringido los derechos de defensa del Estado demandado y que el recurso de la Comisión es admisible.

26. En el acto de la vista, el agente del Gobierno alemán sostuvo, además, que la Comisión había perdido interés en la acción, pues el 1 de enero de 2003 había entrado en vigor la obligación general de cobrar el depósito, haciendo desaparecer la pretendida presión sobre los importadores.

27. Discrepo también de esta apreciación. Sin entrar a analizar aquí si la legislación alemana es susceptible de intimidar a los

13 — En el acto de la vista, el agente del Gobierno alemán insistió sobre este punto.

importadores de agua mineral para que asuman cierto comportamiento, tema del que me ocuparé cuando examine el fondo, es preciso recordar, por una parte, que, en el ejercicio de las competencias que le otorgan los artículos 211 CE y 226 CE, la Comisión no necesita demostrar un interés particular, puesto que tiene de oficio por misión, en aras del interés general comunitario, asegurar el respeto del Tratado CE por los Estados miembros e instar la declaración de los eventuales incumplimientos;¹⁴ por otra parte, la existencia de un comportamiento contumaz ha de apreciarse en función de la situación del Estado miembro al finalizar el plazo señalado en el dictamen motivado,¹⁵ de manera que, aun cuando el incumplimiento haya cesado con posterioridad a dicho plazo, subsiste un aliciente para proseguir el procedimiento, con vistas a sentar las bases de la responsabilidad en que haya incurrido en relación con los derechos que hayan resultado afectados.¹⁶

artículo 8, apartado 1, y en el artículo 9, apartado 2, del Reglamento sobre envases, es incompatible con el artículo 5 de la Directiva 94/62 y con el artículo 28 CE, en la medida en que incide en la comercialización de las aguas minerales naturales originarias de otros Estados miembros, embotelladas en el manantial,¹⁷ por instaurar una barrera al comercio no justificada por la protección del medio ambiente. El Gobierno francés es de la misma opinión.

B. Sobre el fondo

28. La Comisión sostiene que la normativa alemana controvertida, recogida en el

29. El Gobierno alemán, en una sólida defensa de sus posiciones, mantiene que el recurso no está fundado, por tres motivos: 1º porque los mencionados artículos 8 y 9 se basan en la Directiva 94/62, que regula de manera exhaustiva el empleo y el fomento de envases reutilizables, sin que proceda, por tanto, examinarlos a la luz del artículo 28 CE; 2º porque no obstaculizan la libre circulación de mercancías, pues contienen meras modalidades de venta, sin que los productores o los distribuidores se vean abocados a utilizar botellas rellenables; y 3º porque son necesarios y apropiados para asegurar la protección del medio ambiente en el país.

14 — Sentencias de 4 de abril de 1974, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 15; de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania (C-431/92, Rec. p. I-2189), apartado 21; de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia, antes citada, apartado 59; y de 25 de abril de 2002, Comisión/Francia (asuntos acumulados C-418/00 y C-419/00, Rec. p. I-3969), apartado 29.

15 — Sentencia de 17 de enero de 2002, Comisión/Irlanda (C-394/00, Rec. p. I-581) apartado 12.

16 — Sentencia de 17 de junio de 1987, Comisión/Italia, antes citada, apartado 6.

17 — En el asunto C-309/02, Radlberger y otros, pendiente de resolución, un tribunal alemán ha planteado cuatro cuestiones prejudiciales en las que pide la interpretación de la Directiva 94/62, concretamente del artículo 1, apartado 2, del artículo 7 y del artículo 18, así como del artículo 28 CE, para saber si se oponen a determinadas previsiones del Reglamento sobre envases, aplicables a los recipientes en los que se comercializan, además de las aguas minerales, la práctica totalidad de las bebidas refrescantes y el vino.

Conviene analizar esos motivos en el mismo orden propuesto por la parte demandada.

1. El alcance de la armonización llevada a cabo por la Directiva 94/62 y la aplicabilidad del artículo 28 CE a este asunto

30. Al parecer del Gobierno federal, la posibilidad, concedida a los Estados miembros por el artículo 5 de la Directiva 94/62, de fomentar los sistemas de reutilización de envases comprende el cobro de un depósito tanto para los rellenables como para los de un solo uso. Entiende que la Directiva 94/62 regula de manera exhaustiva dicho sector, de suerte que, al examinar las disposiciones nacionales a la luz del régimen comunitario, el artículo 28 CE únicamente resulta de aplicación subsidiaria en el caso de que no se haya dado la necesaria adecuación entre unas y otras normas. La Unión Europea ha autorizado, expresamente, la promoción de los recipientes rellenables y el artículo 5 de la Directiva 94/62 quedaría privado de toda utilidad si su uso y su retorno al lugar de producción pudieran atentar contra la libre circulación de mercancías, como sugiere la Comisión.

31. A mi juicio, el que un Estado miembro organice la recogida de residuos de envases y de envases vacíos según el sistema de depósito, devolución y valorización, que

impone determinadas cargas a los productores y a los distribuidores, no plantea, en sí, ningún problema de compatibilidad con el derecho comunitario,¹⁸ pues está previsto en el artículo 7 de la Directiva 94/62, precepto que los Estados miembros han debido incorporar a su ordenamiento jurídico. Dicho sistema afecta tanto a los recipientes rellenables como a los de un solo uso. Procede dar, por consiguiente, parcialmente, la razón al Estado demandado en este punto.

32. En las conclusiones del asunto C-246/99, Comisión/Dinamarca,¹⁹ en el que se enjuiciaba una normativa nacional que prohibía importar cerveza y refrescos con gas en latas, tuve ocasión de pronunciarme sobre el alcance de la armonización emprendida por la Directiva 94/62 en esta materia. En ese caso, los envases satisfacían todos los requisitos básicos contemplados en el anexo II de la Directiva, por lo que la interdicción resultaba claramente contraria a su artículo 18, que insta la libertad de puesta en el mercado de los recipientes en cualquiera de los Estados miembros. Sostuve que las medidas nacionales sobre gestión y residuos de envases habían quedado armonizadas con su adopción. En tales supuestos, según la jurisprudencia, a condición de que la normativa nacional sea conforme a la directiva, no se puede controlar, además, su

18 — Conviene analizar si el sistema no ocasiona una compartimentación del mercado y si no perjudica, en particular, a los productos procedentes de otros Estados miembros.

19 — El 13 de septiembre de 2001 (Rec. 2002, p. I-6943). Véanse los puntos 18 a 41. El procedimiento acabó en desistimiento.

compatibilidad con el derecho primario que regula la libre circulación de mercancías.²⁰

33. Discrepo, sin embargo, de la opinión avanzada por el Gobierno alemán cuando defiende que lo que se ha armonizado es el empleo y el fomento de envases reutilizables. El artículo 5 de la Directiva 94/62, que permite a los Estados miembros favorecer los sistemas de reutilización, imponiéndoles el deber de hacerlo de conformidad con el Tratado, es una norma poco precisa, cuya redacción no ofrece ninguna pista sobre la forma ni la dirección en las que las autoridades nacionales están habilitadas para actuar. La reutilización, es decir, la posibilidad de rellenar el recipiente y usarlo con el mismo fin para el que fue diseñado, se define en el artículo 3, apartado 5, precepto que no aporta, a estos efectos, ningún esclarecimiento, por lo que no puede afirmarse, como pretende el Gobierno demandado, que la Directiva haya uniformizado la promoción del uso de los envases rellenables.

34. De ahí la necesidad de la remisión al derecho primario en su conjunto, para enjuiciar esas acciones, y no sólo a los principios que rigen la libre circulación de mercancías. Por tanto, cuando los poderes públicos concedan, por ejemplo, subvencio-

nes o ayudas para incitar a la investigación y al desarrollo de inversiones destinadas a la transformación o la mejora de plantas de envasado, a la fabricación de recipientes rellenables o a la puesta en marcha de actividades que favorezcan la reutilización, así como cuando adopten medidas de carácter económico, financiero o fiscal, han de respetar las normas sobre ayudas de Estado y sobre competencia, de la misma manera que han de plegarse a lo dispuesto en el Tratado en materia tributaria.

Además, si hay indicios de que las decisiones acordadas por un Estado miembro para impulsar los sistemas de reutilización, aun sin llegar a prohibir la importación, constituyen barreras a la libre circulación de mercancías, deben examinarse bajo el prisma de los artículos 28 CE y 30 CE. Porque es evidente que, en virtud del artículo 18 de la Directiva 94/62, los Estados miembros no pueden impedir la puesta en el mercado de los envases que cumplan los requisitos básicos previstos en su anexo II, que han sido objeto de armonización. Existen, sin embargo, formas más sutiles de actuación estatal susceptibles de provocar parecido resultado.

35. Para justificar que el artículo 28 CE no se aplica en este caso, el Gobierno alemán se escuda, también, en la sentencia DaimlerChrysler,²¹ cuyo apartado 44 afirma que

20 — Sentencias de 23 de mayo de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Rec. p. I-2553), apartado 18; y de 12 de noviembre de 1998, Comisión/Alemania (C-102/96, Rec. p. I-6871), apartados 21 y 22.

21 — Sentencia de 13 de diciembre de 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897).

el empleo de la expresión «con arreglo al Tratado» en el artículo 4, apartado 3, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) n° 259/93²² no ha de interpretarse en el sentido de que una medida nacional que responda a las exigencias de esa disposición deba someterse a un juicio de compatibilidad con el derecho primario relativo a la libre circulación de mercancías.

en cuyo apartado 64 se constata que toda medida nacional, adoptada en un ámbito armonizado con carácter exhaustivo en el derecho comunitario, ha de evaluarse a la luz de la medida de armonización y no del derecho primario,²⁴ aunque, no obstante, la facultad conferida a los Estados miembros por el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE²⁵ debe ejercerse respetando el Tratado, según se prevé expresamente en el propio precepto.²⁶

36. Hay varias consideraciones por las que, en mi opinión, esta tesis de la parte demandada tiene pocas probabilidades de prosperar. En primer lugar, porque el Tribunal de Justicia completó esa apreciación en el apartado siguiente de la sentencia, añadiendo que dicha expresión tampoco significa que todas las medidas nacionales que restrinjan los traslados de residuos, a las que se refiere el artículo 4, apartado 3, letra a), inciso i), del Reglamento n° 259/93, se presuman sistemáticamente conformes con el derecho comunitario por el mero hecho de estar abocadas a aplicar uno o varios de los principios mencionados en la norma. Por el contrario, tales medidas nacionales no sólo han de respetar el Reglamento, sino también los demás preceptos o principios generales del Tratado a los que no se refiera directamente la legislación en materia de traslados de residuos. La misma apreciación figura en la sentencia *Deutscher Apothekerverband*,²³

37. En segundo lugar, porque en el asunto *DaimlerChrysler* la regulación comunitaria pertinente era un Reglamento que, por definición, además de tener alcance general, de ser obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en el territorio de la Unión, goza de mayor concreción que una directiva, cuyas disposiciones se desarrollan por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Es cierto que, como indica el Gobierno alemán, la fórmula utilizada en el Reglamento n° 249/93 y en la Directiva 94/62 para reenviar al Tratado es idéntica. Hay una gran diferencia, sin embargo, entre el contenido del artículo 4, apartado 3, letra a), inciso i), del Reglamento y el artículo 5 de la Directiva: mientras que el primero contiene los principios por los que se rigen los Estados miembros y las medidas

22 — Reglamento del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea (DO L 30, p. 1).

23 — Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband eV* (C-322/01, Rec. p. I-14887).

24 — Sentencias de 12 de octubre de 1993, *Vanacker y Lesage* (C-37/92, Rec. p. I-4947), apartado 9; y de 13 de diciembre de 2001, *DaimlerChrysler*, antes citada, apartado 32.

25 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19).

26 — Esta norma permite a los Estados miembros adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas, compatibles con el Tratado, a fin de garantizar una mayor protección del consumidor.

concretas que pueden tomar, el segundo se limita a especificar que tales medidas han de beneficiar a los envases susceptibles de reutilización sin perjudicar el medio ambiente.

2. Naturaleza de las normas controvertidas: medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación o mera modalidad de venta

38. No cabe duda de que el legislador comunitario ve con buenos ojos las acciones de las autoridades nacionales en favor de los sistemas de reutilización de envases que entrañen una forma indirecta de prevención de residuos, siempre que, ya tengan carácter económico, financiero, fiscal o cualquier otro, no interfieran en la buena marcha del mercado interior.

39. Considero, pues, que el artículo 5 de la Directiva 94/62, por sí mismo, carece de la concreción necesaria para enjuiciar la compatibilidad con el derecho comunitario de las disposiciones formuladas por los Estados miembros para favorecer los sistemas de reutilización de envases que no perjudiquen el medio ambiente, sin que sea posible completarlo recurriendo a otras disposiciones del mismo cuerpo legal. La Comisión tiene razón, por tanto, al sostener que la remisión hecha por esta norma al Tratado en bloque permite controlar la adecuación de dichas disposiciones al derecho primario relativo a la libre circulación de mercancías.

40. Según el Gobierno demandado, los artículos 8 y 9 del Reglamento sobre envases tienen como finalidad incorporar el artículo 5 de la Directiva 94/62 al ordenamiento jurídico interno, por lo que no pueden ser contrarios al artículo 28 CE ni constituir obstáculos a los intercambios: no protegen unilateralmente los intereses nacionales del Estado y ejecutan las obligaciones impuestas en interés general de la Comunidad. El referido Reglamento da libertad, a su parecer, a los distribuidores de bebidas para venderlas en recipientes de uno u otro tipo; la obligación de cobrar un depósito se requiere a quienes comercializan en el país agua mineral en botellas desechables, con independencia del lugar en el que estén establecidos. Los productores extranjeros de esa bebida no quedan afectados en modo alguno, ya que las normas sólo tienen impacto sobre el detallista y el consumidor. Para este último, las cargas son idénticas si adquiere agua en botella reutilizable o en envase de un solo uso. En ambos casos debe consignar una cantidad, que se le devuelve cuando lo retorna vacío. En la dúplica hace hincapié en que el artículo 8 del Reglamento contiene la regla fundamental de que la venta de bebidas en recipientes desechables está sujeta al cobro de un depósito por unidad, mientras que el artículo 9 fija la fecha y las

condiciones para hacerlo efectivo. En su opinión, no se puede separar, como pretende la Comisión, el anuncio de que, a partir de un día determinado, el depósito deviene exigible, lo que sería contrario al derecho comunitario, de la exigencia misma que, como tal, resultaría compatible.

Niega que se presione a las compañías foráneas de aguas minerales para que las embotellen en envases reutilizables, pues las importaciones, en millones de litros, pasaron de 230, en 1994, a más de 680, en 2000. En 2002 ya cobraban depósito por la mayoría de los envases de un solo uso (alrededor de un 53 % de las importaciones) y los recogían de manera voluntaria. El Reglamento no encubre una discriminación indirecta, ya que no se aplica en función del lugar de origen del agua ni de los envases, situando a las empresas de otros países en una posición de igualdad con las nacionales.

41. Sobre la base del artículo 3, apartado 5, defiende que la Directiva 94/62 dispone una preferencia en favor de los envases reutilizables, por coadyuvar a la prevención de residuos, propósito primero en la lista de prioridades. Señala que el artículo 5 no da carta blanca a los Estados para promover los sistemas de reutilización: la adecuación a la Directiva precisa que los recipientes se

conciban y diseñen para realizar un número mínimo de circuitos o rotaciones; que sean susceptibles de rellenado sin perjudicar el medio ambiente; y que respeten las demás normas y principios generales.

42. Entiende que, si hay barreras al comercio, deben atribuirse a la Directiva 80/777, pues antes de su aprobación, existía en los Estados miembros un porcentaje considerable de aguas minerales vendidas en botellas rellenables. La norma comunitaria, al implantar el envasado en el manantial, aceptó el transporte en esa clase de recipientes a largas distancias. En la práctica, quienes comercializan tales bebidas hacen frente a dificultades mayores que sus competidores en el sector de los refrescos, con independencia de que se inclinen por uno u otro tipo de presentación. Indica, por último, que los artículos 8 y 9 del Reglamento sobre envases contienen simples modalidades de venta, no incluidas en el ámbito del artículo 28 CE.

43. Es cierto que, como alega el Gobierno alemán, el Tribunal de Justicia ha interpretado que una norma nacional, encaminada a desarrollar una directiva del Consejo aprobada en interés general de la Comunidad,²⁷ no puede calificarse de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la

27 — Sentencias de 25 de enero de 1977, Bauhuis (46/76, Rec. p. 5), apartados 28 y 29; y de 23 de marzo de 2000, Berendse-Koenen (C-246/98, Rec. p. I-1777), apartados 24 y 25.

importación en el sentido del artículo 28 CE. Sin embargo, como pone de relieve, con acierto, la Comisión, la condición para acogerse a esta jurisprudencia, a saber, que el Estado miembro actúe en ejecución de una obligación impuesta por una directiva, no se da en este caso, pues como se ha visto con anterioridad, el artículo 5 de la Directiva se halla lejos de imponer alguna carga, limitándose a enunciar una facultad.

45. La finalidad de estos preceptos reside, según Alemania, en fomentar el uso de los recipientes reutilizables. En mi opinión, acierta la Comisión al entender que dificultan la comercialización en ese país de productos tales como las aguas minerales naturales que, con arreglo a la Directiva 80/777, han de ser embotelladas en origen. Discrepo, también, de que sólo afecte a los detallistas y a los consumidores.

46. Las razones de mi posición son las siguientes:

44. Las disposiciones objeto de controversia son: el artículo 8, apartado 1, del Reglamento sobre envases de 1998, a cuyo tenor el distribuidor de bebidas en recipientes no reutilizables ha de cobrar un depósito al cliente, devolviéndoselo cuando los retorne vacíos; y el artículo 9, apartado 2, que deja en suspenso esa medida, si la empresa responsable participa en un sistema integrado de gestión, mientras el porcentaje de envases reutilizables en el país no baje del 72 %. Si se alcanza ese tope, se activa la obligación de depósito, devolución y valorización respecto a las bebidas para las que la cuota de envases reutilizables haya quedado por debajo de la alcanzada en 1991, que, según indica la Comisión en la demanda, fue, para las aguas minerales, del 91,33 %. Al parecer, este método de regulación escalonado contó con la aceptación de los agentes económicos afectados, comprometidos a que la tasa de envases reutilizables y no contaminantes para bebidas no disminuyera en relación con la lograda en esa época.

47. En primer lugar, el artículo 7 de la Directiva 94/62 obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para implantar sistemas de devolución o de recogida de envases usados y de sus residuos, puntualizando que han de estar abiertos a la participación de los agentes económicos afectados. En virtud de esta norma, las autoridades nacionales pueden escoger, para los cascos no reutilizables de bebidas, entre someterlos a depósito, devolución y valorización o permitir que, mediante un sistema integrado de gestión, se retiren del domicilio del consumidor o de las cercanías del lugar donde opera el distribuidor. Ahora bien, el hecho de que en un país se haga depender la continuidad de la segunda opción de que el volumen global de botellas reutilizables en el mercado nacional no disminuya de una cuota determinada es, no cabe duda, fuente de inseguridad jurídica para los agentes

económicos que comercializan sus productos en recipientes desechables, pues, mientras el índice se mantenga por encima del umbral fijado, las empresas operan, año tras año, con el temor de que no llegue a alcanzarse el porcentaje, en cuyo caso deberían, si en el sector correspondiente tampoco se llega a la tasa de 1991, organizarse, en un corto espacio de tiempo, para cobrar el depósito a lo largo de toda la cadena de comercialización.

fomentar las botellas reutilizables, no tiene mucho sentido permitir, cuando se haya conseguido superar el 72 %, que los productores vuelvan a emplear otras que no lo sean, con la consecuencia presumible de que ese porcentaje baje de nuevo. Me parece que la decisión de las empresas respecto al tipo de envase reviste la suficiente trascendencia como para que, mediante una legislación de esas características, se añada un factor elevado de incertidumbre sobre su continuidad, si optan por introducirse en el mercado alemán.

Se trata de una regulación que, por una parte, crea incertidumbre en los operadores que han optado por la participación en un sistema integrado de gestión de envases y de sus residuos, al no saber por cuanto tiempo pueden continuar en las mismas condiciones, y, por otra parte, les incita, para evitar esa inestabilidad, a renunciar a esa alternativa, más cómoda, pasando a sujetar a depósito los envases no rellenables o recurriendo a los reutilizables. Sin contar con el efecto disuasorio que esas normas son susceptibles de provocar en quienes se planteen introducir su agua mineral en Alemania.

49. En segundo lugar, el artículo 7 de la Directiva 94/62 sitúa en un plano de igualdad los sistemas de devolución y los de recogida, así como los de reutilización y los de valorización, incluido el reciclado, con el único requisito de que permitan conseguir los objetivos marcados. No hay, pues, motivo para que, buscando favorecer a uno, se impida temporalmente, por no haberse alcanzado la cuota fijada, la participación de los agentes económicos en otro.

48. Todavía conviene agregar que las empresas excluidas de la vía propuesta por el artículo 9, apartado 1, del Reglamento sobre envases, cuando la cuota de los reutilizables descienda del mínimo previsto, podrían recuperarla otra vez en el supuesto de que el uso de los recipientes rellenables remonte. Si la finalidad de esas normas reside en

50. En tercer lugar, la normativa alemana controvertida, si bien rige por igual para los operadores nacionales y para los extranjeros, afecta de manera negativa, en especial, a estos últimos. Tratándose de las aguas minerales naturales, envasadas, por mandato de la Directiva 80/777, en el manantial, las

empresas que se propongan exportar parte de su producción tienden a embotellarla en recipientes de un solo uso, debido a su menor coste: si las botellas reutilizables son de cristal, su peso es mayor, lo que acarrea más consumo de combustible y superior tonelaje para el transporte; además, con las desechables se evita su repatriación y se divide por la mitad el gasto, al poder aprovecharse la capacidad del vehículo de regreso para trasladar otras mercancías, ahorrándose también su lavado y esterilización. La prueba está en que, en la práctica, los productores de agua mineral de otros Estados miembros emplean un porcentaje considerablemente mayor de envases de plástico que los alemanes. A este respecto, la Comisión cita un estudio realizado por Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung, de junio de 2001, para demostrar que, en 1999, los productores alemanes de agua mineral natural envasaron el 90 % en recipientes rellenables y el 10 % restante en botellas desechables, cuando las exportaciones a Alemania en este último tipo de envases llegaron al 71 %.

la frontera con Alemania; además, algunos productores germanos se desplazan muchos kilómetros para alcanzar todos los puntos de distribución, aunque pueden evitar el envío de los recipientes vacíos a grandes distancias, participando en un sistema de reutilización, si trabajan con botellas normalizadas. No me parece realista sugerir a las empresas extranjeras que renuncien a los envases de los que se valen en el resto de los países y acojan los homologados para las empresas alemanas, máxime teniendo en cuenta que, en algunos casos, los envases poseen carácter distintivo y su representación gráfica ha sido registrada como marca.²⁸

52. Contrariamente a lo apuntado por Alemania, la Comisión no le reprocha la decisión de sujetar a depósito los envases de un solo uso, opción legislativa que, como he indicado con anterioridad, se halla amparada por el artículo 7 de la Directiva 94/62. En realidad, le reprueba las condiciones asociadas a la comercialización de bebidas en ese Estado, vinculadas a porcentajes determinados de manera aleatoria, dependientes, en última instancia, de las preferencias de los consumidores y en los que los agentes económicos sólo pueden influir si aceptan prescindir de los envases rellenables para servirse de los reutilizables.

51. Hay otra consideración que me parece importante, pues, para situar las aguas minerales en el mercado alemán, la distancia a la que deben transportarse las extranjeras es, por lo general, mayor que la recorrida por las obtenidas en manantiales nacionales. Es verdad que existen excepciones para las que brotan en otros Estados miembros cerca de

28 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 2004, Henkel (C-218/01, Rec. p. I-1725). El 28 de enero de 2004 el Tribunal de Primera Instancia dictó sentencia en los asuntos acumulados T-146/02 a T-153/02, Deutsche Süß-Werke/OAMI (Rec. p. II-447), en los que se discutía sobre la negativa a registrar como marca tridimensional la forma de un envase de bebida consistente en una bolsa que se mantiene en pie.

El hecho de que entre 1994 y 2000 crecieran las importaciones de agua mineral de otros Estados miembros no me parece decisivo, pues, de no haber existido esa reglamentación, el aumento tal vez hubiera sido más apreciable.

53. No suscribo la tesis de la parte demandada respecto a la jerarquía instaurada por la Directiva 94/62 entre las distintas clases de recipientes. El artículo 1, apartado 2, atribuye la primera prioridad a la prevención de la producción de residuos y coloca en el mismo plano la reutilización, el reciclado y las demás formas de valorización citadas acto seguido. Es cierto que, en el considerando octavo, se promueve que los análisis del ciclo de vida se terminen lo más rápidamente posible, para justificar un orden de preferencia preciso entre los envases reutilizables, los reciclables y los valorizables, pero, en la práctica, los estudios realizados en algunos países no parecen haber llegado todavía a resultados definitivos.

54. Tampoco cabe asimilar, como pretende el Gobierno alemán, la prevención y la reutilización, conceptos definidos en el artículo 3 de la Directiva 94/62. Según el apartado 4, la primera consiste tanto en la reducción de la cantidad y de la nocividad para el medio ambiente de los materiales y las sustancias empleados en los envases y en

los residuos de envases, como en la disminución del embalaje en el proceso de producción, en la comercialización, la distribución y la eliminación, en particular mediante el desarrollo de elementos y técnicas no contaminantes. El apartado 5 describe la reutilización como toda operación en la que el recipiente, concebido y diseñado para llevar a cabo un número mínimo de circuitos o rotaciones a lo largo de su ciclo de vida, es rellenado con el mismo fin para el que fue creado, con o sin ayuda de agentes auxiliares, convirtiéndose después en residuos.

55. La regla básica de la prevención se encuentra en el anexo II, apartado 1, de la Directiva 94/62, cuando recoge los requisitos específicos sobre la elaboración y la composición de los envases: deben construirse de tal forma que tanto su volumen como su peso sean el mínimo adecuado para mantener el nivel de seguridad, higiene y aceptación necesario para el producto embotellado y para el consumidor, es decir, la prevención atiende al diseño del recipiente y a su proceso de fabricación, con objeto de reducir y evitar en origen la generación de residuos. Se trata, como se ve, de medidas aplicadas por igual a los recipientes reutilizables y a los reciclables.

56. Disiento también del Gobierno demandado en cuanto a su idea de que las barreras

al comercio, si las hay, provienen de la Directiva 80/777, que prohíbe el transporte del agua mineral natural en botellas no autorizadas para su distribución al consumidor final. Por un lado, esta normativa regula la explotación y la comercialización de productos destinados a la alimentación humana, con una preocupación especial de protegerlos contra todo peligro de contaminación, al estar en juego la salud pública; por otro lado, garantiza los derechos del consumidor, asegurándole, mediante el embotellado en el hontanar y un dispositivo de cierre apropiado, que el líquido conserva los elementos que han determinado su reconocimiento como agua mineral. Además, la Directiva se aprobó, justamente, para suprimir los obstáculos al comercio de esas bebidas y facilitar el funcionamiento del mercado común. Es cierto que aceptó transportarlas a largas distancias. No se pronunció, sin embargo, sobre el tipo de envase preferible y no impulsó la superioridad de los reutilizables sobre los reciclables.

houard,²⁹ el Tribunal de Justicia se vale de la diferenciación entre los preceptos relativos a las características de los productos y los referentes a modalidades de venta, para precisar las reglas que, afectando por igual a los nacionales y a los extranjeros, provocan restricciones capaces de convertirlas en medidas de efecto equivalente prohibidas por el artículo 28 CE.

En dicha resolución, confirmó como tales los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de armonización de las legislaciones,³⁰ de la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legítimamente, de normas relativas a los requisitos que han de satisfacer, aunque se prediquen de todos, siempre que no se justifique por un objetivo de interés general que prevalezca sobre las exigencias de la libertad de circulación.³¹

57. Tampoco estoy de acuerdo con que los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 2, del Reglamento alemán en cuestión constituyan una mera modalidad de venta, aunque se apliquen indistintamente a las aguas minerales naturales embotelladas en el país y a las importadas. En la sentencia Keck y Mit-

29 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097). Véase López Escudero, M.: «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard», en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, D-28, pp. 47 a 94.

30 — Esta alegación del Gobierno demandado resulta, cuando menos, inconsecuente, visto que uno de los argumentos principales en los que se apoya su defensa consiste en que la Directiva 94/62 ha procedido a una armonización completa del empleo y del fomento de envases reutilizables.

31 — Sentencias de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, «Cassis de Dijon» (120/78, Rec. p. 649); y de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard, antes citada, apartado 15.

58. Declaró, a continuación, en contra de lo que hasta ese momento había juzgado, que las normas nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no son susceptibles de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*,³² siempre que tales normas se extiendan a todos los operadores que ejerzan su actividad en el territorio nacional y que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

59. Añadió que, mientras se cumplan esos requisitos, las normativas de este tipo no pueden impedir a esos últimos productos su acceso al mercado ni dificultarlo en mayor medida que a los nacionales. Quedan, por tanto, fuera del ámbito del artículo 28 CE.

60. A partir de esa sentencia, para decidir si el artículo 28 CE se impone a una normativa indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los importados, hay que diferenciar las disposiciones sobre los requisitos que deben cumplir las mercancías, como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presen-

tación, etiquetado y embalaje, de las destinadas a regular sus modalidades de venta.

61. Desde que pronunció la sentencia *Keck y Mithouard* en 1993,³³ en la que se examinó la prohibición en Francia de la reventa a pérdida, el Tribunal de Justicia ha considerado modalidades de venta, por ejemplo, una norma deontológica, adoptada por un colegio profesional, que veda a los farmacéuticos hacer publicidad, fuera de sus establecimientos, de los productos parafarmacéuticos que están autorizados a proporcionar;³⁴ la regulación del número máximo de horas de apertura de los comercios y los periodos de cierre;³⁵ la obligación de no abrir los comercios minoristas los domingos;³⁶ la normativa que reserva la venta de leche transformada para la primera infancia en exclusiva a las farmacias;³⁷ un sistema de distribución que reserva la venta al por menor del tabaco a expendedurías autorizadas por el poder público;³⁸ la norma que prohíbe la difusión de mensajes comerciales en televisión del sector económico de la distribución;³⁹ la interdicción de vender a un margen de beneficio extremadamente reducido;⁴⁰ la prohibición total de la propaganda

33 — Antes citada.

34 — Sentencia de 15 de diciembre de 1993, *Hünernmund* y otros (C-292/92, Rec. p. I-6787).

35 — Sentencia de 2 de junio de 1994, *Tankstation 't Heukske y Boermans* (asuntos acumulados C-401/92 y C-402/92, Rec. p. I-2199).

36 — Sentencia de 2 de junio de 1994, *Punto Casa y PPV* (asuntos acumulados C-69/93 y C-258/93, Rec. p. 2355).

37 — Sentencia de 29 de junio de 1995, *Comisión/Grecia* (C-391/92, Rec. p. I-1621).

38 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Banchero* (C-387/93, Rec. p. I-4663).

39 — Sentencia de 9 de febrero de 1995, *Leclerc-Siplec* (C-412/93, Rec. p. I-179).

40 — Sentencia de 11 de agosto de 1995, *Belgapom* (C-63/94, Rec. p. I-2467).

32 — Sentencia de 11 de julio de 1974 *Dassonville* (8/74, Rec. p. 837).

destinada a los menores de 12 años y de la publicidad engañosa;⁴¹ la prohibición de que los productores e importadores de bebidas alcohólicas en un Estado hagan difundir anuncios dirigidos a los consumidores;⁴² y la limitación de la venta ambulante a los comerciantes de una determinada circunscripción administrativa en la que ejercen su actividad en establecimientos fijos respecto a las mercancías que despachan.⁴³

3. La protección del medio ambiente en Alemania como justificación de la legislación litigiosa

62. A la luz de estos ejemplos, resulta difícil sostener que las disposiciones alemanas integren una mera modalidad de venta, ya que la presión que despliegan sobre los productores está directamente relacionada con el tipo de envase en el que la mercancía se comercializa, formando parte, por tanto, de las medidas relativas a las características de los productos.

63. Por los motivos expuestos estimo que tiene razón la Comisión al afirmar que la regulación contenida en los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 2, del reiterado Reglamento constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, prohibida por el artículo 28 CE.

64. Alemania defiende que los artículos 8 y 9 del Reglamento sobre envases están amparados por exigencias imperativas de interés general, pues persiguen tres objetivos relacionados con la política ambiental, a saber, la prevención de residuos, la mejor gestión de estos últimos y la preservación del paisaje, evitando los vertidos incontrolados. Sostiene que esas disposiciones no se basan sólo en los resultados de los ecobalances, por lo que su rendimiento no se aprecia únicamente en función del trayecto que hayan de recorrer los envases rellenables vacíos para ser repatriados. Esos objetivos se alcanzan gracias a un porcentaje de devoluciones elevado, con independencia de la distancia de transporte y del origen, nacional o extranjero, de los recipientes. Ninguna de las posibles iniciativas del Estado sería tan eficaz para lograr esos resultados como el cobro de un depósito por los comerciantes, por cada envase desechable. En su opinión, el sistema alemán no podría funcionar si los recipientes de agua mineral procedentes de otros Estados miembros quedaran exentos de ese depósito, ya que se crearían distorsiones de competencia entre las empresas que comercializaran su producto en recipientes desechables. Añade que las disposiciones citadas son conformes al derecho comunitario, en particular, a los principios de cautela y de acción preventiva previstos en el artículo 174 CE, apartado 2, que reconocen a los Estados miembros un cierto margen de

41 — Sentencia de 9 de julio de 1997, De Agostini y TV-Shop (asuntos acumulados C-34/95 a C-36/95, Rec. p. I-3843).

42 — Sentencia de 8 de marzo de 2001, Gourmet International Products (C-405/98, Rec. p. I-1795).

43 — Sentencia de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Rec. p. I-151).

discrecionalidad a la hora de ponderar el interés de la política de medio ambiente.⁴⁴

65. Con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una normativa nacional que restringe los intercambios intracomunitarios puede justificarse por consideraciones relativas a la protección del medio ambiente, como las invocadas por el Gobierno alemán.⁴⁵ Ahora bien, es preciso, en ese caso, que sea proporcionada a los objetivos perseguidos y que estos últimos no se cumplan con medidas que restrinjan en menor grado los intercambios intracomunitarios.⁴⁶

66. El Gobierno demandado no me ha convencido de la necesidad para la protección del medio ambiente de imponer que, cada vez que el porcentaje de envases reutilizables en el país caiga por debajo del

72 %, las empresas pierdan la posibilidad de eximirse de cobrar un depósito por envase desechable participando en un sistema de gestión de envases y de sus residuos si, en el sector en el que operan, la tasa de los rellenables no alcanza la de 1991.

67. En primer lugar, no consta por qué el 72 % de los envases reutilizables en circulación en el país es preferible, desde un punto de vista ecológico, al 60 %, al 70 % o al 80 %, por poner algunos ejemplos. También ignoro las razones de protección ambiental por las que los resultados alcanzados en 1991 hayan debido cristalizarse para el futuro, sin admitir criterios de flexibilización en función de la conducta y de las preferencias de los operadores económicos y de los consumidores. Hay que reconocer que, si ese año la tasa de botellas rellenables de agua mineral llegó al 91,33 %, el margen del que disponen los productores que envasan en recipientes de un solo uso, para liberarse de la obligación de cobrar depósito, en un sistema integrado de gestión, es mínimo. Y son los extranjeros quienes se sirven, principalmente, de ese tipo de botellas.

44 — El Gobierno demandado cita dos sentencias del Tribunal de Justicia en apoyo de esta afirmación que no me parecen pertinentes. La primera, de 14 de julio de 1983, Sandoz (174/82, Rec. p. I-2445), momento en el que esa disposición todavía no figuraba en el Tratado, versaba sobre la autorización previa para la venta de productos destinados al consumo humano, a los que se habían añadido vitaminas. La segunda, de 15 de septiembre de 1994, Houtwipper (C-293/93, Rec. p. I-4249), reconoce, efectivamente, a los Estados miembros, un amplio margen discrecional, pero en ese caso se trataba de optar entre realizar un control *a priori* por parte de un organismo independiente y la prohibición de la puesta a la venta de objetos fabricados con metales preciosos que no llevaran un contraste certificando la ley.

45 — Sentencias de 7 de febrero de 1985, Asociación de defensa de los quemadores de aceites usados (240/83, Rec. p. 531); y de 20 de septiembre de 1998, Comisión/Dinamarca (302/86, Rec. p. 4607), apartado 9.

46 — Sentencias De Agostini y TV-Shop, antes citada, apartado 45; de 23 de octubre de 1997, Franzén (C-189/95, Rec. p. I-5909), apartado 75; y de 14 de julio de 1998, Aher-Waggon (C-389/96, Rec. p. I-4473), apartados 18 a 20.

Como es sabido, el Tribunal de Justicia apreció, en la sentencia Comisión/Dinamarca,⁴⁷ que una limitación de la cantidad

47 — Antes citada, apartado 21.

de productos susceptible de comercializarse por los importadores es desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. En esa ocasión, la normativa danesa autorizaba a los fabricantes a vender un máximo de 3000 hl de cerveza al año y de bebidas refrescantes en envases no normalizados, a condición de que fueran reutilizables y de que se cobrara un depósito por unidad.

69. En tercer lugar, en su afán por favorecer las botellas reutilizables para proteger el medio ambiente de las secuelas del reciclado y de la valorización de los residuos de envases desechables, el Gobierno alemán no parece haber tenido en cuenta otros factores (como los tratamientos de limpieza y de esterilización aplicables a los recipientes rellenables, el consumo de carburante, las emisiones a la atmósfera y el desgaste de las vías de comunicación, si la distancia de transporte sobrepasa un número determinado de kilómetros, con el inevitable incremento en la densidad del tráfico y el riesgo de accidentes), cuya ponderación sirve de contrapeso a las pretendidas ventajas ecológicas, de manera que los desechables pueden representar una alternativa interesante desde el punto de vista medioambiental.

68. En segundo lugar, si se trata realmente de prevenir, aunque sea de forma indirecta, la producción de residuos de envases, fomentando los reutilizables, no veo el motivo de que, cuando se alcanza de nuevo el 72 %, haya que reactivar la posibilidad de la exención del depósito para las botellas desechables. Es seguro que con la imposición del depósito se logra un porcentaje mucho más elevado de retorno de envases vacíos por el consumidor, quien, además, se resigna pronto a abonarlo. Una vez puesto en marcha ese sistema, que no resulta fácil, me pregunto acerca de las ventajas de volver atrás, con la consecuencia previsible de que el recurso a envases rellenables vuelva a descender, provocando un efecto acordeón capaz de desestabilizar los hábitos de usuarios, productores y distribuidores. Sin contar con el retroceso que supone en relación con la gestión de residuos de envases y la preservación del paisaje.

70. En cuarto lugar, con arreglo al artículo 7 de la Directiva 94/62, los Estados miembros han de procurar la creación de sistemas tanto de devolución o de recogida de envases, como de reutilización o de valoración, abiertos a la participación de los agentes económicos afectados, aplicables a los productos importados con trato no discriminatorio y diseñados para evitar obstáculos al comercio y distorsiones de competencia, de conformidad con el Tratado. Me parece injustificado que, una vez en marcha los sistemas de recogida en un Estado, los poderes públicos impidan temporalmente la concurrencia a determinados agentes económicos por el hecho de que sus ciudadanos hayan cambiado los hábitos de consumo de bebidas y prefieran adquirirlas en botellas no rellenables, y lo hagan mientras no se confirme la inversión de esta tendencia. Constituye una limitación a la libre circula-

ción de mercancías que no guarda la justa proporción con las exiguas ventajas que representa para la protección del medio ambiente. En mi opinión, la Directiva 94/62 contiene suficientes mecanismos para permitir a las autoridades alemanas asegurar esa protección, adoptando una normativa suficientemente estable que facilite a las empresas exportadoras la planificación a medio y largo plazo del tipo de recipientes adecuado para comercializar el agua mineral en ese país.

71. En quinto lugar, no comparto la alegación del Gobierno presuntamente infractor de que el Tribunal de Justicia ha reconocido la necesidad de regulaciones generales, para que el Estado y sus instituciones puedan tomar en cuenta la exigencia imperativa de la viabilidad de las medidas de naturaleza económica. En esta ocasión el Gobierno alemán pretende, fuera de contexto, hacer extensible a las disposiciones adoptadas por las autoridades de un país para poner en práctica una facultad concedida por una directiva, la jurisprudencia según la que las Instituciones comunitarias han de velar, cuando ejercen la potestad de imponer gravámenes a los operadores económicos, para que sean acordes con los objetivos perseguidos, sin que esa obligación deba medirse en relación con el contexto particular de un grupo de operadores determinado, pues tal evaluación, dada la multiplicidad y la complejidad de las situaciones económicas, sería no sólo irrealizable, sino que implicaría

una fuente constante de inseguridad jurídica.⁴⁸

72. Por último, no estoy de acuerdo en que la imposición de un depósito sobre los envases desechables sea una medida idónea para promover el uso de los reutilizables. En efecto, lo que se consigue con certeza es que el comprador o cualquier otra persona interesada devuelva los vacíos para recuperar el importe satisfecho, que no es poco, pero, ante la necesidad de pagar por unos y otros, el consumidor suele optar por el que le resulte más cómodo y no necesariamente por el que sea menos contaminante.

73. Se desprende de esta argumentación que la normativa alemana controvertida no puede ampararse en la protección del medio ambiente como exigencia imperativa capaz de limitar la aplicación del artículo 28 CE, por no cumplir el principio de proporcionalidad.

74. Por las razones expuestas, considero que Alemania ha incumplido las obligaciones que le imponen el artículo 5 de la Directiva 94/62 y el artículo 28 CE, así como el artículo 3 de la Directiva 80/777, en relación con el anexo II, punto 2, letra d), al aplicar los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 2, del

48 — Sentencia de 24 de octubre de 1973, *Balkan Import Export* (5/73, Rec. p. 1091), apartado 22.

Reglamento sobre envases, a las aguas minerales que han de ser embotelladas en el manantial.

VI. Costas

75. En consecuencia, el recurso de la Comisión es fundado y procede declarar la infracción de Alemania.

76. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso ha de ser condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que propongo estimar el recurso de la Comisión y que se ha pedido la atribución de los gastos judiciales a Alemania, se ha de condenar a ese Estado a pagar las costas.

VII. Conclusión

77. Conforme a los razonamientos que preceden, sugiero al Tribunal de Justicia:

- 1) Declarar que Alemania ha incumplido las obligaciones impuestas por el artículo 5 de la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases, y por el artículo 28 CE, así como por el artículo 3 de la Directiva 80/777/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre explotación y comercialización de aguas minerales naturales, en relación con el anexo II, punto 2, letra d), al aplicar los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 2, del Reglamento sobre envases, de 21 de agosto de 1998, a las aguas minerales que han de ser embotelladas en el manantial.
- 2) Condenar en costas a Alemania.