

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
apresentadas em 6 de Maio de 2004¹

1. Em acção proposta nos termos do artigo 226.º CE, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça a condenação da República Federal da Alemanha por incumprimento de determinadas obrigações que lhe são impostas pelo direito comunitário.

às embalagens»), de 21 de Agosto de 1998⁴, um sistema de reutilização das garrafas de águas minerais naturais que devem ser engarrafadas na nascente.

I — Legislação nacional aplicável no termo do prazo fixado no parecer fundamentado⁵

Concretamente, a Comissão acusa este Estado-Membro de violação do artigo 5.º da Directiva 94/62/CE², do artigo 28.º CE e do artigo 3.º da Directiva 80/777/CEE³ conjugado com a alínea d) do ponto 2 do anexo II, por ter estabelecido, através dos n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (regulamento relativo à prevenção e à valorização dos resíduos de embalagens, a seguir «regulamento relativo

2. O regulamento alemão relativo às embalagens prevê várias medidas que visam prevenir e reduzir o impacto dos resíduos de embalagens no ambiente. Esse regulamento, que substituiu o de 9 de Junho de 1991⁶, visa transpor a Directiva 94/62 para o direito interno e define como recipientes reutilizáveis os que podem ser usados várias vezes para o mesmo fim.

1 — Língua original: espanhol.

2 — Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 1994, relativa a embalagens e resíduos de embalagens (JO L 365, p. 10). Esta directiva foi objecto de importantes alterações introduzidas pela Directiva 2004/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004 (JO L 47, p. 26) que não afectaram os artigos aplicáveis a este caso.

3 — Directiva do Conselho, de 15 de Julho de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à exploração e à comercialização de águas minerais naturais (JO L 229, p. 1; EE 13 F11 p. 47).

4 — BGBl. I, p. 2379.

5 — A Comissão explica que tanto as disposições de direito comunitário como as de direito nacional foram objecto de alterações no decurso do processo administrativo que precedeu a propositura da acção.

6 — BGBl. I, p. 1234. O referido regulamento continha disposições semelhantes relativas ao depósito obrigatório aplicável às embalagens não reutilizáveis para bebidas.

De acordo com as disposições deste regulamento, os produtores e distribuidores de águas minerais embaladas em recipientes não reutilizáveis cobram um depósito por unidade nas diversas fases da cadeia comercial, embora possam eximir-se dessa obrigação, a que acresce a de recolha e de valorização das garrafas vazias, se participarem num sistema integrado de gestão de embalagens e de resíduos de embalagens. No entanto, se a percentagem global de bebidas vendidas na Alemanha em recipientes reutilizáveis for inferior a 72% e, concomitantemente, não se atingir a percentagem de 91,33% deste tipo de embalagens, verificada em 1991 no sector das águas, os agentes económicos perdem essa possibilidade, passando a ter que cobrar o depósito e a ser responsáveis pela valorização das garrafas.

3. A obrigação de recuperação e valorização nos termos dos n.ºs 1 e 2 não se aplica a embalagens para as quais o fabricante ou distribuidor tenha aderido a um sistema integrado de gestão de resíduos de embalagens e de embalagens usadas que garanta a sua recolha periódica junto do consumidor privado final ou nas imediações da zona de intervenção do distribuidor. O sistema deve submeter as embalagens recolhidas a uma valorização em conformidade com as exigências constantes do ponto 1 do anexo I e cumprir as exigências constantes dos pontos 3 e 4 do anexo I [...]. A participação nesse sistema deve ser comprovada perante a autoridade competente. A gestão de resíduos deve prever um acordo escrito com as organizações de recolha e de valorização das entidades públicas [...].

3. O § 6 do referido regulamento dispõe:

«1. O distribuidor é obrigado a retomar gratuitamente as embalagens usadas vazias utilizadas pelos consumidores finais, no lugar de entrega ou nas suas imediações, e a submetê-las a um processo de valorização em conformidade com as exigências definidas nos pontos 1 e 2 do anexo I.

4. As autoridades competentes podem revogar a sua decisão se verificarem que as exigências [...] não estão a ser cumpridas. A revogação deve ser restringida a embalagens feitas de certos materiais quando não se consiga atingir as percentagens de valorização referidas no anexo I. Os n.ºs 1 e 2 aplicam-se a partir do primeiro dia do sexto mês posterior à publicação da revogação [...]»

2. Os produtores e os distribuidores são obrigados a retomar gratuitamente no lugar de entrega efectiva as embalagens [...] (e) a submetê-las a um processo de valorização em conformidade com as exigências definidas no ponto 1.

4. O n.º 1 do § 8 do regulamento relativo às embalagens enuncia o princípio do depósito obrigatório para as embalagens não reutilizáveis nos seguintes termos:

«1) Os distribuidores que comercializem alimentos líquidos em embalagens de bebidas de tara perdida são obrigados a cobrar ao utilizador um depósito no valor de pelo menos 0,50 DEM por embalagem, incluindo o IVA; a partir de um volume de enchimento de mais de 1,5 litros, o depósito a cobrar será no valor de 1 DEM, incluindo o IVA. O depósito deve ser cobrado por cada um dos distribuidores nas diversas fases até à entrega ao consumidor final, sendo devolvido no acto de recuperação da embalagem, em conformidade com o § 6, n.ºs 1 e 2.»

5. O § 9 regula do seguinte modo a isenção da obrigação de cobrar um depósito e a protecção dada às embalagens para bebidas que apresentem vantagens do ponto de vista ecológico:

«1) O § 8 não se aplica às embalagens cujos fabricante ou distribuidor participe num sistema integrado de gestão como previsto no n.º 3 do § 6, que garante a cobertura em todo o território. O n.º 4 do § 6 aplica-se *mutatis mutandis*.

2) Quando a percentagem das bebidas embaladas em recipientes reutilizáveis, como cerveja, água mineral (incluindo águas de

nascente, águas de mesa e águas minero-medicinais), refrigerantes com gás, sumos (incluindo sumos de fruta, sumos de legumes e outras bebidas sem gás) e vinho (excluindo vinhos espumosos, espumantes, vermouths e digestivos) for inferior a 72% no território federal durante o ano civil, os dados tomados em consideração serão calculados de novo relativamente aos doze meses seguintes à publicação da não obtenção da percentagem de embalagens reutilizáveis exigida. Se a percentagem de embalagens reutilizáveis ainda se mantiver abaixo da percentagem fixada no primeiro período, a decisão prevista no § 6, n.º 3, é considerada revogada a nível nacional, a contar do primeiro dia do sexto mês posterior à publicação, para os sectores de bebidas nos quais a percentagem de embalagens reutilizáveis seja inferior à existente em 1991. O primeiro e o segundo períodos aplicam-se *mutatis mutandis* ao leite pasteurizado caso a percentagem de embalagens reutilizáveis e de embalagens flexíveis em polietileno seja inferior a 20% no território de aplicação do regulamento durante o ano civil.

3) O governo federal publica anualmente no *Bundesanzeiger* (Jornal Oficial) as percentagens previstas no n.º 2 de bebidas que devem ser vendidas em embalagens compatíveis com o ambiente.

4) Caso a percentagem, prevista no n.º 2, de bebidas comercializadas em embalagens compatíveis com o ambiente seja atingida novamente após uma revogação, as autoridades competentes deverão proceder, a pedido ou *ex officio*, a uma nova verificação nos termos do § 6, n.º 3.»

6. No entender da Comissão, a conjugação destas disposições obriga os distribuidores de águas minerais em garrafas não reutilizáveis a cobrar um depósito por embalagem, sempre que, no país, a percentagem global de bebidas em recipientes reutilizáveis seja inferior a 72% e não se atinja a percentagem das embalagens reutilizáveis verificada em 1991 no sector das águas, sem poderem eximir-se desta obrigação através da participação num sistema integrado de gestão de embalagens e de resíduos de embalagens.

do ambiente, e, por outro lado, garantir o funcionamento do mercado interno e evitar entraves ao comércio e distorções e restrições de concorrência na Comunidade.

Para o efeito, prevê medidas que visam como primeira prioridade prevenir a produção de resíduos de embalagens. Refere, em seguida, a reutilização, a reciclagem e as outras formas de valorização de resíduos de embalagem.

8. Nos termos do artigo 5.º:

«Os Estados-Membros podem incentivar o uso de sistemas de reutilização das embalagens susceptíveis de serem reutilizadas em moldes que respeitem o ambiente, nos termos do Tratado.»

II — A legislação comunitária

7. Segundo o seu artigo 1.º, a Directiva 94/62 tem por objecto a harmonização das disposições nacionais respeitantes à gestão de embalagens e de resíduos de embalagens a fim de, por um lado, prevenir e reduzir o seu impacto no ambiente em todos os Estados-Membros assim como em países terceiros, assegurando um elevado nível de protecção

9. De acordo com o artigo 3.º da Directiva 80/777, as nascentes das águas minerais naturais devem ser exploradas e as suas águas acondicionadas em conformidade com o anexo II, que define também as condições de comercialização. A alínea d) do ponto 2 do anexo proíbe o transporte de água mineral em quaisquer recipientes que não os autorizados para a distribuição ao consumidor final. Na prática, quer isto dizer que a

água tem de ser engarrafada, na origem, no mesmo recipiente em que irá ser colocada no mercado.

aplicar o artigo 28.º CE; em seu entender, os entraves ao comércio eram mínimos e, em qualquer caso, as medidas controvertidas, cujo objectivo consistia em evitar um aumento dos resíduos de embalagens por meio de incentivos ao uso das embalagens reutilizáveis, obedeciam a razões de carácter ecológico.

III — O processo pré-contencioso

10. Tendo recebido várias denúncias relativas à incompatibilidade do regulamento alemão de 1991 com o direito comunitário, a Comissão, na sequência dos contactos entre os seus serviços e as autoridades nacionais, concluiu que a referida regulamentação era contrária ao artigo 28.º CE. Por este motivo, em Dezembro de 1995 enviou ao governo federal uma notificação para cumprir, salientando que a obrigação de cobrar um depósito pelas embalagens não reutilizáveis constituía um entrave às trocas comerciais intracomunitárias, pois colocava-as em situação de inferioridade relativamente às reutilizáveis, sem uma justificação pela protecção do ambiente, por se aplicar exclusivamente a certos recipientes e manter inalteráveis as condições existentes no mercado nacional num dado momento.

11. Atendendo à adopção da Directiva 94/62 e ao facto de, na Alemanha, ter sido aprovado o regulamento de 1998 para transposição das disposições da directiva, com revogação da regulamentação de 1991, a Comissão, em Dezembro de 1998, remeteu uma notificação complementar para cumprir, manifestando dúvidas sobre a compatibilidade com aquela directiva e com o artigo 28.º CE dos §§ 8 e 9 do novo regulamento relativo às embalagens, que prevêem a cobrança obrigatória do depósito e as percentagens correspondentes às embalagens reutilizáveis, por não respeitarem o princípio da proporcionalidade. Na sua opinião, as referidas normas prejudicam os produtos originários de lugares distantes dos pontos de venda sem que, por imperativo legal, possam ser embalados em qualquer outro lugar. A Comissão referiu como exemplo as águas minerais que, de acordo com a Directiva 80/777, têm de ser engarrafadas na nascente. Convidou ainda o Governo alemão a propor formas de flexibilização do sistema.

Em Maio de 1996, a Alemanha respondeu que a Directiva 94/62 harmonizou completamente esta matéria, pelo que já não seria de

Em Abril de 1999, o Estado alegadamente infractor referiu que o § 9 do regulamento

relativo às embalagens não constitui uma restrição quantitativa ou uma medida de efeito equivalente e que, mesmo que assim fosse, seria justificada. Concretamente em relação às águas minerais, sustentou que, segundo um estudo publicado pelo Ministério Federal do Ambiente em Novembro de 1998, até uma distância máxima de 750 km entre o lugar de acondicionamento e o ponto de venda, a utilização de recipientes reutilizáveis para as águas minerais é mais aconselhável do ponto de vista ecológico do que a de embalagens não reutilizáveis.

discordância com a Comissão, referindo as possibilidades de os produtores estrangeiros de águas minerais as venderem no país. Argumentou que o incentivo ao uso de garrafas reutilizáveis se inspirava no artigo 5.º da Directiva 94/62 e que, ao conceder o mesmo tratamento aos produtores nacionais e estrangeiros, também não violava o artigo 28.º CE. Referindo-se a um ecobalanço concluído em Agosto de 2000, do qual resultava que as embalagens reutilizáveis apresentam vantagens sobre as não reutilizáveis, mesmo quando têm que ser transportadas a longas distâncias. Acrescentou que, em vista dos resultados obtidos, se propunha alterar os §§ 8 e 9 do regulamento relativo às embalagens.

12. Ponderadas estas explicações, a Comissão emitiu, em Julho de 2000, um parecer fundamentado em que considerou demonstrado o incumprimento. Concretamente, a Comissão acusou a Alemanha de aplicar os n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento controvertido aos produtores de águas minerais naturais que têm de ser embaladas na origem. Essas disposições constituem um obstáculo ao comércio dessa bebida, pois as empresas têm de suportar um pesado encargo, a saber, o transporte a grandes distâncias de embalagens reutilizáveis vazias, prejudicando sobretudo as empresas estabelecidas noutros Estados-Membros. Além disso, as referidas disposições não têm base legal no artigo 5.º da Directiva 94/62, por excederem o necessário para alcançar o objectivo prosseguido e por não serem flexíveis.

13. Não convencida com estas explicações, a Comissão decidiu recorrer ao Tribunal de Justiça, pedindo a declaração de incumprimento.

IV — Tramitação no Tribunal de Justiça

14. A petição inicial da Comissão deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 3 de Dezembro de 2001 e a contestação em 14 de Fevereiro de 2002. Ambos os articulados foram complementados por réplica e tréplica.

Em Novembro do mesmo ano, a República Federal da Alemanha manifestou a sua

15. Foi admitida a intervenção da República Francesa e do Reino Unido no processo, por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Maio de 2002. O Reino Unido, depois de analisar as peças processuais que lhe foram facultadas, prescindiu de se pronunciar.

16. Na audiência realizada em 2 de Março de 2004, compareceram para alegações os agentes da Comissão, do Governo francês e do Governo alemão.

V — Análise da acção

A — Quanto à admissibilidade

17. Sem suscitar formalmente uma questão prévia de inadmissibilidade, o Governo alemão afirma, nos n.ºs 5 a 7 da tréplica, que a acção por incumprimento não pode proceder, por ter sido alterado o objecto do litígio⁷. Afirma que, na notificação para cumprir e no parecer fundamentado, apesar de ter referido muitos inconvenientes do regulamento relativo às embalagens, a Comissão não alegou que o regime alemão de quotas exerce pressões sobre os produtores estrangeiros de águas minerais. O Governo alemão ficou assim impedido de

apresentar observações sobre essa alegação e de analisar e discutir as vias de evitar o processo⁸, entre as quais são de referir, por exemplo, a exclusão dos produtores estrangeiros de águas minerais do cálculo das percentagens previstas no n.º 2 do § 9 do regulamento relativo às embalagens.

18. É certo que a regularidade da fase pré-contenciosa constitui uma garantia essencial consagrada pelo Tratado, não apenas para a protecção dos direitos do Estado-Membro em causa, mas igualmente para assegurar que a eventual fase contenciosa tenha por objecto um litígio claramente definido⁹. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o Estado-Membro deve ter a oportunidade de justificar a sua posição ou, se for caso disso, satisfazer voluntariamente as condições previstas no ordenamento jurídico comunitário. Se o esforço para ultrapassar eventuais divergências não for coroado de êxito, exige-se ao Estado-Membro que cumpra, dentro do prazo estabelecido¹⁰, as obrigações especificadas no parecer fundamentado, que é o culminar da fase pré-contenciosa prevista no artigo 226.º CE.

8 — Terminada a fase escrita do processo, o Tribunal de Justiça solicitou à Comissão que se pronunciasse sobre as objecções da Alemanha a este respeito, o que aquela fez em documento que deu entrada na Secretaria do Tribunal em 16 de Janeiro de 2004.

9 — Despacho de 11 de Julho de 1995, Comissão/Espanha (C-266/94, Colect., p. I-1975, n.º 17), e acórdão de 23 de Outubro de 1997, Comissão/França (C-159/94, Colect., p. I-5815, n.º 15).

10 — Acórdãos de 31 de Janeiro de 1984, Comissão/Irlanda (74/82, Recueil p. 317, n.º 13), e de 18 de Março de 1986, Comissão/Bélgica (85/85, Colect., p. 1149, n.º 11).

7 — No n.º 3 da réplica, a Comissão refere-se expressamente às «pressões» da legislação alemã sobre os produtores de águas minerais no sentido de utilizarem embalagens reutilizáveis.

19. Contudo, tendo analisado os documentos trocados pelas partes no decurso dessa fase administrativa do processo, não concordo com a apreciação do Governo alemão.

impor em todos os casos uma coincidência total na sua formulação, sempre que o objecto do litígio não tenha sido alargado ou alterado¹².

20. Com efeito, tanto na primeira notificação para cumprir, que se fundava na violação das disposições do Tratado sobre a liberdade de circulação de mercadorias, como na notificação complementar, remetida já depois de adoptada a Directiva 94/62, a Comissão criticou abertamente a fixação de uma percentagem mínima de embalagens reutilizáveis para bebidas, referindo expressamente as águas minerais, que têm de ser engarrafadas na nascente.

21. No parecer fundamentado, que define o objecto da acção por incumprimento¹¹, a Comissão circunscreveu as suas acusações à aplicação da regulamentação controvertida, designadamente os n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento relativo às embalagens e à colocação no mercado de águas minerais, sem atender à comercialização das outras bebidas referidas nos diplomas anteriores. A esse respeito, o Tribunal já declarou que, embora as acusações expostas na petição devam ser idênticas às constantes da notificação para cumprir e do parecer fundamentado, esta exigência não pode ir ao ponto de

22. Concretamente, a alínea a) do n.º 2 do capítulo IV do parecer fundamentado expõe as razões pelas quais as normas nacionais em causa implicam uma restrição do comércio: apesar de se aplicarem indistintamente aos produtos nacionais e importados, impõem um encargo maior para os empresários estrangeiros, os quais, se decidirem utilizar garrafas reutilizáveis, têm que efectuar o transporte das garrafas vazias a grandes distâncias, com um custo adicional e com o risco de aumentar o impacte ambiental em relação às garrafas não reutilizáveis. Além disso, embora a legislação alemã reserve um certo segmento de mercado para as embalagens de tara perdida antes de se accionar o mecanismo de cobrança obrigatória de um depósito por cada garrafa, também contém um incentivo para que aquele tipo de embalagens se mantenha ao nível de 1991, de modo que, na prática, os produtores estabelecidos a grande distância do ponto de venda só podem aumentar as suas quotas de mercado na Alemanha se outros produtores, estabelecidos mais perto, estiverem dispostos a ceder-lhes uma parte das suas próprias quotas.

11 — Acórdãos de 17 de Junho de 1987, Comissão/Itália (154/85, Colect., p. 2717, n.º 6), de 19 de Maio de 1988, Comissão/Países Baixos (C-3/96, Colect., p. I-3031, n.º 18), e de 13 de Dezembro de 2001, Comissão/França (C-1/00, Colect., p. I-9989, n.º 53).

12 — Acórdãos de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália (C-365/97, Colect., p. I-7773, n.º 25), e de 25 de Abril de 2002, Comissão/França (C-52/00, Colect., p. I-3827, n.º 44).

Essa explicação reflecte bem as pressões a que a Comissão se refere na réplica: o objectivo do n.º 2 do § 9 do regulamento controvertido é incentivar os fabricantes a recorrerem aos recipientes reutilizáveis, sob pena de se arriscarem a não atingir a quota fixada, perdendo a opção de se eximirem da obrigação de cobrar depósito, de retoma das embalagens usadas e de retorno da quantidade prevista, por meio da adesão a um sistema integrado de gestão de embalagens e de resíduos de embalagens.

24. Se o Estado demandado estivesse realmente disposto a excluir os produtores estrangeiros do cômputo dessa percentagem, a fim de evitar aos que usam garrafas não reutilizáveis o receio de, a qualquer momento, deixarem de poder usufruir do referido sistema integrado, com o consequente ónus de terem de se estruturar para a cobrança do depósito, devia ter apresentado uma proposta nessa fase do processo e não na tréplica¹³.

25. Por último, as acusações formuladas pela Comissão na acção coincidem com as do parecer fundamentado. Nestes termos, considero que não foi violado o direito de defesa do Estado demandado e que a acção movida pela Comissão é admissível.

23. Ao defender a sua legislação na resposta ao parecer fundamentado, o Governo alemão mostra que entendeu correctamente as acusações da Comissão, em especial as que dizem respeito às consequências negativas que a percentagem mínima obrigatória de embalagens reutilizáveis tem nas empresas de outros Estados-Membros que engarrafam e comercializam águas minerais. Na realidade, expôs claramente as condições para essas empresas venderem as suas bebidas no país: usarem recipientes reutilizáveis, participando nas organizações que utilizam garrafas normalizadas e recorrerem às não reutilizáveis com a cobrança de um depósito, ou, inclusivamente, sem depósito mediante a participação num sistema integrado de gestão, mesmo que esta última alternativa possa ser anulada quando a percentagem exigida para as garrafas reutilizáveis não for atingida no mercado nacional.

26. Além disso, o agente do Governo alemão sustentou na audiência que a Comissão deixara de ter interesse em agir, pois em 1 de Janeiro de 2003 entrou em vigor a obrigação geral de cobrar o depósito, fazendo desaparecer as alegadas pressões sobre os importadores.

27. Não estou de acordo com esta observação. Sem entrar aqui na questão de saber se a legislação alemã é susceptível de incitar os

13 — Na audiência, o agente do Governo alemão insistiu neste ponto.

importadores de águas minerais no sentido de assumirem um determinado comportamento, matéria de que tratarei quando passar à apreciação do mérito, há que lembrar, por um lado, que, no exercício das competências que lhe são atribuídas pelos artigos 211.º CE e 226.º CE, a Comissão não tem de demonstrar a existência de interesse em especial, visto que tem a missão, oficiosamente e no interesse comunitário geral, de velar pela aplicação do Tratado CE pelos Estados-Membros, bem como pedir a declaração da existência de eventuais incumprimentos¹⁴; por outro lado, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação do Estado-Membro tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado¹⁵, de modo que, mesmo que o incumprimento tenha cessado após o termo do referido prazo, o interesse em prosseguir o processo subsiste, com vista a estabelecer a base da responsabilidade em que um Estado-Membro tiver incorrido relativamente aos direitos que tenham sido afectados¹⁶.

B — Quanto ao mérito

28. A Comissão sustenta que as disposições alemãs controvertidas, designadamente os

n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento relativo às embalagens, são incompatíveis com o artigo 5.º da Directiva 94/62 e com o artigo 28.º CE, pois dizem respeito à comercialização das águas minerais originárias de outros Estados-Membros, engarrafadas na nascente¹⁷, criando um obstáculo ao comércio não justificado pela protecção do ambiente. O Governo francês é da mesma opinião.

29. O Governo alemão, numa firme defesa das suas posições, mantém que a acção é improcedente por três razões: em primeiro lugar, porque os referidos §§ 8 e 9 se baseiam na Directiva 94/62, que regulamenta de modo exaustivo a utilização e o incentivo ao uso das embalagens reutilizáveis, não cabendo, pois, analisá-los à luz do artigo 28.º CE; em segundo lugar, porque não constituem um entrave à livre circulação de mercadorias, pois contemplam simples modalidades de venda, não obrigando os produtores ou os distribuidores a usar garrafas reutilizáveis, e, em terceiro lugar, porque são necessários e adequados para assegurar a protecção do ambiente no país.

14 — Acórdãos de 4 de Abril de 1974, Comissão/França (167/73, Colect., p. 198, n.º 15); de 11 de Agosto de 1995, Comissão/Alemanha (C-431/92, Colect., p. I-2189, n.º 21); de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália, já referido, n.º 59, e de 25 de Abril de 2002, Comissão/França (C-418/00 e C-419/00, Colect., p. I-3969, n.º 29).

15 — Acórdão de 17 de Janeiro de 2002, Comissão/Irlanda (C-394/00, Colect., p. I-581, n.º 12).

16 — Acórdão de 17 de Junho de 1987, Comissão/Itália, já referido, n.º 6.

17 — No processo C-309/02, Radlberger e o., ainda pendente, um tribunal alemão apresentou quatro questões prejudiciais, nas quais pede a interpretação da Directiva 94/62, designadamente do n.º 2 do artigo 1.º, do artigo 7.º e do artigo 18.º, bem como do artigo 28.º CE, a fim de saber se são contrários a determinadas disposições do regulamento relativo às embalagens, aplicáveis aos recipientes em que, além das águas minerais, é comercializada a quase totalidade dos refrigerantes e vinho.

Convém analisar estes argumentos seguindo a ordem proposta pela demandada.

1. O alcance da harmonização realizada pela Directiva 94/62 e a aplicabilidade do artigo 28.º CE ao caso em apreço

30. Na opinião do governo federal, a possibilidade, concedida aos Estados-Membros pelo artigo 5.º da Directiva 94/62, de fomentarem os sistemas de reutilização de embalagens compreende a cobrança de um depósito tanto para as reutilizáveis como para as não reutilizáveis. Entende que a Directiva 94/62 regulamenta exhaustivamente o referido sector de modo que, ao analisar as disposições nacionais à luz do regime comunitário, o artigo 28.º CE só é aplicável a título subsidiário no caso de não ter havido a necessária adaptação das referidas disposições às normas comunitárias. A União Europeia autorizou expressamente a promoção dos recipientes reutilizáveis pelo que o artigo 5.º da Directiva 94/62 ficaria desprovido de qualquer efeito útil se, como sugere a Comissão, a utilização e o retorno dos recipientes ao lugar de produção pudessem prejudicar a livre circulação de mercadorias.

31. Em meu entender, o facto de um Estado-Membro organizar a recolha de resíduos de embalagens e de embalagens vazias segundo o sistema de depósito, recuperação e valori-

zação, que impõe determinados ónus aos produtores e distribuidores, não coloca, por si só, qualquer problema de compatibilidade com o direito comunitário¹⁸, pois está previsto no artigo 7.º da Directiva 94/62, preceito que os Estados-Membros tiveram que incorporar no respectivo direito interno. O referido sistema aplica-se tanto aos recipientes reutilizáveis como aos não reutilizáveis. Nestas circunstâncias, deve dar-se parcialmente razão ao Estado demandado quanto a este ponto.

32. Nas conclusões que apresentei no processo C-246/99, Comissão/Dinamarca¹⁹, no qual estava em causa uma legislação nacional que proibia a importação de cerveja e refrigerantes gaseificados em latas, tive ocasião de me pronunciar sobre o alcance da harmonização realizada pela Directiva 94/62 neste domínio. Nesse processo, as embalagens preenchiam todos os requisitos básicos enunciados no anexo II da directiva, pelo que a proibição era manifestamente contrária ao seu artigo 18.º, que estabelece a liberdade de colocação no mercado dos recipientes em qualquer Estado-Membro. Defendi então que as medidas nacionais relativas à gestão e aos resíduos das embalagens tinham sido harmonizadas pela directiva. Nestas circunstâncias, de acordo com a jurisprudência, se a legislação nacional for conforme com a directiva, não se pode fiscalizar ainda a sua compatibilidade com

18 — Convém analisar se o sistema não origina uma compartimentação do mercado e se não prejudica, em especial, os produtos provenientes de outros Estados-Membros.

19 — Em 13 de Setembro de 2001 (Collect. 2002, p. I-6943). V. n.ºs 18 a 41. O processo foi arquivado por desistência.

o direito primário relativo à livre circulação de mercadorias²⁰.

33. No entanto, discordo da opinião do Governo alemão quando este defende que as matérias harmonizadas foram a utilização e a promoção das embalagens reutilizáveis. O artigo 5.º da Directiva 94/62, que permite aos Estados-Membros incentivar o uso dos sistemas de reutilização desde que o façam em conformidade com o Tratado, é uma norma pouco precisa, cujo teor não oferece qualquer indício quanto ao modo ou ao sentido em que as autoridades nacionais estão habilitadas a agir. A reutilização, isto é, a possibilidade de encher de novo um recipiente, voltando a usá-lo para o mesmo fim para que foi concebido, é definida no n.º 5 do artigo 3.º, disposição que, para os presentes efeitos, não adianta qualquer esclarecimento pelo que não é possível afirmar, como pretende o governo demandado, que a directiva harmonizou a utilização e a promoção das embalagens reutilizáveis.

34. Daí que, para analisar essas acções, seja necessária uma remissão para o direito primário no seu conjunto e não apenas para os princípios relativos à livre circulação de mercadorias. Assim, se, por exemplo, os poderes públicos concederem subvenções ou auxílios para estimular a investigação e o desenvolvimento de investimentos desti-

nados à transformação ou ao melhoramento de instalações de embalagem, ao fabrico de recipientes reutilizáveis ou a actividades que incentivem a reutilização, ou se adoptarem medidas de carácter económico, financeiro ou fiscal, têm de respeitar as regras relativas aos auxílios de Estado e à concorrência e cumprir o disposto no Tratado em matéria fiscal.

Além disso, se existirem indícios de que as decisões adoptadas por um Estado-Membro para incentivar os sistemas de reutilização, mesmo sem chegar ao ponto de proibir a importação, constituem obstáculos à livre circulação de mercadorias, devem ser analisados sob o prisma dos artigos 28.º CE e 30.º CE. Com efeito, é evidente que, por força do artigo 18.º da Directiva 94/62, os Estados-Membros não podem impedir a colocação no mercado de embalagens que preencham todos os requisitos essenciais previstos no anexo II, que foram objecto de harmonização. No entanto, existem formas mais subtis de actuação estatal susceptíveis de conduzir a um resultado semelhante.

35. Para justificar que o artigo 28.º CE não se aplica a este caso, o Governo alemão escudase ainda no acórdão DaimlerChrysler²¹, em cujo n.º 44 o Tribunal de Justiça declarou que a utilização, na alínea a), i), do n.º 3 do

20 — Acórdãos de 23 de Maio de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Colect., p. I-2553, n.º 18), e de 12 de Novembro de 1998, Comissão/Alemanha (C-102/96, Colect., p. I-6871, n.º 21 e 22).

21 — Acórdão de 13 de Dezembro de 2001 (C-324/99, Colect., p. I-9897).

artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 259/93²², da expressão «de acordo com o Tratado» não pode ser interpretada no sentido de que significa que uma medida nacional que preenche as exigências desta disposição deve ser objecto de um exame distinto no que toca à sua compatibilidade com as disposições do direito primário relativo à livre circulação de mercadorias.

nível comunitário deve ser apreciada à luz dessa medida de harmonização e não do direito primário²⁴, embora o poder conferido aos Estados-Membros pelo n.º 1 do artigo 14.º da Directiva 97/7²⁵ deva ser exercido dentro do respeito pelo Tratado, como é expressamente previsto nesta disposição²⁶.

36. Há várias considerações que, em minha opinião, justificam que a tese da demandada tenha poucas probabilidades de vingar. Em primeiro lugar, porque o Tribunal de Justiça completou essa apreciação no número seguinte do mesmo acórdão, acrescentando que a referida expressão também não significa que se deva sistematicamente presumir que todas as medidas nacionais que restringem as transferências de resíduos, a que se refere a alínea a), i), do n.º 3 do artigo 4.º do Regulamento n.º 259/93, estão em conformidade com o direito comunitário pelo simples facto de se destinarem a dar aplicação a um ou vários dos princípios mencionados nesta disposição. Pelo contrário, tais medidas nacionais têm de respeitar o regulamento e as outras regras ou princípios gerais do Tratado que não sejam directamente visados pela legislação adoptada no domínio das transferências de resíduos. O mesmo se pode concluir do acórdão *Deutscher Apotheker-verband eV*²³, cujo n.º 64 dispõe que toda e qualquer medida nacional num domínio que foi objecto de uma harmonização exaustiva a

37. Em segundo lugar, porque, no processo *DaimlerChrysler*, a regulamentação comunitária pertinente era um regulamento que, por definição, além de ser um acto de alcance geral, obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável no território da União, tem maior concretização do que uma directiva, cujas disposições devem ser transpostas pelos Estados-Membros para os respectivos ordenamentos jurídicos internos. É certo que, como o Governo alemão indica, a fórmula de remissão para o Tratado utilizada no Regulamento n.º 259/93 e na Directiva 94/62 é idêntica. No entanto, há uma grande diferença entre o conteúdo da alínea a), i), do n.º 3 do artigo 4.º do regulamento e o artigo 5.º da directiva: enquanto o primeiro enuncia os princípios aos quais os Estados-Membros devem

22 — Regulamento do Conselho, de 1 de Fevereiro de 1993, relativo à fiscalização e ao controlo das transferências de resíduos no interior, à entrada e à saída da Comunidade (JO L 30, p. 1).

23 — Acórdão de 11 de Dezembro de 2003 (C-322/01, Colect., p. I-14887).

24 — Acórdãos de 12 de Outubro de 1993, *Vanacker e Lesage* (C-37/92, Colect., p. I-4947, n.º 9), e *Daimler Chrysler*, já referido, n.º 32.

25 — Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (JO L 144, p. 19).

26 — Esta norma permite aos Estados-Membros adoptar ou manter, no âmbito de aplicação da directiva, disposições mais estritas compatíveis com o Tratado, a fim de garantir uma maior protecção dos consumidores.

obedecer e as medidas concretas que podem tomar, o segundo limita-se a especificar que essas medidas devem incentivar o uso de embalagens susceptíveis de reutilização sem prejuízo para o ambiente.

2. Natureza das normas controvertidas: medidas de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação ou simples modalidade de venda

38. Não há dúvida de que o legislador comunitário vê com bons olhos as acções das autoridades nacionais favoráveis aos sistemas de reutilização de embalagens que envolvam uma forma indirecta de prevenção dos resíduos sempre que, com carácter económico, financeiro, fiscal ou outro, não interfiram no bom funcionamento do mercado interno.

39. Por conseguinte, entendo que o artigo 5.º da Directiva 94/62, por si só, não tem a concretização necessária para se apreciar a compatibilidade com o direito comunitário das disposições tomadas pelos Estados-Membros com vista a fomentar os sistemas de reutilização de embalagens não prejudiciais para o ambiente, sem que seja possível completá-lo recorrendo a outras disposições do mesmo diploma. Por conseguinte, a Comissão tem razão ao sustentar que a remissão que esta norma faz para o Tratado em bloco permite controlar a adequação das referidas disposições ao direito primário relativo à livre circulação de mercadorias.

40. Segundo o governo demandado, os §§ 8 e 9 do regulamento alemão relativo às embalagens visam incorporar o artigo 5.º da Directiva 94/62 no ordenamento jurídico interno, pelo que não podem ser contrários aos artigo 28.º CE nem constituir entraves às trocas comerciais: não protegem unilateralmente os interesses nacionais do Estado e cumprem obrigações impostas no interesse geral da Comunidade. Segundo o Governo alemão, o referido regulamento concede aos distribuidores de bebidas a faculdade de as venderem em recipientes de um ou outro tipo; a obrigação de cobrar um depósito é imposta aos que comercializam no país águas minerais em garrafas de tara perdida, independentemente do lugar onde estejam estabelecidos. De forma alguma os produtores estrangeiros dessas águas são afectados, uma vez que as normas só se aplicam aos retalhistas e aos consumidores. Para estes últimos, os encargos são os mesmos quer comprem a água em garrafas reutilizáveis ou em recipientes não reutilizáveis. Em ambos os casos têm de efectuar o depósito de uma quantia que lhes é devolvida quando as entrega vazias. Na tréplica, o Governo alemão insiste em que o § 8 do regulamento enuncia a regra fundamental de que a venda de bebidas em recipientes de tara perdida está sujeita à cobrança de um depósito por unidade, ao passo que o § 9 fixa as respectivas data e condições de efectivação. Em sua opinião, ao invés do que pretende a

Comissão, não é possível separar o anúncio de que o depósito é exigível a partir de um determinado dia, o que iria contra o direito comunitário, da própria exigência que, como tal, seria compatível.

realizarem um número mínimo de viagens ou rotações; que devem poder ser enchidos de novo sem prejudicar o ambiente e respeitar as outras regras e princípios gerais.

O Governo alemão nega que as empresas estrangeiras de águas minerais sejam pressionadas a engarrafar a água em embalagens reutilizáveis, pois as importações cresceram de 230 milhões de litros em 1994 para mais de 680 milhões em 2000. Em 2002 já cobravam depósito pela maioria das embalagens não reutilizáveis (cerca de 53% das importações) e recolhiam-nas voluntariamente. O regulamento não encobre a existência de qualquer discriminação indirecta, pois a sua aplicação não depende do lugar de origem das águas nem das embalagens e coloca as empresas de outros países em pé de igualdade com as empresas nacionais.

42. Entende que, a haver obstáculos ao comércio, devem ser imputados à Directiva 80/777, pois antes da sua aprovação existia nos Estados-Membros uma percentagem considerável de águas minerais vendidas em garrafas reutilizáveis. A regulamentação comunitária, ao impor o engarrafamento na nascente, aceitou o transporte a longas distâncias nesse tipo de recipientes. Na prática, quem comercializa essas bebidas enfrenta dificuldades maiores do que os seus concorrentes no sector dos refrigerantes, independentemente de optar por um ou outro tipo de apresentação. Por último, refere que os §§ 8 e 9 do regulamento relativo às embalagens contêm simples modalidades de venda, não abrangidas no âmbito de aplicação do artigo 28.º CE.

41. Baseando-se no n.º 5 do artigo 3.º, a Alemanha defende que a Directiva 94/62 dá preferência às embalagens reutilizáveis, incentivando a prevenção dos resíduos, que é o primeiro objectivo da lista de prioridades. Assinala que o artigo 5.º não dá carta branca aos Estados-Membros para promoverem os sistemas de reutilização: a adaptação à directiva específica que os recipientes devem ser concebidos e projectados de modo a

43. É certo que, como alega o Governo alemão, o Tribunal de Justiça considerou que uma norma nacional, destinada à aplicação de uma directiva do Conselho aprovada no interesse geral da Comunidade²⁷, não pode ser qualificada de medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa à importação na acepção do artigo 28.º CE. No entanto, como a Comissão acertadamente

27 — Acórdãos de 25 de Janeiro de 1977, Bauhuis (46/76, *Colect.*, p. 3, n.ºs 28 e 29), e de 23 de Março de 2000, Berendse-Koenen (C-246/98, *Colect.*, p. 1-1777, n.ºs 24 e 25).

salienta, a condição para recorrer a esta jurisprudência, a saber, que o Estado-Membro actue no cumprimento de uma obrigação imposta por uma directiva, não se verifica neste caso, pois, como antes se viu, o artigo 5.º não impõe qualquer obrigação, limitando-se a conceder uma faculdade.

45. Segundo a Alemanha, a finalidade destas disposições é incentivar o uso dos recipientes reutilizáveis. Em minha opinião, a Comissão tem razão ao entender que dificultam a comercialização, nesse país, de produtos como as águas minerais naturais, as quais, nos termos da Directiva 80/777, têm de ser engarrafadas na origem. Também discordo de que só afecte os retalhistas e os consumidores.

46. As razões da minha posição são as seguintes.

44. As disposições controvertidas são: o n.º 1 do § 8 do regulamento relativo às embalagens de 1998, segundo o qual os distribuidores de bebidas em recipientes não reutilizáveis devem cobrar um depósito aos clientes, devolvendo-o quando estes últimos os entregarem vazios; e o n.º 2 do § 9, que deixa em suspenso essa medida se as empresas em causa participarem num sistema integrado de gestão, enquanto a percentagem de embalagens reutilizáveis no país não for inferior a 72%. Se tal se verificar, funciona a obrigação de depósito, de recuperação e de valorização em relação às bebidas cuja quota de embalagens reutilizáveis tenha ficado aquém da registada em 1991 e que, segundo a Comissão indica na petição, foi de 91,33% para as águas minerais. Ao que parece, este método foi bem aceite pelos agentes económicos interessados, preocupados sobretudo em que a percentagem de recipientes reutilizáveis e não poluentes não diminuísse em relação à registada nessa altura.

47. Em primeiro lugar, o artigo 7.º da Directiva 94/62 obriga os Estados-Membros a adoptar as medidas necessárias para implantar sistemas de recuperação e de recolha de embalagens usadas e de resíduos de embalagens, esclarecendo que serão abertos à participação dos operadores económicos em causa. Por força desta disposição, as autoridades nacionais podem optar, no caso das embalagens não reutilizáveis de bebidas, entre sujeitá-las a depósito, retorno e valorização ou permitir que mediante um sistema integrado de gestão sejam recolhidas junto do consumidor ou nas imediações da zona de intervenção do distribuidor. Ora, o facto de, num determinado país, a continuidade da segunda opção depender de o volume global de garrafas reutilizáveis no mercado nacional não ser inferior a uma determinada quota, é indubitavelmente fonte de insegurança jurídica dos operadores económicos que comercializam os seus produtos em recipientes de tara perdida, pois, enquanto o nível se mantiver acima do

patamar fixado, as empresas operam, ano após ano, com o receio de que a percentagem estabelecida não seja alcançada, caso em que, se no correspondente sector também não se atingir o nível de 1991, têm de se estruturar num curto espaço de tempo para a cobrança do depósito em todas as fases da cadeia de comercialização.

usar garrafas não reutilizáveis com a previsível consequência de essa percentagem tornar a baixar. Parece-me que a decisão das empresas relativamente ao tipo de embalagem é demasiado importante para que a uma legislação com estas características se venha acrescentar um elemento de grande incerteza sobre a sua continuidade, caso decidam instalar-se no mercado alemão.

Trata-se de uma regulamentação que, por um lado, gera incerteza entre os operadores que optaram pela participação num sistema integrado de gestão de embalagens e de resíduos de embalagens, visto desconhecerem por quanto tempo podem manter-se nessa situação e, por outro, a fim de evitar essa falta de estabilidade, os incita a renunciar a essa alternativa, mais cómoda, passando a cobrar um depósito pelas embalagens não reutilizáveis ou recorrendo às embalagens reutilizáveis. Isto sem contar com o efeito dissuasor que tais normas podem ter naqueles que pretendem introduzir as suas águas minerais na Alemanha.

49. Em segundo lugar, o artigo 7.º da Directiva 94/62 coloca em pé de igualdade os sistemas de retorno e de recolha, bem como os de reutilização e de valorização, incluindo a reciclagem, com a única condição de permitirem alcançar os objectivos visados. Portanto, não há razão para que, procurando favorecer um dos sistemas, se impeça temporariamente a participação dos agentes económicos no outro, devido ao facto de não ter sido atingida a percentagem prevista.

48. No entanto, cabe acrescentar que as empresas excluídas da via proposta pelo n.º 1 do § 9 do regulamento relativo às embalagens quando a quota das reutilizáveis descer abaixo do mínimo previsto, podem voltar a recorrer a ela no caso de aumentar o uso dos recipientes reutilizáveis. Se a finalidade dessas normas é incentivar o uso de garrafas reutilizáveis, não faz muito sentido que, quando se tiver conseguido ultrapassar a percentagem de 72%, os produtores voltem a

50. Em terceiro lugar, a legislação alemã controvertida, embora aplicável de igual modo aos operadores nacionais e aos estrangeiros, afecta negativamente estes últimos em especial. No que respeita às águas minerais naturais, engarrafadas na nascente por imperativo da Directiva 80/777, as empresas que se proponham exportar parte da sua produção tendem a engarrafá-la em recipientes não reutilizáveis, devido ao seu

menor custo: se as garrafas reutilizáveis forem de vidro pesam mais, o que provoca maior consumo de combustível e o transporte de uma tonelagem mais elevada; além disso, com as embalagens de tara perdida evita-se a sua reexpedição e reduz-se a despesa para metade, já que a capacidade de carga do veículo pode ser aproveitada para o transporte de outras mercadorias na viagem de regresso, economizando-se ainda os custos de lavagem e esterilização. A prova está em que, na prática, os produtores de águas minerais de outros Estados-Membros utilizam uma percentagem consideravelmente maior de embalagens de plástico do que os alemães. A este respeito, a Comissão cita um estudo de Junho de 2001 realizado pela Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung, com o fim de demonstrar que, em 1999, os produtores alemães de água mineral natural engarrafaram 90% da sua produção em recipientes reutilizáveis e os restantes 10% em garrafas de tara perdida, quando as exportações para a Alemanha deste último tipo de embalagens chegaram aos 71%.

51. Há outra consideração que me parece importante: para colocar as águas minerais no mercado alemão, a distância a que as águas provenientes do estrangeiro têm de ser transportadas é geralmente superior à percorrida pelas águas capturadas nas nascentes nacionais. É certo que há excepções para as águas cujas nascentes se situam noutros Estados-Membros, próximo da fronteira com a Alemanha; além disso, alguns produtores deste país têm de percorrer muitos quilómetros para chegar a todos os pontos

de distribuição, embora, se trabalharem com garrafas normalizadas, possam evitar o envio dos recipientes vazios a grandes distâncias, participando num sistema de reutilização. Não me parece realista sugerir às empresas estrangeiras que deixem de usar as embalagens utilizadas no resto dos países e escolham as homologadas para as empresas alemãs, *maxime* tendo em conta que, nalguns casos, as embalagens têm carácter distintivo e a sua representação gráfica está registada como marca ²⁸.

52. Contrariamente ao indicado pela Alemanha, a Comissão não lhe censura a decisão de sujeitar a depósito as embalagens não reutilizáveis, opção legislativa que, como acima referi, se apoia no artigo 7.º da Directiva 94/62. O que na realidade lhe critica são as condições associadas à comercialização de bebidas nesse Estado, vinculadas a percentagens determinadas aleatoriamente, dependentes em última instância das preferências dos consumidores e nas quais os agentes económicos só podem influir se aceitarem prescindir das embalagens não reutilizáveis em favor das reutilizáveis. O

28 — V. acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 2004, Henkel (C-218/01, Colect., p. I-1725). Em 28 de Janeiro de 2004, o Tribunal de Primeira Instância proferiu um acórdão nos processos apensos T-146/02 a T-153/02, Deutsche Sisi-Werke/IHMI (Colect., p. II-447), nos quais se discutia a recusa de registo como marca tridimensional da forma de uma embalagem de bebidas que consistia numa bolsa que se mantém na vertical.

facto de entre 1994 e 2000 terem aumentado as importações de águas minerais de outros Estados-Membros não me parece decisivo, pois, a não ter existido a referida regulamentação, talvez esse aumento até tivesse sido maior.

53. Não subscrevo a tese da demandada relativa à hierarquia entre os diferentes tipos de recipientes instituída pela Directiva 94/62. O n.º 2 do artigo 1.º atribui a primeira prioridade à prevenção dos resíduos de embalagens, ao passo que a reutilização, reciclagem e outras formas de valorização, referidas a seguir, se situam no mesmo plano. É certo que no oitavo considerando se pretende que as análises do ciclo de vida sejam completadas o mais rapidamente possível de modo a justificar uma hierarquia bem definida entre embalagens reutilizáveis, recicláveis e valorizáveis mas, na prática, os estudos realizados nalguns países não parecem ter produzido ainda resultados definitivos.

54. Também ao contrário do que pretende o Governo alemão, não se podem equiparar a prevenção e a reutilização, conceitos definidos no artigo 3.º da Directiva 94/62. Segundo o n.º 4, a primeira consiste tanto na diminuição da quantidade e da nocividade para o ambiente de materiais e substâncias utilizados nas embalagens e nos resíduos de embalagens como na diminuição das embalagens a nível do processo de produção e nas

fases de comercialização, distribuição e eliminação, em especial através do desenvolvimento de produtos e tecnologias «limpas». O n.º 5 define a «reutilização» como qualquer operação pela qual uma embalagem, concebida e projectada para perfazer um número mínimo de viagens ou rotações no seu ciclo de vida, é enchida de novo, com ou sem apoio de produtos auxiliares, para o mesmo fim para que foi concebida, passando depois a constituir um resíduo.

55. A regra básica de prevenção consta do n.º 1 do anexo II da Directiva 94/62, referente aos requisitos específicos de fabrico e composição das embalagens: estas devem ser fabricadas de forma a que o respectivo peso e volume não excedam o valor mínimo necessário para manter níveis de segurança, higiene e aceitação adequados para o produto embalado e para o consumidor, ou seja, a prevenção atende à concepção e ao processo de fabrico do recipiente, com o objectivo de reduzir e evitar a produção de resíduos na origem. Como se vê, são medidas que se aplicam tanto aos recipientes reutilizáveis como aos recicláveis.

56. Também discordo do governo demandado quanto à sua ideia de que os obstáculos

ao comércio, a existirem, decorrem da Directiva 80/777, que proíbe o transporte das águas minerais em quaisquer recipientes que não os autorizados para a distribuição ao consumidor final. Por um lado, esta directiva regula a exploração e a comercialização de géneros destinados à alimentação humana, com uma preocupação especial de os proteger contra os riscos de poluição, atendendo a que o que está em causa é a saúde pública; por outro lado, defende os direitos dos consumidores, garantindo-lhes que, graças ao engarrafamento na fonte e a um dispositivo de fecho adequado, o líquido conserva os elementos que justificaram o seu reconhecimento como água mineral. Além disso, a directiva foi aprovada justamente para suprimir os entraves ao comércio dessas bebidas e facilitar o funcionamento do mercado comum. É verdade que admitiu o transporte das mesmas a longas distâncias. Todavia, não se pronunciou sobre o tipo de embalagem preferível nem consagrou a superioridade das reutilizáveis sobre as recicláveis.

importadas. No acórdão Keck e Mithouard²⁹, o Tribunal de Justiça recorreu à diferenciação entre as disposições relativas às características dos produtos e as referentes às modalidades de venda, para precisar quais as regras que, afectando por igual os nacionais e os estrangeiros, geram restrições susceptíveis de as transformar em medidas de efeito equivalente proibidas pelo artigo 28.º CE.

No referido acórdão, confirmou como tais os obstáculos à liberdade de circulação de mercadorias que, na falta de harmonização das legislações³⁰, resultam da aplicação a produtos provenientes de outros Estados-Membros, onde são legalmente fabricados e comercializados, de regras relativas às condições a que os mesmos devem obedecer, mesmo que essas regras sejam indistintamente aplicáveis a todos os produtos, quando essa aplicação não puder ser justificada por um objectivo de interesse geral susceptível de primar sobre as exigências da livre circulação³¹.

57. Também não estou de acordo com o entendimento de que os n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento alemão em causa constituem simples modalidades de venda, embora sejam indistintamente aplicáveis às águas minerais engarrafadas no país e às

29 — Acórdão de 24 de Novembro de 1993 (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097). V. López Escudero, M.: «La jurisprudencia sobre la prohibición de las medidas de efecto equivalente tras la sentencia Keck y Mithouard», in *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, D-28, pp. 47 a 94.

30 — Esta alegação do governo demandado é pelo menos inconsequente, visto que um dos argumentos principais em que assenta a sua defesa consiste no facto de a Directiva 94/62 ter realizado uma harmonização completa da utilização e do incentivo das embalagens reutilizáveis.

31 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1979, Rewe-Zentral, dito «Cassis de Dijon» (120/78, Colect., p. 327), e acórdão Keck e Mithouard, já referido, n.º 15.

58. Declarou, depois, que, contrariamente ao que até aí tinha decidido, as regras nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda não são susceptíveis de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário na acepção da jurisprudência Dassonville³², desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional, e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-Membros.

59. Acrescentou que, quando essas condições se encontrem preenchidas, as regulamentações desse tipo não são susceptíveis de impedir o acesso desses produtos ao mercado ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais. Essas regulamentações escapam, portanto, ao âmbito de aplicação do artigo 28.º CE.

60. A partir desse acórdão, para determinar se o artigo 28.º CE se impõe a uma legislação indistintamente aplicável aos produtos nacionais e aos produtos importados, há que distinguir entre as regras sobre as condições a que essas mercadorias devem obedecer, tais como as relativas à sua designação, forma, dimensão, peso, composição, apresentação, etiquetagem e emba-

gem e as destinadas a regulamentar as modalidades de venda.

61. Desde a prolação do acórdão Keck e Mithouard em 1993³³, em que foi analisada a proibição da revenda com prejuízo em França, o Tribunal de Justiça considerou modalidades de venda, por exemplo, uma norma deontológica adoptada por uma ordem profissional que veda aos farmacêuticos a publicidade, fora dos seus estabelecimentos, dos produtos parafarmacêuticos que estão autorizados a vender³⁴; a regulamentação do horário máximo de abertura dos estabelecimentos comerciais e dos períodos de encerramento³⁵; a obrigação de não abrir os estabelecimentos comerciais de venda a retalho aos domingos³⁶; a regulamentação que reserva a comercialização exclusiva nas farmácias de leite transformado para lactentes³⁷; um sistema de distribuição que reserva a venda de tabaco a retalho a estabelecimentos autorizados pelos poderes públicos³⁸; a regulamentação que proíbe a publicidade televisiva do sector económico da distribuição³⁹; a proibição de venda com uma margem de lucro extremamente reduzida⁴⁰; a proibição da publicidade dirigida aos

33 — Já referido.

34 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1993, Hürnemund e o. (C-292/92, *Colect.*, p. I-6787).

35 — Acórdão de 2 de Junho de 1994, Tankstation 't Heukske vof e Boermans (C-401/92 e C-402/92, *Colect.*, p. I-2199).

36 — Acórdão de 2 de Junho de 1994, Punto Casa e PPV (C-69/93 e C-258/93, *Colect.*, p. 2355).

37 — Acórdão de 29 de Junho de 1995, Comissão/Grécia (C-391/92, *Colect.*, p. I-1621).

38 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Banchemo (C-387/93, *Colect.*, p. I-4663).

39 — Acórdão de 9 de Fevereiro de 1995, Leclerc-Siplec (C-412/93, *Colect.*, p. I-179).

40 — Acórdão de 11 de Agosto de 1995, Belgacom (C-63/94, *Colect.*, p. I-2467).

32 — Acórdão de 11 de Julho de 1974 (8/74, *Colect.*, p. 423).

menores de doze anos e da publicidade enganosa⁴¹; a proibição de os produtores e importadores de bebidas alcoólicas num Estado-Membro difundirem anúncios publicitários dirigidos aos consumidores⁴², e a limitação da venda ambulante aos comerciantes de determinada circunscrição administrativa na qual exercem a sua actividade em estabelecimentos fixos no que respeita a essas mercadorias⁴³.

62. À luz destes exemplos, torna-se difícil defender que as disposições alemãs prevêem uma simples modalidade de venda, já que a pressão que exercem sobre os produtores está directamente relacionada com o tipo de embalagem em que a mercadoria é comercializada, essas regras fazem parte, assim, das medidas relativas às características dos produtos.

63. Pelo exposto, penso que a Comissão tem razão quando afirma que a regulamentação contida nos n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento controvertido constitui uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa, proibida pelo artigo 28.º CE.

3. A protecção do ambiente na Alemanha como justificação da legislação controvertida

64. A República Federal da Alemanha defende que os §§ 8 e 9 do regulamento relativo às embalagens se justificam por exigências imperativas de interesse geral, pois prosseguem três objectivos relacionados com a política ambiental, a saber, a prevenção e melhor gestão dos resíduos e a protecção do ambiente evitando as descargas descontroladas. Sustenta que essas disposições não se baseiam apenas nos resultados dos ecobalancos, pelo que o seu impacto não pode ser avaliado unicamente em função do trajecto que as embalagens reutilizáveis vazias têm de percorrer para serem reexpedidas. Esses objectivos podem ser alcançados graças a uma elevada percentagem de retornos, independentemente da distância do transporte e da origem, nacional ou estrangeira, dos recipientes. Nenhuma das possíveis iniciativas do Estado seria tão eficaz para se conseguir tais resultados como a cobrança de um depósito, pelos comerciantes, por cada embalagem de tara perdida. Na sua opinião, o sistema alemão não poderia funcionar se os recipientes de águas minerais provenientes de outros Estados-Membros estivessem isentos desse depósito, já que se criariam distorções de concorrência entre as empresas que comercializam o seu produto em recipientes de tara perdida. Acrescenta que as referidas disposições estão em conformidade com o direito comunitário, designadamente com os princípios da precaução e da acção preventiva previstos no artigo 174.º, n.º 2, CE, que reconhecem aos Estados-Membros uma certa margem de apreciação

41 — Acórdão de 9 de Julho de 1997, De Agostini e TV-Shop (C-34/95 a C-36/95, Colect., p. I-3843).

42 — Acórdão de 8 de Março de 2001, Gourmet International Products (C-405/98, Colect., p. I-1795).

43 — Acórdão de 13 de Janeiro de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Colect., p. I-151).

quando há que ponderar o interesse da política do ambiente⁴⁴.

65. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, uma regulamentação nacional que restringe as trocas comerciais intracomunitárias pode ser justificada por razões atinentes à protecção do ambiente, como as invocadas pelo Governo alemão⁴⁵. Ora, nesse caso, deve ser proporcionada aos objectivos prosseguidos e esses objectivos não devem poder ser atingidos através de medidas menos restritivas das trocas comerciais intracomunitárias⁴⁶.

66. O governo demandado não me convenceu da necessidade, para a protecção do ambiente, de impor que, sempre que a percentagem de embalagens reutilizáveis seja inferior a 72%, as empresas percam a

possibilidade de isenção da cobrança de um depósito por embalagem de tara perdida mediante a adesão a um sistema de gestão de embalagens e de resíduos de embalagens se, no sector em que exercem a sua actividade, a percentagem das embalagens reutilizáveis não atingir a de 1991.

67. Em primeiro lugar, e meramente a título de exemplo, não se sabe porque é que, de um ponto de vista ecológico, a percentagem de 72% das embalagens reutilizáveis em circulação no país é preferível a 60%, 70% ou 80%. Também não conheço as razões de protecção ambiental que levaram à cristalização, para o futuro, dos resultados verificados em 1991, sem admitir critérios de flexibilização em função do comportamento e das preferências dos operadores económicos e dos consumidores. Há que reconhecer que, se a percentagem de garrafas reutilizáveis de águas minerais atingiu 91,33% nesse ano, a margem que os produtores que usam recipientes não reutilizáveis têm para se eximir da obrigação de cobrar depósito, com um sistema integrado de gestão, é mínima. E são os produtores estrangeiros quem principalmente utiliza este tipo de garrafas.

44 — O governo demandado refere dois acórdãos do Tribunal de Justiça em apoio desta afirmação, que não considero pertinentes. O primeiro, de 14 de Julho de 1983, Sandoz (174/82, Recueil, p. I-2445), quando essa disposição ainda não figurava no Tratado, versava sobre a autorização prévia para a venda de produtos destinados ao consumo humano aos quais tinham sido acrescentadas vitaminas. O segundo, de 15 de Setembro de 1994, Houtwipper (C-293/93, Colect., p. I-4249), reconhece efectivamente aos Estados-Membros uma ampla margem de apreciação, mas nesse caso tratava-se de optar entre realizar um controlo *a priori* por um organismo independente e a proibição de colocação em venda de artefactos de metal precioso sem uma punção que preenchesse as exigências regulamentares.

45 — Acórdãos de 7 de Fevereiro de 1985, Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (240/83, Recueil, p. 531), e de 20 de Setembro de 1988, Comissão/Dinamarca (302/86, Colect., p. 4607, n.º 9).

46 — Acórdão De Agostini e TV-Shop, já referido, n.º 45; acórdãos de 23 de Outubro de 1997, Franzén (C-189/95, Colect., p. I-5909, n.º 75), e de 14 de Julho de 1998, Aher-Waggon (C-389/96, Colect., p. I-4483, n.º 18 a 20).

Como é sabido, no acórdão Comissão/Dinamarca⁴⁷, o Tribunal de Justiça conside-

47 — Já referido, n.º 21.

rou que a limitação da quantidade dos produtos susceptíveis de serem comercializados pelos importadores era desproporcionada relativamente ao objectivo prosseguido. Nesse processo, a legislação dinamarquesa autorizava os produtores a comercializar no máximo 3 000 hl de cerveja e refrigerantes em embalagens não normalizadas por ano, sob condição de serem reutilizáveis e de ser cobrado um depósito por unidade.

68. Em segundo lugar, se o objectivo é efectivamente prevenir, mesmo de forma indirecta, a produção de resíduos de embalagens, incentivando o uso das reutilizáveis, não vejo razão para que, quando se chegue novamente aos 72%, haja que restabelecer a possibilidade de isenção do depósito para as garrafas de tara perdida. É certo que com a imposição do depósito se consegue uma percentagem muito mais elevada de retorno de embalagens vazias pelos consumidores, os quais, de resto, aceitam rapidamente pagá-lo. Uma vez posto em prática este sistema, que não é fácil, interrogo-me quanto às vantagens de voltar atrás, com a previsível consequência de o recurso a embalagens reutilizáveis tornar a diminuir, num efeito de acordeão susceptível de desestabilizar os hábitos dos utentes, dos produtores e dos distribuidores. Isto sem contar com o retrocesso que implica em relação à gestão de resíduos de embalagens e à preservação da paisagem.

69. Em terceiro lugar, no seu afã de dar preferência às garrafas reutilizáveis a fim de proteger o ambiente das sequelas da reciclagem e da valorização dos resíduos de embalagens de tara perdida, o Governo alemão não parece ter tido em conta outros factores (como os tratamentos de limpeza e esterilização aplicáveis aos recipientes reutilizáveis, o consumo de combustível, as emissões atmosféricas e o desgaste das vias de comunicação, quando a distância de transporte exceder um determinado número de quilómetros, com o inevitável aumento da intensidade do trânsito e do risco de acidentes), que devem ser confrontados com as alegadas vantagens ecológicas, pelo que as embalagens de tara perdida podem constituir uma alternativa interessante do ponto de vista do ambiente.

70. Em quarto lugar, de acordo com o artigo 7.º da Directiva 94/62, os Estados-Membros devem velar pela instauração de sistemas que garantam tanto a recuperação ou recolha das embalagens como a reutilização ou valorização, abertos à participação dos operadores económicos dos sectores em causa, aplicáveis aos produtos importados em condições não discriminatórias e concebidos de modo a evitar entraves ao comércio ou distorções da concorrência, nos termos do Tratado. Parece-me injustificado que, uma vez postos em prática os sistemas de recolha num Estado-Membro, os poderes públicos impeçam temporariamente a participação de determinados agentes económicos, pelo facto de os hábitos de consumo de bebidas dos seus cidadãos se terem alterado e estes preferirem adquiri-las em garrafas não reutilizáveis, enquanto não se verifique a inversão desta tendência. Trata-se de uma restrição à liberdade de circulação de mer-

cadorias, desproporcionada em relação às diminutas vantagens no domínio da protecção do ambiente. Em minha opinião, a Directiva 94/62 contém mecanismos suficientes para permitir às autoridades alemãs assegurar essa protecção, adoptando uma legislação suficientemente estável, que facilite às empresas exportadoras a planificação a médio e a longo prazo do tipo de recipientes mais apropriados para comercializar as águas minerais na Alemanha.

constituiria uma fonte permanente de insegurança jurídica⁴⁸.

72. Por último, não estou de acordo em que a imposição de um depósito sobre as embalagens de tara perdida seja uma medida adequada para promover o uso das embalagens reutilizáveis. Com efeito, o resultado é seguramente o de o comprador ou qualquer outra pessoa interessada devolver as embalagens vazias para reaver o depósito, que não é pouco, mas, face à necessidade de pagar por uns e outros, o consumidor costuma optar pelo que lhe é mais cómodo e não necessariamente pelo que é menos poluente.

71. Em quinto lugar, não subscrevo a alegação do governo alegadamente infractor de que o Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade de normas gerais para o Estado-Membro e as suas instituições poderem ter em conta a exigência imperativa da viabilidade das medidas de natureza económica. Nesta ocasião, e fora de contexto, o Governo alemão pretende tornar extensível às disposições adoptadas pelas autoridades de um Estado-Membro para exercerem uma faculdade concedida por uma directiva a jurisprudência segundo a qual as instituições comunitárias, quando impõem encargos aos operadores económicos, têm de velar por que estes estejam em conformidade com os objectivos prosseguidos, sem que essa obrigação deva ser apreciada em relação à situação especial de um grupo determinado de operadores pois, dada a multiplicidade e a complexidade das situações económicas, tal apreciação não só seria irrealizável como

73. Resulta desta argumentação que o regulamento alemão controvertido não pode basear-se na protecção do ambiente como exigência imperativa susceptível de limitar a aplicação do artigo 28.º CE, uma vez que não respeita o princípio da proporcionalidade.

74. Pelas razões expostas, considero que, ao aplicar às águas minerais que têm de ser engarrafadas na nascente os n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento relativo às embalagens, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem

48 — Acórdão de 24 de Outubro de 1973, *Balkan Import Export* (5/73, Colect., p. 387, n.º 22).

por força do disposto no artigo 5.º da Directiva 94/62, no artigo 28.º CE e no artigo 3.º da Directiva 80/777 conjugado com a alínea d) do ponto 2 do anexo II.

75. Por conseguinte, a acção instaurada pela Comissão é procedente, devendo ser declarado o incumprimento da República Federal da Alemanha.

VI — Despesas

76. Nos termos do n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Como proponho que o Tribunal de Justiça julgue procedente a acção da Comissão e tendo esta pedido a condenação da República Federal da Alemanha nas despesas, deve este Estado-Membro ser condenado nas despesas.

VII — Conclusão

77. Face às considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça:

«1) Declare que, ao aplicar os n.ºs 1 do § 8 e 2 do § 9 do regulamento relativo às embalagens, de 21 de Agosto de 1998, às águas minerais que têm de ser engarrafadas na nascente, a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 5.º da Directiva 94/62/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 1994, relativa a embalagens e resíduos de embalagens, pelo artigo 28.º CE e pelo artigo 3.º da Directiva 80/777/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à exploração e à comercialização de águas minerais naturais, conjugado com a alínea d) do ponto 2 do seu anexo II.

2) Condene a República Federal da Alemanha nas despesas.»