

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

SIEGBERT ALBER

föredraget den 9 september 2003<sup>1</sup>

## I — Inledning

1. Begäran om förhandsbesked från Oberster Gerichtshof der Republik Österreich avser tolkningen av bestämmelserna i rådets direktiv 93/89/EEG av den 25 oktober 1993 om medlemsstaternas tillämpning av skatter på vissa fordon som används för godstransporter på väg och tullar och avgifter för användningen av vissa infrastrukturer (nedan kallat direktiv 93/89)<sup>2</sup> och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/62/EG av den 17 juni 1999 om avgifter på tunga godsfordon för användningen av vissa infrastrukturer (nedan kallat direktiv 1999/62).<sup>3</sup> Det förstnämnda direktivet ogiltigförklarades av domstolen genom dom av den 5 juli 1995<sup>4</sup> med motiveringen att det hade antagits utan att Europaparlamentet hade hörts på vederbörligt sätt. Domstolen förklarade emellertid att direktivets effekter skulle bestå till dess att ett nytt direktiv hade antagits. Direktiv 1999/62 ersätter, vilket framgår av dess fjärde skäl, det av domstolen upphävida direktiv 93/89.

2. I målet handlar det huruvida om och i vilken omfattning de båda direktivens bestämmelser — som i det väsentliga är innehållsmässigt lika — har direkt effekt inom ramen för en rättstvist mellan ett österrikiskt transportföretag som, genom avgifterna för användande av hela Brennermotorvägen, anser sig vara diskriminerat på ett sätt som är oförenligt med gemenskapsrätten och därför i målet vid den nationella domstolen kräver att den som ansvarar för motorvägen återbetalar de vägavgifter som erlagts under perioden den 1 januari 1997 till den 31 juli 2000.

## II — Tillämpliga bestämmelser

3. Enligt artikel 2 i direktiv 93/89 betyder uttrycket "vägtull": "betalning av ett bestämt belopp för ett fordon som tillryggalägger ett avstånd mellan två punkter på den infrastruktur som anges i artikel 7 d; beloppet skall grundas på det avstånd som tillryggalagts och på fordonskategori", och uttrycket "motorfordon": "motorfordon

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 279, s. 32; svensk specialutgåva, område 7, volym 5, s. 37.

3 — EGT L 187, s. 42.

4 — Dom i mål C-21/94, parlamentet mot rådet (REG 1995, s. I-1827).

eller ledad fordonskombination uteslutande för godstransporter på väg och med en högsta tillåten bruttovikt av minst 12 ton”.

4. I artikel 7 i direktiv 93/89 föreskrivs:

”Medlemsstaterna kan behålla eller införa vägtullar och/eller införa trafikavgifter enligt följande:

...

b) Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 8.2 e och 9 gäller att vägtullar och trafikavgifter inte får diskriminera direkt eller indirekt på grund av åkarens nationalitet eller fordonets ursprung eller bestämmelseort

....

h) Vägtullsatsen skall vara relaterade till bygg- och hanteringskostnader och till utvecklingen av det berörda infrastrukturnätverket.”

5. Direktiv 1999/62, vilket ersatt det av domstolen upphävda direktiv 93/89, antogs av rådet den 17 juni 1999 och trädde enligt dess artikel 13 i kraft den 20 juli 1999. Det skulle, enligt dess artikel 12, införlivas senast den 1 juli 2000. I artiklarna 7.4 och 9 i direktiv 1999/62 föreskrivs, vilket innehållsmässigt överensstämmer med artikel 7 b och h i direktiv 93/89, följande:

”(4) Vägtullar och vägavgifter får inte vara diskriminerande, direkt eller indirekt, av skäl som grundar sig på åkarens nationalitet eller fordonets ursprung eller destination

....

(9) De viktade genomsnittliga vägtullarna bör vara relaterade till kostnaderna för uppbyggnad, drift och utveckling av det berörda infrastrukturnätverket.

(10) Utan att det påverkar tillämpningen av de viktade genomsnittliga vägtullarna som anges i punkt 9 får medlemsstaterna variera vägtullsatserna i förhållande till

a) fordonens utsläppsklasser, förutsatt att ingen tullsats är mer än 50% högre än

tullsatsen för likvärdiga fordon som uppfyller de striktaste normerna för utsläpp,

- b) tidpunkten på dygnet, förutsatt att ingen tullsats är mer än 100% högre än tullsatsen under den billigaste perioden av dygnet.

12 ton avsedda för samma typ av transporter som är registrerade i Österrike". Domstolen har dessutom fastslagit att Republiken Österrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 7 h i samma direktiv "genom att inte ta ut de ovan nämnda vägtullarna enbart i syfte att täcka bygg- och hanteringskostnader samt utvecklingskostnader för Brennermotorvägen".

Alla variationer i de vägtullar som tas ut med avseende på fordonens utsläppsklasser eller tidpunkten på dygnet skall stå i proportion till det eftersträvade målet."

6. Domstolen har i dom av den 26 september 2000<sup>5</sup> fastslagit att Republiken Österrike har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 7 b i direktiv 93/89 "genom att från och med den 1 juli 1995 och från och med den 1 februari 1996 höja vägtullavgifterna för totalsträckan på Brennermotorvägen, som är en genomfartsväg i Österrike, vilken framför allt trafikeras av fordon med en högsta tillåten bruttovikt av minst 12 ton avsedda för godstransporter som är registrerade i andra medlemsstater, med undantag för denna motorvägs delsträckor, vilka huvudsakligen används av fordon med en högsta tillåten bruttovikt av minst

### III — Bakgrund och tolkningsfrågor

7. Klagande i tvisten vid den nationella domstolen är Rieser Internationale Transporte GmbH, ett transportföretag med säte i Österrike (nedan kallat Rieser). Företaget bedriver internationell transportverksamhet med lastbilar med en högsta tillåten bruttovikt av minst 12 ton och med mer än tre axlar samt använder därvid bland annat regelbundet den tullbelagda Brennermotorvägen.

8. Mot bakgrund av den av domstolen avkunnade domen<sup>6</sup> i fördragsbrottsmålet kommissionen mot Österrike, begär Rieser från den som ansvarar för Brennermo-

5 — Dom i mål C-205/98, kommissionen mot Österrike (REG 2000, s. I-7367).

6 — Ovan fotnot 5.

torvägen, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (nedan kallat ASFINAG) att de, enligt dess mening oförenliga med gemenskapsrätten, tullavgifter som erlagts under perioden den 1 januari 1997 till den 31 juli 2000 för utnyttjande av hela Brennermotorvägen delvis skall återbetalas.

å andra sidan direktiv 1999/62, som den 17 juni 1999 har ersatt det förstnämnda direktivet men likväl måste vara införlivat först den 1 juli 2000.

9. Den svarande ASFINAG delegerades genom ett med dess enda aktieägare, Republiken Österrike, i juni 1997 ingått så kallat avkastningsavtal ansvaret för bygande, planering, drift, underhåll och finansiering av de österrikiska motorvägarna och motortrafiklederna, bland dem A 13 (Brennermotorvägen) med retroaktiv verkan från den 1 januari 1997. Vidare gavs ASFINAG genom detta avtal rätt att i eget namn och för egen räkning uppbära tullar och avgifter för användningen, för att därigenom täcka sina kostnader.

10. Den genom överklagande med rättstvisten anhängiggjorda österrikiska Oberster Gerichtshof hyser för det första tvivel vad gäller den direkta tillämpligheten av artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62. För det andra anser Oberster Gerichtshof — i motsats till underinstanserna — att det även är tveksamt om det i bestämmelserna i artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 stadgade diskrimineringsförbudet har direkt effekt. Slutligen ser den ett behov av klarläggande med hänsyn till sammanhanget mellan å ena sidan det ogiltigförklarade direktiv 93/89 och dess effekter och

11. I enlighet därmed har Oberster Gerichtshof hänskjutit följande frågor för förhandsavgörande:

”1) Omfattas även den svarande parten, i den mening som avses i rättspraxis från Europeiska gemenskapernas domstol avseende ”funktionellt statsbegrepp”, av skyldigheten att vid ingåendet av avtal med väganvändare följa direkt tillämpliga (”self-executing”) bestämmelser i rådets direktiv 93/89/EEG av den 25 oktober 1993 om medlemsstaternas tillämpning av skatter på vissa fordon som används för godstransporter på väg och tullar och avgifter för användningen av vissa infrastrukturer och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/62/EG av den 17 juni 1999 om avgifter på tunga godsfordon för användningen av vissa infrastrukturer med följd att den svarande parten inte kan kräva en högre tull än vad som får krävas vid iakttagande av dessa bestämmelser?

- 2) För det fall att fråga 1 besvaras jakande: delsträckor av den nämnda motorvägen?

Är artikel 7 b och h i direktiv 93/89 samt artiklarna 7.4 och 9 i direktiv 1999/62/EG direkt tillämpliga i den mening som avses i rättspraxis från Europeiska gemenskapernas domstol, i så måtto att de skulle kunna användas för fastställandet, i överensstämmelse med direktiven, av en tull för de till godstransporter använda fordonen med mer än tre axlar för totalsträckan av den österrikiska Brennermotorvägen även vid underlåtet eller ofullständigt införlivande av dessa direktiv med den österrikiska lagstiftningen?

- 3) För det fall att fråga 2 besvaras jakande:

a) På vilket sätt och med användning av vilka parametrar skall den vid respektive tillfälle tillåtna tullen beräknas för en enkel resa över hela sträckan?

b) Kan även österrikiska åkare åberopa att de genom den (för höga) tariffen för totalsträckan diskrimineras gentemot de väganvändare som endast använder

- 4) För det fall att fråga 1 och 2 besvaras jakande:

a) Skall Europeiska gemenskapernas domstols dom av den 5 juli 1995 i mål C-21/94, varigenom beslutades att effekterna av det däri ogiltigförklarade direktiv 93/89/EEG av den 25 oktober 1993 skulle bestå till dess att rådet har utfärdat ett nytt direktiv, tolkas så att effekterna består till dess att medlemsstaterna har införlivat det nya direktivets bestämmelser eller till dess att fristen för införlivande har löpt ut?

b) För det fall att fråga 4 a besvaras nekande: Omfattas medlemsstaterna, under perioden den 17 juni 1999 till den 1 juli 2000, av skyldigheten att ta hänsyn till det nya direktivet, till exempel på så sätt att förtida effekter obligatoriskt skall beaktas?"

#### IV — Parternas anföranden och bedömning

inte den av endast Rieser påstådda överträdelsen av dessa bestämmelser behandlas närmare.

A — *Inledande anmärkning avseende den av Rieser kritiserade överträdelsen av artikel 82 EG jämförd med artikel 86 EG*

#### B — Första frågan

12. I den muntliga förhandlingen har Rieser anfört att ASFINAG genom uppberandandet av de för höga tullavgifterna missbrukar sin dominerande ställning och har därför överträtt artikel 82 EG jämförd med artikel 86 EG.

15. Med den första frågan vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida Rieser direkt kan åberopa de nämnda bestämmelserna i de båda direktiven gentemot ett organ sådant som ASFINAG, trots att ASFINAG är en privaträttslig juridisk person som står under statlig kontroll.

13. Härvid skall fastställas att enligt fast rättspraxis kan endast de statliga domstolarna och inte parterna vid den nationella tvisten vända sig till domstolen. Därför skall även endast de statliga domstolarna avgöra vilka frågor som skall hänskjutas till domstolen. Parterna kan inte innehållsmässigt ändra frågorna eller tillfoga ytterligare frågor.<sup>7</sup>

#### 1) Parternas anföranden

14. Eftersom den hänskjutande domstolen inte har ställt någon fråga avseende tolkningen av artiklarna 82 och 86 EG, skall

16. Rieser anser att ASFINAG uppfyller kriterierna för det funktionella statsbegreppet, eftersom det står under avgörande inflytande från den enda aktieägaren, Republiken Österrike, och har delegerats en uppgift som tidigare sköttes i statlig regi.

<sup>7</sup> — Dom av den 9 december 1965 i mål 44/65, Singer (REG 1965, s. 1267, på s. 1275), av den 17 september 1998 i mål C-412/96, Kainuun Liikenne Oy m.fl. (REG 1998, s. I-5141), punkt 23, samt av den 6 juli 2000 i mål C-402/98, ATB m.fl. (REG 2000, s. I-5501), punkt 29.

17. ASFINAG anser däremot att det enligt domstolens rättspraxis inte är skyldigt att vid ingåendet av avtal följa direkt till-

lämpliga direktivbestämmelser, eftersom det som privaträttsligt aktiebolag för egen räkning uppbär tullen på Brennermotorvägen, har en egen juridisk personlighet, inte har några myndighetsbefogenheter samt då dess organ inte är bundna av instruktioner från Republiken Österrikes organ.

nödvändiga planeringsräkningarna samt kostnadsplanerna för planering, byggande, underhåll och förvaltandet av de förbundsstatliga motorvägarna och motortrafiklederna. ASFINAG är slutligen inte berättigat att på egen hand fastställa storleken av den tull som uppbärs vid varje tillfälle. Denna tull är i lag reglerad på så sätt att storleken av den ersättningen från förbundsstatens ekonomiminister skall fastställas för varje fordonskategori i samförstånd med förbundsstatens finansminister. Därför tillhör ASFINAG, oavsett dess rättsform, de rättssubjekt gentemot vilka direkt tillämpliga bestämmelser i ett direktiv kan göras gällande.

18. Enligt kommissionens åsikt skall ASFINAG funktionellt tillräknas den österrikiska staten och därför anses som adressat för direktiv 93/89 samt direktiv 1999/62. Visserligen är ASFINAG ett privaträttsligt aktiebolag som endast står i avtalsförhållande till Republiken Österrike, på så sätt att styrelsen inte erhåller instruktioner och att ASFINAG uppbär tullen i eget namn och för egen räkning samt inte betalar denna vidare till Republiken Österrike. Likväl kan krav riktas mot ASFINAG enligt de tillämpliga direktivbestämmelserna.

Republiken Österrike är svarandens enda aktieägare och är enligt det med ASFINAG ingångna avkastningsavtalet berättigat att kontrollera samtliga åtgärder av ASFINAG och dess dotterbolag samt hela tiden kräva information om dess verksamhet. Republiken Österrike har rätt att uppställa mål. ASFINAG är däremot skyldigt att utarbeta årliga underhållsplaner och att presentera motsvarande kostnadskalkyler för förbundsstaten. Vidare skall den årligen i tid presentera de för upprättandet av budgeten

## 2) Rättslig bedömning

19. Avseende den första frågan skall till att börja med anmärkas att inom ramen för den i artikel 234 EG fastställda uppgiftsfördelningen skall enligt fast rättspraxis den nationella domstolen tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på ett konkret fall.<sup>8</sup> Följaktligen kan domstolen inte pröva om — såsom i frågeställningen — den "klagande parten", alltså ASFINAG, omfattas av skyldigheten att iakttä direkt tillämpliga bestämmelser i direktiv med hänsyn till domstolens rättspraxis avseende så kallat funktionellt statsbegrepp.

8 — Dom av den 8 februari 1990 i mål C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe* (REG 1990, s. I-285; svensk specialutgåva, volym 10, s. 295), punkt 11, och av den 11 mars 2003 i mål C-40/01, *Ansul* (REG 2003, s. I-2439), punkt 45.

20. Det är emellertid domstolens uppgift att tolka gemenskapsorganens handlande och pröva vilka effekter det har, särskilt också om dessa handlingar kan göras gällande gentemot bestämda fysiska eller juridiska personer eller persongrupper. Det är däremot den nationella domstolens sak att avgöra huruvida en part i en vid den anhängigt mål tillhör en på detta sätt definerad grupp.<sup>9</sup>

21. Följaktligen skall undersökas om ett organ som ASFINAG — obeaktat dess ställning som privaträttslig juridisk person — i funktionell mening kan anses utgöra en sådan statlig myndighet gentemot vilken det är möjligt att direkt åberopa de nämnda direktivbestämmelserna.

22. Enligt domstolens vida definition av staten kan ett direktivs direkta effekter göras gällande mot alla förvaltningsorgan, inklusive regionala eller lokala myndigheter och övriga bolagiserade områden.<sup>10</sup> Den vida förståelsen av staten har vidare till följd att staten även kan vara adressat för en direkt tillämplig bestämmelse i ett direktiv, om den inte är verksam som offentlig myndighet utan i en annan form,

till exempel som innehavare av ett offentligt företag eller som majoritetsägare eller ensam ägare i ett privat företag.

23. Utgångspunkt för denna utvidgning av det funktionella statsbegreppet är enligt fast rättspraxis att ett direktiv kan visserligen inte självt grunda skyldigheter för en enskild, så att det inte är möjligt att åberopa direktivet som sådant gentemot denne.<sup>11</sup> En nationell domstol måste emellertid, i den mån som den vid tillämpningen av nationell rätt — oavsett om det handlar om bestämmelser som utfärdats före eller efter direktivet — skall tolka denna rätt, göra sin tolkning enligt direktivets ordalydelse och ändamål i den utsträckning som är möjligt, för att uppnå det med direktivet eftersträvide syftet och på så sätt följa artikel 189.3 i EG-fördraget (nu artikel 249.3 EG).<sup>12</sup>

24. Kan en enskild person mot denna bakgrund åberopa ett direktiv gentemot staten, så kan han eller hon göra detta oberoende av i vilken egenskap — som arbetsgivare eller offentlig myndighet — som staten agerar. I det ena likväl som i det andra fallet måste det nämligen förhindras att staten kan dra nytta av underlåtenheten att följa gemenskapsrätten.<sup>13</sup>

9 — Jämför domstolens dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl. (REG 1990, s. I-3313; svensk specialutgåva, volym 10, s. 479), punkt 15.

10 — Domstolens dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. I-1839; svensk specialutgåva, volym 10, s. 8), punkt 31.

11 — Se bland annat dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1), punkt 20, och av den 7 mars 1996 i mål C-192/94, El Corte Inglés (REG 1996, s. I-1281), punkt 15.

12 — Se dom i målet Faccini Dori (ovan fotnot 11), punkt 26, och av den 23 februari 1999 i mål C-63/97, BMW (REG 1999, s. I-905), punkt 22.

13 — Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 49.



25. I enlighet därmed har domstolen även beslutat att en inrättning eller ett statligt företag — vilket oberoende av rättsform, i enlighet med statliga rättsakter, under statlig uppsikt skall tillhandahålla en tjänst i allmänhetens intresse och härtill är försett med särskilda rättigheter, vilka går utöver vad som gäller för relationer mellan privatpersoner — tillhör de rättssubjekt gentemot vilka direkt tillämpliga bestämmelser i direktiv kan göras gällande.<sup>14</sup>

26. Problematiskt skulle därvid kunna vara om en sådan (vertikal) direkt effekt av ett direktiv även kan gälla gentemot en av staten inrättad och som enda aktieägare bedriven privaträttslig juridisk person, som — utan omfattande statlig tillsyn — delegeras uppgifter som skall utföras på eget ansvar och för egen räkning, vilka uppgifter tidigare har utförts av staten själv såsom offentliga uppgifter.

27. För denna bedömning skulle jag vilja erinra om mitt förslag till avgörande i målet Collino m.fl., enligt vilket sanktionen på grund av direkt effekt gentemot medlemsstaterna endast får sin fulla effekt först då den alltid omfattar staten och oberoende av i vilken konkret rättslig form staten agerar.

Då staten, indirekt eller direkt, står bakom ett organ eller ett företag och kontrollerar dessa, handlar det aldrig längre om en enskild privatperson.<sup>15</sup>

28. I denna belysning skall härefter bedömas å ena sidan statens direkta beskattnings-, kontroll- och tillsynsbefogenheter gentemot ett privaträttsligt företag och å andra sidan de indirekta möjligheter till påverkan och inflytande som följer av företagets strukturella sammanvävning med det offentligt rättsliga organ som ekonomiskt står bakom det.

29. Vad beträffar statens direkta beskattnings-, kontroll- och tillsynsbefogenheter, är det enligt ovan redovisade principer inte absolut avgörande om ett företag eller ett annat privat organ formellt är underställt statens omfattande tillsyn. Även i lag stadgade föreskrifter eller avtalsenligt fastställda statliga befogenheter i enskilda frågor skulle kunna begränsa det rättsliga handlingsutrymmet för företaget så att detta i sina verkningar är att jämställa med en omfattande tillsyn. Om staten till exempel är berättigad att genomföra en åtföljande kontroll vid samtliga åtgärder, inklusive planeringsåtgärder som företaget

15 — Förslag till avgörande av den 18 januari 2000 i mål C-343/98, Collino och Chiappero (REG 2000, s. I-6659, på s. I-6661), punkt 23. Se även dom av den 14 september 2000 i det nämnda målet (REG 2000, s. I-6659).

14 — Dom i målet Foster m.fl. (ovan fotnot 9), punkt 17.

och dess dotterbolag vidtar, att uppställa mål och hela tiden kan kräva information över deras och dess dotterbolags verksamhet, är ett företags rättsliga handlingsutrymme begränsat från första början. Denna verkan förstärks dessutom ytterligare om ett företag inom ramen för ett till det delegerat ekonomiskt verksamhetsfält utan undantag är bunden av i lag stadgade statliga föreskrifter avseende bolagsordningen samt måste hålla sig till de i lag fastlagda ramvillkoren, vilka till exempel som — i fallet för ASFINAG — även omfattar fastställandet av storleken av de tull- och användandeavgifter som skall uppbäras av detta och företaget å sin sida endast får framlägga förslag till deras närmare utformning.

30. Mot bakgrund av de indirekta möjligheterna till inflytande skall utgångspunkt tas i frågan huruvida om den stat som ekonomiskt står bakom företaget är i stånd att inom bolaget enligt egna önskemål styra den formella utåt sett bestående rättsliga rörelsefriheten för bolaget, såsom till exempel skulle vara fallet i ett ensamägt aktiebolag.

31. De direkta och indirekta möjligheterna till kontroll och inflytande, som de skulle kunna förverkligas avseende ett företag som ASFINAG, kan sammanfattningsvis motivera att företaget i sak tillhör staten.

32. Slutligen talar även direktivets skyddssyfte för att ett till formen privaträttsligt bolag skall anses som adressat för en för detta direkt tillämplig bestämmelse i en konstellation som den förevarande. Det måste nämligen inte bara förhindras att staten kan dra nytta av underlåtenheten att följa gemenskapsrätten,<sup>16</sup> utan även att den kan undandra sig verkningarna av gemenskapsrätten på så sätt att den överför skötseln av offentliga tjänster till privaträttsliga bolag.

33. De förevarande omtvistade direktiven syftar till att harmonisera uppbörden av avgifter för användandet av vissa infrastrukturer i medlemsstaterna. Uppnåendet av detta syfte skulle äventyras om en medlemsstat kunde undandra sig effekterna av direktiven genom att den organiserar det avsedda kompetensområdet, vilket traditionellt sett skall räknas till den offentliga förvaltningen, privaträttsligt. Enligt detta resonemang kan även ett privaträttsligt bolag, på vilket — genom en statlig organisationshandling eller genom en rättsligt bindande överenskommelse — har delegerats dessa uppgifter och som uppfyller kriterierna för den av domstolen utvecklade vida definitionen av staten, inte undantas från den direkta effekten av dessa direktiv.

16 — Se avgörandena (ovan fotnoterna 13 och 14).

34. Slutligen har anförts att ASFINAG skall anses<sup>17</sup> såsom upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1 b i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.<sup>18</sup> En upphandlande myndighet kan förutom staten själv även vara en inrättning som lyder under offentlig rätt,

troll av de sistnämnda myndigheterna eller vars förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan till majoriteten består av medlemmar som har utnämnts av staten, de regionala eller lokala myndigheterna eller av andra organ som lyder under offentlig rätt”.

— ”som bildades för det speciella syftet att utföra uppgifter som ligger i allmänintresset, vilka inte är av kommersiell natur,

35. Begreppet upphandlande myndighet måste visserligen inte nödvändigtvis ha samma betydelse som begreppet staten i funktionell mening, gentemot vilken den enskilde kan åberopa den direkta effekten av ett direktiv. Eftersom i båda fallen emellertid skall förhindras att staten undandrar sig de skyldigheter som åligger den genom att delegera sina uppgifter på ett formellt sett oberoende organ, utgör det förhållandet att ASFINAG uppfyller villkoren för att kunna anses vara upphandlande myndighet ett indicium för den tolkningsfråga som skall besvaras här.

— har juridisk personlighet,

36. Det föreslås därför att tolkningsfråga 1 skall besvaras så att även en privaträttslig juridisk person omfattas av skyldigheten att vid ingåendet av avtal med väganvändare, iakta de direkt tillämpliga bestämmelserna i rådets direktiv 93/89/EEG av den 25 oktober 1993 om medlemsstaternas tillämpning av skatter på vissa fordon som används för godstransporter på väg och tullar och avgifter för användningen av vissa infrastrukturer och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/62/EG av den 17 juni 1999 om avgifter på tunga godsfordon för användningen av vissa infrastrukturer, när staten har delegerat uppgiften att uppbära tull för användandet av offentliga vägar till nämnda juridiska person och den direkt eller indirekt kontrollerar den juridiska personen.

17 — Jämför dom av den 19 juni 2003 i mål C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner mot ASFINAG (REG 2003, s. I-6413), och mitt förslag till avgörande av den 10 april 2003 i mål C-421/01, Traunfellner mot ASFINAG (dom av den 16 oktober 2003, REG 2003, s. I-11941, s. I-11944).

18 — EGT L 199, s. 54.

C — *Den andra och den tredje frågan*

37. Den andra och den tredje tolkningsfrågan avser samma problemområde, nämligen avseende den direkta effekten av de nämnda bestämmelserna i direktiv 93/89 och 1999/62 om uppbörd av tull och avgifter för vissa vägar genom medlemsstaterna. Det lämpar sig därför att pröva de båda frågorna gemensamt.

## 1) Parternas anföranden

38. Rieser anser att direktivets bestämmelser innehåller de nödvändiga kriterierna för att vara direkt tillämpligt och förläna den enskilde en rätt till återbetalning av de belopp som har betalats för mycket. Tullen för hela vägen uppgår i genomsnitt till 3,41 euro per kilometer. En användning av jämförbara delsträckor hade emellertid endast kostat cirka 1,25 euro per kilometer. Därmed kan de avgifter som skall återbetalas fastställas exakt. Även såsom österrikiskt företag kan Rieser åberopa direktivet, eftersom det förbjuder en skillnad i behandling beroende på utgångs- och bestämmelseort.

39. ASFINAG är däremot av åsikten att artikel 7 b och h i direktiv 93/89 samt artiklarna 7.4 och 9 i direktiv 1999/62 inte uppfyller villkoren för att de skall vara direkt tillämpliga.

40. Bestämmelserna i artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 kan på grund av avsaknaden av tillräcklig innehållsmässig tydlighet inte ha någon direkt effekt. Av dem följer inte på vilket sätt, det vill säga genom jämförelsen med någon delsträcka, en möjlig diskriminering av användaren av hela sträckan skall kunna fastställas. Även oklarheterna vid det av domstolen i målet kommissionen mot Österrike<sup>19</sup> företagna urvalet av de för jämförelsen använda delsträckorna visar att förbudet mot skillnad i behandling beroende på utgången eller bestämmelseorten för transporten inte är tillräckligt tydligt och inte inrymmer någon ”minimigaranti”. Om de nationella domstolarna skulle vara tvungna att tillämpa direktiv 93/89, skulle de få utföra en skönmässig bedömning vid fastställandet av urvalskriterierna avseende jämförelsesträckor och vid fastställandet av den riktiga storleken av tullavgiften, en bedömning som emellertid endast tillkommer lagstiftaren.

41. Även om man utgår från att artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 är tillräckligt tydliga skulle de

<sup>19</sup> — Ovan fotnot 5.

österrikiska åkarna i alla fall inte kunna åberopa dem, eftersom de inte skulle diskrimineras på grund av deras nationalitet och direktiven om vägkostnader inte har till syfte att reglera konkurrensen mellan transportföretag inom en och samma medlemsstat.

42. Inte heller bestämmelsen i artikel 7 h i direktiv 93/89 har någon direkt effekt. I denna föreskrivs endast att tullavgifter måste orientera sig efter bygg- och hanteringskostnader samt utvecklingen av det berörda vägnätet, men utan att innehålla närmare angivelse för beräkandet av dessa kostnader eller för deras uppdelning på de särskilda fordonskategorierna, vägsträckorna och perioderna. På grund av denna reglering där endast ett vagt ändamål fastställts är det omöjligt att siffermässigt bestämma ens ungefär den tillåtna tullen. Inte heller domstolen har i domen i målet kommissionen mot Österrike preciserat beräkningsmetoden för kostnaderna för vägnätet. Slutligen finns det säkerligen flera med artikel 7 h i direktiv 93/89 förenliga beräkningsmetoder. Eftersom det här finns ett stort utformningsutrymme, kan emellertid inte direktiv 93/89 vara direkt tillämpligt.

43. Dessa överväganden måste enligt deras andemening även gälla för direktiv 1999/62, eftersom dess tillämpliga bestämmelser (särskilt artikel 7.9) i så måtto inte har genomgått några väsentliga ändringar, särskilt inte mer i detalj, utan är snarare

mindre klart avfattade än regleringen i direktiv 93/89. I artikel 7.9 i direktiv 1999/62 talas nu om "vägda genomsnittliga tullavgifter" och inte endast om "tullavgifter", i artikel 7.10 i direktiv 1999/62 föreskrivs differentieringar med hänsyn till fordonens utsläppsklasser och tidpunkten på dygnet och i artikel 9.2 i direktiv 1999/62 hänvisas till en (obestämd) procentsats för miljöskydd och en balanserad utveckling av transportnätet. Beräkandet av den tillåtna storleken av tullen för vissa fordon blir därigenom ännu mer försvårad.

44. Även med hänsyn till dess skyddssyfte medför direktiv 93/89 inte några individuella rättigheter. Dess syfte, undanröjandet av snedvridningar av konkurrensen, inskränks inte genom att avgifterna för totalsträckan respektive delsträckorna har utformats olika. Varken av direktiv 93/89 eller av dess grundval i EGFördraget följer ett regleringsändamål som kan motivera att de av ASFINAG med användarna av Brennermotorvägen ingångna tullavtalen skall ogiltigförklaras.

45. Vad beträffar tolkningsfråga 3 b är ASFINAG av uppfattningen att österrikiska åkare i alla fall inte skulle kunna åberopa en eventuell direkt effekt av direktivbestämmelserna, eftersom de inte diskriminerades på grund av deras medborgarskap och direktiven om vägkostnader inte skall reglera konkurrensen inom en och samma medlemsstat.

46. Likaså anser den österrikiska regeringen att den ifrågasatta direktivbestämmelsen inte har direkt effekt och har argumenterat — i likhet med ASFINAG — för att det i artikel 7 h i direktiv 93/89 fanns lika lite definitioner för de tre där nämnda kostnadstyperna byggande, hantering och utveckling, som för begreppet det berörda infrastrukturvägnätet. Det förblev följaktligen helt oklart vilka kostnader som faktiskt skulle inordnas under detta otydliga begrepp och på vilket sätt detta begrepp således skulle kunna användas i en motsvarande kostnadsräkning. En inskränkning av det ändå redan stora utformningsutrymmet för medlemsstaterna uppnås inte heller genom att den tullavgift som enligt artikel 7 h i direktiv 93/89 skall beräknas för den enskilda användaren av motorvägen endast genom att man "orienterar" sig efter dessa kostnadsarter och inte exakt behöver motsvara dessa. Dessutom är fördelningen av kostnaderna på de särskilda användargrupperna inte reglerad. Slutligen innehåller artikel 7 h inte några som helst uppgifter om ett beräkningssätt som kan komma till användning eller en tull enligt direktiv 93/89 för den enskilde väganvändaren.

47. Dessa oklarheter föreligger på grund av den till största delen likalydande formuleringen även för bestämmelsen i artikel 7.9 i direktiv 1999/62. I det nya direktivet tillkom till och med även ytterligare element, vilka utesluter att tullstorleken för den enskilde väganvändaren direkt kan fastställas. Detta möjliggör att tullavgifterna inom ett visst spann kan utformas olika enligt olika utsläppsklasser för fordonen respektive enligt tidpunkt på dagen (jämför artikel 7.10 a och b EG). En sådan diffe-

rentiering av avgifterna enligt utsläppsklasser för fordonen eller tidpunkt på dagen måste enligt ordalydelsen av bestämmelsen enligt artikel 7.10 sista meningen i direktiv 1999/62 vara förenlig med det eftersträlvade ändamålet. I artikel 7.9 i direktiv 1999/62 saknas emellertid en definition respektive närmare angivelser om möjligheterna till differentiering.

48. Utan något siffermässigt resultat enligt bestämmelserna i artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62 skulle en i enlighet därmed beräknad tullstorlek inte heller kunna bedömas i förhållande till det gemenskapsrättsliga förbudet mot diskriminering. En direkt tillämpning av artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 kan avfärdas redan på grund av att artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62 är otydliga.

49. Mot en direkt effekt talar även det förhållandet att vid fastställandet av en icke-diskriminerande tull hade ett avsevärt tänkbart utformningsutrymme stått till medlemsstaternas förfogande, till exempel beträffande urvalet av de delsträckor som därvid beaktats.

50. I andra hand har Republiken Österrike, avseende tolkningsfråga 3 a, framfört att artikel 7 h i direktiv 93/89 endast anger tre inte närmare definierade parametrar, nämligen bygg- och hanteringskostnader samt utvecklingen av det berörda vägnätet, vilka skall användas som kriterier för att fastställa tullstorleken. Det saknas emellertid angivelser om på vilket sätt dessa kostnader skall beräknas och vilka kostnadskomponenter de tre nämnda kostnadstyperna faktiskt inkluderade. Inte heller domstolen har i domen i målet kommissionen mot Österrike uttalat sig om hur stor Brennertullen får vara enligt fördraget som grundar sig på en kostnadsberäkning avseende infrastrukturen.

51. Avseende tolkningsfråga 3 b är Republiken Österrike — liksom ASFINAG — av åsikten att direktiven 93/89 och 1999/62, vilket framgår av skälen i dem, hade till syfte att reglera konkurrensen mellan åkare i olika medlemsstater, utan att det därigenom skulle stadgas en subjektiv rätt för enskilda åkare till en bestämd avgift för användandet av en viss sträcka. I varje fall kan inte en österrikisk åkare åberopa diskrimineringsbestämmelserna på grund av medborgarskap enligt direktiven 93/89 och 1999/62, eftersom regleringen av konkurrensen mellan åkare inom samma medlemsstat inte omfattas av regleringssyftet med den ifrågavarande primärrättsliga delegationsbestämmelsen.

52. Kommissionen är däremot av åsikten att det i artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 nedskrivna diskrimineringsförbudet inte behöver några utfyllande direktiv för att vara direkt tillämpligt. Domstolen har i målet HI redan bedömt ett diskrimineringsförbud vara ovillkorligt och tillräckligt precist.<sup>20</sup>

53. De omtvistade bestämmelsernas ändamål består i att skydda transittrafiken över Brennermotorvägen mot en för hög tull i jämförelse med vad användarna av delsträckorna betalar. Transittrafik innefattar emellertid av naturliga skäl inte något rent inomstatligt händelseförlopp. Därutöver ger såväl formuleringen i artikel 7 b i direktiv 93/89 som formuleringen i artikel 7.4 i direktiv 1999/62 uttryck åt uppfattningen att hela transittrafiken, oberoende av åkarens medborgarskap, skall skyddas mot en olikartad behandling. Detta motsvarar även domstolens slutsats i domen i målet kommissionen mot Österrike.<sup>21</sup> Trafikerar Rieser totalsträckan av Brennermotorvägen i transittrafik så kan det som alla andra utländska eller österrikiska åkare åberopa artikel 7 b i direktiv 93/89 respektive artikel 7.4 i direktiv 1999/62.

20 — Dom av den 4 mars 1999 i mål C-258/97, HI (REG 1999, s. I-1405), punkterna 33-36.

21 — Ovan fotnot 5, punkt 16.

54. Däremot kan det inte anses att artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62 har direkt effekt. Medlemsstaterna har visserligen givits vissa riktlinjer för beräkandet av tullavgifterna genom den däri föreskrivna bestämmelsen om kostnadsorientering, men de förfogade vid iakttagandet av denna riktlinje ändå över ett så omfattande utformningsutrymme, att den för den direkta tillämpligheten nödvändiga ovillkorligheten och tillräckliga exaktheten hos det konkreta beräknings sättet inte förelåg. Till följd härav är ett besvarande av tolkningsfråga 3 a överflödigt.

## 2) Rättslig bedömning

a) Inledande anmärkning avseende den av direktiven omfattade gruppen av fordon

55. Genom den andra tolkningsfrågan inriktar sig den hänskjutande domstolen på fordon med mer än tre axlar. Enligt artikel 2 fjärde strecksatsen i direktiv 93/89 och artikel 2 d i direktiv 1999/62 är ett fordon i den mening som avses i direktivet ett motorfordon med en högsta tillåten bruttovikt av minst 12 ton. Enligt direktivet beror detta inte på antalet axlar. Även om båda parametrarna som regel skulle stämma för samma grupp av motorfordon, syftar den följande tolkningen endast på de i direktivet definierade motorfordonen. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa om de av Rieser använda fordonen faller under den definitionen.

b) Diskrimineringsförbudet enligt artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62

i) Frågan om direkt tillämplighet

56. Enligt fast rättspraxis kan den enskilde i alla de fall i vilka bestämmelserna i ett direktiv innehållsmässigt är ovillkorliga och tillräckligt precisa åberopa dessa bestämmelser gentemot staten inför en nationell domstol, om staten inte inom den föreskrivna tiden eller endast bristfälligt har införlivat direktivet med nationell rätt.<sup>22</sup>

57. Domstolen har i domen i målet kommissionen mot Österrike<sup>23</sup> beslutat att skyldigheterna enligt artikel 7 b och h i direktiv 93/89 har införlivats bristfälligt.

58. Med hänsyn till införlivandet av bestämmelserna i artiklarna 7.4 och 9 i

22 — Jämför dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker (REG 1982, s. 53; svensk specialutgåva, volym 6, s. 285), punkt 25, och domen i målet Fratelli Costanzo (ovan fotnot 10), punkt 29, samt dom av den 1 juni 1999 i mål C-319/97, Kortas (REG 1999, s. I-3143), punkt 21, av den 11 juli 2002 i mål C-62/00, Marks & Spencer (REG 2002, s. I-6325), punkt 25, samt av den 10 april 2003 i mål C-276/01, Steffensen (REG 2003, s. I-3735), punkt. 38.

23 — Ovan fotnot 5, se därtill ovan punkt 6.



direktiv 1999/62 med den nationella rätten saknas ett sådant konstaterande från domstolen. Eftersom de bestämmelserna emellertid i det väsentliga är innehållsmässigt lika med de nämnda bestämmelserna i föregående direktiv 93/89, borde samma sak gälla för dem, åtminstone vad som gäller för den här relevanta tidpunkten fram till och med den 1 juli 2000<sup>24</sup> då direktivet skulle vara införlivat.

59. Det skall undersökas om även de ytterligare förutsättningarna i artikel 7 b i direktiv 93/89 såväl som artikel 7.4 i direktiv 1999/62 för direkt tillämplighet av förbudet mot direkt eller indirekt diskriminering på grund av utgångs- eller bestämmelseorten för transporten är uppfyllda. I förevarande fall är förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, vilket också är reglerat i bestämmelserna, inte aktuellt. Visserligen har domstolen i domen i målet kommissionen mot Österrike<sup>25</sup> fastslagit att utformningen av avgifterna innebär en mot artikel 7 b i direktiv 93/89 stridande skillnad i behandling på grund av nationalitet. Rieser tillhör emellertid såsom österrikiskt företag inte den sämst ställda gruppen. Den följande undersökningen koncentrerar sig därför på frågan om Rieser direkt kan åberopa dis-

krimineringförbudet med hänsyn till utgångs- eller bestämmelseorten. En förutsättning för detta är att den här bestämmelsen är ovillkorlig och tillräckligt precis.

60. Härtill skall pekas på att domstolen inom olika områden av gemenskapsrätten har ansett att diskrimineringsförbud som anges i direktiv är direkt tillämpliga. På det sättet har domstolen i fast rättspraxis fastslagit att förbudet mot (direkt eller indirekt) diskriminering på grund av kön inom området för tillträde till anställning och arbetsvillkor samt inom området för social trygghet är ovillkorligt och tillräckligt precist, så att den enskilde kan åberopa detta inför de nationella domstolarna för att hindra tillämpningen av alla med förbudet oförenliga nationella bestämmelser.<sup>26</sup>

61. Avseende området för upphandling av offentliga tjänsteuppdrag har domstolen beslutat att en tillhandahållare av tjänster kan åberopa direktivbestämmelser som innehåller ett allmänt diskriminerings-

24 — ASFINAG har visserligen påpekat att de relevanta nationella tullbestämmelserna har ändrats på så sätt att det inte längre förekommer någon olikartad behandling på grund av medborgarskap eller på grund av utgångs- eller bestämmelseort för transporten, såsom kommissionen även har bekräftat i skrivelse av den 17 april 2001. Denna ändring trädde emellertid i kraft först den 1 februari 2001.

25 — Ovan fotnot 5, punkt 101.

26 — Jämför domen i målet Marshall (ovan fotnot 13), punkt 52, dom av den 4 december 1986 i mål 71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (REG 1986, s. 3855), punkt 21, av den 24 mars 1987 i mål 286/85, *McDermott och Cotter* (REG 1987, s. 1453), punkt 14, av den 13 december 1989 i mål C-102/88, *Ruzius-Wilbrink* (REG 1989, s. 4311), punkt 19, och domen i målet *Foster* (ovan fotnot 9), punkt 21, samt dom av den 1 juli 1993 i mål C-154/92, *van Cant* (REG 1993, s. I-3811), punkt 17, av den 27 oktober 1993 i mål C-337/91, *van Gemert-Derks* (REG 1993, s. I-5435), punkt 31 och följande punkter, samt av den 30 januari 1997 i mål C-139/95, *Balestra* (REG 1997, s. I-549), punkt 32.

förbud, i den mån som det av undersökningen av ordalydelsen av de enskilda bestämmelserna följer att dessa är ovillkorliga och tillräckligt precisa.<sup>27</sup>

62. För kort tid sedan har domstolen slutligen även fastslagit att diskrimineringsförbudet enligt artikel 9.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet<sup>28</sup> är direkt tillämpligt.<sup>29</sup>

63. Mot denna bakgrund finns det principiellt inget hinder för att tillskriva även direktivbestämmelser som förbjuder diskriminering på grund av utgångs- eller bestämmelseorten för transporter direkt effekt, såvida de uppfyller minimivillkoren avseende ovillkorlighet och tydlighet.

64. Vad beträffar den tillräckliga exaktheten av artikel 7 b i direktiv 93/89 samt artikel 7.4 i direktiv 1999/62, skall det konstateras att de bestämmelserna generellt

och otvivelaktigt utesluter en olikartad behandling på grund av utgångs- eller bestämmelseorten för transporten. De förmodade svårigheterna vid fastställandet av jämförbara sträckor som den hänskjutande domstolen, ASFINAG och den österrikiska regeringen har pekat på hindrar inte att diskrimineringsförbudet skall anses vara preciserat.

65. En överträdelse av diskrimineringsförbudet kan bestå i att olika bestämmelser tillämpas på jämförbara sakomständigheter eller att samma bestämmelse tillämpas på olika sakomständigheter. Tillämpningen av ett diskrimineringsförbud förutsätter därmed i varje fall en jämförelse av olika faktiska situationer med de bestämmelser som vid varje givet tillfälle reglerar dessa situationer. Det är i första hand rättstillämparens och inte lagstiftarens uppgift att göra denna jämförelse.

66. Visserligen skulle kriterier för jämförelsen kunna anges i en bestämmelse såsom till exempel de förevarande avseende nationalitet eller enligt avgångs- eller bestämmelseorten. Med hänsyn till den mångfaldiga utformningen av de möjliga faktiska konstellationerna är det emellertid omöjligt för lagstiftaren att ange samtliga faktorer som skulle kunna ha betydelse vid jämförelsen. Det ändrar emellertid inget av det klara innehållet i diskrimineringsförbudet, nämligen att samma sak inte får behandlas olika och att olika saker inte får behandlas lika.

27 — Dom av den 24 september 1998 i mål C-76/97, Tögel (REG 1998, s. I-5357), punkt 42 och följande punkter, och dom i målet HI (ovan fotnot 20), punkt 34 och följande punkter.

28 — EGT L 117, s. 15.

29 — Dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-0000), punkt 114.

67. I domen i målet kommissionen mot Österrike<sup>30</sup> har domstolen ställt tullen per kilometer vid trafik på hela sträckan mot den kilometertull som skall erläggas vid trafik på vissa delsträckor. Den har därvid endast beaktat de delsträckor som förbinder i ekonomiskt hänseende betydelsefulla orter och har därmed, förutom utgångs- eller bestämmelseorten, beaktat ett kompletterande kriterium för jämförbarheten av sträckorna. Ty endast på de av domstolen utvalda delsträckorna äger en motsvarande tung godstransport rum. Detta kriterium motsvarar direktivets mening och syfte, det vill säga att undanröja snedvridningar av konkurrensen mellan transportföretagen.<sup>31</sup>

68. Vidare skall prövas om det uppställda diskrimineringsförbudet kan anses vara ovillkorligt, med hänsyn till de i artikel 7 b i direktiv 93/89 stadgade undantagen och förbehållen ("... Utan att de påverkar tillämpningen av artiklarna 8.2 e och 9 ...").<sup>32</sup>

69. Även denna fråga skall besvaras jakande. Förbehållet till förmån för artikel 8.2 e handlar om en övergångsbestämmelse som visserligen inskränker direktivets giltighet för en viss tid, men

inte gör den nämnda principens tillämpning beroende av något villkor inom dess tillämpningsområde. Även den reglering som finns i artikel 9 skall endast hålla möjligheten öppen för medlemsstaterna att utsluta gränsfall från direktivets tillämpningsområde enligt det förfarande som har beslutats av rådet den 21 mars 1962. Den syftar emellertid uppenbarligen inte på att inskränka tillämpligheten av principen om likabehandling inom dess objektiva tillämpningsområde eller att uppställa villkor för principen och står därför inte heller i vägen för antagandet om att diskrimineringsförbudet har direkt effekt.<sup>33</sup>

70. Är kriterierna för direkt effekt av artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 därmed uppfyllda vid en separat prövning av bestämmelsen, så inställer sig frågan om diskrimineringsförbudet även vid en bedömning av det systematiska sammanhanget med de övriga direktivbestämmelserna kan anses vara tillräckligt precist och ovillkorligt för att det skulle kunna åberopas av en enskild gentemot staten (i den vidare bemärkelsen). Detta anser ASFINAG och den österrikiska regeringen vara tveksamt, och de har därvid anfört att det mot bakgrund av de differentieringsmöjligheter och utformningsutrymmen som medlemsstaterna har, genom artikel 7 h i direktiv 93/89 samt artikel 7.9 i direktiv 1999/62, vid utformningen av tullstorleken, skall det inte heller anses att artikel 7 b i direktiv 93/89 eller artikel 7.4 i direktiv 1999/62 har någon direkt effekt.

30 — Ovan fotnot 5, punkterna 72–75.

31 — Jämför det första skälet i direktiv 93/89 respektive i direktiv 1999/62.

32 — Jämför även domen i målet Foster (ovan fotnot 9), punkt 53 och följande punkter.

33 — Jämför även domen i målet Federatie Nederlandse Vakbeweging (ovan fotnot 26), punkt 19.

71. Denna argumentation skall emellertid inte följas. Härvid skall först påpekas att medgivandet av ett utformnings-, avvägnings- eller bedömningsutrymme vid införlivandet av ett direktiv inte hindrar att det har direkt effekt, om direktivets ändamål är tillräckligt klart bestämt. Ty även om en bestämmelse i ett direktiv ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning med hänsyn till valet av form och medel för uppnåendet av målet, så kan den ändå på ett ovillkorligt sätt fastställa det mål som skall uppnås, såsom till exempel undanröjandet av alla bestämmelser som är oförenliga med principen om likabehandling.<sup>34</sup>

72. I enlighet härmed kan det argumenteras att den omständigheten att medlemsstaterna vid fastställandet av en tull som står i överensstämmelse med direktivet hade avsevärda variations- och utformningsutrymmen — därvidlag är alla parter eniga — inte är sådan att det skall anses att någon direkt effekt av det tillräckligt precist och ovillkorligt formulerade diskrimineringsförbudet inte föreligger.

73. Således framgår att bestämmelserna i artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 har direkt effekt med hänseende på det där formulerade målet, vilket skall uppnås vid fastställandet av en tull som står i överensstämmelse med direktivet. Kan även österrikiska företag åberopa diskrimineringsförbudet? (Tolkningsfråga 3 b.)

74. Enligt ordalydelsen av den ifrågasatta bestämmelsen är en skillnad i behandling på grund av nationalitet för transportföretaget *respektive* på grund av utgångs- eller bestämmelseorten otillåten. Under det att det första tillämpningskriteriet — ingen skillnad i behandling på grund av nationalitet — uppenbarligen syftar till att skydda utländska transportföretag, framgår det inte av det andra kriteriet för tillämplighet — ingen skillnad i behandling på grund av utgångs- eller bestämmelseorten för transporten — att ett sådant (begränsat) skyddssyfte finns.

75. I enlighet därmed har domstolen i domen i målet kommissionen mot Österrike<sup>35</sup> grundat fastställandet av fördragsbrottet på överträdelse av båda dessa kriterierna för tillämplighet vad gäller diskrimineringsförbudet och anfört att artikel 7 b i direktiv 93/89 inte endast, för att förhindra varje form av snedvridning av konkurrensen mellan transportföretag från medlemsstaterna, förbjuder varje form av diskriminering på grund av åkarens nationalitet, utan även på grund av utgångs- eller bestämmelseorten för transporten.<sup>36</sup>

34 — Dom i målet *Federatie Nederlandse Vakbeweging* (ovan fotnot 26), punkt 20 och följande punkter. Jämför även dom i målet *Becker* (ovan fotnot 22), punkt 28 och följande punkter.

35 — Jämför fotnot 5. Se därtill även förslaget till avgörande av generaladvokaten Saggio av den 24 februari 2000 i mål C-205/98, kommissionen mot Österrike (REG 2000, s. I-7369), punkt 47.

36 — Ovan fotnot 5, punkt 109.

76. Domstolen fann att dessa två kriterier för tillämplighet var uppfyllda oberoende av åkarens nationalitet endast på grund av det förhållandet att de motorfordon som genomför godstransport drabbas av olika avgifter och detta belastar motorfordonen i transittrafik beroende på om de använder totalsträckan av Brennermotorvägen eller vissa delsträckor.<sup>37</sup>

77. Härav följer att även österrikiska åkare som trafikerar hela Brennermotorvägen, och följaktligen på grund av utgångs- eller bestämmelseorten för transporten diskrimineras gentemot vissa användare av delsträckor, kan åberopa den andra varianten av det i artikel 7 b i direktiv 93/89 stadgade diskrimineringsförbudet.

78. Detta subjektiva skyddssyfte med direktivbestämmelsen kan inte heller ändra det förhållandet att domstolen konstaterat att det övervägande antalet av de i transittrafiken verksamma motorfordonen inte är registrerade i Österrike,<sup>38</sup> så att diskrimineringen på grund av nationalitet ofta faktiskt sammanfaller med diskrimineringen på grund av utgångs- eller bestämmelseorten.

iii) Följder av den direkta tillämpligheten av diskrimineringsförbudet

79. I den mån som den enskilde kan åberopa direkt tillämpliga bestämmelser i direktivet, är nationella bestämmelser som står i strid därmed otillämpliga. Detta har inte endast till följd att den för höga tullen inte längre behöver betalas. För att säkerställa den effektiva verkan av diskrimineringsförbudet, skall dessutom även redan betalda avgifter återbetalas i den mån som de överstiger de avgifter som har uppburits från den gynnande gruppen, alltså i detta fall användarna av de jämförbara delsträckorna.

80. Enligt fast rättspraxis från domstolen utgör rätten till återbetalning av avgifter som uppburits i en medlemsstat med överträdelse av gemenskapsrätten nämligen en följd och utfyllnad av de rättigheter som enskilda gradvis har erhållit genom domstolens tolkning av gemenskapsrätten.<sup>39</sup> Dessutom undanröjs endast genom en återbetalning av den diskriminerande avgiften den genom avgiften framkallade snedvridningen av konkurrensen.<sup>40</sup>

39 — Dom av den 2 februari 1988 i mål 309/85, Barra (REG 1988, s. 355; svensk specialutgåva, volym 9, s. 325), punkt 17, av den 6 juli 1995 i mål C-62/93, BP Soupergaz (REG 1995, s. I-1883), punkt 40, av den 9 februari 1999 i mål C-343/96, Dilexport (REG 1999, s. I-579), punkt 23, av den 8 mars 2001 i de förenade målen C-397/98 och C-410/98, Metallgesellschaft m.fl. (REG 2001, s. I-1727), punkt 84, samt domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 22), punkt 30.

40 — Jämför förslag till avgörande av generaladvokaten Geelhoed av den 3 juni 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (målet inte ännu avgjort av domstolen), punkt 70.

37 — Ovan fotnot 5, punkt 111 och följande punkter.

38 — Jämför dom i målet kommissionen mot Österrike (ovan fotnot 5), punkt 107 och följande punkter.

81. På detta sätt har domstolen även redan vid ett flertal tillfällen beslutat om avgifter som hade uppburits med överträdelse av ett diskrimineringsförbud.<sup>41</sup> I dessa fall handlade det visserligen alltid om överträdelser av ett direkt av fördragsbestämmelserna följande diskrimineringsförbud. Det förefaller dock inte finnas någon orsak till varför en överträdelse, av ett i direktiv stadgat, direkt tillämpligt diskrimineringsförbud skulle behandlas annorlunda vad gäller dess vidare verkningar. Dessutom har domstolen även vid överträdelser av andra typer av direkt gällande direktivbestämmelser bekräftat rätten till återbetalning.<sup>42</sup>

82. Ett krav om återbetalning för verkställda betalningar som saknar stöd i lag föreligger även om dessa har uppburits genom överträdelse av gemenskapsrätten av ett formellt privat, men statligt kontrollerat, företag.<sup>43</sup> Särskilt kan mot ett sådant krav inte anföras att beloppen inte har uppburits av en myndighet såsom avgifter, utan som ersättning på grund av ett privaträttsligt avtal, och att domstolens rättspraxis avseende återbetalning av avgifter som är oförenliga med gemenskapsrätten därför inte kan tillämpas på det fallet.<sup>44</sup>

83. I så måtto skall pekas på det att det följer av fast rättspraxis från domstolen att den gemenskapsrättsliga klassificeringen av en skatt, avgift eller taxa av domstolen skall företas enligt de objektiva kännetecknen av en skatt oberoende av dess klassificering i nationell rätt.<sup>45</sup>

84. Motsvarande måste även gälla när motprestationen för ianspråktagandet av en statlig tjänst på grund av en privatisering av det berörda förvaltningsområdet uppbärs i form av en avtalad ersättning för användandet, som emellertid i enlighet med dess funktion skall klassificeras som en offentlig (tull-)avgift eller skall ersätta en sådan. Den i svaret på den första tolkningsfrågan utvecklade synpunkten att en medlemsstat inte kan undandra sig gemenskapsrättsliga förpliktelser genom en privatisering eller genom att delegera vissa områden av den offentliga förvaltningen måste även beaktas vad gäller återbetalning av avgifter.

85. Om medlemsstaterna respektive de juridiska personer och organ som faller under det vida statsbegreppet därmed principiellt sett är förpliktigade att återbetala avgifter som har uppburits med överträdelse av gemenskapsrätt med direkt effekt, ankommer även utformandet av det

41 — Till exempel dom i målet Barra (ovan fotnot 39), jämför även domarna av den 9 november 1983 i mål 199/82, San Giorgio (REG 1983, s. 3595; svensk specialutgåva, volym 7, s. 389), punkt 12, och av den 17 juli 1997 i mål C-242/95, GT-Link (REG 1997, s. I 4449), punkt 58.

42 — Jämför till exempel dom i målet BP Soupergaz (ovan fotnot 40).

43 — Jämför motsvarande i dom i målet GT-Link (ovan fotnot 41), punkt 59, avseende återbetalningskyldighet för ett offentligt företag.

44 — Jämför här till Republiken Österrikes anförande i parallellmålet C-257/02, återgivet i begäran om förhandsbesked från Oberster Gerichtshof (s. 10).

45 — Jämför bland annat dom av den 13 februari 1996 i de förenade målen C-197/94 och C-252/94, Bautiaa och Société française maritime (REG 1996, s. I-505), punkt 39, och av den 4 oktober 2001 i mål C-294/99, Athinaiki Zythopoïa (REG 2001, s. I-6797), punkt 27.

förfarande som skall garantera skyddet av de ur gemenskapsrätten framväxta rättigheterna för medborgarna enligt domstolens rättspraxis på den nationella rättsordningen i den enskilda medlemsstaten i avsaknad av en gemenskapsrättslig reglering av området. Dessa förfaranden får emellertid, enligt likvärdighets- och effektivitetsprincipen, varken vara mindre förmånliga än de som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt.<sup>46</sup>

86. Även den exakta fastställelsen av storleken av den ersättning som skall återbetalas är en sak för den hänskjutande domstolen, varvid den måste orientera sig efter ändamålet att undanröja diskriminering mellan användarna av totalsträckan och användarna av de tre delsträckor som domstolen i domen i målet kommissionen mot Österrike<sup>47</sup> ansett jämförbara (Innsbruck — Schönberg, Innsbruck — Matrei/Steinach och Matrei/Steinach — gränsen).

87. Frågan uppkommer då hur avgiftsgäldenärens möjliga övervältring av kostnaderna på en tredje person därvid skall beaktas. Denna problematik inställer sig i det förevarande fallet, då Rieser enligt vad

som framgår av begäran om förhandsavgörande åberopar att tullhöjningarna inte borde ha fått övervältras på uppdragsgivarna, vilket bestridits av ASFINAG.<sup>48</sup>

88. Enligt domstolens rättspraxis kan den som har betalat skatt, taxor eller avgifter som är oförenliga med gemenskapsrätten, inte kräva återbetalning om den bevisligen faktiskt har övervältrat dessa på andra.<sup>49</sup>

89. Under sådana omständigheter har nämligen inte den som har att erlagga avgifterna burit bördan av de utan stöd i lag uppburna avgifterna utan köparen, på vilken bördan har övervältrats. Skulle man däremot återbetala avgiftsbeloppet till den som har att erlagga avgifterna, vilka avgiftsgäldenären redan har uppburit av köparen, skulle detta innebära dubbel betalning till den avgiftsskyldige. En sådan betalning skulle kunna bedömas såsom ett orättmättigt berikande, utan att följderna av avgifternas rättsvidrighet därmed undanröjas för köparen.<sup>50</sup>

90. Visserligen är frågan om övervältrande eller icke-övervältrande av indirekta avgifter i varje enskilt fall en faktisk fråga, som omfattas av den nationella domstolens

46 — Dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 261), punkt 5, av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599), punkt 12, av den 15 september 1998 i de förenade målen C-279/96, C-280/96 och C-281/96, Ansaldo Energia (REG 1998, s. I-5025), punkt 16, samt av den 10 september 2002 i de förenade målen C-216/99 och C-222/99, Prisco (REG 2002, s. I-6761), punkt 69 och följande punkter.

47 — Ovan fotnot 5, punkterna 72–75.

48 — Jämför s. 9 och s. 13 i begäran om förhandsavgörande.

49 — Domar av den 27 februari 1980 i mål 68/79, Just (REG 1980, s. 501; svensk specialutgåva, volym 5, s. 31), av den 27 mars 1980 i mål 61/79, Denkavit (REG 1980, s. 1205; svensk specialutgåva, volym 5, s. 149) av den 9 november 1983 i målet San Giorgio (ovan fotnot 41), punkt 13, av den 14 januari 1997 i målen C-192/95 till C-218/95, Comateb (REG 1997, s. I-165), punkt 21, samt av den 17 juli 1997 i målet GT-Link (ovan fotnot 41), punkt 58.

50 — Dom i målet Comateb (ovan fotnot 49), punkt 22.

behörighet. Det faktiska fullständiga eller delvisa övervältrandet beror vid varje affärstransaktion på flera faktorer, som skiljer sig från andra fall<sup>51</sup>. Enligt domstolens rättspraxis kan i varje fall inte förmodas att ett övervältrande har ägt rum, och särskilt ålägger det inte den som har att erlægga avgifterna att bevisa motsatsen genom negativ bevisning. En medlemsstat kan därför endast förvägra den som har att erlægga avgifterna återbetalning av de med överträdelse av gemenskapsrätten uppburna avgifterna, om avgiftsburden *bevisligen* i hela sin omfattning har burits av en annan person och om återbetalningen till den som har att erlægga avgifterna skulle leda till ett orättmätigt berikande av denne<sup>52</sup>.

91. Vidare skall pekas på att själva återbetalningen av avgiftsbeloppet, vilket bevisligen helt eller delvis har övervältrats på köparen, inte nödvändigtvis leder till ett orättmätigt berikande av den som har att erlægga avgifterna. Den som har att erlægga avgifterna kan nämligen även ha drabbats av en nackdel genom att ha övervältrat den, med överträdelse av gemenskapsrätten, uppburna avgiften, eftersom den av övervältrandet av avgiften resulterande höjningen av varupriserna har lett till en minskning av dennes försäljning.<sup>53</sup>

51 — Generaladvokaten Geelhoed befattar sig ingående med de svåra företagsekonomiska bedömningarna som har en betydelse i detta sammanhang i sitt förslag till avgörande i mål C-129/00 (ovan fotnot 40), punkterna 72-79.

52 — Dom av den 25 februari 1988 i de förenade målen 331/85, 376/85 och 378/85, Bianco och Girard (REG 1988, s. 1099; svensk specialutgåva, volym 3, s. 387), punkt 1.

53 — Såsom domstolen har gjort i målet Comateb (ovan fotnot 49), punkt 31, med hänvisning till punkt 23 i förslag till avgörande av generaladvokaten Tesouro av den 27 juni 1996 i samma mål.

c) Kravet på att tullen skall orientera sig efter kostnaderna enligt artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62

92. Vad beträffar den direkta effekten av artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62, så anser ASFINAG, Republiken Österrike och kommissionen i sina yttranden i allt väsentligt att dessa bestämmelser inte har en för den direkta tillämpligheten nödvändig tillräcklig tydlighet och ovillkorlighet.

93. Jag delar denna uppfattning. Bestämmelserna ger nämligen på samma gång medlemsstaterna bestämda parametrar (byggande, hantering och utveckling av det berörda vägnätet respektive det berörda transportvägnätet) för fastställandet av tullstorleken, utan att definiera dessa begrepp eller på annat sätt avgränsa det för medlemsstaterna kvarvarande utformningsutrymmet vid fastställandet av tillvägagångssättet för kalkyleringen och beräkningen av tullstorleken. Regleringens bristande tydlighet blir inte minst tydlig på grund av att båda bestämmelserna endast kräver en "orientering" efter de nämnda kostnadsparametrarna, men inte att dessa skall iaktas strikt eller liknande. Därmed ges genom artikel 7 h i direktivet och artikel 7.9 i direktiv 1999/62 — bortsett från de nämnda aspekterna — medlemsstaterna rätt att välja utformning av kalkylerings- och beräkningssätt vid fastställelsen av en tull som står i överensstämmelse med direktivet.



94. Därmed skall den andra och tredje tolkningsfrågan besvaras enligt följande:

med en tillåten bruttovikt om minst 12 ton som används för godstransporter på totalsträckan av den österrikiska Brennermotorvägen.

— Det i artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 reglerade förbudet mot diskriminering på grund av ursprungs- eller bestämmelseorten för transporten är direkt tillämpligt. Företag som för trafikerandet av totalsträckan med motorfordon med en tillåten bruttovikt om minst 12 ton har betalat en högre kilometeravgift än användare av ekonomiskt jämförbara delsträckor kan åberopa diskrimineringsförbudet och kräva återbetalning av den tull som har betalats för mycket.

D — *Fjärde tolkningsfrågan*

1) Parternas anföranden

95. ASFINAG har hänvisat till att domstolen i domen i målet parlamentet mot rådet visserligen har ogiltigförklarat direktiv 93/89, men förklarat att det ogiltigförklarade direktivets effekter skall bestå ”till dess att rådet har utfärdat ett nytt direktiv”.<sup>54</sup>

— Även österrikiska åkare kan åberopa artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62.

96. Direktiv 1999/62 utfärdades den 17 juni 1999, vilket innebär att effekterna av direktiv 93/89 har upphört från denna dag, i enlighet med det klara uttalandet i den nämnda domen. Följaktligen kan inte heller tullregleringen längre strida mot detta direktiv från och med den 17 juni 1999. Direktiv 1999/62 kan ha verkan redan före utgången av dess frist för införlivande. Däremot har Republiken Österrike under perioden den 17 juni 1999 till den 1 juli 2000 (slutet på fristen för införlivande) inte

— Artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62 är inte direkt tillämpliga beträffande fastställandet av en med direktiven överensstämmande tull för de motorfordon

54 — Ovan fotnot 4, punkt 32.

vidtagit några åtgärder i strid med det nya direktivets ändamål. Det har därför inte varit fråga om någon tid utan reglering. Direktiv 1999/62 har emellertid inte fått direkt effekt före utgången av fristen för införlivande.

97. Även den österrikiska regeringen har hänvisat till domen i målet parlamentet mot rådet och har därtill anfört att om domstolen i samband med den fortsatta effekten av direktiv 93/89 hade velat utgå från en annan tidpunkt än tidpunkten för utfärdandet av det nya direktivet, så hade den gett klart uttryck åt denna vilja. Följaktligen kan den i domen i målet parlamentet mot rådet fastställda fortsatta effekten av det ogiltigförklarade direktiv 93/89 endast ha bestått fram till utfärdandet av det nya direktivet.

98. En bindande effekt av direktiv inträder visserligen inte först i och med utgången av fristen för införlivande. Mot bakgrund av erkännandet av förtida effekter av direktiv 1999/62 har Republiken Österrike inte vidtagit några som helst åtgärder som hade kunnat äventyra detta direktivs regleringsändamål.

99. Däremot kan det inte antas att direktivet hade direkt effekt före utgången av fristen för införlivande. En sådan förståelse av ett direktivs förtida effekter skulle resultera i att grunderna för direktivs tvådelade genomförande, nämligen avseende nödvändigheten av en gemenskapsrättslig och en inomstatlig lagstiftningsakt kringgicks.

100. Kommissionen har påmint om att direktiv 1999/62, som trädde i kraft den 20 juli 1999, enligt dess fjärde skäl ersätter direktiv 93/89. Därmed har det gamla direktiv 93/89 upphört att gälla från och med detta datum. Medlemsstaterna var emellertid under perioden den 20 juli 1999 till den 1 juli 2000 skyldiga att ta hänsyn till direktiv 1999/62, i så måtto att de enligt rättspraxis under den fastställda fristen för införlivande inte fick utfärda några bestämmelser som var ägnade att allvarligt äventyra uppnåendet av det i det här direktivet föreskrivna målet. Detta följer direkt av artiklarna 10.2 och 249.3 EG samt av direktiv 1999/62 i sig.

## 2) Rättslig bedömning

101. Rieser har i tvisten vid den nationella domstolen gjort gällande en rätt till återbetalning av den tull som har betalats för mycket under perioden den 1 januari 1997 till den 31 juli 2000. Förutsättningen för existensen av sådana rättigheter under hela perioden är att det fanns en gemenskapsrättslig reglering, mot vilken tullavgiften strider och som Rieser kan åberopa.

102. Mot denna bakgrund syftar de båda delarna av den fjärde tolkningsfrågan till att klarlägga fram till vilken tidpunkt direktiv 93/89 hade direkta effekter som kommit Rieser tillgodo och från vilken tidpunkt direktiv 1999/62 eventuellt hade direkt effekt.

a) Beståendet av effekterna av direktiv 93/89

103. Parterna — i den mån som de har yttrat sig avseende den fjärde tolkningsfrågan — utgår samtliga med rätta från att den direkta effekten av direktiv 93/89 upphörde vid utfärdandet av det efterföljande direktivet 1999/62 och inte fortsatte att gälla fram till utgången av fristen för införlivande av det nya direktivet. I domen i målet parlamentet mot rådet har nämligen domstolen förordnat att effekterna av direktiv 93/89 skall bestå "till dess att rådet har utfärdat ett nytt direktiv inom detta område".<sup>55</sup>

104. Ett arrangemang som innebär att effekterna av direktiv 93/89 skall upprätthållas till dess att direktiv 1999/62 har införlivats, förefaller av olika skäl inte heller alls vara möjligt. I detta fall skulle de båda direktiven gälla samtidigt under fristen för införlivande av direktiv 1999/62. I den mån som direktiven avvek från varandra, skulle det vara oklart vilken föreskrift medlemsstaterna måste följa under denna period. Dessutom skulle upphörandet av effekterna av direktiv 93/89 vara beroende av att medlemsstaterna vidtog åtgärder och skulle ske vid olika tidpunkter i olika medlemsstater.

55 — Ovan fotnot 4, punkt 2 i domslutet.

105. Parterna har dock olika uppfattning vad beträffar den exakta tidpunkten för upphörandet av det gamla direktivets direkta effekt — utfärdandet eller ikraftträdandet av det nya direktivet. Direktiv 1999/62 antogs av rådet den 17 juni 1999, men trädde enligt dess artikel 13 först i kraft genom dess offentliggörande i *Euro-peiska gemenskapernas officiella tidning* den 20 juli 1999. Ordalydelsen av förordnandet om upprätthållandet av effekterna tyder snarare på den förstnämnda tidpunkten.<sup>56</sup> Även den hänskjutande domstolen utgår, i tolkningsfråga 4 b, från denna tidpunkt.

106. Meningen och syftet med att upprätthålla effekterna av en upphävd rättsakt är emellertid att inte låta ett oreglerat tillstånd gälla fram till dess att en ny rättsakt har ersatt den ogiltigförklarade. Det kan endast säkerställas, om den upphävda rättsakten behåller sina effekter till dess att den nya rättsakten får effekt. Eftersom direktiv 1999/62 har effekt först från och med dess ikraftträdande, skall domstolens förordnande förstås så att direktiv 93/89 fortsatte att gälla fram till denna tidpunkt, alltså kl 24.00 den 19 juli 1999.<sup>57</sup> Skulle med "utfärdande" av det nya direktivet i

56 — Jämför domen i målet parlamentet mot rådet (ovan fotnot 4), punkt 2 i domslutet.

57 — Enligt artikel 4.2 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister (EGT L 124, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 71) träder rättsakter för vars ikraftträdande ett bestämt datum har fastställts i kraft med början av den första timmen av detta datum för en viss dag. Följaktligen trädde direktiv 1999/62 i kraft kl. 00.00 den 20 juli 1999.

den mening som avses i domen i målet parlamentet mot rådet förstås rådets antagande av detta, fanns det ingen gällande reglering mellan den 17 juni och den 20 juli 1999.

107. Rieser kan alltså för perioden fram till och med den 19 juli 1999 åberopa att tullen har uppburits i strid med artikel 7 b i direktiv 93/89.

b) Effekterna av direktiv 1999/62 före utgången av fristen för införlivande

108. Det skall undersökas om direktiv 1999/62 redan under tiden mellan den 20 juli 1999 — datumet för dess ikraftträdande — och den 30 juni 2000 — utgången av fristen för införlivande<sup>58</sup> — hade effekter till förmån för Rieser.

109. Under denna period var medlemsstaterna skyldiga att införliva direktivet med nationell rätt och därutöver avstå från åtgärder som är ägnade att allvarligt ifrågasätta det i direktivet föreskrivna ända-

målet.<sup>59</sup> Det särskilt i domen i målet Inter-Environnement Wallonie<sup>60</sup> utvecklade kravet, stött på artiklarna 10 och 249.3 EG, att åtgärder som kan äventyra uppnåendet av ett direktivs ändamål inte får vidtas går emellertid inte så långt att nationella bestämmelser som är oförenliga med direktivet måste anpassas redan före utgången av fristen.

110. Möjligtvis skulle direktivets förtida effekter i undantagsfall kunna stå i vägen för införandet av nya nationella bestämmelser, nämligen om de fullständigt står i strid med andemeningen och ordalydelsen av ett direktiv och därigenom äventyrar anpassningen av den nationella rättsordningen inom fristen.<sup>61</sup>

111. Ett sådant undantagsfall föreligger inte här, eftersom den omtvistade avgiften, som stred mot det i direktiv 1999/62 reglerade diskrimineringsförbudet, redan hade införts före utfärdandet av direktiv 1999/62. För övrigt försvårar utformningen

59 — Dom av den 3 mars 1994 i mål C-316/93, Vaneerfeld (REG 1994, s. I-763), punkt 18, och av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. I-7411), punkt 45, jämför även dom av den 10 december 2002 i mål C-491/01, British American Tobacco m.fl (REG 2002, s. I-11453), punkt 32 och följande punkter, samt förslag till avgörande av generaladvokaten Geelhoed av den 10 september 2002 i mål C-491/01, British American Tobacco m.fl. (REG 2002, s. I-11461), punkt 43.

60 — Ovan fotnot 59, se även dom av den 8 maj 2003 i mål C-14/02, ATRAL (REG 2003, s. I-0000), punkt 58 och följande punkter.

61 — Jämför förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs av den 24 april 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie (REG 1997, s. 7413), punkt 40 och följande punkter. Förekomsten av ett sådant fall har domstolen redan bekräftat i domen i målet ATRAL (ovan fotnot 60).

58 — Enligt artikel 12.1 var medlemsstaterna skyldiga att sätta i kraft de nödvändiga lagarna och förordningarna för att efterkomma direktivet före den 1 juli 1999.

av avgifterna inte avsevärt det senare införlivandet av direktivet, eftersom avgiften åter skulle kunnat ha ändrats med kort varsel. Endast vad gällde abonnemang behövdes det eventuellt en särskild övergångsreglering.

114. Det är emellertid tveksamt i vilken utsträckning den enskilde kan åberopa ett direktiv under perioden för införlivande, om en medlemsstat redan har införlivat detta med nationell rätt, men införlivandet är bristfälligt.

112. Enligt fast rättspraxis är myndigheterna i medlemsstaterna dessutom skyldiga att tolka nationell rätt — oavsett om det handlar om före eller efter direktivet utfärdade bestämmelser — mot bakgrund av direktivet.<sup>62</sup> Eftersom ett direktiv får effekter för dess adressater redan före dess ikraftträdande, talar en del för att den av artikel 249.3 EG följande skyldigheten att tolka nationell rätt i överensstämmelse med direktivet gäller redan före utgången av fristen för införlivandet.<sup>63</sup>

115. Till att börja med skulle direktiv 93/89 införlivas med nationell rätt. Antar man att den omtvistade tullregleringen i enlighet med Österrikes åsikt utgör ett korrekt införlivande av direktiv 93/89, kvarstod efter utfärdandet av direktiv 1999/62 knappast något ytterligare regleringsbehov, då de båda direktivens regleringar i stor utsträckning motsvarar varandra. I varje fall har Österrike — såsom framgår av handlingarna — anpassat tullregleringen först i anslutning till domen i fördragsmålet och med verkan från den 1 februari 2001. Ersättandet av direktiv 93/89 med direktiv 1999/62 har däremot inte föranlett den österrikiska regeringen till några åtgärder.

113. De österrikiska bestämmelserna om avgifter för Brennertullen ger däremot inget utrymme för en tolkning som utesluter diskriminering.

116. Frågan om den enskilde vid ett redan utfört men bristfälligt införlivande av ett avkunnat avgörande mot en medlemsstat, direkt kan åberopa avgörandet redan under den i avgörandet föreskrivna fristen för införlivande, har ingående behandlats av generaladvokat Jacobs i förslag till avgörande i målet Hansa Fleisch Ernst Mundt.<sup>64</sup> Fastän det i det fallet handlade

62 — Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8, av den 16 december 1993 i mål C-334/92, Wagner Miret (REG 1993, s. I-6911; svensk specialutgåva, volym 14, s. 477), punkt 20, dom i målet Faccini Dori (ovan fotnot 11), punkt 26, samt dom av den 27 juni 2000 i målen C-240/98 till C-244/98, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores (REG 2000, s. I-4941), punkt 30.

63 — Förslag till avgörande av den 10 november 1992 i mål C-156/91, Hansa Fleisch Ernst Mundt (REG 1992, s. I-5567, på s. I-5578), punkterna 23 och 24.

64 — Ovan fotnot 63, punkt 19 och följande punkter.

om ett avgörande, är dessa övervägningar även överförbara på den direkta effekten av direktiv.

c) Överträdelse av direkt tillämpliga fördragsbestämmelser

117. Generaladvokat Jacobs kom med rätta fram till att åberopandet av en rättsakt före utgången av fristen för dess införlivande inte kommer i fråga, ty i annat fall skulle de medlemsstater, vilka i rätt tid — om än bristfälligt — har gjort ett försök till införlivande, hamna i ett sämre läge än de medlemsstater som har förblivit helt överksamma. Dessutom vilar läran om direkt effekt på tanken att medlemsstaten inte gentemot den enskilde kan åberopa att den själv inte har uppfyllt de gemenskapsrättsliga skyldigheterna. Skyldigheten att genomföra gemenskapsrättsliga bestämmelser blir emellertid verksam först vid utgången av den för genomförandet föreskrivna tidsperioden. Domstolen har i sin dom i nämnda mål dessutom också fastslagit att den enskilde under fristen för införlivande inte direkt kan åberopa avgörandet.<sup>65</sup>

118. Följaktligen kan Rieser för perioden den 20 juli 1999 till den 30 juni 2000 inte med framgång kräva en delvis återbetalning av tullen genom åberopande av tullavgiftens oförenlighet med det i direktiv 1999/62 föreskrivna diskrimineringsförbudet.

119. Frågan inställer sig emellertid om Rieser kan stödja sitt krav avseende denna tidsperiod på att tullregleringen strider mot direkt gällande fördragsbestämmelser. Visserligen har den hänskjutande domstolen inte hänskjutit en fråga beträffande detta till domstolen. Då det enligt fast rättspraxis emellertid är domstolens uppgift att inom ramen för det i artikel 234 EG införda samarbetsförfarandet med de nationella domstolarna ge den hänskjutande domstolen ett för avgörandet av den vid denna anhängiggjorda rättstvisten ändamålsenligt svar<sup>66</sup> skall denna fråga dock behandlas.

120. Tullregleringen skulle till att börja med kunna strida mot artikel 72 EG, i vilken föreskrivs att medlemsstaterna inte får omforma de existerande bestämmelserna inom transportområdet till nackdel för företag från andra medlemsstater. Då det därvid emellertid handlar om ett rent diskrimineringsförbud på grund av nationalitet respektive företagssäte, kan Rieser såsom inhemskt företag inte åberopa bestämmelsen.

65 — Dom av den 10 november i mål C-156/91, Hansa Fleisch Ernst Mundt (REG 1992, s. I-5567), punkt 20.

66 — Se bland annat dom av den 17 juli 1997 i mål C-334/95, Krüger (REG 1997, s. I-4517), punkt 22, och av den 28 november 2000 i mål C-88/99, Roquette Frères (REG 2000, s. I-465), punkt 18.

121. Vidare skulle en överträdelse av friheten att tillhandahålla tjänster kunna komma i fråga. Enligt artikel 51.1 EG gäller för den fria rörligheten av tjänster inom transportområdet avdelningens bestämmelser om transport. På grund av denna inskränkning skall ändamålet med artikel 49 EG, att avskaffa inskränkningar av den fria rörligheten av tjänster under övergångsperioden, uppnås inom ramen för den i artiklarna 70 och 71 EG definierade gemensamma transportpolitiken. Även efter utgången av övergångsperioden är artiklarna 49 och 50 EG enligt domstolens rättspraxis<sup>67</sup> inte direkt tillämpliga vad gäller transport.<sup>68</sup> Å andra sidan hindrar detta inte att dessa bestämmelser tillerkänns en vägledande betydelse, i den mån som det åligger rådet att förverkliga den fria rörligheten av tjänster inom sektorn.

122. Genom rådets förordning (EEG) nr 881/92 av den 26 mars 1991 om tillgången till godstrafikmarknaden i gemenskapen för transporter från eller till en medlemsstat eller genom en eller flera medlemsstater<sup>69</sup> infördes friheten att tillhandahålla tjänster i internationella god-

stransporter.<sup>70</sup> Eftersom Rieser har utfört transporter på hela sträckan av Brennermotorvägen fram till den italienska gränsen, skall det utgå från att det har utfört tjänster inom ramen för internationella transporter.

123. Enligt fast rättspraxis kräver den fria rörligheten av tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG inte endast att all diskriminering av den i en annan medlemsstat etablerade leverantören på grund av dennes nationalitet avskaffas, utan det samma gäller för varje inskränkning som är ägnad att förbjuda, på annat sätt störa eller göra utförandet av verksamheten mindre attraktivt för den som tillhandahåller tjänster och är etablerad i en annan medlemsstat där han lagenligt tillhandahåller liknande tjänster, till och med om inskränkningen utan åtskillnad tillämpas på medborgare i det egna landet som tillhandahåller tjänster och medborgare från andra medlemsstater som tillhandahåller tjänster.<sup>71</sup> Denna frihet utesluter även tillämpningen av en nationell reglering, som försvårar tillhandahållandet av tjänster inom endast en medlemsstat.<sup>72</sup>

67 — Jämför dom av den 22 maj 1985 i mål 13/83, parlamentet mot rådet (REG 1985, s. 1513; svensk specialutgåva, volym 8, s. 197), punkt 63, jämför även dom av den 13 juli 1989 i mål 4/88, Lambregts (REG 1989, s. 2583), punkt 14.

68 — Jämför mitt förslag till avgörande av den 6 mars 2001 i mål C-70/99, kommissionen mot Portugal (REG 2001, s. I-4845, på s. I-4847), punkt 27.

69 — EGT L 95, s. 1.

70 — Jämför det andra skälet i förordning nr 881/92.

71 — Jämför bland annat dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 56, av den 23 november 1999 i målen C-369/96 och C-376/96, Arblade m.fl. (REG 1999, s. I-8453), punkt 33, av den 20 februari 2001 i mål C-205/99, Analir m.fl. (REG 2001, s. I-1271), punkt 21, samt av den 13 juni 2002 i de förenade målen C-430/99 och C-431/99, Sea-land Service och Nedlloyd Lijnen (REG 2002, s. I-5235), punkt 32.

72 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-381/93, kommissionen mot Frankrike (REG 1994, s. I-5145), punkt 17.

124. Enligt denna princip kan ett företag även gentemot den stat, i vilket det har sitt säte åberopa den fria rörligheten för tjänster, i den mån som tjänsterna tillhandahålls en mottagare av tjänsterna som är etablerad i en annan medlemsstat.<sup>73</sup>

125. Tillämpningen av friheten att tillhandahålla tjänster i samband med regleringar om motorvägstull utgör inte hinder för utfärdandet av för detta området speciellt reglerande direktiv 93/89 och 1999/62. Effekterna av de förstnämnda direktiven upphörde nämligen redan den 20 juli 1999 medan bestämmelserna av direktiv 1999/62 före utgången av fristen för införlivande inte hade någon direkt effekt till förmån för enskilda, såsom redan har fastställts.

126. I förevarande fall hindrar den diskriminerande motorvägstullen visserligen inte de i transittrafik verksamma åkarna från att trafikera totalsträckan av Brennermotorvägen. Genom att avgifterna för användandet av totalsträckan emellertid är oproportionerligt höga i relation till avgifterna för användandet av enstaka delsträckor, innebär de att den ekonomiska attraktiviteten av att använda hela sträckan äventyras. De utgör därmed en inskränk-

ning av den fria rörligheten av tjänster till nackdel för de i transittrafik verksamma åkarna — och detta oberoende av var de är etablerade.

127. Då en motivering av den diskriminerande tullregleringen varken kommer i fråga på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset eller på andra grunder,<sup>74</sup> torde det vara fråga om en otillåten inskränkning av den fria rörligheten av tjänster enligt artikel 49 EG.

128. En österrikisk godstransportföretagare såsom Rieser kan åberopa dessa under perioden mellan den 20 juli 1999 och den 30 juni 2000 direkt tillämpliga fördragsbestämmelser inom ramen för en tvist om återbetalning.

129. Med hänsyn till den sista tidsperiod för vilken Rieser har begärt återbetalning av tullen, alltså den 1–31 juli 2000, skall för fullständighetens skull — den hänskjutande domstolen har inte frågat härom — påtalas att diskrimineringsförbudet enligt direktiv 1999/62 är direkt tillämpligt sedan utgången av fristen för införlivande den 1 juli 2000.

73 — Jämför dom i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 72), punkt 14, dom av den 29 april 1999 i mål C-224/97, Ciola (REG 1999, s. I-2517), punkt 11, och i målet Sea-Land (ovan fotnot 71), punkt 32.

74 — Avseende motivering av diskriminerande åtgärder på grund av nationalitet, jämför domstolens dom av den 14 november 1995 i mål C-484/93, Svensson och Gustavsson (REG 1995, s. I-3955), punkt 15, och senast dom av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-721), punkt 19.



## V — Förslag till avgörande

130. På grund av ovanstående övervägningar föreslås domstolen, att svara enligt följande på tolkningsfrågorna:

- ”1) En privaträttslig juridisk person omfattas av skyldigheten att vid ingåendet av avtal med väganvändare, iaktta direkt tillämpliga bestämmelser i rådets direktiv 93/89 av den 25 oktober 1993 om medlemsstaternas tillämpning av skatter på vissa fordon som används för godstransporter på väg och tullar och avgifter för användningen av vissa infrastrukturer och Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/62/EG av den 17 juni 1999 om avgifter på tunga godsfordon för användningen av vissa infrastrukturer, när staten har delegerat uppgiften att uppbära tull för användandet av offentliga vägar till nämnda juridiska person och den direkt eller indirekt kontrollerar den juridiska personen.
- 2) Det i artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62 reglerade förbudet mot diskriminering på grund av ursprungs- eller bestämmelseorten för transporten är direkt tillämpligt. Företag som för trafikerandet av totalsträckan med motorfordon med en tillåten bruttovikt om minst 12 ton har betalat en högre kilometeravgift än användare av ekonomiskt jämförbara delsträckor kan åberopa diskrimineringsförbudet och kräva återbetalning av den tull som har betalats för mycket.
- 3) Även österrikiska åkare kan åberopa artikel 7 b i direktiv 93/89 och artikel 7.4 i direktiv 1999/62.

- 4) Artikel 7 h i direktiv 93/89 och artikel 7.9 i direktiv 1999/62 är inte direkt tillämpliga beträffande fastställandet av en med direktiven överensstämmande tull för de motorfordon med en tillåten bruttovikt om minst 12 ton som används för godstransporter på totalsträckan av den österrikiska Brennermotorvägen.
  
- 5) Effekterna av direktiv 93/89 upphörde att gälla den 20 juli 1999, när direktiv 1999/62 trädde i kraft.
  
- 6) Under perioden den 20 juli 1999 till den 30 juni 2000 hade direktiv 1999/62 inte någon sådan direkt effekt som ett transportföretag skulle kunna åberopa för att erhålla en delvis återbetalning av tullen för användandet av Brennermotorvägen (hela sträckan). För under samma period kan ett transportföretag emellertid åberopa fördragsbestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster, vilka äger tillämpning inom området för den internationella godstransporten enligt bestämmelser i rådets förordning nr 881/92 av den 26 mars 1992 om tillgången till godstrafikmarknaden i gemenskapen för transporter från eller till en medlemsstat eller genom en eller flera medlemsstater.”

3