

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 9. september 2003 ¹

I — Indledning

1. Forelæggelseskendelsen indgivet af Oberster Gerichtshof i Republikken Østrig vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 93/89/EØF af 25. oktober 1993 om opkrævning i medlemsstaterne af afgifter på visse køretøjer, der anvendes til vejgods-transport, samt af vejafgifter og brugsafgifter for benyttelse af visse infrastrukturer (herefter »direktiv 93/89«) ² og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/62/EF af 17. juni 1999 om afgifter på tunge godskøretøjer for benyttelse af visse infrastrukturer (herefter »direktiv 1999/62«) ³. Ved dom af 5. juli 1995 ⁴ annullerede Domstolen det førstnævnte direktiv med den begrundelse, at det var blevet vedtaget uden forskriftsmæssig høring af Europa-Parlamentet, dog således at direktivets retsvirkninger stod ved magt, indtil et nyt direktiv var vedtaget. Som det fremgår af fjerde betragtning til direktiv 1999/62, erstatter dette direktiv det af Domstolen annullerede direktiv 93/89.

2. Denne sag drejer sig om, hvorvidt og i hvilket omfang de to direktivers bestemmelser — hvis indhold i det væsentlige er identisk — har direkte virkning under en tvist mellem en østrigsk transportvirksomhed, som føler sig forskelsbehandlet i strid med fællesskabsretten på grund af vejafgiftssatserne for benyttelse af den samlede strækning af Brenner-motorvejen, og det selskab, der forvalter motorvejen, hvorefter transportvirksomheden har nedlagt påstand for den ret, der behandler hovedsagen, om, at motorvejselskabet tilbagebetaler den de vejafgifter, som denne har betalt i perioden fra den 1. januar 1997 til den 31. juli 2000.

II — Retsregler

3. I henhold til artikel 2 i direktiv 93/89 betegner udtrykket »vejafgift« en »opkrævet betaling af et bestemt beløb for et køretøjs tilbagelæggelse af en strækning mellem to punkter på en af de i artikel 7, litra d), nævnte infrastrukturer, idet beløbets størrelse afhænger af den tilbagelagte afstand og køretøjsklassen«, og udtrykket »køretøj« »et motorkøretøj eller en kombination af sammenkoblede køretøjer, som

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 279, s. 32.

3 — EFT L 187, s. 42.

4 — Sag C-21/94, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 1827.

udelukkende er beregnet til vejgodstransport, og hvis højst tilladte bruttovægt er mindst 12 tons«.

4. Artikel 7 i direktiv 93/89, bestemmer følgende:

»Medlemsstaterne kan bibeholde eller indføre vejafgifter og/eller indføre brugsafgifter, såfremt følgende betingelser overholdes:

[...]

b) Afgifterne opkræves uden direkte eller indirekte forskelsbehandling begrundet i transportvirksomhedens nationalitet eller transportens afsendelses- eller bestemmelsessted, jf. dog artikel 8, stk. 2, litra e), og artikel 9.

[...]

h) Satserne for vejafgifter baseres på omkostningerne i forbindelse med bygning, drift og udvikling af det pågældende infrastruktturnet.«

5. Direktiv 1999/62, som erstatter det af Domstolen annullerede direktiv 93/89, blev vedtaget af Rådet den 17. juni 1999 og trådte ifølge dets artikel 13 i kraft den 20. juli 1999. I henhold til direktivets artikel 12 skulle det gennemføres inden den 1. juli 2000. Artikel 7, stk. 4 og artikel 9 i direktiv 1999/62, som hvad angår indholdet svarer til artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89, bestemmer følgende:

»4. Vejafgifter og brugsafgifter skal opkræves uden direkte eller indirekte forskelsbehandling begrundet i transportvirksomhedernes nationalitet eller transportens afsendelses- eller bestemmelsessted.

[...]

9. De vægtede gennemsnitlige vejafgifter bør stå i forhold til omkostningerne ved anlæg, drift og udvikling af det pågældende infrastruktturnet.

10. Uden at anvendelsen af stk. 9 herved indskrænkes, kan medlemsstaterne differentiere satserne, således at den opkrævede vejafgift afhænger af

a) køretøjets emissionsklasse, forudsat at ingen vejafgift ligger mere end 50%

over den vejafgift, der opkræves for tilsvarende køretøjer, der opfylder de strengeste emissionsnormer

er indregistreret i Østrig«. Domstolen fastslog endvidere, at Republikken Østrig havde tilsidesat artikel 7, litra h), i samme direktiv, idet den »ikke har opkrævet de nævnte vejafgifter udelukkende med henblik på at dække omkostningerne i forbindelse med bygning, drift og udvikling af Brenner-motorvejen«.

- b) tidspunktet på dagen, forudsat at ingen vejafgift ligger mere end 100% over den vejafgift, der opkræves i den billigste dagperiode.

Eventuel differentiering af vejafgifter på grundlag af køretøjets emissionsklasse eller tidspunktet på dagen skal stå i forhold til det forfulgte mål.«

6. Domstolen fastslog i sin dom af 26. september 2000⁵, at Republikken Østrig havde tilsidesat artikel 7, litra b), i direktiv 93/89, »idet den [...] med virkning fra den 1. juli 1995 og den 1. februar 1996 har forhøjet vejafgiftssatserne for den fulde strækning af Brenner-motorvejen, hvilken transitstrækning gennem Østrig overvejende benyttes af køretøjer med en højst tilladt bruttovægt på 12 tons eller derover, som benyttes til godstransport, og som er indregistreret i andre medlemsstater, men ikke for delstrækninger af denne motorvej, som for langt størstedelens vedkommende benyttes af køretøjer med en højst tilladt bruttovægt på 12 tons eller derover, som ligeledes benyttes til godstransport, og som

III — Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

7. Sagsøger i hovedsagen er Rieser Internationale Transporte GmbH (herefter »Rieser«), en transportvirksomhed med sæde i Østrig. Rieser driver virksomhed med international vejgodstransport med gods-køretøjer, som har en tilladt bruttovægt på mindst 12 tons, og som har mere end tre aksler, og benytter hertil bl.a. ofte den betalingspligtige Brenner-motorvej.

8. På baggrund af den dom, der blev afsagt i traktatbrudssagen Kommissionen mod Østrig⁶, har Rieser nedlagt påstand om, at det selskab, som driver Brenner-motorve-

5 — Sag C-205/98, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7367.

6 — Nævnt i fodnote 5.

jen, Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (herefter »ASFINAG«), delvist tilbagebetaler de vejafgifter, som sagsøgeren i perioden mellem den 1. januar 1997 og den 31. juli 2000 mener at have betalt i strid med fællesskabsretten for benyttelse af den samlede strækning af Brenner-motorvejen.

den ene side det annullerede direktiv 93/89 og dets virkning, og på den anden side direktiv 1999/62, som erstattede det førstnævnte direktiv den 17. juni 1999, men først skulle være gennemført den 1. juli 2000.

9. Ved en brugs- og frugtoppebørselsaftale (Fruchtgenussvertrag), som blev indgået i juni 1997 med tilbagevirkende kraft fra den 1. januar 1997 mellem ASFINAG og dens eneaktionær, den østrigske stat, fik ASFINAG til opgave at varetage bygning, planlægning, drift, vedligeholdelse og finansiering af de østrigske motorveje og motortrafikvejstrækninger, som A 13 (Brenner-motorvejen) er en del af. ASFINAG fik ved denne aftale endvidere ret til, i eget navn og for egen regning, at opkræve vej- og brugsafgifter for at finansiere sine udgifter.

11. Oberster Gerichtshof har derfor forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

10. Oberster Gerichtshof, som har behandlet retstvisten under en appelsag, er for det første i tvivl, om artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 har direkte virkning. For det andet finder Oberster Gerichtshof — i modsætning til de forudgående instansers opfattelse — at det også er tvivlsomt, om det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62, har direkte virkning. Endelig mener retten, at der er behov for en afklaring af sammenhængen mellem på

1) Finder de bestemmelser, som har direkte virkning (»self-executing«), i Rådets direktiv 93/89/EØF af 25. oktober 1993 om opkrævning i medlemsstaterne af afgifter på visse køretøjer, der anvendes til vejgodstransport, samt af vejafgifter og brugsafgifter for benyttelse af visse infrastrukturer, og i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/62/EF af 17. juni 1999 om afgifter på tunge godskøretøjer for benyttelse af visse infrastrukturer, også anvendelse på sagsøgte, som i henhold til EF-Domstolens praksis er en »funktionel statslig myndighed«, ved indgåelse af kontrakter med vejbrugere, således at sagsøgte ikke må kræve højere vejafgifter end dem, der fremgår af disse bestemmelser?

- 2) Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

handles i forhold til de vejbrugere, der kun benytter delstrækninger af den nævnte motorvej?

Har artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89 samt artikel 7, stk. 4 og 9, i direktiv 1999/62 i henhold til EF-Domstolens praksis direkte virkning, således at disse bestemmelser også finder anvendelse ved en manglende eller ufuldstændig gennemførelse af direktiverne i østrigsk ret ved beregningen af vejafgifter i overensstemmelse med direktiverne for de køretøjer med mere end tre aksler, som anvendes til godstransport på den samlede strækning af den østrigske Brenner-motorvej?

- 3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende:

- a) Hvilken metode og hvilke kriterier finder anvendelse ved beregningen af vejafgiften for en enkelt tur på den samlede strækning?

- b) Kan også østrigske transportvirksomheder påberåbe sig, at de på grund af den (for høje) takst for den samlede strækning forskelsbe-

- 4) Såfremt spørgsmål 1 og 2 besvares bekræftende:

- a) Skal EF-Domstolens dom af 5. juli 1995 i sag C-21/94, hvori det udtaltes, at retsvirkningerne af direktiv 93/89/EØF af 25. oktober 1993, der blev annulleret ved dommen, står ved magt, indtil Rådet har udstedt et nyt direktiv, fortolkes således, at retsvirkningerne står ved magt, indtil medlemsstaterne har gennemført det nye direktivs bestemmelser, henholdsvis indtil udløbet af fristen for gennemførelse af det nye direktivs bestemmelser?

- b) Såfremt spørgsmål 4, litra a), besvares benægtende: Påhviler der medlemsstaterne en forpligtelse til i tidsrummet fra den 17. juni 1999 til den 1. juli 2000 at tage hensyn til det nye direktiv, fordi det havde forudgående virkninger, som skulle overholdes?

IV — Parternes anbringender og den retlige vurdering

stilling til den påståede tilsidesættelse af disse bestemmelser, som udelukkende er fremført af Rieser.

A — Indledende bemærkning vedrørende den af Rieser kritiserede tilsidesættelse af artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86 EF

B — Første spørgsmål

12. Under den mundtlige forhandling har Rieser gjort gældende, at ASFINAG ved at opkræve for høje vejafgifter har misbrugt sin dominerende stilling på markedet og dermed tilsidesat artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86 EF.

15. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om Rieser direkte kan påberåbe sig de nævnte bestemmelser i begge direktiver over for et organ som ASFINAG, selv om ASFINAG er en privatretlig juridisk person, som ganske vist er underlagt statslig kontrol.

13. Herom må fastslås, at det ifølge fast praksis kun tilkommer den nationale ret og ikke parterne i hovedsagen at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål. Dermed er det også kun den nationale retsinstans, der kan bestemme, hvilke spørgsmål der skal forelægges Domstolen. Parterne kan ikke ændre spørgsmålenes indhold⁷.

1. Parternes anbringender

14. Da den forelæggende ret ikke har forelagt noget spørgsmål om fortolkningen af artikel 82 EF og 86 EF, bør der ikke tages

16. Rieser er af den opfattelse, at ASFINAG opfylder kriterierne for at kunne betragtes som en statslig myndighed i funktionel henseende, da selskabets eneaktionær, Republikken Østrig, har en afgørende indflydelse på virksomheden og har fået overdraget en funktion, som tidligere blev varetaget i statsligt regi.

17. ASFINAG er derimod af den opfattelse, at det ikke efter Domstolens praksis ved indgåelse af aftaler er forpligtet til at

⁷ — Dom af 9.12.1965, sag 44/65, Singer, Sml. 1965-1968, s. 137, på s. 139, af 17.9.1998, sag C-412/96, Kainuun Liikenne Oy m.fl., Sml. I, s. 5141, præmis 23, og af 6.7.2000, sag C-402/98, ATB m.fl., Sml. I, s. 5501, præmis 29.

overholde direktivbestemmelser med direkte virkning, da det som privatretligt aktieselskab opkræver vejafgifter på Brenner-motorvejen for egen regning, er en selvstændig juridisk person og ikke varetager nogen offentlige funktioner, og da dets organer ikke er bundet af instrukser fra organer under Republikken Østrig.

trafikvejene. Endelig har ASFINAG ikke kompetence til på egen hånd at fastsætte det vejafgiftsbeløb, der skal opkræves. Dette beløb fastsættes ved lov, idet de enkelte afgiftsbeløb fastsættes af Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten (forbundsøkonomiministeren) efter forhandling med Bundesminister für Finanzen (forbundsfinansministeren), under hensyn til køretøjets art. Dermed hører ASFINAG uanset sin retlige organisationsform til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på direktivbestemmelser, som kan have direkte virkning.

18. Efter Kommissionens opfattelse må ASFINAG ud fra et funktionelt synspunkt antages at henhøre under den østrigske stat og må derfor anses for adressat både for direktiv 93/89 og for direktiv 1999/62. Ganske vist er ASFINAG et privatretligt aktieselskab, som blot har en kontraktlig forbindelse til Republikken Østrig på en sådan måde, at dens direktion ikke er underlagt instrukser, opkræver vejafgifter i eget navn og for egen regning og ikke overfører afgifterne til Republikken Østrig. Alligevel kan ASFINAG sagsøges på grundlag af de relevante bestemmelser i direktiverne. Republikken Østrig er sagsøgt enektionær og er ifølge den brugs- og frugtoppebørselsaftale, den har indgået med ASFINAG, berettiget til at kontrollere alle de foranstaltninger, som ASFINAG og dets datterselskaber træffer, og på ethvert tidspunkt anmode om oplysninger om deres respektive aktiviteter. Staten kan foreskrive virksomheden mål. ASFINAG har til gengæld pligt til hvert år at udarbejde en vedligeholdelsesplan og til at forelægge staten en omkostningsplan. Desuden skal ASFINAG hvert år inden udløbet af den frist, der er nødvendig for fastlæggelsen af statens budget, forelægge staten en omkostningsplan med præcisering af udgifterne til planlægning, bygning, vedligeholdelse og administration af motorvejene og motor-

2. Retlig bedømmelse

19. Med hensyn til det første præjudicielle spørgsmål skal det først bemærkes, at det efter kompetencefordelingen i artikel 234 EF ifølge fast retspraksis tilkommer den nationale ret at anvende de fællesskabsretlige bestemmelser på det konkrete tilfælde⁸. Domstolen har derfor ikke mulighed for at tage stilling til, som det ønskes i det præjudicielle spørgsmål, om »sagsøgte« — dvs. ASFINAG — ifølge det funktionelle statsbegreb, som Domstolen anvender i sin praksis, har pligt til at overholde bestemmelser med direkte virkning.

⁸ — Dom af 8.2.1990, sag C-320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe*, Sml. I, s. 285, præmis 11, og af 11.3.2003, sag C-40/01, *Ansul*, Sml. I, s. 2439, præmis 45.

20. Det er derimod Domstolens opgave at fortolke fællesskabsorganernes retsakter og undersøge, hvilke virkninger de har, og, især, om disse retsakter kan gøres gældende over for bestemte fysiske eller juridiske personer eller personkategorier, mens det tilkommer de nationale domstole at afgøre, om en part i en sag, der er indbragt for dem, henhører under en af de nævnte persongrupper⁹.

21. Det skal følgelig undersøges, om et organ som ASFINAG — uanset at det er et privatretligt retssubjekt — kan betragtes som en statslig myndighed i funktionel forstand, over for hvilken det er muligt direkte at påberåbe sig de nævnte direktivbestemmelser.

22. Ifølge Domstolens vide opfattelse af statsbegrebet kan et direktivs direkte virkning påberåbes over for samtlige forvaltninger, herunder kommuner og de øvrige lokalforvaltninger¹⁰. Det vide statsbegreb indebærer endvidere, at staten også kan være adressat for en direktivbestemmelse med direkte virkning, selv om den ikke fungerer som offentlig myndighed, men i en anden form, f.eks. som ejer af en offentlig

virksomhed eller som aktionær med aktiemajoriteten eller eneaktionær i en privat virksomhed.

23. Udgangspunktet for denne udvidelse af det funktionelle statsbegreb er ifølge fast retspraksis, at et direktiv ganske vist ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for borgerne, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer¹¹, men at en national domstol, såfremt den ved anvendelsen af national ret er forpligtet til at fortolke denne — hvad enten bestemmelserne heri er ældre eller yngre end direktivet — da i videst muligt omfang at fortolke den i lyset af direktivets ordlyd og formål, for at kunne fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 189, stk. 3 (nu artikel 249, stk. 3, EF)¹².

24. Hvis borgerne på denne baggrund kan påberåbe sig et direktiv over for staten, kan de gøre det uafhængigt af, i hvilken egen-skab staten handler — som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed. I begge tilfælde skal det nemlig forhindres, at staten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten¹³.

11 — Se bl.a. dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 20, og af 7.3.1996, sag C-192/94, El Corte Inglés, Sml. I, s. 1281, præmis 15.

12 — Jf. Faccini Dori-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 26, og dom af 23.2.1999, sag C-63/97, BMW, Sml. I, s. 905, præmis 22.

13 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 49.

9 — Jf. dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 15 f.

10 — Dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, præmis 31.

25. I overensstemmelse hermed har Domstolen også fastslået, at et organ eller et statsligt foretagende, som — uanset sin retlige organisationsform — ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har fået tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning¹⁴.

26. Det kan her være et problem, om et direktiv også kan have en sådan (vertikal) direkte virkning over for en juridisk privatretlig person, som er oprettet af staten, og som drives med staten som eneaktionær, når dette selskab — uden omfattende statsligt tilsyn — får overdraget funktioner, som staten tidligere selv udførte som offentlige funktioner, til udførelse under eget ansvar og for egen regning.

27. Ved vurderingen heraf vil jeg gerne henvide til mit forslag til afgørelse i sagen Collino m.fl., hvori jeg antog, at følgerne af den direkte virkning for medlemsstaterne kun kan være fuldt effektive, hvis de altid rammer medlemsstaten, uanset i hvilken

retlig form den optræder. Når det reelt er staten, der, direkte eller indirekte, står bag et organ eller en virksomhed, som den kontrollerer, er der ikke tale om en privatperson¹⁵.

28. I lyset heraf skal jeg i det følgende for det første vurdere statens direkte styrings-, kontrol- og tilsynsbeføjelser over for en privatretlig virksomhed, og for det andet de indirekte muligheder for påvirkning og indflydelse, der er en følge af, at virksomheden er strukturelt sammenflettet med det offentligretlige organ, som i økonomisk henseende står bag den.

29. Hvad angår statens direkte styrings-, kontrol- og tilsynsbeføjelser kommer det ifølge de ovenfor fremstillede principper ikke nødvendigvis an på, om en virksomhed eller et andet privat organ rent formelt er underlagt et omfattende statsligt tilsyn. Også retningslinjer, som er fastsat ved lov, eller særskilte statslige beføjelser, der er overdraget ved en kontrakt, kan indsnævre virksomhedens retlige handlingsfrihed så meget, at det har samme virkning som et omfattende tilsyn. Når staten f.eks. er berettiget til at udføre løbende kontrol med alle virksomhedens og dens datterselskabers foranstaltninger, inklusive planlægningsforanstaltninger, at foreskrive virk-

14 — Dommen i sagen Foster m.fl., nævnt i fodnote 9, præmis 17.

15 — Forslag til afgørelse af 18.1.2000, sag C-343/98, Collino og Chiappero, Sml. I, s. 6659, se s. 6661, punkt 23. Se også dom af 14.9.2000 i samme sag, Sml. I, s. 6659.

somheden mål og til enhver tid forlange oplysninger om virksomhedens og dens datterselskabers aktiviteter, er virksomhedens retlige handlingsfrihed på forhånd begrænset. Denne virkning forstærkes så yderligere, hvis en virksomhed, inden for rammerne af det økonomiske aktivitetsområde, den har fået overdraget, uomtvisteligt er bundet til statslige retningslinjer, som er fastsat ved lov og indgår i kontrakten med selskabet, og er forpligtet til at holde sig inden for de ved lov fastsatte rammebetingelser, der f.eks. — som tilfældet er ved ASFINAG — også omfatter fastlæggelsen af størrelsen af de vejafgifter og brugsafgifter, virksomheden kan opkræve, og dennes kompetence på sin side er begrænset til at fremlægge forslag til, hvorledes afgifterne nærmere skal udformes.

30. Med hensyn til de indirekte indflydelsesmuligheder må man lægge vægt på, om staten, som økonomisk står bag virksomheden, er i stand til internt i virksomheden at styre den retlige manøvre frihed, som virksomheden formelt set råder over udadtil, efter sit eget ønske, således som det må være tilfældet, når der er tale om en eneaktionær.

31. Den samlede mængde af direkte og indirekte kontrol- og indflydelsesmuligheder, der kan være koncentreret i en virksomhed som ASFINAG, gør det berettiget at betragte denne som en virksomhed, der materielt hører til staten.

32. Endelig taler også direktivets beskyttelsesformål for, at man i en konstellation som den foreliggende anser en virksomhed, som efter sin form er privatretlig, for adressat for de bestemmelser i direktivet, der har direkte virkning. Det må nemlig ikke blot forhindres, at staten drager fordel af ikke at efterkomme fællesskabsretten¹⁶, men også at den kan unddrage sig fællesskabsrettens virkninger ved at overdrage varetagelsen af offentlige tjenesteydelser til privatretlige selskaber.

33. De i denne sag omtvistede direktiver har til formål at harmonisere opkrævningen af afgifter for benyttelse af bestemte infrastrukturer. Hvis en medlemsstat kunne unddrage sig direktivernes virkninger ved at organisere det pågældende opgaveområde, der traditionelt henhører under den offentlige forvaltning, i privatretlig form, ville der være risiko for, at dette mål ikke blev nået. Derfor kan heller ikke et privatretligt selskab, som har fået overdraget varetagelsen af disse opgaver — det være sig ved en statslig foranstaltning af organisatorisk karakter eller en kontrakt — og som opfylder kriterierne for det vide statsbegreb, Domstolen har udviklet i sin praksis, undtages fra den direkte virkning af disse direktiver.

16 — Se herom de i fodnote 13 og 14 nævnte afgørelser.

34. Det skal endelig nævnes, at ASFINAG ifølge artikel 1, litra b), i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter¹⁷ anses for en ordregivende myndighed¹⁸. Ifølge denne bestemmelse forstås der ved en ordregivende myndighed ud over staten selv også et offentligretligt organ,

»— der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter,

og

— som er en juridisk person,

og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er

underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet«.

35. Ganske vist har begrebet ordregivende myndighed ikke nødvendigvis samme indhold som begrebet stat i funktionel betydning, over for hvilken borgerne kan påberåbe sig den direkte virkning af et direktiv. Da det imidlertid i begge tilfælde tilsigtes forhindret, at staten unddrager sig de forpligtelser, der påhviler den, ved at overdrage sine opgaver til et formelt uafhængigt organ, taler det for, at det første præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at ASFINAG opfylder forudsætningerne for at kunne betegnes som ordregivende myndighed.

36. Det foreslås derfor at besvare det første præjudicielle spørgsmål med, at også en privatretlig juridisk person er forpligtet til, når den indgår kontrakter med vejbrugere, at overholde bestemmelser med direkte virkning dels i Rådets direktiv 93/89/EØF af 25. oktober 1993 om opkrævning i medlemsstaterne af afgifter på visse køretøjer, der anvendes til vejgodstransport, samt af vejafgifter og brugsafgifter for benyttelse af visse infrastrukturer, dels i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/62/EF af 17. juni 1999 om afgifter på tunge godskøretøjer for benyttelse af visse infrastrukturer, når staten har givet denne juridiske person til opgave at opkræve vejafgift for benyttelse af offentlige vejstrækninger, og staten direkte og indirekte kontrollerer den pågældende juridiske person.

¹⁷ — EFT L 199, s. 54.

¹⁸ — Jf. dom af 19.6.2003, sag C-410/01, Fritsch, Chiari & Partner mod Asfinag, Sml. I, s. 6413, og mit forslag til afgørelse af 10.4.2003, sag C-421/01, Traunfellner mod Asfinag, dom af 16.10.2003, Sml. I, s. 11941 og 11944.

C — *Andet og tredje spørgsmål*

37. Andet og tredje spørgsmål vedrører den samme problematik, nemlig den direkte virkning af de nævnte bestemmelser i direktiv 93/89 og 1999/62 om opkrævning i medlemsstaterne af vejafgifter og brugsafgifter. Det er derfor naturligt at behandle begge spørgsmål under ét.

1. Parternes argumenter

38. Rieser er af den opfattelse, at direktivets bestemmelser indeholder de nødvendige kriterier for at have direkte virkning og sikre borgerne en ret til at få tilbagebetalt for meget betalte beløb. Vejafgiften for hele strækningen udgør gennemsnitlig 3,41 EUR pr. kilometer. Derimod koster benyttelsen af sammenlignelige delstrækninger kun ca. 1,25 EUR pr. kilometer. Dermed er det muligt nøjagtigt at fastsætte de beløb, der skal tilbagebetales. Rieser kan også som østrigsk virksomhed påberåbe sig direktiverne, da forskelsbehandling efter transportens afsendelses- eller bestemmelsessted er forbudt.

39. ASFINAG er derimod af den opfattelse, at artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4 og 9, i direktiv 1999/62 ikke opfylder betingelserne for at have direkte virkning.

40. Bestemmelserne i artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 kan ifølge ASFINAG ikke have direkte virkning, da dens indhold ikke er tilstrækkeligt præcist. Det fremgår ikke af dem, hvilken metode der skal anvendes, dvs. hvilke delstrækninger der skal sammenlignes med ved bedømmelsen af, om der er sket en forskelsbehandling af brugere af den samlede strækning. Det ses også af uklarhederne i den udvælgelse, Domstolen foretog i sin dom i sagen Kommissionen mod Østrig¹⁹, af de delstrækninger, der skulle sammenlignes med, at forbuddet mod forskelsbehandling efter transportens afsendelses- eller bestemmelsessted ikke er tilstrækkeligt præciseret og ikke sikrer nogen »minimumsgaranti«. Hvis de nationale retsinstanser var tvunget til at gennemføre direktiv 93/89, skulle de udøve et skøn ved fastlæggelsen af udvælgelseskriterierne for de strækninger, der skulle sammenlignes med, og ved fastsættelsen af den rigtige størrelse af vejafgifterne, et skøn, som det kun tilkommer lovgiver at udøve.

41. Selv om det imidlertid lægges til grund, at artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4 og 9, i direktiv 1999/62

19 — Nævnt i fodnote 5.

er tilstrækkeligt præcise, kan østrigske transportvirksomheder i hvert fald ikke efter ASFINAG's opfattelse påberåbe sig dem, da disse ikke stilles ringere på grund af deres nationalitet, og da de pågældende direktiver, som drejer sig om infrastrukturomkostninger, ikke har til formål at regulere konkurrencen mellem transportvirksomhederne inden for en enkelt medlemsstat.

vejafgifter« og ikke længere blot om »vejafgifter«. Artikel 7, stk. 10, i direktiv 1999/62 indfører en differentiering efter køretøjets emissionsklasse og tidspunktet på dagen, og det bestemmes i artikel 9, stk. 2, i direktiv 1999/62, at en procentdel af beløbet fra brugs- og vejafgiften kan anvendes til miljøbeskyttelse og afbalance-ret udvikling af transportnettene. Herved bliver beregningen af den tilladte afgiftsstørrelse for bestemte køretøjer blot endnu vanskeligere.

42. Der kan heller ikke tillægges bestemmelsen i artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 direkte virkning. Denne bestemmelse fastsætter blot, at satserne for vejafgifter skal baseres på omkostningerne i forbindelse med bygning, drift og udvikling af det pågældende infrastrukturnet uden nærmere at angive, hvorledes disse omkostninger skal beregnes, eller hvordan de skal opdeles efter de enkelte køretøjsklasser, vejstrækninger og perioder. På grundlag af denne bestemmelse, der kun angiver et vagt formål, er det ifølge ASFINAG umuligt blot tilnærmelsesvis at fastsætte den tilladte vejafgift i tal. Domstolen har heller ikke i sagen Kommissionen mod Østrig præciseret beregningsmetoden for omkostningerne ved vejnettet. Endelig findes der sikkert flere beregningsmetoder, der er forenelige med artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89. Da der her er plads til et meget vidt skøn, kan direktiv 93/89 ikke have direkte virkning.

44. Heller ikke efter sit beskyttelsesformål tillægger direktiv 93/89 nogen individuelle rettigheder. Dets formål, som er at fjerne konkurrencefordrejning, begrænses ikke af, at der er forskellige takster for hele strækningen og for delstrækninger. Der kan hverken af selve direktiv 93/89 eller af dets grundlag i EF-traktaten udledes noget formål med bestemmelserne, som kan retfærdiggøre, at de afgiftsaftaler, som ASFINAG har indgået med brugerne af Brenner-motorvejen, annulleres.

43. De anførte betragtninger gælder ifølge ASFINAG også direktiv 1999/62, da de relevante bestemmelser heri (især artikel 7, stk. 9) for så vidt ikke har undergået nogen væsentlige ændringer og navnlig ikke er blevet formuleret mere, men snarere mindre præcist end bestemmelserne i direktiv 93/89. Artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 taler nu om de »vægtede gennemsnitlige

45. Med hensyn til spørgsmål 3 b) er det ASFINAG's opfattelse, at østrigske transportvirksomheder i hvert fald ikke kan påberåbe sig den direkte virkning af direktivbestemmelserne, da de ikke er blevet stillet ringere på grund af deres nationalitet, og da direktiverne, som drejer sig om infrastrukturomkostninger, ikke har til formål at regulere konkurrencen mellem transportvirksomhederne inden for en enkelt medlemsstat.

46. Også den østrigske regering afviser, at de anfægtede direktivbestemmelser har direkte virkning, og argumenterer — på linje med ASFINAG — med, at artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 hverken indeholder nogen definitioner af de tre dér nævnte omkostningsstørrelser — bygning, drift og udvikling — eller af begrebet »det pågældende infrastrukturnet«. Det er derfor helt uklart, hvilke omkostninger der skal henføres til disse ubestemte begreber, og hvorledes de kan indgå i en omkostningsberegning. Det medfører heller ikke nogen indskrænkning af de i øvrigt meget vide skønsebeføjelser, medlemsstaterne har, at størrelsen af vejafgiften, som skal udregnes efter artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 for den enkelte motorvejsbruger, blot skal »baseres« på disse omkostningsfaktorer og ikke præcist svare til dem. Desuden er der ingen regler om fordelingen af omkostningerne på de enkelte brugergrupper. Endelig indeholder artikel 7, litra h), ingen angivelser af, hvilken beregningsmetode der skal anvendes for at beregne en vejafgift for den enkelte vejbruger i overensstemmelse med direktiv 93/89.

47. Ifølge den østrigske regering udviser bestemmelsen i artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 de samme uklarheder, da den i det store og hele har samme ordlyd. Det nye direktiv indeholder endda yderligere elementer, som udelukker, at afgiftsstørrelsen kan fastsættes direkte for den enkelte vejbruger. Direktivet gør det muligt at fastsætte forskellige afgiftstakster med en vis udsvingsmargin afhængig af køretøjernes emissionsklasse og tidspunktet på dagen

[jf. artikel 7, stk. 10, litra a) og b), EF]. En sådan differentiering af afgifter efter køretøjernes emissionsklasse eller tidspunktet på dagen skal ifølge ordlyden i artikel 7, stk. 10, sidste afsnit, i direktiv 1999/62 stå i forhold til det forfulgte mål. Artikel 7, stk. 10, sidste afsnit, i direktiv 1999/62 indeholder imidlertid ingen som helst definition eller ingen nærmere angivelser af differentieringsmulighederne.

48. Når der ikke kan beregnes et matematisk resultat på grundlag af bestemmelserne i artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62, kan størrelsen af en afgift udregnet i overensstemmelse hermed heller ikke efter den østrigske regerings opfattelse vurderes ud fra fællesskabsrettens forbud mod forskelsbehandling. Allerede på grund af den manglende præcision af artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 kan artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 ikke anvendes.

49. Imod en direkte virkning taler også, at medlemsstaterne rådede over betydelige skønsebeføjelser til at fastlægge en ikke-diskriminerende vejafgift, f.eks. med hensyn til udvælgelsen af de delstrækninger, afgiften skulle baseres på.

50. Vedrørende spørgsmål 3 a) har Republikken Østrig subsidiært gjort gældende, at artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 blot nævner tre ikke nærmere definerede kriterier, nemlig bygning, drift og udvikling af det pågældende infrastrukturnet, der skal anvendes som grundlag for fastsættelsen af vejafgiftens størrelse. Der mangler imidlertid angivelser af, hvorledes disse omkostninger skal beregnes, og hvilke omkostningsfaktorer de tre nævnte poster faktisk inkluderer. Domstolen har heller ikke selv i sin dom Østrig mod Kommissionen fremsat nogen udtalelse, der bygger på en beregning af infrastrukturomkostningerne, om hvorvidt Brenner-vejafgiftens størrelse var i overensstemmelse med aftalen.

51. Hvad angår spørgsmål 3 b) er Republikken Østrig — lige som ASFINAG — af den opfattelse, at direktiv 93/89 og 1999/62, som det fremgår af betragtningerne til direktivet, har til formål at regulere konkurrencen mellem transportvirksomheder i forskellige medlemsstater uden at have til hensigt at regulere individuelle brugeres subjektive rettigheder med henblik på benyttelsen af en bestemt strækning til en bestemt afgiftssats. I hvert fald kan en østrigsk transportvirksomhed ikke påberåbe sig bestemmelserne om forbuddet mod forskelsbehandling i direktiv 93/89 og 1999/62, da reguleringen af konkurrencen mellem transportvirksomheder i samme medlemsstat ikke er omfattet af formålet med de forskellige bemyndigelsesregler i den primære ret.

52. Kommissionen er derimod af den opfattelse, at forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 ikke behøver nogen supplerende bestemmelser for at have direkte virkning. Allerede i HIsagen kvalificerede Domstolen forbuddet mod forskelsbehandling som ubetinget og tilstrækkeligt præcist²⁰.

53. Formålet med de omhandlede bestemmelser er ifølge Kommissionen at beskytte transittrafikken over Brenner-motorvejen mod en for høj vejafgift i sammenligning med brugerne af delstrækninger. Transittrafik indbefatter imidlertid efter sin natur ikke noget rent indenlandsk forløb. Derudover er både formuleringen i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 udtryk for, at den samlede transittrafik skal beskyttes mod forskelsbehandling, uanset transportvirksomhedernes nationalitet. Dette svarer også til Domstolens konklusion i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig²¹. Hvis Riesen benytter hele Brenner-motorvejens strækning i transittrafik, kan firmaet lige som enhver anden transportvirksomhed påberåbe sig artikel 7, litra b), i direktiv 93/89, henholdsvis artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62.

20 — Dom af 4.3.1999, sag C-258/97, HI, Sml. I, s. 1405, præmis 33-36.

21 — Nævnt i fodnote 5, præmis 16.

54. Derimod mener Kommissionen ikke, at artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 har direkte virkning. Ganske vist er der gennem det heri indeholdte påbud om, hvad omkostningerne skal baseres på, givet medlemsstaterne nogle retningslinjer til at beregne afgiftsbeløbene, men selv om de overholder disse bestemmelser, vil de råde over et så vidt skøn, at der ikke vil være opfyldt de krav til ubetingethed og præcision hvad angår den konkrete beregningsmetode, som er nødvendig for, at bestemmelserne kan have direkte virkning.

2. Retlig vurdering

a) Indledende bemærkning vedrørende den gruppe køretøjer, som er omfattet af direktiverne

55. Med det andet præjudicielle spørgsmål tager den forelæggende ret spørgsmålet om køretøjer med mere end tre aksler op. I henhold til artikel 2, fjerde led, i direktiv 93/89 og artikel 2, litra d), i direktiv 1999/62 er et køretøj i direktivets forstand et motorkøretøj, hvis højst tilladte bruttovægt er mindst 12 tons. Antallet af aksler er altså uden betydning. Selv om de to kriterier som regel angår den samme gruppe køretøjer, drejer den følgende fortolkning sig kun om de i direktivet definerede køretøjer. Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om de køretøjer, som Rieser anvender, falder ind under denne definition.

b) Forbuddet mod forskelsbehandling i henhold til artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62

i) Direkte virkning

56. Det følger af fast retspraksis, at borgerne i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, kan påberåbe sig disse bestemmelser over for staten ved de nationale domstole, når staten enten ikke har gennemført direktivet rettidigt i national ret eller ikke har gennemført det korrekt²².

57. Domstolen fastslog i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig²³, at forpligtelserne i henhold til artikel 7, litra b) og h), i direktiv 93/89 ikke var blevet korrekt gennemført.

58. Med hensyn til, om bestemmelserne i artikel 7, stk. 4 og 9, i direktiv 1999/62 er

22 — Jf. bl.a. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, og Fratelli Costanzo-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 29, samt dom af 1.6.1999, sag C-319/97, Kortas, Sml. I, s. 3143, præmis 21, af 11.7.2002, sag C-62/00, Marks & Spencer, Sml. I, s. 6325, præmis 25, og af 10.4.2003, sag C-276/01, Steffensen, Sml. I, s. 3735, præmis 38.

23 — Nævnt i fodnote 5; se herom ovenfor, punkt 6.

blevet gennemført i den nationale lovgivning, er der ikke truffet en tilsvarende retslig afgørelse. Da disse bestemmelser imidlertid i det væsentlige har samme indhold som de nævnte bestemmelser i det forrige direktiv 93/89, må der gælde det samme om disse, i hvert fald hvad angår den her i sagen relevante periode indtil den 1. juli 2000²⁴, som var fristen for gennemførelse af direktivet.

59. Det skal undersøges, om også de yderligere betingelser for den direkte virkning af forbuddet mod direkte eller indirekte forskelsbehandling efter transportens afsendelses- eller bestemmelsessted i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 er opfyldt. Den foreliggende sag drejer sig ikke om forbuddet mod forskelsbehandling, som også er indeholdt i disse bestemmelser. Ganske vist fastslog Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig²⁵, at der i udformningen af vejafgifterne ligger en forskelsbehandling begrundet i transportvirksomhedens nationalitet, som er i strid med artikel 7, litra b), i direktiv 93/89, men som østrigsk virksomhed tilhører Rieser ikke den gruppe, der er ringere stillet. Derfor koncentrerer den følgende undersøgelse sig om, hvorvidt Rieser direkte kan

påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling efter afsendelses- eller bestemmelsessted. Det er en betingelse herfor, at denne regel er ubetinget og tilstrækkeligt præcis.

60. Jeg skal i den forbindelse henvise til, at Domstolen inden for forskellige områder af fællesskabsretten har anset forbud mod forskelsbehandling, som er indeholdt i direktiver, for at have direkte virkning. Den har således fastslået i sin faste praksis, at forbuddet mod (direkte eller indirekte) forskelsbehandling på grundlag af køn med hensyn til adgang til beskæftigelse og arbejdsvilkår samt med hensyn til social sikring er tilstrækkelig præcist og ubetinget til, at det kan påberåbes af borgerne ved de nationale domstole for at udelukke anvendelsen af nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med den pågældende artikel²⁶.

61. Med hensyn til indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler har Domstolen fastslået, at en tjenesteyder kan påberåbe sig de direktivbestemmelser, der indeholder et alment forbud mod forskelsbehandling af

24 — ASFNAG har ganske vist henvist til, at de relevante nationale bestemmelser om vejafgifter er blevet ændret således, at der ikke længere gøres nogen forskelsbehandling efter nationalitet eller afsendelses- eller bestemmelsessted for transporten, hvilket også er blevet bekræftet af Kommissionen ved skrivelse af 17.4.2001. Denne ændring gjaldt dog først fra den 1.2.2001.

25 — Nævnt i fodnote 5, præmis 101.

26 — Jf. Marshall-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 52, dom af 4.12.1986, sag 71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Sml. s. 3855, præmis 21, af 24.3.1987, sag 286/85, *McDermott og Cotter*, Sml. s. 1453, præmis 14, af 13.12.1989, sag 102/88, *Ruzius-Wilbrink*, Sml. s. 4311, præmis 19, og *Foster-dommen*, nævnt i fodnote 9, præmis 21, og dom af 1.7.1993, sag C-154/92, *van Cant*, Sml. I, s. 3811, præmis 17, af 27.10.1993, sag C-337/91, *van Gemert-Derks*, Sml. I, s. 5435, præmis 31 ff., og af 30.1.1997, sag C-139/95, *Balestra*, Sml. I, s. 549, præmis 32.

borgerne, i alle de tilfælde, hvor det fremgår af en undersøgelse af de enkelte bestemmelseres ordlyd, at de er ubetingede og tilstrækkeligt præcise²⁷.

62. Endelig har Domstolen for nylig også fastslået, at forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for tele-tjenester²⁸ har direkte virkning²⁹.

63. På baggrund heraf er der i princippet intet til hinder for også at anse direktivbestemmelser, der forbyder forskelsbehandling efter transportens afsendelses- eller bestemmelsessted, for at have direkte virkning, for så vidt de opfylder de minimumsbetingelser, der må stilles til deres ubetingethed og præcision.

64. Med hensyn til spørgsmålet, om artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 er tilstrækkeligt præcise, må det konstateres, at disse

bestemmelser generelt og uomtvisteligt udelukker en forskelsbehandling efter transportens afsendelses- eller bestemmelsessted. De påståede vanskeligheder ved fastsættelsen af de vejstrækninger, der skal sammenlignes, som den forelæggende ret, ASFINAG og den østrigske regering har anført, er ikke til hinder for at anse forbuddet mod forskelsbehandling for tilstrækkeligt præcist.

65. En tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling kan bestå i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer. Anvendelsen af forbuddet mod forskelsbehandling forudsætter dermed under alle omstændigheder en sammenligning af forskellige faktiske situationer og af de regler, der gælder for hver enkelt af dem. Det tilkommer først og fremmest de retsanvendende myndigheder og ikke lovgiver at foretage denne sammenligning.

66. Naturligvis kan der være fastsat kriterier i en ordning, som der skal lægges vægt på ved sammenligningen, såsom i den foreliggende sag nationalitet eller afsendelses- og bestemmelsessted. I betragtning af den store variation af mulige faktiske konstellationer er det imidlertid umuligt for lovgiver at angive samtlige faktorer, der kan spille en rolle ved sammenligningen. Dette ændrer dog intet ved det klare budskab i forbuddet mod forskelsbehandling, nemlig at ens forhold ikke må behandles forskelligt, og uens forhold ikke må behandles ens.

27 — Dom af 24.9.1998, sag C-76/97, Tögel, Sml. I, s. 5357, præmis 42 ff., og HI-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 34 ff.

28 — EFT L 117, s. 15.

29 — Dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 114.

67. I dommen i sagen Kommissionen mod Østrig³⁰ sammenlignede Domstolen vejafgiften pr. kilometer ved benyttelse af den samlede strækning med den kilometerafgift, der skulle betales ved benyttelse af bestemte delstrækninger. Domstolen tog her kun hensyn til de delstrækninger, som forbinder økonomisk vigtige lokaliteter, og inddrog dermed et yderligere kriterium ved siden af afsendelses- og bestemmelsesstedet med henblik på strækningernes sammenlignelighed. Det er nemlig kun på de af Domstolen angivne strækninger, at der foregår en tung godstransport svarende til den, der foregår på den samlede strækning. Dette kriterium svarer til direktivets indhold og formål, nemlig at undgå enhver form for konkurrencefordrejning mellem medlemsstaternes transportvirksomheder³¹.

68. Det skal endvidere undersøges, om det opstillede forbud mod forskelsbehandling kan anses for ubetinget i betragtning af de undtagelser og forbehold, der er fastlagt i hvert fald i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 [»jf. dog artikel 8, stk. 2, litra e), og artikel 9«]³².

69. Også dette spørgsmål må besvares bekræftende. Forbeholdet vedrørende artikel 8, stk. 2, litra e), drejer sig om en overgangsbestemmelse, som ganske vist begrænser direktivets gyldighed en vis tid,

men som ikke gør det omtalte princip afhængigt af nogen betingelse for dets anvendelsesområde. Også bestemmelsen i artikel 9 skal blot holde en mulighed åben for, at medlemsstaterne kan udelukke grænseområder fra direktivets anvendelsesområde efter fremgangsmåden i Rådets beslutning af 21. marts 1962. Men den tager tydeligvis ikke sigte på at begrænse anvendelsen af princippet om ligebehandling inden for dets saglige anvendelsesområde eller at underlægge det nogle betingelser og er derfor ikke til hinder for at antage, at forbuddet mod forskelsbehandling har direkte virkning³³.

70. Selv om kriterierne for en direkte virkning af artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 dermed er opfyldt, når bestemmelsen betragtes for sig selv, rejser der sig det spørgsmål, om forbuddet mod forskelsbehandling, også når det bedømmes ud fra en systematisk sammenhæng med de øvrige bestemmelser i direktiverne, kan anses for tilstrækkeligt præcist og ubetinget til at kunne påberåbes af borgerne over for staten (i vid betydning). Dette betvivles af ASFINAG og den østrigske regering med den argumentation, at artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 ikke kan have direkte virkning i betragtning af de differentieringsmuligheder og den skønsfrihed, som medlemsstaterne har fået overladt gennem artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 ved udformningen af vejafgiftens størrelse.

30 — Nævnt i fodnote 5, præmis 72-75.

31 — Jf. første betragtning til henholdsvis direktiv 93/89 og direktiv 1999/62.

32 — Jf. også Foster-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 53 ff.

33 — Jf. også *Federatie Nederlandse Vakbeweging-dommen*, nævnt i fodnote 26, præmis 19.

71. Denne argumentation kan imidlertid ikke godtages. Jeg skal herom henvise til, at det forhold, at medlemsstaterne har fået overladt et spillerum for udformning, skøn og vurdering ved gennemførelsen af et direktiv, ikke er til hinder for direktivets direkte virkning, forudsat at dettes formål er tilstrækkeligt klart formuleret. Selv om en bestemmelse i et direktiv nemlig overlader medlemsstaterne et skøn med hensyn til valg af form og midler til at nå dets mål, kan direktivets angivelse af det tilstræbte formål være ubetinget, såsom at afskaffe alle de bestemmelser, der er uforenelige med princippet om ligebehandling³⁴.

72. Tilsvarende kan man i den foreliggende sag argumentere med, at den omstændighed, at medlemsstaterne har bevaret betydelige variations- og skønsmuligheder ved fastsættelsen af en vejafgift i overensstemmelse med direktivet — og det er alle sagens parter enige om — ikke indebærer, at forbuddet mod forskelsbehandling kan frakendes enhver direkte virkning, når det er tilstrækkeligt præcist og ubetinget.

73. Resultatet heraf bliver, at bestemmelserne i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 med hensyn til det heri angivne formål, som skal opfyldes ved fastsættelsen af en vejafgift, som er i overensstemmelse med direktivet, må antages at have direkte virkning.

ii) Kan også østrigske virksomheder påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling? [Spørgsmål 3 b)]

74. Ifølge den omhandlede bestemmelses formulering er en forskelsbehandling begrundet i transportvirksomhedens nationalitet *eller* transportens afsendelses- eller bestemmelsessted ulovlig. Mens den første betingelse — ingen forskelsbehandling på grund af nationalitet — tydeligvis tager sigte på at beskytte udenlandske transportvirksomheder, kan den anden betingelse — ingen forskelsbehandling på grund af transportens afsendelses- eller bestemmelsessted — ikke antages at have et sådant (begrænset) beskyttelsessigte.

75. På tilsvarende vis støttede Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig³⁵ sin konstatering af et traktatbrud på en tilsidesættelse af begge betingelser i forbuddet mod forskelsbehandling og anførte, at artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 ikke blot forbyder enhver forskelsbehandling begrundet i transportvirksomhedens nationalitet, men også enhver forskelsbehandling begrundet i transportens afsendelses- eller bestemmelsessted, med henblik på at undgå enhver form for konkurrencefordrejning mellem medlemsstaternes transportvirksomheder³⁶.

34 — Federatie Nederlandse Vakbeweging-dommen, nævnt i fodnote 26, præmis 20 ff.; jf. også Becker-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 28 ff.

35 — Jf. fodnote 5. Se herom også forslag til afgørelse fra generaladvokat Saggio af 24.2.2000, sag C-205/98, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 7369, punkt 47.

36 — Nævnt i fodnote 5, præmis 109.

76. Domstolen støttede overtrædelsen af denne betingelse — uafhængig af transportvirksomhedernes nationalitet — alene på det forhold, at der er forskel på de vejafgifter, som pålægges motorkøretøjer, der varetager godstransport, afhængigt af, om de benytter Brenner-motorvejens samlede strækning eller bestemte delstrækninger af den, og dette forhold er til ugunst for motorkøretøjer, der udfører transitkørsel³⁷.

77. Heraf følger, at også østrigske transportvirksomheder, der benytter den samlede strækning af Brenner-motorvejen i transittrafik, og dermed stilles ringere i forhold til visse brugere af delstrækninger på grund af transportens afsendelses- eller bestemmelsessted, kan påberåbe sig den anden betingelse vedrørende forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89.

78. Den omstændighed, at hovedparten af transittrafikken, som Domstolen har fastslået, foretages af køretøjer, som ikke er indregistreret i Østrig³⁸, således at forskelsbehandling begrundet i nationaliteten rent faktisk ofte falder sammen med forskelsbehandling begrundet i afsendelses- eller bestemmelsessted, kan heller ikke ændre noget ved dette subjektive beskyttelsessigte i direktivets bestemmelse.

iii) Følgerne af den direkte virkning af forbuddet mod forskelsbehandling

79. I det omfang borgerne kan påberåbe sig sådanne bestemmelser i direktivet, som har direkte virkning, kan nationale bestemmelser, der er i strid med disse, ikke anvendes. Dette medfører ikke blot, at en for høj vejafgift ikke behøver at blive betalt. For at sikre, at forbuddet mod forskelsbehandling virker effektivt, skal også allerede betalte beløb betales tilbage, for så vidt de overstiger de beløb, der er erlagt af den begunstigede gruppe, det vil her sige brugerne af de sammenlignelige delstrækninger.

80. Det er Domstolens faste praksis, at retten til at få tilbagebetalt beløb, som en medlemsstat har opkrævet i strid med fællesskabsrettens bestemmelser, består som en følge af og i tilslutning til de rettigheder, borgerne besidder i kraft af fællesskabsrettens bestemmelser efter den fortolkning, Domstolen har givet af disse bestemmelser³⁹. Desuden er det kun gennem tilbagebetaling af de diskriminerende afgifter, at den herved fremkaldte konkurrencefordrejning fjernes⁴⁰.

39 — Jf. bl.a. dom af 2.2.1988, sag 309/85, Barra, Sml. s. 355, præmis 17, af 6.7.1995, sag C-62/93, BP Soupergaz, Sml. I, s. 1883, præmis 40, af 9.2.1999, sag C-343/96, Dillexport, Sml. I, s. 579, præmis 23, og af 8.3.2001, forenede sager C-397/98 og C-410/98, Metallgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 1727, præmis 84, samt dommen i sagen Marks & Spencer, nævnt i fodnote 22, præmis 30.

40 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed af 3.6.2003, sag C-129/00, Kommissionen mod Italien, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 70.

37 — Nævnt i fodnote 5, præmis 111 ff.

38 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, nævnt i fodnote 5, præmis 107 ff.

81. På linje hermed har Domstolen allerede flere gange truffet afgørelse med hensyn til afgifter, som var opkrævet af en medlemsstat i strid med fællesskabsretten⁴¹. Disse sager drejede sig imidlertid om tilsidesættelser af forbud mod forskelsbehandling, der kan udledes direkte af traktatens bestemmelser. Der er imidlertid ingen grund til, at tilsidesættelsen af et forbud mod forskelsbehandling, som er indeholdt i et direktiv og har direkte virkning, skulle behandles anderledes hvad angår dets retsvirkninger. Desuden har Domstolen også ved tilsidesættelse af andre direktivbestemmelser med direkte virkning anerkendt, at der består et tilbagebetalingskrav⁴².

82. Et krav på tilbagebetaling af uberettiget erlagte beløb består også, når beløbene er opkrævet i strid med fællesskabsretten af en virksomhed, der formelt er privat, men som står under statslig kontrol⁴³. Navnlig kan det over for et sådant krav ikke gøres gældende, at beløbene ikke blev opkrævet som afgift af en offentlig myndighed, men som vederlag på grundlag af en privatretlig aftale, hvorfor det ikke kan hævdes, at det ikke er muligt at anvende Domstolens praksis vedrørende tilbagebetaling af afgifter, som strider mod fællesskabsretten⁴⁴.

83. Der skal i den forbindelse henvises til, at det følger af Domstolens faste praksis, at det tilkommer Domstolen at kvalificere afgifter, gebyrer mv. i relation til fællesskabsretten efter deres objektive kendetegn, uden hensyn til, hvorledes de er betegnet i national ret⁴⁵.

84. Det samme må gælde, hvis den modydelse, der erlægges for at gøre brug af en statslig ydelse, opkræves i form af et kontraktligt vederlag for benyttelsen, efter at det pågældende forvaltningsområde er blevet privatiseret, men vederlaget efter sin funktion må kvalificeres som en offentlig (vej)afgift eller træder i stedet for en sådan. Det synspunkt, der er fremført som svar på det første præjudicielle spørgsmål, nemlig at en medlemsstat ikke må kunne unddrage sig fællesskabsretlige forpligtelser ved at foretage en privatisering eller en outsourcing af bestemte områder inden for den offentlige forvaltning, må også kunne anvendes med hensyn til tilbagebetaling af afgifter.

85. Medlemsstaterne og de juridiske personer og organer, som falder ind under det vide statsbegreb, er altså principielt forpligtet til at tilbagebetale afgifter, som er opkrævet i strid med fællesskabsregler, der har direkte virkning, men det tilkommer i mangel af fællesskabsbestemmelser på dette område hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte de processu-

41 — Således f.eks. i Barra-dommen, nævnt i fodnote 39, jf. også dom af 9.11.1983, sag 199/82, San Giorgio, Sml. s. 3595, præmis 12, og af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 58.

42 — Jf. f.eks. dom i sagen BP Soupergaz, nævnt i fodnote 39.

43 — Jf. på samme linje dom i sagen GT-Link, nævnt i fodnote 41, præmis 59, vedrørende en offentlig virksomheds erstatningspligt.

44 — Om dette jf. Republikken Østrigs anbringende i parallelsagen C-257/02, som er gengivet i forelæggelseskendelsen fra Oberster Gerichtshof, s. 10.

45 — Jf. bl.a. dom af 13.2.1996, forenede sager C-197/94 og C-252/94, Bautiaa og Société française maritime, Sml. I, s. 505, præmis 39, og af 4.10.2001, sag C-294/99, Athinaiki Zythopoiia, Sml. I, s. 6797, præmis 27.

elle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten medfører for borgerne; disse regler kan dog ifølge ækvivalens- og effektivitetsprincippet ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, som tilkommer de pågældende ifølge fællesskabsretten⁴⁶.

86. Også den nøjagtige fastsættelse af erstatningsbeløbenes størrelse tilkommer det den forelæggende ret at foretage; den skal her tage hensyn til formålet, som er at udjævne forskelsbehandlingen mellem brugerne af den samlede strækning og brugerne af de tre delstrækninger, som Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Østrig⁴⁷ anså for sammenlignelige (Innsbruck-Schönberg, Innsbruck-Matrei/Steinach og Matrei/Steinach-grænsestationen).

87. Der rejser sig her det spørgsmål, hvilket hensyn der skal tages til den omstændighed, at den, der skylder afgifterne, eventuelt kan overvæltes omkostningerne på en tredjepart. Denne problematik opstår også i den foreliggende sag, da Rieser, som det frem-

går af forelæggelseskendelsen, påberåber sig, at afgiftsforhøjelserne ikke kan overvæltes på ordregiverne, hvilket bestrides af ASFINAG⁴⁸.

88. Ifølge Domstolens praksis kan den, der har erlagt skatter, told og afgifter i strid med fællesskabsretten, ikke kræve dem tilbagebetalt, når det er påviseligt, at han rent faktisk har overvæltet dem på andre⁴⁹.

89. Under disse omstændigheder er det nemlig ikke den afgiftspligtige, der endeligt har måttet betale den afgift, som er opkrævet med urette, men køberen, som afgiften er blevet overvæltet på. Såfremt den afgiftspligtige fik tilbagebetalt det afgiftsbeløb, som han allerede har modtaget fra køberen, ville han modtage en dobbelt betaling, hvilket kan være en ugrundet berigelse, uden at følgerne af, at afgiften er ulovlig, dermed vil være afhjulpel i forhold til køberen⁵⁰.

90. Ganske vist er spørgsmålet om, hvorvidt indirekte afgifter i det konkrete tilfælde overvæltes på andre eller ikke, et spørgsmål vedrørende realiteten, som det tilkommer

48 — Jf. s. 9 og 13 i forelæggelseskendelsen.

49 — Dom af 27.2.1980, sag 68/79, Just, Sml. s. 501, af 27.3.1980, sag 61/79, Denkvit, Sml. s. 1205, af 9.11.1983, San Giorgio-dommen, nævnt i fodnote 41, præmis 13, af 14.1.1997, forenede sager C-192/95 — C-218/95, Comateb, Sml. I, s. 165, præmis 21, og af 17.7.1997, GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 41, præmis 58.

50 — Jf. dommen i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt i fodnote 4, punkt 2 i domskonklusionen.

46 — Dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989, præmis 5, af 14.12.1995, sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. I, s. 4599, præmis 12, af 15.12.1998, forenede sager C-279/96 — C-281/96, Ansaldo Energia, Sml. I, s. 5025, præmis 16, og af 10.9.2002, forenede sager C-216/99 og C-222/99, Prisco, Sml. I, s. 6761, præmis 69 f.

47 — Nævnt i fodnote 5, præmis 72-75.

den nationale retsinstans at klarlægge. Hvorvidt der rent faktisk sker en overvæltning helt eller delvist, afhænger nemlig af en række forskellige omstændigheder ved hver enkelt transaktion, som adskiller denne fra andre transaktioner, der sker i andre sammenhænge⁵¹. Ifølge Domstolens praksis består der i hvert fald ikke nogen formodning for, at der er sket en overvæltning; navnlig påhviler det ikke den afgiftspligtige ved fremlæggelse af et negativt bevis at godtgøre, at dette ikke har været tilfældet. En medlemsstat kan derfor kun nægte at tilbagebetale en afgift til den afgiftspligtige, der er opkrævet i strid med fællesskabsretten, hvis det *godtgøres*, at afgiften fuldt ud er blevet betalt af en anden, og at tilbagebetalingen til den afgiftspligtige ville medføre en ugrundet berigelse af denne⁵².

91. Jeg skal her yderligere bemærke, at selv en tilbagebetaling af et afgiftsbeløb, der påviseligt er blevet overvæltet helt eller delvist på køberen, ikke nødvendigvis medfører en ugrundet berigelse for den afgiftspligtige. Denne kan nemlig også have lidt et tab som følge af, at han har overvæltet den afgift, myndighederne har opkrævet i strid med fællesskabsretten, på andre, fordi den prisstigning, overvæltningen af afgiften har fremkaldt, har medført et fald i hans omsætning⁵³.

c) Kravet om, at afgiften i overensstemmelse med artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 skal være baseret på omkostningerne

92. Hvad angår de direkte virkninger af artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 er ASFINAG, Republikken Østrig og Kommissionen i deres indlæg i det væsentlige enige om, at disse bestemmelser ikke indeholder den præcision og ubetingethed, der er nødvendig for, at de kan have direkte virkning.

93. Denne opfattelse kan tiltrædes. Bestemmelserne giver nemlig kun medlemsstaterne visse kriterier (bygning, drift og udvikling af det pågældende infrastrukturnet) for fastsættelsen af vejafgifternes størrelse uden at definere disse begreber eller på anden måde indskrænke den skønsfrihed, der er overladt medlemsstaterne til at fastsætte de nærmere regler for beregningen af omkostningerne og fastsættelsen af vejafgifternes størrelse. Den manglende præcision i ordningen fremgår ikke mindst af, at begge direktivbestemmelser blot kræver, at vejafgifterne »baseres på« de nævnte omkostningskriterier, men ikke kræver, at kriterierne overholdes strengt, eller at der stilles andre lignende krav. Dermed overlader artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 det til medlemsstaterne selv — når bortses fra de nævnte hovedkriterier — at vælge udformningen af metoden for beregningen af omkostningerne og fastsættelsen af vejafgifter, der er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

51 — De vanskelige driftsøkonomiske overvejelser, som spiller en rolle i denne sammenhæng, beskæftiger generaladvokat Geelhoed sig indgående med i sit forslag til afgørelse, sag C-129/00, nævnt i fodnote 40, punkt 72-79.

52 — Dom af 25.2.1988, forenede sager 331/85, 376/85 og 378/85, Bianco og Girard, Sml. s. 1099, præmis 17.

53 — Dette var Domstolens opfattelse i Comateb-sagen, nævnt i fodnote 49, præmis 31, hvori der henvises til punkt 23 i det forslag til afgørelse, som generaladvokat Tesaro fremsatte den 27.6.1996 i samme sag.

d) Foreløbigt resultat

tilladt bruttovægt på mindst 12 tons, som anvendes til godstransport på den samlede strækning af den østrigske del af Brenner-motorvejen.

94. Det andet og tredje præjudicielle spørgsmål må herefter besvares som følger:

D — Fjerde spørgsmål

— Forbuddet i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 mod forskelsbehandling begrundet i afsendelses- eller bestemmelsessted har direkte virkning; virksomheder, som har betalt en højere takst pr. kilometer for benyttelse af den samlede strækning til kørsel med motorkøretøjer med en højst tilladt bruttovægt på mindst 12 tons end brugere af delstrækninger, der er økonomisk sammenlignelige hermed, kan påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling og kræve den for meget betalte vejafgift tilbagebetalt.

1. Parternes argumenter

95. ASFINAG henviser til, at Domstolen ganske vist annullerede direktiv 93/89 i sin dom i sagen Parlamentet mod Rådet, men opretholdt alle retsvirkningerne af det annullerede direktiv, »indtil Rådet har udstedt et nyt direktiv«⁵⁴.

— Også østrigske transportvirksomheder kan påberåbe sig artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62.

96. ASFINAG gør gældende, at direktiv 1999/62 blev udstedt den 17. juni 1999, hvorefter direktiv 93/89's retsvirkninger, som det klart udtrykkes i den nævnte dom, ophørte på denne dato, således at vejafgiftsordningen fra og med den 17. juni 1999 ikke længere kunne være i strid med dette direktiv. Direktiv 1999/62 kunne dog have forudgående virkninger allerede inden udløbet af fristen for dets gennemførelse. Republikken Østrig traf imidlertid ingen foranstaltninger i perioden fra den 17. juni

— Artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 har ikke direkte virkning ved fastsættelsen af en vejafgift, der er i overensstemmelse med gældende direktivbestemmelser for motorkøretøjer med en højst

54 — Nævnt i fodnote 4, præmis 32.

1999 til den 1. juli 2000 (direktivets gennemførelsesfrist), som var i strid med det nye direktivs formål. Der var således ikke noget retligt tomrum. Direktiv 1999/62 kunne dog ikke have direkte virkning, før gennemførelsesfristen var udløbet.

97. Også den østrigske regering henviser til dommen i sagen Parlamentet mod Rådet, og gør i den forbindelse gældende, at hvis Domstolen hvad angår opretholdelsen af direktiv 93/89's retsvirkning havde haft et andet tidspunkt for øje end tidspunktet for vedtagelsen af det nye direktiv, ville den have givet klart udtryk herfor. Derfor kunne retsvirkningen af det annullerede direktiv 93/89, som det blev fastslået i dommen i sagen Parlamentet mod Rådet, kun opretholdes, indtil det nye direktiv var vedtaget.

98. Direktivets bindende retsvirkning har dog også betydning for gennemførelsesfristens udløb. Som led i sin anerkendelse af direktiv 1999/62's forudgående virkninger traf Republikken Østrig dog ingen foranstaltninger, der kunne have bragt tvivl om direktivets retlige formål.

99. Derimod kan et direktiv ikke ifølge den østrigske regering antages at have direkte virkning inden udløbet af gennemførelsesfristen. En anden opfattelse af et direktivs forudgående virkninger ville resultere i en omgåelse af det grundlæggende princip om, at etableringen af direktiver sker i to etaper, hvilket nødvendiggør såvel en fællesskabsretlig som en national retsakt.

100. Kommissionen har henvist til, at direktiv 1999/62, som trådte i kraft den 20. juli 1999, ifølge sin fjerde betragtning erstattede direktiv 93/89. Dermed trådte det gamle direktiv 93/89 ud af kraft på denne dato. Medlemsstaterne var i perioden fra den 20. juli 1999 til den 1. juli 2000 imidlertid forpligtet til at tage hensyn til direktiv 1999/62, for så vidt de ifølge retspraksis inden for den deri fastsatte gennemførelsesfrist ikke måtte udstede nogen bestemmelser, der var egnet til at bringe virkeliggørelsen af det med dette direktiv tilsigtede formål i alvorlig fare. Dette fremgår umiddelbart af artikel 10, stk. 2, EF og artikel 249, stk. 3, EF samt af selve direktiv 1999/62.

2. Retlig vurdering

101. Rieser har i hovedsagen rejst krav om tilbagebetaling af den for meget betalte vejafgift i perioden fra den 1. januar 1997 til den 31. juli 2000. Betingelsen for, at sådanne krav kan gøres gældende for hele perioden, er, at der eksisterede en fællesskabsretlig ordning, som afgiftstaksterne var i strid med, og som Rieser kan påberåbe sig.

102. På denne baggrund tager begge dele af fjerde præjudicielle spørgsmål sigte på at klarlægge, indtil hvilket tidspunkt direktiv 93/89 havde direkte virkning til fordel for Rieser, og fra hvilket tidspunkt direktiv 1999/62 i givet fald havde tilsvarende direkte virkning.

a) Opretholdelsen af direktiv 93/89's retsvirkninger

103. Det er med rette, at parterne — for så vidt de har ytret sig om det fjerde spørgsmål — tager udgangspunkt i, at direktiv 93/89's direkte virkning ophørte med vedtagelsen af direktiv 1999/62 og ikke vedblev at være gældende f.eks. indtil udløbet af gennemførelsesfristen for det nye direktiv. I dommen i sagen Parlamentet mod Rådet bestemte Domstolen nemlig, at retsvirkningerne af direktiv 93/89 skulle stå ved magt, »indtil Rådet har vedtaget nye bestemmelser på området«⁵⁵.

104. Et påbud om, at retsvirkningerne af direktiv 93/89 skulle stå ved magt, indtil direktiv 1999/62 var blevet gennemført, synes af forskellige grunde også at være udelukket. I så fald ville begge direktiver nemlig være gældende samtidig i perioden indtil udløbet af fristen for gennemførelsen af direktiv 1999/62. Såfremt direktiverne afveg fra hinanden, ville der derfor være uklarhed med hensyn til, hvilken bestemmelse medlemsstaterne skulle rette sig efter i denne periode. Desuden ville tidspunktet for ophøret af direktiv 93/89's retsvirkning afhænge af medlemsstaternes handlinger og falde på et forskelligt tidspunkt i de forskellige medlemsstater.

105. Der er imidlertid uenighed mellem parterne om, hvornår præcis det gamle direktiv trådte ud af kraft. Var det på tidspunktet for vedtagelsen eller ikrafttrædelsen af det nye direktiv? Direktiv 1999/62 blev vedtaget af Rådet den 17. juni 1999, men trådte ifølge artikel 13 først i kraft ved offentliggørelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 20. juli 1999. Ordlyden af bestemmelsen i Domstolens dom om opretholdelse af retsvirkningerne tyder snarere på det førstnævnte tidspunkt⁵⁶. Det er også dette tidspunkt, den forelæggende ret har haft for øje i spørgsmål 4 b).

106. Meningen og formålet med at opretholde retsvirkningerne af et annulleret direktiv er at undgå, at der indtræder et retligt tomrum, indtil en ny retsakt er trådt i stedet for den annullerede. Da direktiv 1999/62 først fik retsvirkning ved sin ikrafttræden, må Domstolens dom forstås således, at direktiv 93/89 vedblev at gælde indtil dette tidspunkt, dvs. indtil den 19. juli 1999 kl. 24.00⁵⁷. Hvis man nemlig forstod udtrykket »vedtage« i dommen i sagen

56 — Jf. dommen i sagen Parlamentet mod Rådet, nævnt i fodnote 4, domskonklusionens punkt 2.

57 — I henhold til artikel 4, stk. 2, i Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3.6.1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter (EFT L 124, s. 1) træder retsakter, for hvilke der er fastsat en bestemt dato for deres ikrafttræden, i kraft ved begyndelsen af den første time på den dag, der svarer til den nævnte dato. Folgelig trådte direktiv 1999/62 i kraft den 20.7.1999, kl. 0.00.

55 — Nævnt i fodnote 4, domskonklusionens punkt 2.

Parlamentet mod Rådet som tidspunktet for Rådets vedtagelse af de nye bestemmelser, ville der ikke eksistere nogen gyldig ordning mellem den 17. juni og den 20. juli 1999.

107. Følgelig kan Rieser for perioden til og med den 19. juli 1999 påberåbe sig, at vejafgiften er blevet opkrævet i strid med artikel 7, litra b), i direktiv 93/89.

b) Retsvirkningerne af direktiv 1999/62 inden gennemførelsesfristens udløb

108. Det skal herefter undersøges, om direktiv 1999/62 allerede havde retsvirkninger, der var til fordel for Rieser, i tiden mellem den 20. juli 1999, som var datoen for dets ikrafttræden, og den 30. juni 2000, som var datoen for gennemførelsesfristens udløb⁵⁸.

109. I perioden mellem direktivets ikrafttræden og gennemførelsesfristens udløb er medlemsstaterne forpligtet til at gennemføre direktivet i deres nationale lovgivning og endvidere forpligtet til at afholde sig fra

at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare⁵⁹. Kravet om, at medlemsstaterne skal afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der kan bringe virkeliggørelsen af det i direktivet foreskrevne resultat i alvorlig fare, hvilket krav navnlig blev formuleret i Inter-Environnement Wallonie-dommen⁶⁰, og som hviler på artikel 10 EF og 249, stk. 3, EF, går dog ikke så vidt, at nationale bestemmelser, som er uforenelige med direktivet, skal tilpasses allerede inden fristens udløb.

110. Kun i undtagelsestilfælde kan et direktivs forudgående retsvirkninger være til hinder for indførelse af nye nationale bestemmelser, nemlig hvis disse er helt i strid med direktivets ånd og indhold⁶¹.

111. Et sådant undtagelsestilfælde foreligger der ikke i denne sag, idet den omtvistede afgiftssats, der er i strid med direktiv 1999/62's forbud mod forskelsbehandling, blev indført allerede før vedtagelsen af direktiv 1999/62. I øvrigt vanskeliggør

⁵⁸ — I henhold til artikel 12, stk. 1, er medlemsstaterne forpligtet til at sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet senest den 1.7.2000.

⁵⁹ — Dom af 3.3.1994, sag C-316/93, Vaneetveld, Sml. I, s. 763, præmis 18, og af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 45; jf. også dom af 10.12.2002, sag C-491/01, British American Tobacco m.fl., Sml. I, s. 11453, præmis 32 f., samt forslag til afgørelse fra generaladvokat Geelhoed af 10.9.2002, sag C-491/01, British American Tobacco m.fl., Sml. I, s. 11461, punkt 43.

⁶⁰ — Nævnt i fodnote 59; se også dom af 8.5.2003, sag C-14/02, ATRAL, Sml. I, s. 4431, præmis 58 f.

⁶¹ — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 24.4.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. 1997, I, s. 7413, punkt 40 ff. Domstolen fandt, at der forelå et sådant tilfælde i ATRAL-dommen, nævnt i fodnote 60.

afgiftssystemets udformning ikke den senere gennemførelse af direktivet i nævneværdig grad, da satsen hurtigt kunne være blevet ændret. Kun med hensyn til abonnementskort var der eventuelt brug for en særlig overgangsordning.

112. Ifølge fast praksis påhviler det desuden de offentlige myndigheder i medlemsstaterne at fortolke de nationale regler — uanset om det drejer sig om bestemmelser, der er udstedt før eller efter direktivet — i lyset af direktivets ordlyd og formål⁶². Da et direktiv har retsvirkninger for dem, det er rettet til, allerede før det træder i kraft, er der endvidere forhold, som taler for, at den forpligtelse, der følger af artikel 249, stk. 3, EF, til at fortolke den nationale lovgivning i overensstemmelse med direktivet, også gælder før udløbet af fristen for dets gennemførelse⁶³.

113. De østrigske bestemmelser vedrørende satserne for Brenner-motorvejsafgifterne kan dog ikke fortolkes således, at de udelukker forskelsbehandling.

114. Spørgsmålet er imidlertid, hvorvidt borgerne i gennemførelsesperioden kan påberåbe sig et direktiv, når medlemsstaten allerede har gennemført det i sin nationale lovgivning, men gennemførelsen er behæftet med fejl.

115. Først skulle direktiv 93/89 gennemføres i den nationale lovgivning. Hvis man antager, at de omhandlede afgiftsordninger, som hævdet af Østrig, udgør en korrekt gennemførelse af direktiv 93/89, var der efter udstedelsen af direktiv 1999/62 intet yderligere reguleringsbehov, da reglerne i de to direktiver i vid udstrækning svarer til hinanden. Under alle omstændigheder tilfaldt Østrig — som det fremgår af sagens akter — først sin ordning for motorvejsafgifter efter afsigelsen af dommen i traktatbrudssagen, nemlig med virkning fra den 1. februar 2001. Derimod foranledigede den omstændighed, at direktiv 93/89 blev afløst af direktiv 1999/62, ikke den østrigske lovgiver til at træffe nogen foranstaltninger.

116. Spørgsmålet om, hvorvidt borgerne i tilfælde af, at en medlemsstat allerede har gennemført en til denne rettet beslutning, men gennemførelsen heraf har været mangelfuld, kan påberåbe sig beslutningen allerede inden udløbet af den deri fastsatte gennemførelsesfrist, har generaladvokat Jacobs behandlet indgående i sit forslag til afgørelse i Hansa Fleisch Ernst Mundt-sagen⁶⁴. Selv om nævnte sag drejer sig om

62 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, *Marleasing*, Sml. I, s. 4135, præmis 8, af 16.12.1993, sag C-334/92, *Wagner Miret*, Sml. I, s. 6911, præmis 20, *Faccini Dori*-dommen, nævnt i fodnote 11, præmis 26, og dom af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, *Océano Grupo Editorial og Salvat Editores*, Sml. I, s. 4941, præmis 30.

63 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs af 25.6.1992, sag C-156/91, *Hansa Fleisch Ernst Mundt*, Sml. 1992, I, s. 5567, på s. 5578, punkt 23-24.

64 — Nævnt i fodnote 63, punkt 19 ff.

en beslutning, kan hans betragtninger angående den direkte virkning også overføres på direktiver.

c) Tilsidesættelse af traktatbestemmelser med direkte virkning

117. Han kommer med rette til det resultat, at man ikke kan påberåbe sig en retsakt inden udløbet af fristen for dens gennemførelse, da en medlemsstat, der rettidigt har gjort et forsøg på at gennemføre et direktiv, men ikke har gennemført det korrekt, i modsat fald ville være ringere stillet end en medlemsstat, der ikke har foretaget sig noget. Desuden bygger opfattelsen om retsaktens direkte virkning på det synspunkt, at en medlemsstat ikke over for en borger kan påberåbe sig sin egen undladelse af at gennemføre en fællesskabsforpligtelse. Pligten til at gennemføre fællesskabslovgivningen indtræder dog først ved udløbet af den frist, der er fastsat for gennemførelsen. Domstolen fastslog da også i sin dom i denne sag, at borgerne ikke kan påberåbe sig beslutningen direkte før udløbet af gennemførelsesfristen ⁶⁵.

118. Følgelig kan Rieser ikke kræve delvis tilbagebetaling af motorvejsafgiften for perioden fra den 20. juli 1999 til den 30. juni 2000 under påberåbelse af, at afgiften er i strid med direktiv 1999/62's forbud mod forskelsbehandling.

119. Man kan imidlertid rejse det spørgsmål, om Rieser kan støtte sit krav for denne periode på, at afgiften tilsidesætter en traktatbestemmelse med direkte virkning. Ganske vist har den nationale ret ikke forelagt Domstolen noget spørgsmål herom, men da det ifølge fast praksis tilkommer Domstolen som led i den procedure for samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen, der er indført ved artikel 234 EF, at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den ⁶⁶, skal dette spørgsmål tages op her.

120. Afgiftsordningen kunne for det første tænkes at være i strid med artikel 72 EF, som pålægger medlemsstaterne ikke at ændre de bestemmelser, der gælder på transportområdet, på en sådan måde, at de bliver mindre gunstige for virksomheder fra andre medlemsstater. Da denne bestemmelse imidlertid udelukkende er et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller virksomhedens hjemsted, kan Rieser som indenlandsk virksomhed ikke påberåbe sig den.

⁶⁵ — Dom af 10.11.1992, sag C-156/91, Hansa Fleisch Ernst Mundt, Sml. I, s. 5567, præmis 20.

⁶⁶ — Se bl.a. dom af 17.7.1997, sag C-334/95, Krüger, Sml. I, s. 4517, præmis 22, og af 28.11.2000, sag C-88/99, Roquette Frères, Sml. I, s. 10465, præmis 18.

121. Endvidere kunne en tilsidesættelse af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser komme på tale. I henhold til artikel 51, stk. 1, EF omfattes den frie udveksling af tjenesteydelser på transportområdet af bestemmelserne i afsnittet om transport. På grund af denne begrænsning skal formålet med artikel 49 EF — som er at fjerne restriktionerne for den frie udveksling af tjenesteydelser i overgangstiden — opnås inden for rammerne af den fælles trafikpolitik, som er defineret i artikel 70 EF og 71 EF. Heller ikke efter udløbet af overgangsperioden er bestemmelserne i artikel 49 EF og 50 EF ifølge Domstolens praksis⁶⁷ umiddelbart anvendelige på transportområdet⁶⁸. Dette er dog på den anden side ikke til hinder for at betragte disse traktatbestemmelser som vejledende, da det påhviler Rådet at føre princippet om fri udveksling af tjenesteydelser ud i praksis.

122. Ved Rådets forordning (EØF) nr. 881/92 af 26. marts 1992 om adgang til markedet for vejgodstransport i Fællesskabet, som udføres fra eller til en medlemsstats område eller gennem en eller flere medlemsstats områder⁶⁹, blev den frie udveksling af tjenesteydelser inden for

international vejgodstransport indført⁷⁰. Da Rieser benyttede Brenner-motorvejens samlede strækning frem til den italienske grænse, må det lægges til grund, at selskabet har præsteret ydelser inden for international transport.

123. Ifølge fast praksis kræver den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 49 EF's forstand ikke blot afskaffelse af enhver forskelsbehandling til skade for tjenesteyderen på grund af dennes nationalitet, men også ophævelse af enhver restriktion — også selv om restriktionen anvendes uden forskel på indenlandske tjenesteydere og tjenesteydere fra andre medlemsstater — der kan udelukke en tjenesteyder, som har hjemsted i en anden medlemsstat, hvor han lovligt leverer tilsvarende tjenesteydelser, fra at uøve virksomhed eller i øvrigt genere eller indebære andre ulemper for den pågældende⁷¹. Den frie udveksling af tjenesteydelser er også til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, som bevirker, at levering af tjenesteydelser mellem medlemsstater bliver vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat⁷².

70 — Jf. anden betragtning til forordning nr. 881/92.

71 — Jf. bl.a. dom af 18.6.1998, sag C-266/96, *Corsica Ferries France*, Sml. I, s. 3949, præmis 56, af 23.11.1999, forenede sager C-369/96 og C-376/96, *Arblade m.fl.*, Sml. I, s. 8453, præmis 33, af 20.2.2001, sag C-205/99, *Analir m.fl.*, Sml. I, s. 1271, præmis 21, og af 13.6.2002, forenede sager C-430/99 og C-431/99, *Sea-Land Service og Nedlloyd Lijnen*, Sml. I, s. 5235, præmis 32.

72 — Dom af 5.10.1994, sag C-381/93, *Kommissionen mod Frankrig*, Sml. I, s. 5145, præmis 17.

67 — Jf. dom af 22.5.1985, sag 13/83, *Parlamentet mod Rådet*, Sml. s. 1513, præmis 63; jf. også dom af 13.7.1989, sag 4/88, *Lambregts*, Sml. s. 2583, præmis 14.

68 — Jf. også mit forslag til afgørelse af 6.3.2001 i sag C-70/99, *Kommissionen mod Portugal*, Sml. I, s. 4845, på s. 4847, punkt 27.

69 — EFT L 95, s. 1.

124. Som følge af denne regel kan en virksomhed også påberåbe sig retten til fri udveksling af tjenesteydelser over for den stat, hvor den er etableret, når tjenesteydelserne præsteres over for nogen, som er etableret i en anden medlemsstat⁷³.

125. Anvendelsen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med ordninger vedrørende motorvejsafgifter er ikke til hinder for udstedelsen af direktiverne 93/89 og 1999/62, som specifikt regulerer dette område. Retsvirkningerne af det første direktiv ophørte nemlig allerede den 20. juli 1999, og bestemmelserne i direktiv 1999/62 havde som nævnt ovenfor endnu ingen direkte virkning til gunst for borgerne før udløbet af gennemførelsesfristen.

126. I den foreliggende sag hindrer den diskriminerende motorvejsafgift ganske vist ikke transportvirksomheder, der opererer i transit, i at benytte Brenner-motorvejens samlede strækning. Da afgifterne for benyttelse af den samlede strækning imidlertid er fastsat uforholdsmæssigt højt i forhold til afgifterne for benyttelse af enkelte delstrækninger, kan de gøre det økonomisk mindre attraktivt at benytte den samlede strækning.

De udgør dermed en begrænsning for den frie udveksling af tjenesteydelser til ulempe for de transportvirksomheder, der opererer i transit — uanset hvor de er etableret.

127. Da en diskriminerende vejafgiftsordning hverken kan begrundes i tvingende almene hensyn eller andre grunde, foreligger der i denne sag en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser, som er ulovlig ifølge artikel 49 EF⁷⁴.

128. Denne bestemmelse i den primære fællesskabsret, som har direkte virkning, kan en østrigsk speditør som Rieser inden for rammerne af en tvist om tilbagebetaling påberåbe sig for perioden mellem den 20. juli 1999 og den 30. juni 2000.

129. Hvad angår den sidste periode, for hvilken Rieser har rejst et tilbagebetalingskrav — altså perioden fra den 1. til den 31. juli 2000 — skal det for fuldstændighedens skyld nævnes — idet den forelæggende ret ikke har rejst spørgsmål om det — at det diskriminationsforbud i direktiv 1999/62, der har været gældende sådan at gennemførelsesfristen udløb den 1. juli 2000, har direkte virkning.

73 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 72, præmis 14, dom af 29.4.1999, sag C-224/97, Ciola, Sml. I, s. 2517, præmis 11, og Sea-Land-dommen, nævnt i fodnote 71, præmis 32.

74 — Vedrørende retfærdiggørelsen af foranstaltninger, som diskriminerer på grundlag af nationalitet, se dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 15, og senest dom af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 19.

V — Forslag til afgørelse

130. På baggrund af ovenstående betragtninger skal jeg foreslå, at de forelagte spørgsmål besvares på følgende måde:

- »1) En privatretlig juridisk person er forpligtet til ved indgåelse af kontrakter med vejbrugere at overholde bestemmelser med direkte virkning, dels i Rådets direktiv 93/89/EØF af 25. oktober 1993 om opkrævning i medlemsstaterne af afgifter på visse køretøjer, der anvendes til vejgodstransport, samt af vejafgifter og brugsafgifter for benyttelse af visse infrastrukturer, dels i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/62/EF af 17. juni 1999 om afgifter på tunge godskøretøjer for benyttelse af visse infrastrukturer, når staten har givet denne juridiske person til opgave at opkræve vejafgifter for benyttelse af offentlige vejstrækninger, og staten direkte eller indirekte kontrollerer den pågældende juridiske person.

- 2) Forbuddet i artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og i artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62 mod forskelsbehandling begrundet i transportens afsendelses- eller bestemmelsessted har direkte virkning; virksomheder, som har betalt en højere kilometertakst for benyttelse af den samlede strækning til kørsel med motorkøretøjer med en højst tilladt bruttovægt på mindst 12 tons end brugere af delstrækninger, der er økonomisk sammenlignelige hermed, kan påberåbe sig forbuddet mod forskelsbehandling og kræve den for meget betalte vejafgift tilbagebetalt.

- 3) Også østrigske transportvirksomheder kan påberåbe sig artikel 7, litra b), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 4, i direktiv 1999/62.

- 4) Artikel 7, litra h), i direktiv 93/89 og artikel 7, stk. 9, i direktiv 1999/62 har ikke direkte virkning ved fastsættelse af en vejafgift, der er i overensstemmelse med gældende direktivbestemmelser for motorkøretøjer med en højst tilladt bruttovægt på mindst 12 tons, som anvendes til godstransport på den samlede strækning af den østrigske del af Brenner-motorvejen.
- 5) Med ikrafttrædelsen af direktiv 1999/62 ophørte direktiv 93/89's retsvirkning.
- 6) Direktiv 1999/62 havde ingen retsvirkninger i perioden fra den 20. juli 1999 til den 30. juni 2000, som en transportvirksomhed kunne påberåbe sig med henblik på at få tilbagebetalt en del af vejafgiften for benyttelse af Brenner-motorvejen (den samlede strækning); en transportvirksomhed kan dog for samme periode påberåbe sig de traktatbestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser, som finder anvendelse i overensstemmelse med Rådets forordning (EØF) nr. 881/92 af 26. marts 1992 om adgang til markedet for vejgodstransport i Fællesskabet, som udføres fra eller til en medlemsstats område eller gennem en eller flere medlemsstaters områder.«