# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 1. april 2008 [1]

## I — Indledning

1. Bundesverwaltungsgericht (den øverste forvaltningsdomstol) i Tyskland har anmodet Domstolen om at udtale sig om rækkevidden, med hensyn til finansiering af visse forsyningspligtydelser, af Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (herefter »liberaliseringsdirektivet« eller »direktiv 90/388«) [2] og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne (herefter »samtrafikdirektivet eller direktiv 97/33«) [3].

2. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt det er lovligt at pålægge betaling af et tillæg til forbindelsesomkostningerne til fordel for den dominerende abonnentnetoperatør i en sektor kendetegnet ved liberalisering [4], som blev stimuleret af liberaliseringsdirektivet [5] og samtrafikdirektivet [6], og som kulminerede i det »nye regelsæt« [7], som blev vedtaget den 7. marts 2002 og offentliggjort den 24. april 2002 [8].

3. De virksomheder, der i denne sag har fået pålagt at betale sådanne tillæg, diskuterer deres gyldighed [9] på baggrund af prin-

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 192, s. 10.

3 — EFT L 199, s. 32.

4 — Jeg beskriver de milepæle, der findes på vejen, i mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-327/03 og C-328/03, ISIS Multimedia Firma O2, hvor der blev afsagt dom den 20.10.2005, Sml. I, s. 8877, i sag C-339/04, Nuova società di telecomunicazioni, hvor der blev afsagt dom den 18.7.2006, Sml. I, s. 6917, og i nyere tid i sag C-64/06, Telefónica 02 Czech Republic, dom af 14.6.2007, Sml. I, s. 4887, og sag C-262/06, Deutsche Telekom AG, dom af 22.11.2007, Sml. I, s. 10057.

5 — Ændret ved Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13.3.1996 om ændring af direktiv 90/388 for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for teletjenester (EFT L 74, s. 13).

6 — Navnlig efter den affattelse, som blev indsat ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/61 af 24.9.1998 (EFT L 268, s. 37), der finder tidsmæssig anvendelse.

7 — Med dette udtryk henviser jeg i mit forslag til afgørelse i Deutsche Telekom-sagen til fire direktiver vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet, nemlig direktiv 2002/19/EF om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet), direktiv 2002/20/EF om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet), direktiv 2002/21/EF om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) og direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet).

8 — EFT L 108, s. 7, 21, 33 og 51.

9 — At drage fordel af et påbud er en paradoksal situation, men der har altid bevidst været søgt paradokser, jf. titlen på operaen »De lykkelge slaver«, som Juan Crisóstomo de Arriaga fra Bilbao, med tilnavnet den spanske Mozart, komponerede i 1820, før han døde i den tidlige alder af 20 år og efterlod sig et musikalsk testamente rigt på kromatiske og modale ambivalencer.

cipperne om fri konkurrence, forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed i forvaltningen.

6. Konvergensen udmøntedes i en ny ramme, som stod i modsætning til offentlig intervention i præsteringen af tjenesteydelsen, som styrede det i retning af forrang for den politiske vilje, [11] til skade for erhvervets emancipation.

## II — Relevante retsregler

### A — *Fællesskabsretlige bestemmelser*

#### 1. Direktiv 90/388 [12]

4. Med udarbejdelsen i 1987 af grønbogen om teletjenester [10] indledtes opbygningen af et konkurrencedygtigt og harmoniseret europæisk marked, på grundlag af frit valg af kommunikationsoperatør.

5. Den administrative deregulering af sektoren indebar en gennemgribende ændring i retsopfattelsen af den, baseret på *publicatio* eller forbehold af styringen for offentlige organer i forbindelse med det traditionelle statsmonopolsystems forsvinden, der ikke var i stand til at opfylde det — efter revolutionen i erhvervet — stigende antal brugeres efterspørgsel.

7. Dommen i sagen Italien mod Kommissionen [13] havde en gennemgribende virkning på telesektoren med anerkendelsen af anvendelsen af konkurrenceordningen på offentlige virksomheder, der var indehavere af særlige eller eksklusive rettigheder.

8. Til trods for korrektionerne i retspraksis havde systemet store huller, som fremgik af emnets kompleksitet og opretholdelsen af markeder, der var styret af den offentlige operatør, hvis integration kun kunne opnås med konkrete lovgivningsforanstaltninger.

9. Der var mange reaktioner i forbindelse med den forventede liberalisering ved

10 — »En mere dynamisk europæisk økonomi — grønbog — etablering af et fælles marked for teletjenester og -udstyr«, Bruxelles, 16.12.1987, KOM(87) 290 endelig, s. 6 og 16 ff., suppleret med nogle forslag til sikring af ensartetheden af godkendelsesmekanismerne i de nationale lovgivninger, som i »Grønbog om teleinfrastruktur og kabel-tv-net«, anden del, Bruxelles, 25.1.1995, KOM(94) 682 endelig, s. 61 ff.

11 — En situation, der ikke gik ubemærket hen i direktiv 90/388, som det fremgår af dets anden og syvende betragtning.

12 — Erstattet af Kommissionens direktiv 2002/77/EF af 16.9.2002 om konkurrence på markederne for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (EFT L 249, s. 21).

13 — Dom af 20.3.1985, sag 41/83, Sml. s. 873.

direktiv 88/301/EØF [14], som to år senere blev styrket med direktiv 90/388, med afskaffelse af de særlige eller eksklusive rettigheder, med forbehold for nogle undtagelser, bl.a. for taletelefoni, hvis placering under den frie konkurrences auspicier bremsedes indtil Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13. marts 1996 om ændring af direktiv 90/388.

10. I henhold til artikel 4c i direktiv 90/388 [15] skal medlemsstaterne tillade deres teleselskaber at udligne taksterne under hensyntagen til specifikke markedsvilkår og under hensyntagen til behovet for at sikre alment tjenesteudbud til en overkommelig pris, forenet med opnåelse af fortjeneste.

2. Direktiv 97/33 [16]

11. På en anden flanke fremmede harmoniseringsvejen [17], sideløbende med bestræbelserne på at nedbryde de grænser, der hindrede en reel udfordring mellem operatørerne, adgangen for nytilkomne og sørgede for indførelse af en permanent ligevægt mellem deltagerne i udbuddet af net, som var åbent for alle [18].

12. Samordningen skulle endvidere nå frem til adgang til og lokalisering af infrastrukturen og sikre sammenkoblingen mellem offentlige kommunikationsnet og udbyderne.

13. Som jeg har anført i mit forslag til afgørelse i sagen Telefónica O2 Czech Republic [19], blev direktiv 97/33 udstedt med dette formål. Det behandler nogle økonomiske aspekter af forbindelsen mellem netudbydere og forbyder en prisopgørelse til under tærsklen for de faktiske omkostninger, samtidig med at eventuelle merkantilistiske eventyr undgås, idet beløb, som overstiger det nævnte niveau, forkastes (betragtning 10).

14. Artikel 7, stk. 2, i direktiv 97/33 bestemmer:

»Samtrafiktakster skal overholde principperne om gennemsigtighed og omkostningsægthed. Bevisbyrden for, at taksterne er omkostningsægte og ikke giver mere end en rimelig forrentning, påhviler den organisation, der udbyder samtrafik via sine

14 — Kommissionens direktiv af 16.5.1988 om konkurrence på teleterminalmarkederne (EFT L 131, s. 73).

15 — Indsat ved direktiv 96/19.

16 — Erstattet af direktiv 2002/21.

17 — En vej, som blev udvidet med Rådets rammedirektiv 90/387/EØF af 28.6.1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (EFT L 192, s. 1).

18 — Kendt under det engelske akronym »ONP«, Open Network Provision.

19 — Punkt 5 og 6.

faciliteter. De nationale tilsynsmyndigheder kan anmode en organisation om at fremlægge fuld dokumentation for de samtrafiktakster, der kræves, og om nødvendigt påbyde, at taksterne nedsættes. Bestemmelserne i dette stykke finder også anvendelse på organisationer, der er angivet i bilag I, del 3, og som de nationale tilsynsmyndigheder har meddelt har en stærk markedsposition på det nationale marked for samtrafik.

[…]«

15. Artikel 7, stk. 4, i ovennævnte direktiv bestemmer for at undgå svig, at i overensstemmelse med EF-lovgivningen skal samtrafiktakster være uafhængige af andre forhold, så den, der anmoder om samtrafik, ikke skal betale for det, som ikke er strengt knyttet til den tjeneste, der anmodes om.

16. Endvidere skal abonnenterne gives mulighed for at få adgang til koblede tjenester hos enhver udbyder af offentlige teletjenester. Dette behandles i direktiv 98/61, som til artikel 12 i direktiv 97/33 tilføjer stk. 7, hvori det understreges, at de nationale tilsynsmyndigheder sørger for, at samtrafikprisen er omkostningsbaseret, og at eventuelle direkte gebyrer ikke afholder forbrugerne fra at benytte faciliteten.

17. Fællesskabets konkurrenceregler i telesektoren, som er rettet mod forbrugerbeskyttelse, udformer nogle forbindelsestakster, der udelukker takster, som ikke tager sigte på at dække de faktiske omkostninger ved de pågældende tjenesteydelser, og med vægt på gennemsigtighed [20].

B — *De tyske retsregler*

18. En dominerende netoperatørs forpligtelse til at stille adgang og samtrafik til rådighed fremgår af § 35 ff. i Telekommunikationsgesetz af 25. juli 1996 (loven om telekommunikation, herefter »TKG«) [21].

19. Af TKG's § 39, 27 ff., fremgår nødvendigheden af at få godkendt alle gebyrer i forbindelse med netadgang, således at en licenshaver ikke modtager mere, end hvad myndighederne har legaliseret.

20. Det retlige grundlag for aggregerede vederlag til afhjælpning af den markedsdominerende operatørs underskud findes i

20 — Ved dom af 8.12.2005, sag C-33/04, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10629, fastslog Domstolen, at Storhertugdømmet Luxembourg havde tilsidesat sine forpligtelser ved at have undladt at efterkomme forpligtelserne i henhold til direktiv 97/33 til at lade et uafhængigt, kompetent organ kontrollere, om reglerne for omkostningsregnskabssystemer var overholdt, og offentliggøre en erklæring herom.

21 — BGBl. 1996, I, s. 1120.

§ 43, stk. 6, i TKG i affattelsen af 21. oktober 2002 [22].

## III — De faktiske omstændigheder, hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

21. Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH og Firma 01051 Telekom GmbH driver deres virksomhed gennem offentlige telenet i Tyskland og tilbyder deres kunder et fast operatørvalg via samtrafik med Deutsche Telekoms lokale net.

22. Ifølge tilsynsmyndigheden har Deutsche Telekom pligt til at præstere ydelsen Telekom B.2 (lokal) mod en modydelse, som dækkes af Arcor AG & Co. KG, Communication Services TELE2 GmbH y Firma 01051 Telekom GmbH.

23. Ved afgørelse af 29. april 2003 anordnede Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (den nationale tilsynsmyndighed) [23] efter begæring fra Deutsche Telekom i henhold til i § 43, stk. 6, i TKG og med virkning fra den 1. juli 2003 et tillæg til forbindelsestaksten for ydelsen Telekom B. 2 (lokal), som ikke var knyttet til omkostningerne, på 0,004 EUR pr. trafikminut, da den fortjeneste, som slutbrugerne gav Deutsche Telekom, ikke fuldt ud dækkede udgifterne til abonnenttilslutningerne.

24. Knap en måned senere pålagde Kommissionen [24] Deutsche Telekom en bøde på 12 600 000 EUR for misbrug af dominerende stilling, da selskabet, for at dets konkurrenter kunne få adgang til lokalnettet, krævede et beløb, der var højere end det, dets egne abonnenter betalte for at benytte fastnettet.

25. Ved afgørelse af 23. september 2003 ophævede tilsynsmyndigheden (*ex nunc)* opkrævningen af de supplerende bidrag, som således begrænsede sig til perioden mellem den 1. juli og den 23. september 2003.

26. De tre virksomheder, der er berørt af betalingen af de supplerende beløb, påklagede særskilt den administrative afgørelse, som bemyndigede betalingen.

22 — BGBl. 2002, I, s. 4186.

23 — Actual Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (forbundsagenturet for elektricitet, gas, telekommunikation, post og jernbaner).

24 — Beslutning 2003/707/EF af 21.5.2003 (EUT L 263, s. 9), som har været genstand for et søgsmål for Retten i Første Instans (sag T-271/03) i mere end fire år.

27. Verwaltungsgericht Köln gav ved dom af 3. november 2005 sagsøgerne medhold, på grund af tilsidesættelse af fællesskabsretten, navnlig af artikel 7, stk. 2**,** og artikel 12, stk. 7, i direktiv 97/33, som ændret ved direktiv 98/61.

28. Tyskland og Deutsche Telekom indgav revisionsanke ved Bundesverwaltungsgericht, som er i tvivl om, hvorvidt TKG's § 43, stk. 6, er forenelig med fællesskabsretten, hvorfor den har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal Kommissionens direktiv 90/388/EF af 28. juli 1990 og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 fortolkes således, at den nationale tilsynsmyndighed ikke har mulighed for i 2003 at pålægge operatøren af et forbindelsesnet, der er sammenkoblet med et offentligt teleabonnentnet, at yde den markedsdominerende operatør af abonnentnettet et bidrag til udligning af det underskud, der opstår for abonnentnetoperatøren som følge af udbud af abonnenttilslutninger?

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

2) Skal den nationale ret under en sag angående godkendelse af at pålægge forbindelsesnetoperatøren en byrde tage hensyn til, at en sådan forpligtelse, der er i overensstemmelse med en bestemmelse i national ret, er uforenelig med fællesskabsretten?«

## IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

29. Forelæggelsen af denne præjudicielle sag er registreret på Domstolens Justitskontor den 20. marts 2007.

30. Ved kendelse af 1. juni 2007 besluttede Domstolens præsident at forene de tre sager på grund af deres objektive indbyrdes forbindelse.

31. Der er indgivet indlæg inden for den frist, der er fastsat i artikel 23 i EF-statutten for Domstolen, af den tyske regering, Telekom, som begge går ind for benægtende svar på de forelagte spørgsmål, samt af de sagsøgende virksomheder i hovedsagerne og Kommissionen, som ønsker en dom om uforenelighed.

32. Under retsmødet den 19. februar 2008 blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanter for de samme parter, som havde indgivet skriftlige indlæg, og desuden af Det Forenede Kongerige.

## V — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

33. Domstolen behandler talrige sager, hvori telekommunikation har stor relevans, et fænomen, der blev forudsagt lige fra begyndelsen af dens udvikling på grund af det økonomiske potentiale, som driften heraf indebærer.

34. Hvor paradoksalt det end kan synes — efter at patentet på telefonen var givet til Alexander Graham Bell i 1876 [25] efter en lang retstvist [26] — har De Forenede Staters kongres [27] for nylig rehabiliteret italieneren Antonio Meuccis minde og resultater og anerkendt, at han tidligere, i 1860, offentligt fremviste denne opfindelses funktion i New York. I det lange løb kommer sandheden altid frem [28].

### A — *Det første præjudicielle spørgsmål*

#### 1. Indledende bemærkninger om forsyningspligt

35. »Ét system, én politik, forsyningspligt« [29]. Denne devise [30] udtrykker viljen til at skabe sammenhængskraft i befolkningen gennem et net [31] i en epoke, hvor udfordringen mellem Bell System og de uafhængige selskaber nåede et højdepunkt [32].

25 — United States Patent n°. 174 465.

26 — Om dette emne jf. E. Evenson: *The Telephone Patent Conspiracy of 1876: The Elisha Gray — Alexander Bell Controversy,* Jefferson (North Carolina), McFarland Publishing, 2000, B. Catania: *Il Governo degli Stati Uniti contro Alexander Graham Bell — Un importante riconoscimento per Antonio Meucci,* AEI-Automazione, Energia, Informazione, vol. 86, n°10, tillæg fra oktober 1999, s. 1-12, og af den samme forfatter *Antonio Meucci finally recognized*, Lecture in the presence of the President of Italy, Carlo Azeglio Ciampi, at the Meucci Day in Rome, 28 May 2003.

27 — I resolution nr. 269 af 11.6.2002 (107th Congress, 1st session).

28 — Efter den synske abes svar sagde Don Quijote til Sancho: »Begivenhederne skal nok tale for sig selv [....] for tiden, der afslører alle ting, lader alt komme for en dag, om det så er skjult i jordens indre.« *Den sindrige ridder Don Quixote de La Mancha*, anden del, forlaget Centrum, Århus, 1998, kapitel XXV, s. 236.

29 — »One policy, one system, universal service«.

30 — Udformet i De Forenede Stater i 1907 af Theodore Wail, præsident for American Telephone and Telegraph Company.

31 — M. Mueller i *Universal service and the new Telecommunications Act: mythology made law.* Communications of the ACM, Rutgers University SCILS, marts 1997, og E. Renaudin i *L'evolution du Service Universel dans le secteur des télécommunications*, DEA Droit public des Affaires, 2003-2004, Universidad París X, Nanterre.

32 — J. Arlandis i *Service Universal: évolution d'un concept-clé*, Communications et stratégies, første halvår, 1994, nr. 13, s. 41.

36. Det drejer sig om at udbyde en kvalitetstjeneste til en rimelig pris på hele territoriet — forudsætningerne herfor er anført i artikel 3 og 9 i direktiv 97/33.

37. Denne opgave af almen interesse indebærer imidlertid nogle ulemper, eftersom der ved en uhensigtsmæssig lodsning er risiko for at støde på grund i et samfund karakteriseret ved en dualisme mellem dem, der har adgang til bestemte net og tjenester, og dem, der er udelukket herfra.

38. For at overvinde vanskelighederne opfylder fællesskabsretten på samme tid befolkningens behov og konkurrencereglerne, tilstræber erhvervsmæssig solidaritet og fri vilje, beregner omkostningerne og fordeler dem mellem alle operatørerne, som det fremgår af artikel 5 i samtrafikdirektivet og artikel 12-14 i forsyningspligtdirektivet.

39. Adskillelsen af begreberne historisk operatør og forsyningspligtudbyder fremstår således som en ufravigelig konsekvens, således at ethvert privat firma med tilstrækkelig kapacitet kan påtage sig en sådan opgave, og for at undgå at sammenblande rollen som dommer og part udskifter staten sin situation som formynder med rollen som tilsynsfører [33].

33 — E. Renaudin, *op.cit, s.* 11.

2. Lokal kommunikation som integrerende del af forsyningspligten

40. Lokale opkald ligger inden for forsyningspligtydelsernes sfære, som det fremgår af artikel 5, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/10 af 26. februar 1998 [34] om ONP-vilkår for taletelefonitjenesten og om udbud af forsyningspligtydelser på teleområdet under konkurrenceforhold, og af artikel 4, stk. 2, i direktiv 2002/22.

41. I sine argumenter forstår den tidligere monopolvirksomhed sekunderet af den tyske regering imidlertid artikel 4c i direktiv 90/388 på en særlig måde, efter min mening uden grund.

42. Den hævder, at den pågældende bestemmelse ikke finder anvendelse, eftersom Deutsche Telekom ikke har påtaget sig nogen forsyningspligt.

43. Forskellene i bestemmelsens affattelse [35] på de forskellige fællesskabssprog synes

34 — EFT L 101, s. 24.

35 — Artikel 4c divergerer i de forskellige oversættelser: den franske (»imposées«) og den tyske (»auferlegt wunden«) giver en idé om påbud; den engelske (»entrusted«), den italienske (»assegnati«) og den spanske (»confiadas«) henviser til disse forpligtelser med mere fleksible nuancer.

imidlertid eksemplariske, hvorfor der for at finde den korrekte fortolkning må foretages en vurdering af dens almindelige opbygning og dens formålskriterium [36], naturligvis i lyset af de andre sprogudgaver [37].

44. Med denne fortolkning demonteres argumentet let set fra et liberaliseringssynspunkt, hvor ethvert påbud får en subsidiær dimension. Kun hvis operatørerne ikke kunne opfylde forsyningspligten, ville administrativ intervention og tillæggelse af ansvar være acceptabel; men så længe denne undtagelsesvise situation ikke opstår, overlades forsyningspligten til markedsvilkårene.

45. De faktiske omstændigheder viser under alle omstændigheder, at Deutsche Telekom før og efter liberaliseringen beskæftigede sig med den del af forsyningspligten, der vedrører lokal kommunikation (med mere end 95%).

36 — Domstolens dom af 5.12.1967, sag 19/67, Van der Vecht, Sml. 1965-1968, s. 411, org.ref.: Rec. s. 445), af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, og i nyere tid dom af 7.12.2000, sag C-482/98, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 10861, af 1.4.2004, sag C-1/02, Borgmann, Sml. I, s. 3219, og af 19.4.2007, sag C-63/06, Profisa, Sml. I, s. 3239.

37 — Dom af 27.3.1990, sag C-372/88, Cricket St. Thomas, Sml. I, s. 1345, præmis 19.

3. Finansieringen af forsyningspligten

a) Takstudligning [38]

46. Generaladvokat Léger [39] erindrer om, at når de grundlæggende betingelser for åbningen af markedet for kommunikationsydelser er skabt, fører en reel konkurrence til taktharmoni med sigte på at undgå risikoen for at koncentrere operatørernes aktiviteter om de mest lukrative segmenter (nationale og internationale opkald), og marginalisere de mindre rentable tjenesteydelser (lokale opkald), hvis drift ligeledes følger af kravet om alment tjenesteudbud.

47. I denne retning går direktiv 90/388 og dets ændring ved direktiv 96/19. Betragtning 20 til sidstnævnte direktiv beskriver det billede, som det har til formål at ændre, herunder kategorier af urentable telefonopkald, som krydssubsidieres med overskud fra andre segmenter af den samme virksomheds aktiviteter.

48. De kunstigt nedsatte priser på lokale samtaler var i modstrid med konkurrencen og stimulerede ikke potentielle

38 — Rebalancing, i angelsaksisk terminologi.

39 — I punkt 3 og 4 i hans forslag til afgørelse, fremsat den 10.7.2003, i sag C-500/01, Kommissionen mod Spanien (dom af 7.1.2004, Sml. I, s. 583).

konkurrenters adgang til de mindre lukrative områder.

49. I dom af 7. januar 2004, Kommissionen mod Spanien [40], udtalte Domstolen, at artikel 4c i direktiv 90/388 ganske vist ikke fastsatte en tidsfrist for takstudligning, men at det fremgår af direktiv 96/19, at takstudligningen burde gennemføres hurtigt, uden at overskride den 1. januar 1998 (præmis 32).

50. I femte betragtning til direktiv 96/19 er der anført undtagelser til fristen, begrundet i ringe udvikling af nettet [41] eller dets størrelse [42], men altid efter en detaljeret tidsplan.

51. Ingen af disse undtagelser forekommer i den foreliggende sag, hvorfor der skulle være takstudligning i Tyskland i 2003; Domstolen fastslog i en tilsvarende sag, at da Frankrig ikke havde overholdt disse tidsgrænser, eftersom det var ubestridt, at udligningen af taksterne i henhold til artikel 4c, stk. 3, i direktiv 90/388, som ændret, ikke fuldt ud var gennemført den 1. januar 1998, og at den franske regering ikke havde underrettet Kommissionen om sine planer for den gradvise udligning af de resterende takstforskelle, herunder en detaljeret tidsplan for gennemførelsen, havde Frankrig ikke opfyldt sine forpligtelser i henhold til denne bestemmelse [43].

b) Krydssubsidiering: et uegnet finansieringsinstrument for et marked, der er åbent for konkurrence

52. I kølvandet på liberaliseringen anvender direktiv 97/33 ingredienserne retfærdighed og hensigtsmæssighed, krydret med princippet om forbud mod forskelsbehandling (anden betragtning), for at tillempe nogle interoperabilitetsvilkår, præsenteret i form af opsplitning af regnskaber, med henblik på at undgå ethvert besvær forårsaget ved urimelig krydssubsidiering [44], som er tungt fordøjelig på den frie konkurrences bord.

53. Til forskel fra hvad der skete under monopolet, da denne form for interne overførsler accepteredes, således at overskuddet fra aktiviteter, der ikke var underlagt restriktioner, blev anvendt til at dække underskud i forbindelse med præstation af sociale tjenesteydelser (såsom alment udbud), accepteres de ikke inden for den nye friheds ramme, idet dominerende virksomheder kunne udnytte dem som kasteskyts til at eliminere deres konkurrenter ved bevidst at opretholde

40 — Domen i sagen Comisionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 39.

41 — Som det var tilfældet i Spanien, Irland, Grækenland og Portugal.

42 — Af indlysende grunde, Luxembourg.

43 — Præmis 35 i Domstolens dom af 6.12.2001, sag C-146/00, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 9767.

44 — Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Ed. Kluwer Law, fjerde udg., s. 939.

underbudspriser [45], som de i stedet for at overvælte på deres abonnenter overfører til andre operatører, som sagsøgerne i hovedsagerne argumenterer i deres indlæg.

54. På denne måde fordrejes konkurrencen, eftersom de nye operatører, der er tvunget til at betale de supplerende beløb, er nødt til at forhøje deres takster for at opretholde rentabiliteten til skade for deres egen konkurrencedygtighed, hvormed den påstand, som den tyske regering forsvarede under retsmødet, nemlig at det var til gavn for alternative operatører, bl.a. Arcor, savner begrundelse.

55. Deutsche Telekom er således begunstiget med en protektionisme i strid med artikel 82 EF ff. Der synes i øvrigt at være tale om et lukket kredsløb, idet, som virksomheden har anerkendt i sine indlæg, Forbundsrepublikken Tysklands deltagelse i dens kapital var med 31,7%, selv om repræsentanten for Firma 01051 Telekom GmbH under retsmødet hævdede, at denne procent udgjorde 43% [46].

45 — Dom af 14.11.1996, sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. I, s. 5951, indeholder formlen til at identificere dem.

46 — I dom af 13.5.2003, sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, og af 6.12.2007, forenede sager C-463/04 og C-464/04, Federconsumatori m.fl., Sml. I, s. 10419, kunne Domstolen ikke afvise, at »medlemsstaterne ud fra visse betænkeligheder kan være berettiget til at bevare en vis indflydelse i virksomheder, der oprindeligt var offentlige og derefter er blevet privatiseret, når disse virksomheder præsterer tjenesteydelser på områder, der er af almen eller strategisk interesse«.

c) Underskud på adgangen

56. Underskuddet opstår på det tidspunkt, hvor udgifterne til tilrådighedsstillelse af abonnentledninger for nye virksomheder overstiger indtægterne fra denne opgave.

57. Denne fare har sine rødder i monopolet, da de økonomiske parametre var slutbrugerorienterede, og solidariteten afviste for store beløb, hvorfor de faktiske omkostninger ved tjenesteydelsen ikke blev dækket.

58. Fællesskabsretten anerkender ikke den tyske regerings og Deutsche Telekoms opfattelse, idet det relevante tidspunkt er den 1. januar 1998, med mulighed for forlængelse indtil den 1. januar 2000, for i en overgangsperiode at give de gamle monopolvirksomheder mulighed for at tilegne sig de nye forhold og udligne de beløb, de skal kræve.

59. Ovenstående fremgår af Kommissionens henstilling 98/322 af 8. april 1998 [47]

47 — Om samtrafik på et liberaliseret telemarked (Del 2 — Opsplitning af regnskaber og omkostningsberegning) (EFT L 141, s. 6).

og af dens forgænger, meddelelsen af 27. november 1996 [48].

60. Begrundelsen er åbenbar. Adskillelsen af samtrafikbidragene og bidragene til forsyningspligtydelser ville forsvinde, hvis man accepterede andre beløb som alternativ til den omtalte prisbalance, som ud over fjernelse af hindringerne for forvalg af operatør taler for, at et eventuelt deficit forsvinder.

d) De såkaldte tilslutningsbidrag: en flygtig foranstaltning

61. Tysklands og Deutsche Telekoms argumenter om, at de analyserede direktiver ikke forbyder denne finansiering, er grundløse.

62. Jeg skal ikke undlade at understrege selvmodsigelsen mellem på den ene side at tilkendegive, at artikel 4c i direktiv 90/388 er til hinder for beløb, der er lavere end de faktiske omkostninger i forbindelse med den pågældende tjenesteydelse, og på den anden side, at samme artikel ikke er til hinder for bibeholdelse af deres udligning.

63. Selv om fællesskabsretten ikke ønsker disse underskud, indebærer det at foreslå muligheden for at neutralisere dem ved denne form for udligning åbenbart at fortsætte med dem [49].

64. Således fremkommer en struktur, der binder det accessoriske og det principale [50] til samme skæbne, således at hvis gælden betales, vil dens konsekvenser få samme skæbne.

65. Som en indbildt syg [51] klager Deutsche Telekom over den anakronistiske afgift, som virksomheden selv efter min mening er den eneste ansvarlige for.

66. Jeg er enig med alle deltagerne i den præjudicielle dialog om, at underskud hidrørende fra abonnentledninger i år 2003 skyldes den markedsdominerende virksomheds taktik, idet jeg ikke kan se nogen hindring for at fjerne dem ved en takstforhøjelse.

48 — KOM(96) 608 endelig af 27.11.1996 om kriterier for vurdering af nationale ordninger til omkostningsberegning og finansiering af forsyningspligtydelser inden for telekommunikation og retningslinjer for medlemsstaterne for driften af sådanne ordninger.

49 — Sådan fremstiller Firma 01051 Telecom GmbH det i sit indlæg.

50 — Sublato principali, tollitur accessorium.

51 — Molière, *Le malade imaginaire,* Ed. Larousse, París, 1998, fortæller på en grotesk måde om de uheld, der rammer hypokonderen Argan, som er slave af indbildte sygdomme, og som agter at få sin datter Angelique gift med en lægesøn, eftersom et sådant slægtskab vil sikre ham lægebehandling hele livet.

67. Det er forbavsende med Deutsche Telekoms oplysende argument om, at det ikke er muligt til den nu omtvistede sag at overføre læren fra dommen i sagen Kommissionen mod Spanien [52], eftersom ansvaret for de økonomiske forskelle i den sag fordelte sig mellem teleselskabet og de nationale myndigheder, en opfattelse, der efter virksomhedens mening var uvedkommende »i forbindelse med et underskud, der alene kunne henføres til virksomheden« [53].

68. Domstolen dømte Spanien for ikke at have gennemført disse direktiver på grund af de benhårde prislofter fastsat af tilsynsmyndigheden, men efter min opfattelse, selv om der er en skønsmargin, skal der tages hensyn til, at den noble duel mellem virksomheder også skades med supplerende bidrag, der er udformet for at støtte kapitalen i nogle af disse selskaber.

69. En finansiering af forsyningspligtydelser, som udelukkende bygger på omkostningerne, indebærer, at koblingen til abonnentledningerne, hvis endelige modtager er den konkrete kunde, støttes af den nævnte modtager gennem taksten pr. abonnentledning, og kun hvis den allerede etablerede operatør skulle have vanskeligheder med at udligne sine takster, hvilket ikke er på tale i denne sag, får det mening at vurdere underskuddet [54] og dets udligning, men åbenbart ikke, når underskuddet svarer til samme virksomheds strategi.

70. I overensstemmelse med Kommissionens udtalelse om, at de yderligere bidrag, der skulle dække forbindelsesudgifterne, ikke udgør en aflønning af samtrafikydelserne, går jeg ind for den opfattelse, at i en sammenhæng, der ikke er belastet af lovhindringer, bliver tilføjelsen af disse beløb en skjult finansieringsmekanisme, der ligger tæt på statsstøtte [55], som fællesskabsretten forkaster.

71. Det er imidlertid nødvendigt at reagere ved eventuelle uberettigede byrder hidrørende fra forsyningspligtydelser, da deres korrektion fremmes med retfærdige fordelingssystemer.

72. Strengheden er ikke absolut, da retspraksis [56] fra artikel 87, stk. 1, EF udelukker visse administrative interventioner som modydelse til obligatoriske præstationer af offentlige tjenesteydelser [57], forudsat de ikke forbedrer virksomhedernes stilling.

52 — Sag C-500/01.

53 — Den tyske regering påpegede under retsmødet, at Deutsche Telekom siden december 1997 frit havde kunnet justere sine priser.

54 — Bilag I til Kommissionens henstilling 98/195/EF af 8.1.1998 om samtrafik på et liberaliseret telemarked (Del I — Samtrafiktakster) (EFT L 73, s. 42).

55 — Domstolens dom af 23.2.1961, sag 30/59, Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, org.ref.: Rec. s. 1, håndterede et bredt støttebegreb, idet den ved siden af positive ydelser som tilskud medtager andre ydelser, som i forskellig form letter de byrder, der belaster en virksomheds budget; således forbydes de, der på den ene eller den anden måde direkte eller indirekte begunstiger virksomhederne eller anses for en økonomisk fordel, som virksomheden ikke ville have opnået under sædvanlige markedsvilkår, dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 60, og af 29.4.1999, sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2459, præmis 41.

56 — Således inden for offentlig trafikbetjening, dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Almark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, Sml. I, s. 7747, inden for godtgørelse af indsamling og bortskaffelse af olieaffald, dom af 7.2.1985, sag C-240/83, ADBHU, Sml. s. 531, og vedrørende det forhold, at distributør-grossisterne ikke er underlagt den afgift på direkte salg af lægemidler, som lægemiddellaboratorierne er pålagt, såfremt de svarer til de faktiske merudgifter, som de har afholdt til opfyldelse af deres forpligtelse til offentlige tjeneste, jf. dom af 22.11.2001, sag C-53/00, Ferring, Sml. I, s. 9067.

57 — Et begreb, der passer bedre til retstraditioner som den spanske eller den franske end til den angelsaksiske.

73. Der må imidlertid udvises stor omhu for ikke at skabe forskel mellem lige personer, og med henblik herpå tillod artikel 4c i direktiv 90/388 på kommunikationsområdet medlemsstaterne at fordele disse uøkonomiske virkninger gennem et system af tillægstakster eller en samlet tjenestefond, forudsat at de er »nødvendige«.

74. Dette ubestemte juridiske begreb kan naturligvis kun suppleres med lovforanstaltninger, som forhindrer økonomisk udligning af omkostningerne ved abonnentledninger, eftersom disse supplerende takster uden sådanne hindringer ville savne begrundelse [58].

75. Interessen for at dække underskuddene ses igen i artikel 5, stk. 1 og 3, i direktiv 97/33, som viser vigtigheden af at beregne bidraget på grundlag af sammenlignelige størrelser [59], der udelukkende er støttet på de direkte omkostninger i forbindelse med ydelsen, en anden situation end situationen med godkendelser, som er omhandlet i hovedsagerne, og som uden helhedssynspunkt tager sigte på hver enkelt virksomhed.

58 — Kommissionens henstilling 98/195 af 8.1.1998 om samtrafik på et liberaliseret telemarked.

59 — Hvilket i sig selv indebærer at specificere individuelle bidrag, som henhører under dem, der er aktive i telesektoren.

76. Færdens afslutning findes i artikel 13, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2002/22, hvor der peges på løsninger i form af anvendelse af offentlige midler og deling mellem udbyderne af en fælles kompensationsdeponering, som også er uforenelig med individuelle pengemæssige overførsler mellem virksomheder.

77. Enhver foranstaltning med sigte på at relativere den ordnede justering forenes dårligt med fællesskabsretten, hvilket tilskynder medlemsstaterne til at tage ansvar for prisfastsættelsen [60], som de i sidste instans kun kan dække med klare og ikke hemmelige udligningsklæder.

78. På et offentligt marked som markedet for elektronisk kommunikation fremstår gennemsigtigheden [61] særlig intenst, fordi den vedrører almenhedens interesse og på grund af respekten for ligheden mellem operatørerne, nøgleaspekter, som er til hinder for overflødige devalueringer.

79. På baggrund af det anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det første præjudicielle

60 — Kommissionens henstilling 98/195/EF af 8.1.1998 erindrer i tredje betragtning om, at fastlæggelsen af samtrafiktakster påhviler medlemsstaterne i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet.

61 — Gennem den gradvise styrkelse i retspraksis af princippet om gennemsigtighed fremstår dets karakter af en uskreven fællesskabsretlig kilde — jf. Domstolens dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Kongeriget Belgien, Sml. I, s. 2043, og af 18.11.1999, sag C-275/98, Unitron Scandinavia og 3-S, Sml. I, s. 8291.

spørgsmål med, at liberaliseringsdirektivet og samtrafikdirektivet er til hinder for en regulering som i tysk ret, som til dækning af den dominerende virksomheds underskud accepterer bidrag, der er samtrafikomkostningerne uvedkommende og ikke opgjort alene i forhold til udgifterne i forbindelse med den pågældende tjenesteydelse.

B — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

80. Efter at have afklaret det første spørgsmål skal jeg nu tage stilling til den forelæggende rets tvivl vedrørende spørgsmålet, om de analyserede direktiver kan gøres gældende i forhold til de modstridende nationale bestemmelser.

81. Det er nødvendigt at hejse banneret for fællesskabsrettens forrang og på grundlag af Domstolens praksis undersøge denne bestemmelses gyldighed ved at fjerne begrebsmæssigt ukrudt, som fordrejer det krystalklare syn på virkeligheden.

1. Undtagelsesfri forrang

82. Fællesskabsrettens ensartethed kræver, at både dens primære bestemmelser og de afledte bestemmelser i alle medlemsstaterne har den samme betydning, samme bindende kraft og et analogt indhold, hvilket er umuligt at opnå uden fællesskabsrettens absolutte forrang [62].

83. Denne kraft brydes dog, hvis der rejses tvivl om forrangens udelelige karakter eller dens ubetingede karakter, uden hensyn til at princippet gælder hele fællesskabsretten, og at det gælder frem for enhver nationalretlig bestemmelse.

84. Domstolen fastslog i denne henseende ved begyndelsen af den europæiske opbygning [63], at »den af traktaten affødte ret må retsligt gå forud for en hvilken som helst national bestemmelse«, samt at »de fællesskabsretlige bestemmelser har forrang frem for enhver modstridende national bestemmelse«, hvilket viser, at der er tale om en forrang, som uden forbehold udstrækkes til medlemsstaternes forfatninger.

85. I det andet forslag til afgørelse i Pfeiffersagen [64] udtaler jeg, at jeg ikke kan tilslutte mig dem, der har hævdet, at forrang kun kan gøres gældende i spørgsmål om den primære fællesskabsret eller muligvis en forordning, da denne sondring forekommer kunstig eller unøjagtig.

62 — D. Simon: *Le système juridique communautaire*, anden udg., Presses Universitaires de France, París, 1998, s. 284.

63 — Dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531, org.ref.: Rec. s. 1141.

64 — Dom af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, forslag til afgørelse af 27.4.2004, hvor jeg i punkt 42 vurderer Simmenthal-dommen, hvor Domstolen bekræftede forrangen for traktaten og institutionernes direkte anvendelige retsakter, og jeg anfører, at hver gang det konstateres, at en fællesskabsretlig bestemmelse er til hinder for en medlemsstats bestemmelse, gentages anerkendelsen af den forrang, der blev fastslået for næsten 40 år siden uanset fællesskabskilden: traktaten, en forordning eller et direktiv.

2. Liberaliseringsdirektivets og samtrafikdirektivets direkte virkning

86. Domstolen begyndte at udarbejde teorien om direkte virkning i Van Gend and Loos-dommen [65], udstrakte den til direktiver i Van Duyn-sagen [66], var opmærksom på »de rettigheder, som den tillægger borgerne« [67], og systematiserede den i Ratti-dommen [68] og Ursula Becker-dommen [69].

87. Forsigtigt satte Domstolen vægtens viser på direktivers funktionalitet og krævede, at de, for at der kunne støttes ret på dem, skal være ubetingede og tilstrækkeligt præcise [70], og at der ikke rettidigt er gennemført foranstaltninger eller der er uoverensstemmelser med den nationale lovgivning, i form af en mangelfuld eller utilstrækkelig gennemførelse [71].

88. På denne måde styrker borgerne deres retssfære, og fællesskabsretten fastslår sin effektive virkning, som ikke kan tilbagevises ved en eventuel manglende eller ukorrekt gennemførelse af fællesskabsretlige direktiver.

89. Kombinationen af disse elementer skaber det argumentationsmønster, der støtter den direkte anvendelse af artikel 4c i direktiv 90/388 og af artikel 12, stk. 7, i direktiv 97/33, som § 43, stk. 6, i TKG fra 1996 [72] er i strid med.

90. Når national ret ikke kan fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten, indebærer det at lægge pres på domstolens virksomhed, for at opnå harmoni, at udviske de svage grænser mellem juridisk skabelse og fortolkning [73].

91. De omtvistede bestemmelser viser, at opkrævning af et tillæg til tilslutningsomkostningerne var ulovlig i Tyskland fra og med den 1. januar 1998 (jf. artikel 4c i direktiv 90/388), efter kriteriet om omkostningsægthed (artikel 7, stk. 2, og artikel 12, stk. 7, i direktiv 97/33).

65 — Dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend and Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 1.

66 — Dom af 4.12.1974, sag 41/74, Van Duyn, Sml. s. 1337.

67 — Domstolen understregede dette aspekt i dom af 26.2.1975, sag 67/74, Bonsignore, Sml. s. 297, af 28.10.1975, sag 36/75, Rutili, Sml. s. 1219, af 8.4.1976, sag 48/75, Royer, Sml. s. 497, af 27.10.1977, sag 30/77, Bouchereau, Sml. s. 1999, af 7.7.1976, sag 118/75, Watson og Belmann, Sml. s. 1185, af 14.7.1977, sag 8/77, Sagulo m.fl., Sml. s. 1495, og af 3.7.1980, sag 157/79, Pieck, Sml. s. 2171.

68 — Dom af 5.4.1979, sag 148/78, Sml. s. 1629.

69 — Dom af 19.1.1982, sag 8/81, Sml. s. 53.

70 — M. Wathelet i »Du concept de l'effet direct à celui de l'invocabilité au regard de la jurisprudence récente de la Cour de Justice«, *A true European Law. Essays for Judge David Edward,* Ed. Mark Hoskins & William Robinson, Oxford and Portland, Oregon, 2003, s. 370, mener, at præcision og ubetingethed kun skal være til stede, når påkaldelsen af en fællesskabsretlig bestemmelse søger at erstatte en national, men ikke når målet er at udelukke en national bestemmelse, til trods for at retspraksis i disse tilfælde ligeledes påbyder disse egenskaber.

71 — Dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839, og af 1.6.1999, sag C-319/97, Kortas, Sml. I, s. 3143.

72 — Jeg er i denne henseende enig med den forelæggende ret (forelæggelseskendelsens præmis 44 ff.), som ikke synes at tvivle på, at disse direktiver repræsenterer præcise og ubetingede rettigheder.

73 — F. Emmert: »Les jeux sont faits: rien ne va plus ou une nouvelle ocassion perdue par la CJCE«, i *Revue trimestrielle de droit européen*, n°. 1, (1995), s. 17.

92. Vi har ikke her at gøre med abstrakte principper, men med konkrete normative regler, som skaber ret for teleoperatøren til, at prisen for tilslutning kun omfatter udgifter til sammenkobling med abonnentledningerne.

93. Det juridiske aksiom for disse forskrifter hviler på princippet om fri konkurrence [74], hvorom Domstolen har fastslået [75], at det kan skabe rettigheder med direkte virkning, herunder i relationerne mellem borgere (horisontale), og de nationale domstole pålægges at sikre deres beskyttelse.

94. Konkretiseringen af begrebet »omkostningsægthed« er som en genpart af den endelige fastsættelse af beløbet, selv om det ikke tilslører indholdet i den omhandlede rettighed.

95. Den af den tyske regering og Deutsche Telekom fremsatte kritik med henblik på at tilsløre præciseringen af disse bestemmelser er formuleret på en måde, som giver anledning til tvivl, der forsvinder, hvis man ser nærmere på den fejl at identificere operationen »integrere« — et ubestemt begreb — med begrebet »gennemføre« et direktiv.

96. Den nationale tilsynsmyndighed fastsætter således takstbeløbet på et så præcist og ubetinget retsgrundlag (forbud mod unødvendige tillæg for dækningen af omkostningerne), at der ikke kræves noget normativt, fællesskabsretligt eller nationalt tillæg.

97. Under alle omstændigheder skal der, som generaladvokat Mázak anfører i sit forslag til afgørelse [76] i sagen Félix Palacios de la Villa [77], tages hensyn til, at retspraksis heller ikke nægter direkte virkning af direktivbestemmelser, der er genstand for undtagelser, eller som har behov for en berettigelse.

3. Vertikale og horisontale relationer og trekantssituationer

98. Doktrinen om den direkte virkning forløber i et ensrettet vertikalt plan (fra borgeren til staten), med forbud både mod trafik i modsat retning (omvendte vertikale relationer) [78] og perpendikulære veje, som gør det muligt at påberåbe sig et direktiv *inter privatos* (horisontal virkning) [79].

74 — Artikel 82 EF.

75 — I fast retspraksis, som det fremgår af dom af 30.4.1974, sag C-155/73, Sacchi, Sml. s. 409, af 30.1.1974, sag C-127/73, BRT mod SABAM, Sml. s. 51, af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci Convenzionali porto di Genova, Sml. I, s. 5889, af 18.3.1997, sag C-282/95 P, Guérin automobiles mod Kommissionen, Sml. I, s. 1503, af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, af 16.9.1999, sag C-22/98, Becu m.fl., Sml. I, s. 5665, af 8.6.2000, sag C-258/98, Carra m.fl., Sml. I, s. 4217, og af 1.4.2004, sag C-99/02, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3353.

76 — Fremsat den 15.2.2007, hvor der henvises til præmis 105 i dommen i sagen Pfeiffer m.fl., en sag, i hvis andet forslag til afgørelse jeg (i punkt 36) gør opmærksom på vigtigheden af ikke at gøre tilbageskridt i forhold til de fremskridt, der er opnået vedrørende den direkte virkning.

77 — Dom af 16.10.2007, sag C-411/05, Félix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA, Sml. I, s. 8531.

78 — Dom af 12.12.1996, forenede sager C-74/95 og C-129/95, X, Sml. I, s. 6609.

79 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall I, Sml. s. 723.

99. Domstolen har udtalt, at en udvidelse af princippet om direktivers direkte virkning til at omfatte retsforhold mellem private ville være ensbetydende med, at der tillægges Fællesskabet beføjelse til at udstede regler, der direkte skaber forpligtelser for private, selv om denne kompetence kun gælder udstedelse af forordninger og vedtagelse af beslutninger [80].

100. Årene har alligevel ikke kunnet bringe stemmer til fordel for anerkendelsen af en horisontal direkte virkning til tavshed, jf. generaladvokat Lenz [81] i hans forslag til afgørelse i sagen Faccini Dori [82], med støtte i tidligere argumenter fra generaladvokaterne Van Gerven [83] og Jacobs [84].

101. Forfatterne er omgivet af en fornemmelse af en tabt mulighed [85], til trods for at Domstolen ikke har tøvet med at anvende sin doktrin [86], når direktivet påvirker rettigheder for borgere, som ikke er parter i det vertikale forhold, hvormed teorien om trekantssituationer opstår [87].

102. Med Wells-sagen [88], på miljøområdet [89], hvor interesserne er diffuse, skabte retspraksis dog et mere solidt spor, for selv om den udtalte, at »en borger ikke kan påberåbe sig et direktiv over for en medlemsstat, når der er tale om en forpligtelse for staten, der er direkte forbundet med opfyldelsen af en anden forpligtelse, der i medfør af dette direktiv påhviler en tredjemand« (præmis 56), udtrykte den efterfølgende for første gang, at »negative følgevirkninger for tredjemands rettigheder — selv hvis de klart kan fastslås — ikke [kan] begrunde, at en borger nægtes adgang til at påberåbe sig bestemmelser i et direktiv over for den berørte medlemsstat« (præmis 57).

4. Konstateringen af TKG's forskydning

103. Fællesskabets retspraksis tolererer ikke dissonanser, selv om den i en

80 — Dom af 7.3.1996, sag C-192/94, El Corte Inglés, Sml. I, s. 1281, præmis 17.

81 — Lenz går ind for en udvikling i retspraksis på grundlag af traktaten og påberåber sig interesse i en ensartet og effektiv anvendelse af fællesskabsretten for at udstrække denne doktrin til relationer mellem privatpersoner og således opfylde europæernes legitime forventninger.

82 — Dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325.

83 — Forslag til afgørelse af 26.1.1993 i sagen, der gav anledning til dom af 2.8.1993, sag C-271/91, Marshall II, Sml. I, s. 4367.

84 — Forslag til afgørelse af 27.1.1994 i sagen, der gav anledning til dom af 3.3.1994, sag C-316/93, Vaneetveld, Sml. I, s. 763.

85 — Ud over det nævnte arbejde af F. Emmert illustreres denne opfattelse i T. Tridimas: »Horizontal effect of directives: a missed opportunity?« i *European Law Review*, nr. 6 (1994), s. 621-636.

86 — Det understreger jeg i punkt 41 i mit andet forslag til afgørelse i sagen Pfeiffer m.fl..

87 — Vedrørende tildeling af en anlægskontrakt, jf. Fratelli Costanzo-dommen, vedrørende markedsføring af farmaceutiske specialiteter dom af 12.11.1996, sag C-201/94, Smith & Nephew og Primecrown, Sml. I, s. 5819; vedrørende tekniske standarder, dom af 30.4.1996, sag C-194/94, CIA Security International, Sml. I, s. 2201, og af 26.9.2000, sag C-443/98, Unilever, Sml. I, s. 7535.

88 — Dom af 7.1. 2004, sag C-201/02, Sml. I, s. 723.

89 — Selv om den horisontale refleksvirkning inden for miljøområdet ikke blev godkendt i dom af 16.9.1999, sag C-435/97, World Wildlife Fund m.fl., Sml. I, s. 5613.

sag som den foreliggende retter ind efter trekantssituationens melodi.

104. Jeg kan ikke se nogen undskyldning, som hindrer det. Man må ikke glemme, at de underliggende faktiske og retlige relationer i disse præjudicielle sager vedrører private personer (Arcor, TELE2 og Telekom GmbH), som ikke er imod en anden borger, men direkte mod staten (Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post).

105. Her ligger den afgørende forskel i forhold til andre sager og særligt i forhold til Telefónica O2 Czech Republic, der drejede sig om en tvist mellem to teleoperatører om at få adgang til nettet, som førte til en civil retssag mellem de to, hvor tilsynsmyndigheden fik en mæglerrolle.

106. I den skjulte retskonflikt i denne sag er der imidlertid intet råderum for viljens selvstændighed eller for den private ret for så vidt angår takstfastsættelsen, for ifølge udformningen af den fællesskabsretlige og den tyske retsorden tilkommer den eksklusive beføjelse hertil staten.

107. I den sammenhæng adskilles opgørelsen af det supplerende bidrag fra den forudgående tilladelse til samtrafik (som ganske vist bemyndigede kontraktforhold) og bliver til et selvstændigt problem.

108. Der er ingen grund til Bundesverwaltungsgerichts tvivl, da der i denne sag ikke påberåbes en isoleret ret til nogen relation med den offentlige myndighed, som kan påføre en anden person skade, som det skete i Busseni-sagen,[90] men ligesom i Wells-sagen og Fratelli Constanzo-sagen hidrører skaden fra statens handling.

109. Der er derfor ingen direkte horisontale virkninger eller virkelige skader for det dominerende selskab. Den påståede rettighed er skabt af en bestemmelse, der er i strid med fællesskabsretten, og dens stilling berøres kun ved, at den afskæres fra at modtage nogle ulovlige beløb.

110. Et bekræftende svar på det andet spørgsmål synes uundgåeligt i lyset af fællesskabsrettens forrang, som kræver, at den nationale domstol sikrer den retsundergivne de rettigheder, der følger af direktiverne, når den nationale lov forhindrer deres opfyldelse.

90 — Dom af 22.2.1990, sag C-221/88, Sml. I, s. 495.

## VI — Forslag til afgørelse

111. På baggrund af alle de anførte overvejelser foreslår jeg, at Domstolen besvarer Bundesverwaltungsgerichts præjudicielle spørgsmål således:

»1) Artikel 4c i Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester, artikel 7, stk. 2 og 4, og artikel 12, stk. 7, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/33/EF af 30. juni 1997 om samtrafik på teleområdet med henblik på at sikre forsyningspligtydelser og interoperabilitet ved anvendelse af ONP-principperne er til hinder for, at en national tilsynsmyndighed pålægger operatøren af et forbindelsesnet, der er sammenkoblet med et offentligt teleabonnentnet, at yde den markedsdominerende operatør af abonnentnettet et bidrag til udligning af det underskud, der opstår for abonnentnetoperatøren som følge af udbud af abonnenttilslutninger.

2) Den nationale ret skal under en sag angående den dominerende operatørs krav om opfyldelse af den omhandlede forpligtelse tage hensyn til, at en sådan forpligtelse, der er i overensstemmelse med en bestemmelse i national ret, er uforenelig med fællesskabsretten.«