FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 16. marts 2006 [1]

I — Indledning

1. Bundesverwaltungsgericht har forelagt en anmodning om fortolkning af artikel 10 EF og artikel 11, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester [2].

2. Bundesverwaltungsgericht anser en præjudiciel afgørelse for nødvendig for at kunne løse to tvister, der drejer sig om, hvorvidt afgørelser om gebyropkrævning for tildeling af tilladelser i telesektoren, som er blevet endelige, fordi de ikke er blevet anfægtet i tide, kan omgøres.

3. I begge forelæggelsesafgørelser stilles der to identiske spørgsmål. Det første drejer sig om retspraksis vedrørende direktiv 97/13, navnlig dommen i sagerne Connect Austria [3], Albacom og Infostrada [4] og ISIS Multimedia og Firma 02 [5], hvor jeg fremsatte forslag til afgørelse i de to sidstnævnte sager [6]. Det andet spørgsmål er af væsentlig betydning, da det giver Domstolen lejlighed til at finde ligevægten mellem fællesskabsrettens forrang og retssikkerhedsprincippet [7] og lægge roret om for at komme ud af kølvandet på Kühne & Heitz-dommen [8], hvis retspraksis munder ud i en blindgyde.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — EFT L 117, s. 15. Denne retsakt er blevet erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF af 7.3.2002 om tilladelser til elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (tilladelsesdirektivet) (EFT L 108, s. 21).

3 — Dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Sml. I, s. 5197.

4 — Dom af 18.9.2003, forenede sager C-292/01 og C-293/01, Sml. I, s. 9449.

5 — Dom af 20.10.2005, forenede sager C-327/03 og C-328/03, Sml. I, s. 8877.

6 — Forslag til afgørelse af henholdsvis 12.12.2002 og 9.12.2004.

7 — D.U. Galetta: »Autotutela decisoria e diritto comunitario«, *Revista Italiana di Diritto Pubblico*, 2005, s. 35-59, anfører, at en eventuel nyvurdering af en uanfægtelig forvaltningsakt afhænger af en omhyggelig afvejning af værdier. I den ene vægtskål findes fællesskabsrettens forrang, som støttes af principperne om legalitet, ækvivalens, effektivitet og loyalt samarbejde. I den anden vægtskål findes retssikkerheden (s. 50).

8 — Dom af 13.1.2004, sag C-453/00, Sml. I, s. 837.

4. Domstolen har her en ny mulighed for at ændre kurs, da den i nærmeste fremtid skal udtale sig om udvidelsen af den nævnte retspraksis til retskraftige domstolsafgørelser [9].

II — De relevante retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

1. »Loyalitetsprincippet«

5. Artikel 10 EF bestemmer, at »[m]edlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne traktat, eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner«. De letter »Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver«. Desuden »afholder [de] sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af [fællesskabs]målsætning[erne] i fare«.

2. Direktiv 97/13

6. Denne retsakt skal ses inden for rammerne af Fællesskabets bestræbelser på at liberalisere markedet for elektronisk kommunikation, som jeg for nylig har redegjort for i forslaget til afgørelse i sagen Nuova società di telecomunicazioni af 27. oktober 2005 [10].

7. Det frie udbud af teletjenester og åbningen af driften af deres net er det ledende i reguleringen, som sigter mod en anvendelse uden hindringer og i henhold til »generelle tilladelser« [11], og de »individuelle tilladelser« [12] reduceres til undtagelser eller supplement til de generelle tilladelser (syvende og trettende betragtning samt artikel 3, stk. 3, og artikel 7). Begge typer hører under kategorien »tilladelse« [13].

9 — Sag C-234/04, Kapferer, med generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 10.11.2005, som Domstolen i dag har afsagt dom i. Et lignende problem er omhandlet i sag C-274/04, ED & F Man Sugar, hvor det søges klarlagt, om den nationale domstol — i forbindelse med eksportrestitutioner — i en retssag om anfægtelse af en sanktionsbeslutning har ret til at undersøge, om eksportøren har ansøgt om en restitution, der er større end den, vedkommende har ret til, når tilbagebetalingsafgørelsen er blevet endelig; generaladvokat Léger giver i sit forslag til afgørelse af 29.9.2005 et bekræftende svar.

10 — Sag C-339/04, i hvilken der endnu ikke er afsagt dom. Jf. navnlig forslagets punkt 3-6.

11 — I henhold til direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), første led, er en generel tilladelse »en tilladelse, uanset om den er underlagt en gruppetilladelse eller en generel lovgivning, og uanset om en sådan ordning indebærer registrering, som ikke er betinget af, at den pågældende virksomhed skal have opnået en udtrykkelig afgørelse truffet af den nationale tilsynsmyndighed inden udøvelsen af de rettigheder, tilladelsen giver«.

12 — Ved individuel tilladelse forstås »en tilladelse, som udstedes af en national tilsynsmyndighed, og som meddeler en virksomhed bestemte rettigheder eller underkaster dens aktiviteter bestemte vilkår, der eventuelt supplerer den generelle tilladelse, således at virksomheden først må udøve disse rettigheder, når den har modtaget den nationale tilsynsmyndigheds afgørelse herom« [direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), andet led].

13 — Direktivet beskriver begrebet tilladelse som »en tilladelse med rettigheder og forpligtelser, der er specifikke for telesektoren, og som giver virksomhederne mulighed for at udbyde teletjenester og, når det er relevant, etablere og/eller drive telenet til udbud af sådanne tjenester [...]« [artikel 2, stk. 1, litra a), første afsnit].

8. Denne harmoniserede løsning bygger på principperne om proportionalitet, gennemsigtighed og forbud mod forskelsbehandling med henblik på at skabe en ramme, der er forenelig med fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser (første, anden, fjerde og ellevte betragtning og artikel 3, stk. 2).

9. I dette perspektiv begrænser direktivet ikke mængden af individuelle tilladelser, som medlemsstaterne er beføjede til at bevilge, for så vidt det ikke er nødvendigt for at sikre effektiv anvendelse af radiofrekvenserne og et tilstrækkeligt antal numre. Hver organisation, der opfylder de betingelser, som indførtes i de nationale retsordener, og som er offentliggjort, er berettiget til at få en individuel tilladelse (artikel 10, stk. 1, og artikel 9, stk. 3).

10. Artikel 6 og 11 i direktiv 97/13, der handler om gebyrer, sigter mod at fremme konkurrencen på telekommunikationsmarkedet og tilsikre, at der ikke pålægges flere begrænsninger eller byrder end de absolut nødvendige [14] og således sikre overholdelse af principperne om proportionalitet, neutralitet, forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighed (12. betragtning).

14 — De betingelser, som gælder for individuelle tilladelser, er anført i bilaget til direktivet.

11. Den førstnævnte bestemmelse har overskriften »Gebyrer og afgifter for generelle tilladelsesprocedurer« og den anden »Gebyrer og afgifter for individuelle tilladelsesprocedurer«.

12. Artikel 6 bestemmer, at »[u]den at det finansielle bidrag til opfyldelsen af forsyningspligten, jf. bilaget, herved berøres, sikrer medlemsstaterne, at eventuelle gebyrer, som virksomhederne afkræves som led i tilladelsesprocedurerne, kun har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for generelle tilladelser. Der offentliggøres på hensigtsmæssig vis tilstrækkeligt detaljerede og let tilgængelige oplysninger om sådanne gebyrer«.

13. Artikel 11 foreskriver:

»1. Medlemsstaterne sikrer, at eventuelle gebyrer, som virksomhederne afkræves som led i tilladelsesprocedurerne, kun har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for individuelle tilladelser. Gebyret for en individuel tilladelse skal stå i rimeligt forhold til det ydede arbejde, og der skal på hensigtsmæssig vis offentliggøres tilstrækkeligt detaljerede og let tilgængelige oplysninger herom.

2. Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne, hvis der kun er knappe ressourcer, tillade, at den nationale tilsynsmyndighed pålægger yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressourcer udnyttes optimalt. Disse afgifter skal være ikke-diskriminerende og navnlig tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

14. I henhold til artikel 25 skal medlemsstaterne efterkomme direktivet før den 1. januar 1998.

B — *De tyske bestemmelser*

1. Gebyrsatserne i telekommunikationssektoren

15. Telekommunikationsgesetz (lov om telekommunikation, herefter »TKG«) af 25. juli 1996 [15] gennemfører direktiv 97/13 i Tyskland. I henhold til § 16, stk. 1, tildeles de individuelle tilladelser mod betaling af et gebyr, hvis regulering var henvist til en senere bekendtgørelse.

16. På dette lovgrundlag vedtog Bundesministerium für Post und Telekommunikation (forbundsministeriet for post og telekommunikation) den 28. juli 1997 Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (bekendtgørelse om satserne på telekommunikationslicenser, herefter »TKLGebV 1997«) [16], som med tilbagevirkende gyldighed trådte i kraft den 1. august 1996.

17. I henhold til denne retsakt omfattede gebyrerne ud over administrationsomkostninger for bevillingen af tilladelsen omkostninger i tilknytning til forvaltning af rettighederne og tilsyn med deraf følgende forpligtelser (§ 1, stk. 1).

18. Klasse 3-licenserne [17] tildeles på grundlag af det område, de dækker, og dermed antallet af potentielle brugere af de udbudte tjenester, og afgiften svinger mellem 2 000 DEM (1 022,58 EUR) og 10 600 000 DEM (5 419 693, 94 EUR) [18].

15 — BGBl. 1996 I, s. 1120.

16 — BGBl. 1997 I, s. 1936.

17 — Til denne kategori hører licenser, der giver indehaveren eller en anden person beføjelse til at udbyde offentlige teletjenester i et givet rum (punkt A.3 i bilaget til § 1, stk. 1, i TKLGebV 1997).

18 — Beløbet beregnes ved hjælp af en brøk, hvis tæller består af antallet af indbyggere i det af tilladelsen dækkede område (E_G), multipliceret med det højeste beløb, der er angivet i punkt A.3 i bilaget til TKLGebV 1997 for klasse 3-licenser (G_D), og nævneren består af det samlede antal indbyggere i Tyskland (E_D). I overensstemmelse med denne beregning var beløbet for et gebyr for en licens af den nævnte klasse for hele området 10 600 000 DEM, idet beløbet blev mindre, efterhånden som antallet af eventuelle kunder blev mindre (§ 3, stk. 4, sammenholdt med bilaget til § 1, stk. 1, i TKLGebV 1997).

19. Bundesverwaltungsgericht har i forelæggelsesafgørelserne anført, at de tidligere beregninger var baseret på en prognose over de generelle administrationsomkostninger for den nationale tilsynsmyndighed for post og telekommunikation (herefter »tilsynsmyndigheden«) for tre årtier [19].

20. I dom af 19. september 2001 fastslog Bundesverwaltungsgericht, at gebyrerne for tildeling af klasse 3-licenser, der var beregnet under hensyn til TKLGebV 1997, ikke var dækket af § 16, stk. 1, i TKG, da de omfattede opgaver, der var tilladelsen uvedkommende, og desuden tilsidesatte lighedsprincippet i henhold til § 3, stk. 1, i Forbundsrepublikken Tysklands grundlov [20].

21. Efter at denne dom var blevet afsagt, ophørte TKLGebV 1997 med at blive anvendt og blev erstattet af Telekommunikations-Lizensgebührenverordnung af 9. september 2002 (herefter »TKLGebV 2002«) [21], som for klasse 3-licenser fastsætter en sats på 4 260 EUR, som kan nedsættes til et mindstebeløb på 1 000 EUR (§ 2, stk. 3).

22. Den tyske regering har meddelt [22], at de gebyrafgørelser, der var anfægtelige på det tidspunkt, hvor dommen af 19. september 2001 blev afsagt, blev annulleret ex officio, og at nogle virksomheder havde aftalt med tilsynsmyndigheden, at de fik de af dem betalte licensgebyrer tilbagebetalt, mod at de afstod fra at klage [23].

23. TKLGebV 2002 fik således tilbagevirkende kraft i forhold til de gebyrer, som ikke var blevet endelige. Dette kommer til udtryk i § 4, hvor det understreges, at hvis gebyrafgørelsen stadig var anfægtelig på datoen for offentliggørelse af den nye retsakt, gælder denne for licenshaverne fra den 1. august 1996.

2. Fornyet undersøgelse af forvaltningsakter

24. Under denne generelle overskrift sammenfattes tre særskilte, om end beslægtede retsbegreber, der er systematiseret i Verwal-

19 — Med større præcision anførte Bundesverwaltungsgericht i dommen af 19.9.2001 (sag 6 C 13.00, BVerwGE, bind 115, s. 125), som jeg henviser til i det følgende, at det pågældende beløb var baseret på personale- og driftsomkostninger for 52,1 arbejdspladser i 30 år.

20 — Konstateringen af ulovlighed omfattede også gebyrerne for klasse 4-licenser, som giver beføjelse til at udbyde telefonitjenester på basis af telekommunikationsnet, drevet af licenshaveren inden for et bestemt område (punkt A.4 i bilaget til § 1, stk. 1, i TKLGebV 1997).

21 — BGBl. 2002 I, s. 3542.

22 — Punkt 13 ff. i den tyske regerings interventionsindlæg.

23 — Fodnote 26 og punkt 101 i dette forslag til afgørelse.

tungsverfahrensgesetz (lov om forvaltningsretssager, herefter »VwVfG«) af 25. maj 1976[24]. Den første, »genoptagelse af sagen« (Wiederaufgreifen des Verfahrens), som omhandles i § 51, og som på den berørtes initiativ har til formål at få annulleret eller ændret en retsakt på grund af senere indtrufne omstændigheder; den udgør en prøvelse i egentlig forstand.

25. De to andre retsbegreber adskiller sig fra hinanden, alt efter om den behandlede afgørelse er lovlig eller ulovlig. Det andet retsbegreb, som behandles i § 49, henviser til »tilbagekaldelse« (Widerruf eines rechtmässigen Verwaltungsaktes), mens det tredje, som behandles i § 48, drejer sig om »omgørelse« (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes), hvorved det bestemmes, at »en retsstridig forvaltningsakt omgøres, selv hvis den er blevet endelig[25], helt eller delvis for fremtiden eller med tilbagevirkende kraft«.

26. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelserne, anses i tysk retspraksis beføjelsen i henhold til § 48 for at være fakultativ, og dens skønsmæssige indhold kan i nogle tilfælde reduceres til nul. Artiklen anerkender således en ret til »omgørelse« af en administrativ afgørelse, hvis dens opretholdelse vil være »helt uacceptabel«, hvilket er tilfældet, hvis det generelle lighedsprincip tilsidesættes, eller beslutningen tilsidesætter den offentlige orden eller princippet om redelighed, er åbenbart retsstridig, eller modtagerens særlige retlige situation kræver det.

III — Faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

27. ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG og i-21 Germany GmbH (herefter »ISIS« og »i-21«) har hver især teletjenestelicens af klasse 3 i Tyskland, for hvilke de blev pålagt gebyrer på henholdsvis 131 660 DEM (67 316,69 EUR) og 10 600 000 DEM (5 419 693,94 EUR) med hjemmel i § 16, stk. 1, i TKG og TKLGebV 1997.

28. Begge selskaber accepterede gebyret og betalte det, hvorefter gebyrafgørelsen blev uanfægtelig.

29. Andre selskaber, som var indehavere af teletjenestetilladelser, klagede imidlertid over de gebyrafgørelser, de havde modtaget, og opnåede, at Bundesverwaltungsgericht ved

24 — BGBl. 1976 I, s. 1253. Udgave af 21.9.1998 (BGBl. 1998 I, s. 3050).

25 — I den tyske lovgivning anvendes ordet »unanfechtbar«, hvilket kan oversættes med uanfægtelig eller uangribelig. Jeg foretrækker at bruge adjektivet »endelig«, der i den kontinentale forvaltningsret henviser til beslutninger, der af den ene eller anden grund (alle relevante retsmidler er anvendt, eller fristen for at anvende dem er udløbet) ikke kan undersøges ad ordinær vej, i stedet for udtrykket »endegyldig«, der betegner forvaltningens sidste ord, selv om det er muligt at anfægte dem ad rettens vej.

dom af 19. september 2001 [26], som jeg tidligere har henvist til, annullerede dem, fordi den bekendtgørelse — TKLGebV 1997 — som lå til grund for afgørelsen, ikke var forenelig med trinhøjere ret, og sagsøgte blev pålagt at tilbagebetale de beløb, som sagsøgerne havde betalt til staten.

30. Efter at ovennævnte afgørelse var offentliggjort, henvendte ISIS og i-21 sig til tilsynsmyndigheden for at få det erlagte beløb tilbagebetalt. Da deres begæringer blev afslået, anlagde de hver især sag for Verwaltungsgericht, som er en forvaltningsdomstol i første instans, som frifandt sagsøgte med den begrundelse, at sagsøgerne ikke havde krav på tilbagebetaling af licensgebyrerne, fordi gebyrafgørelserne var endelige, og sagsøgerne ikke havde krav på en ny undersøgelse i henhold til VwVfG's § 51, stk. 1, eller § 48, stk. 1.

31. Dernæst iværksatte sagsøgerne revisionsanke ved Bundesverwaltungsgericht. Denne retsinstans vurderede, at begæringerne ikke ville få medhold i henhold til tysk ret, men var i tvivl om fællesskabsrettens indflydelse i denne forbindelse. Bundesverwaltungsgericht udsatte derfor sagen og forelagde i begge tilfælde følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 11, stk. 1, i [...] direktiv 97/13/EF [...] fortolkes således, at bestemmelsen er til hinder for opkrævning af et licensgebyr, der beregnes således, at det omfatter forudbetaling af den nationale tilsynsmyndigheds generelle administrationsomkostninger for en 30-årig periode?

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende:

2) Skal artikel 10 EF og licensdirektivets artikel 11 fortolkes således, at disse bestemmelser kræver, at en gebyrafgørelse — som ikke er blevet anfægtet, uanset at national ret giver mulighed herfor — hvorved der fastsættes gebyrer som beskrevet i spørgsmål 1, annulleres, såfremt dette er en mulighed, men ikke et krav i henhold til national ret?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

32. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 6. december 2004 er sagerne blevet forenet på grund af deres indbyrdes sammenhæng.

26 — Den dag blev der faktisk afsagt ni domme med samme indhold. 37 selskaber havde anlagt sag, hvoraf ni (Storm Telecommunications Limited, KDD-CONOS AG, Carrier 1 International GmbH, TelePassport Service AG, Airdata Holding GmbH, ECN Telekommunikation GmbH, Berli-Komm Telekommunikationsgesellschaft GmbH, Telegate Aktiengesellschaft für telefonische Informationsdienste og First Telecom GmbH) fik medhold i klagerne. De 28 øvrige selskaber indgik aftale med forvaltningen om tilbagebetaling af gebyret.

33. Kommissionen, den tyske og den nederlandske regering samt de to sagsøgere i hovedsagerne har inden for den i artikel 23 i statutten for Domstolen fastsatte frist afgivet indlæg.

34. I retsmødet den 1. februar 2006 mødte repræsentanterne for de parter, der har indgivet skriftlige indlæg, og afgav mundtlige indlæg.

V — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

A — *Problemstillingen*

35. Bundesverwaltungsgericht har bekræftet, at i henhold til tysk ret kan satserne for bevilling af individuelle licenser i klasse 3 og 4 i teletjenestesektoren annulleres, fordi TKLGebV 1997, som lå til grund for satserne, var ulovlig. Dette fastslog den i dommen af 19. september 2001.

36. Bundesverwaltungsgericht er lige så overbevist om, at den nationale retsorden ikke giver mulighed for at omgøre endelige afgørelser, og at adressaterne følgelig ikke kan få tilbagebetalt de uretmæssigt indbetalte beløb.

37. Bundesverwaltungsgericht ønsker imidlertid at få klarlagt, om fællesskabsretten stadfæster den samme løsning, eller om den tværtimod kræver tilbagekaldelse af de retsstridige gebyrer med alle konsekvenser, også selv om de ikke kan anfægtes (andet spørgsmål). Dette spørgsmål indebærer, at sådanne gebyrer også strider imod Fællesskabets retsorden, hvorfor undersøgelsen af deres eventuelle »fællesskabsretsstridighed« udgør grundlaget for den præjudicielle undersøgelse (første spørgsmål) [27].

38. Hermed er den fællesskabsretlige kontekst for den retlige debat klart afgrænset, idet den ikke har nogen sammenhæng med den nationale retsorden, som dog tjener som modstykke og sætter rammerne for debatten. Hvad det første spørgsmål angår gennem-

27 — Den tyske regering foreslår i sit skriftlige indlæg, at Domstolen ser bort fra denne anden undersøgelse, da direktiv 97/13 er ophævet, de individuelle tilladelser er faldet bort i det nye direktiv 2002/20, og dets fiskale bestemmelser trådte i kraft den 25.7.2003 uden at berøre de tidligere forhold. Regeringens argumentation er fejlagtig, da det i hovedsagen drøftes, hvorvidt et gebyr, der er erlagt på et tidspunkt, hvor det første direktiv var i kraft, i medfør af bestemmelser vedtaget på grundlag af den nationale gennemførelseslov, er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og derfor synes den af Bundesverwaltungsgericht foreslåede sammenligning åbenbar. Sammenfattende er der grund til at vurdere de nationale begivenheder og regler i forhold til de fællesskabsretlige bestemmelser, der var gyldige på tidspunktet for de faktiske omstændigheder.

fører TKG — som er blevet tilsidesat af TKLGeb V 1997 — nemlig direktiv 97/13 i tysk ret, og hvad angår det andet spørgsmål skal forsvaret af de rettigheder, som fællesskabsretten giver, i mangel af en ad hoc-bestemmelse ske i overensstemmelse med de tyske processuelle regler [28].

B — *Det første præjudicielle spørgsmål*

39. Den forelæggende ret ønsker at få afklaret, om artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13 er til hinder for et licensgebyr, som beregnes således, at det omfatter forudbetaling af den nationale tilsynsmyndigheds generelle administrationsomkostninger for en 30-årig periode.

40. For at besvare dette spørgsmål skal karakteren af de i det nævnte direktiv omhandlede gebyrer og afgifter undersøges.

1. Artikel 6 og 11 i direktiv 97/13

41. Selv om indholdet af artikel 6 og 11 tilsyneladende ligner hinanden, er deres rækkevidde forskellig, som jeg redegjorde for i forslaget til afgørelse i Albacom- og Infostrada-sagen [29], idet de vedrører forskellige systemer.

42. De generelle tilladelser er generiske [30] tilladelser, som er fastsat på forhånd, og som giver virksomhederne mulighed for at operere på telemarkedet uden at skulle indhente en udtrykkelig afgørelse fra den kompetente myndighed, men med en eventuel efterfølgende kontrol, som det er anført i artikel 5.

43. I modsætning hertil er de individuelle tilladelser særlige tilladelser, der giver indehaveren mulighed for at operere på markedet, og som forudsætter myndighedens afgørelse i en ad hoc-procedure [denne karakterisering fremgår af direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), andet led, og artikel 9].

44. Disse forskelle er begrundet i den omstændighed, at hvor artikel 6 taler om »at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af *den gældende ordning for generelle tilladelser*«, taler artikel 11, stk. 1,

28 — I denne retning har Domstolen udtalt sig gentagne gange siden dommen af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe, Sml. s. 1989.

29 — De følgende punkter gengiver punkt 29 ff. i det nævnte forslag til afgørelse.

30 — En forudgående fastsættelse kan foretages af myndigheden (»gruppetilladelse«) eller af lovgiver selv [jf. direktivets ottende betragtning og artikel 2, stk. 1, litra a), første led].

om udgifter af samme natur vedrørende »udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af *den gældende ordning for individuelle tilladelser*« [31]. Af denne grund kræver artikel 11, at afgiften for en individuel tilladelse skal stå i rimeligt forhold til det ydede arbejde, en præcisering, der ikke fremgår ved fastsættelse af betaling for de generelle tilladelser.

45. Direktivets artikel 6 og artikel 11, stk. 1, udgør derfor to afgiftsbestemmelser, som, uafhængigt af, hvordan de betegnes [32], har en vederlags- og skattelignende karakter, idet de har til formål at opkræve en modydelse for en forvaltningsakt eller en offentlig tjeneste, der berører et skattesubjekt. På grund af ydelsens anderledes karakter har afgiftsbeløbet, som den første af disse regler henviser til, til formål, på en ikke nærmere angivet måde at dække omkostningerne ved at opretholde »den gældende ordning for generelle tilladelser« [33], mens betaling for individuelle tilladelser udelukkende har til formål at dække udgifter ved administration af udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af hver enkelt individuel tilladelse.

46. Artikel 11, stk. 2, henviser til en afgift, som helt savner præg af modydelse, og som har fiskal karakter, selv om den finder anvendelse i særlige tilfælde [34].

2. Gebyret for individuelle tilladelser i henhold til artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13

47. Den afgiftsbegrundende omstændighed er gennemførelsen af proceduren for udstedelse af tilladelsen eller for forvaltning, kontrol og håndhævelse af tilladelsen.

31 — Artikel 11, stk. 1, i den spanske udgave af direktivet indeholder udtrykket »régimen de licencias individuales aplicable«, men det første substantiv optræder ikke i den tyske, italienske, engelske og franske udgave. Den tyske udgave lyder: »die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle unter Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen«. Den italienske udgave anvender udtrykket: »il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali«, og den engelske udgave: »in the issue, management, control and enforcement of the applicable individual licences«. Endelig er den franske udgave affattet som følger: »à la délivrance, à la getion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables«.

32 — »Tasas« (gebyrer) eller »precios públicos« (offentlige afgifter). I den spanske retsteori har der i årevis været en intensiv debat om afgrænsningen af disse to begreber. Se A. Aguallo Avilés: *Tasas y precios públicos: análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1992, og F.J. Martín Fernández: *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales — Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, s. A., Madrid, 1995.
I direktivets tyske, engelske, franske og italienske udgaver anvendes henholdsvis udtrykkene »Gebühren«, »fees«, »taxes« og »diritti«.

33 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20 stotter denne fortolkning, idet det i betragtning 31 præciseres, at »med et generelt tilladelsessystem vil det ikke længere være muligt at afkræve de enkelte virksomheder administrationsomkostninger og dermed gebyrer, undtagen for tildeling af brugsret til numre, radiofrekvenser og tilladelser til installation af faciliteter«, dvs. tilladelser, der i direktivet fra 1997 blev kaldt individuelle tilladelser, og som i det nye kaldes »brugsret til radiofrekvenser og numre« (artikel 5).

34 — I punkt 40-43 i forslaget til afgørelse i Albacom og Infostrada-sagen undersøgte jeg denne afgifts aspekter og egenskaber, som styrker ligebehandling ved at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence. I forslaget til afgørelse i sagen ISIS Multimedia og Firma 02 beskæftigede jeg mig med disse krav netop i relation til situationen på det tyske marked (punkt 33 ff.)

48. Gebyret har udelukkende til formål at dække de udgifter, der opstår i forbindelse med gennemførelsen af disse administrative procedurer, hvorfor gebyret ikke må finansiere andre af tilsynsmyndighedens aktiviteter.

49. Gebyret skal stå i et rimeligt forhold til det udførte arbejde, hvilket betyder, at beløbet skal fastsættes på grundlag af de opståede udgifter, som det under ingen omstændigheder kan overstige. Dette ligger i selve gebyrets natur, idet beløbet, såfremt det oversteg de opståede udgifter, ville være af fiskal karakter.

50. Principperne om neutralitet, forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighed ligger til grund for fastsættelsen af gebyret.

51. Ovenstående overvejelser danner grundlaget for en løsning på Bundesverwaltungsgerichts første spørgsmål om, hvorvidt det er muligt at beregne licensgebyret således, at det er baseret på forudbetaling af tilsynsmyndighedens administrationsomkostninger og den periode, som forudbetalingen omfatter.

3. Regler for beregning og opkrævning af gebyret for individuelle tilladelser

52. Det i artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13 regulerede gebyr kan således kun dække omkostninger for udstedelse, forvaltning, kontrol og håndhævelse af individuelle tilladelser og skal stå i et rimeligt forhold til det udførte arbejde.

53. Under overholdelse af disse betingelser kan medlemsstaterne frit vælge form og fremgangsmåde for betaling af dette gebyr og til at fastsætte beløbet.

54. Formålet med dette gebyr kræver, at det kun betales ved den gebyrfremkaldende omstændighed, efter udstedelsen af tilladelsen og efter procedurerne vedrørende den administrative forvaltning, kontrol eller håndhævelse. Denne løsning giver mulighed for den finest mulige beregning, for da gebyrafgørelsen kommer a posteriori, kender man alle bestanddelene af det ydede arbejde på grundlag af en samlet vurdering af de deltagende medarbejderes antal og kvalifikationer, tiden og de nødvendige udgifter for at

gennemføre dispositionen [35]. Denne fremgangsmåde har imidlertid den ulempe, at skattesubjektet udsættes for gentagne betalinger, og skatteforvaltningen herved forpligtes til en stadig aktivitet, hvilket øger omkostningerne og nedsætter effektiviteten.

55. For så vidt man søger at kompensere staten for de udgifter, der opstår ved en langvarig offentlig forvaltning til fordel for licenshaveren, er der intet til hinder for, at betalingen kræves på forhånd og fastsættes på grundlag af en forsigtig beregning af beløbet. Når en sådan løsning vælges, er det ligegyldigt, om gebyret betales én gang eller i flere rater.

56. I dommen i sagen Fantask m.fl. (præmis 32), som jeg henviste til i fodnote 35, som drejer sig om kapitaltilførselsafgifter, fastslog Domstolen, at man kunne fastsætte beløbet på forhånd på grundlag af en prognose, og betale med bestemte intervaller. Der er intet, der taler imod at udvide denne vurdering til gebyret for individuelle tilladelser i telekommunikationssektoren, forudsat, som dommen selv anførte (præmis 32-34), at medlemsstaterne regelmæssigt sikrer sig, at beløbet ikke overstiger de opståede omkostninger, og i givet fald sikrer eventuelle tilbagebetalinger.

35 — I forbindelse med kapitaltilførselsafgifter, der er harmoniseret ved Rådets direktiv 69/335/EØF af 17.6.1969 (EFT 1969 II, s. 405), har Domstolen fulgt disse kriterier i dom af 22.4.1993, forenede sager C-71/91 og C-178/91, Ponente Carni og Cispadana Costruzioni, Sml. I, s. 1915, præmis 43. I dom af 2.12.1997, sag C-188/95, Fantask m.fl., Sml. I, s. 6783, præciserede Domstolen, at der tages hensyn ikke alene til de drifts- og lønomkostninger, som har direkte sammenhæng med den tjeneste, afgifterne er modydelse for, men også til den del af generalomkostningerne for den pågældende myndighed, som kan henføres til tjenesten (præmis 30).

4. Grænsen for den af gebyret dækkede periode

57. Når man forlænger den periode, som beregningen drejer sig om, øges risikoen for fejl, idet undersøgelsen bliver mere kompliceret, efterhånden som der forudses forhold længere frem i tiden. Objektiviteten mindskes i samme takt, som usikkerheden vokser, og risikoen for uforholdsmæssighed bliver større, når de behandlede datas pålidelighed aftager.

58. Situationen bliver endnu mere usikker, hvis intervallets varighed ikke alene har betydning for fastsættelsen af gebyrets størrelse, men også for betalingen, og denne kræves i én omgang, således at gebyret har virkning i hele det anslåede tidsrum. Under sådanne omstændigheder bliver principperne om proportionalitet og neutralitet i henhold til direktiv 97/13 klart svækket, da man aktuelt betaler nogle tjenesteydelser, som udføres over en lang periode. Sådanne principper taler, selv om de ikke kræver det, for en større tidsmæssig overensstemmelse mellem den administrative ydelse, fastsættelsen af gebyrbeløbet og betalingen heraf.

59. Sektorens karakteristika, dens udvikling og åbningsgrad har endvidere også betydning. Muligheden for at udarbejde en prognose er ikke den samme i forbindelse med et stabilt marked, hvor den frie konkurrence længe har været sikret, og hvor man logisk nok ikke kan forvente store overraskelser, som i forbindelse med et dynamisk, nyligt liberaliseret marked, hvor man kan forvente uforudseelige forandringer.

60. Direktiv 97/13 er følgelig ikke til hinder for, at et gebyr som det omstridte fastsættes eller betales på forhånd, for så vidt som disse dispositioner ikke tilsidesætter sikkerheden for neutralitet og proportionalitet, som direktivet selv kræver overholdt.

61. Denne uønskede følge opstår netop ved krav om betaling på én gang af et gebyr beregnet således, at det omfatter forudbetaling af omkostninger for de næste 30 år, på et tidspunkt, hvor telekommunikationsmarkedet er inde i en fase med store forandringer og tilpasninger.

62. I mit forslag til afgørelse i sagen Nuova società di telecomunicazioni anførte jeg, at i 1990'erne påbegyndtes åbningen af dette marked og harmoniseringen af de nationale lovgivninger ved udarbejdelse af en lovgivningsramme i konstant udvikling [36], som på nuværende tidspunkt endnu ikke har fundet sin endelige form. Etableringen i 1997, da denne proces var i fuld udvikling, af et bidrag beregnet således, at det omfatter forudbetaling af tilsynsmyndighedens generelle omkostninger til 2027, går ud over, hvad der er rimeligt, og tilsidesætter af de anførte grunde ånden i direktiv 97/13 [37]. Som bevis herpå er det tilstrækkeligt at bemærke, at denne bestemmelse, der blev vedtaget i 1997, fem år senere blev erstattet af direktiv 2002/20, som udskifter individuelle tilladelser med »brugsrettigheder«, beskæftiger sig mere detaljeret med fastsættelsen af gebyret [38] og lader gebyrer som de i hovedsagerne omtvistede uden for systemet.

63. Denne undersøgelse stemmer overens med Bundesverwaltungsgerichts i dommen af 19. september 2001, da det ikke er for ingenting, at TKG, som TKLGebV 1997 var

36 — I punkt 3 ff. har jeg redegjort for telekommunikationssektorens retlige udvikling inden for Fællesskabet.

37 — Systemet med gebyrer for individuelle tilladelser indebærer, at ved stordriftsfordele reduceres det beløb, den enkelte licenshaver skal betale, efterhånden som deres antal øges (det er ikke det samme at åbne et anlæg og ansætte personale til at betjene fire virksomheder som at gøre det for 25 virksomheder). Man må derfor afvise en metode, der ser bort fra, at antallet af operatører stiger, idet der fastsættes et beløb, der på grund af den foreskrevne frist ikke svarer til virkeligheden.

38 — Artikel 12, stk. 1, litra a), nævner omkostninger i forbindelse med administration, kontrol og brugerrettigheder samt »udgifter til internationalt samarbejde, harmonisering og standardisering, markedsanalyse, overensstemmelsesovervågning og anden markedskontrol samt lovgivningsarbejde vedrørende udarbejdelse og gennemførelse« og tilføjer efter at have understreget kravene om neutralitet, gennemsigtighed og proportionalitet, at de nationale tilsynsmyndigheder »offentliggør en årlig oversigt over deres administrationsomkostninger og de samlede gebyrbeløb, der er opkrævet. På baggrund af forskellen mellem det samlede afgiftsbeløb og administrationsomkostningerne foretages der passende justeringer (stk. 2).

gennemførelsesforskrift for, har gennemført direktiv 97/13 [39]. Den tyske retslære deler denne opfattelse [40].

64. Sammenfattende foreslår jeg, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål med, at artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13 og navnlig principperne om neutralitet og proportionalitet er til hinder for opkrævning af et gebyr for udstedelse, forvaltning, kontrol og håndhævelse af individuelle tilladelser, der beregnes således, at det omfatter forudbetaling af den nationale tilsynsmyndigheds generelle administrationsomkostninger for en 30-årig periode.

C — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

1. Indledende overvejelser: hensigtsmæssig fremgangsmåde

65. Eftersom det ikke alene, som Bundesverwaltungsgericht har anført, er tysk ret, der er til hinder for de omtvistede gebyrafgørelser, men også fællesskabsretten, skal det undersøges, om det i henhold til Fællesskabets retsorden kræves, at deres gyldighed kontrolleres, også selv om de ikke er blevet anfægtet i tide.

66. Den tyske lovgivning findes i VwVfG, der, som det fremgår af punkt 24-26 i dette forslag til afgørelse og forelæggelsesafgørelserne, ikke giver mulighed for at annullere de pågældende forvaltningsakter eller tage ISIS' og i-21's påstande til følge.

67. Denne præcisering fastlægger de nøjagtige grænser for debatten og viser den på Kühne & Heitz-sagen støttede retslæres fejl, idet den gør en ny undersøgelse af en endelig afgørelse betinget af en udtrykkelig forskrift i det nationale retssystem, og dermed efterlod Bundesverwaltungsgericht rådvild, der for at nå til en så utilfredsstillende løsning ikke havde haft behov for at forelægge en præjudiciel anmodning. Domstolens henvisning til den nationale ret i den nævnte sag rejser desuden alvorlige problemer, bl.a. den

39 — Dommen henviser til dynamikken inden for telekommunikation og de tre årtier, som prognosen omhandler, og gør gældende, at i 1997 var det ikke muligt at forestille sig, på hvilken måde denne sektor ville udvikle sig, og at man ikke kendte noget til antallet af udenlandske eller nationale virksomheder, der ville være i stand til at konkurrere med den dominerende virksomhed, det tidligere monopol, samt følgerne på licensområdet.

40 — R. Schültz og J.P. Nüsken: »Gebühr für Telekommunikationslizenz — Rechtswidrige Haushaltssanierung auf Kosten des Wettbewerbs?«, *Multimedia und Recht*, 1998, s. 523-528. H. Von Roenne: »Gebühr für TK-Lizenzen«, *Multimedia und Recht*, 1998, s. XIV-XVI, spørger, om en frist på 30 år er relevant for et marked i fuld udvikling, og om der inden for denne eller en kortere periode stadig vil findes sådanne tilladelser.

ulige beskyttelse af rettighederne med hjemmel i Fællesskabets retsorden [41].

68. I de aktuelle sager drejer det sig ikke om at afgøre, om det i tysk ret er muligt at omgøre og eventuelt annullere de af de omhandlede virksomheder opkrævede gebyrer, som er blevet uanfægtelige, eftersom domstolene har udtalt sig negativt herom, men at afgøre, om fællesskabsretten til trods for denne forhindring kræver kontrol med dem og på hvilke betingelser.

69. I sagen Kühne & Heitz gav dette dilemma anledning til et præjudicielt spørgsmål fra det nederlandske College van Beroep von het bedrijfsleven, og generaladvokat Léger valgte den rette vej til at afklare det i sit forslag til afgørelse af 17. juli 2003, hvor han foreslog at behandle det med udgangspunkt i fællesskabsrettens forrang og dens umiddelbare anvendelighed.

70. Domstolen bør angribe dette spørgsmål ved at afveje kravene til henholdsvis retssikkerhed og fællesskabsretlig legalitet for at bestemme, om de førstnævnte altid udgør en uoverstigelig barriere, eller om de under visse omstændigheder må vige for de sidstnævnte.

2. Grænsen for retssikkerhedsprincippet

71. Betydningen af dette princip for, at ethvert politisk organ kan fungere korrekt, er indlysende. I forslaget til afgørelse af 28. januar 1999 i den sag, hvor dommen i sagen Kommissionen mod AssiDomän Kraft Products m.fl. (herefter »AssiDomän-dommen«) [42] blev afsagt, understregede jeg, at juraen afskyr uorden, hvorfor den udstyrer sig med våben til at bekæmpe en af de væsentligste årsager til uorden, nemlig ustabilitet (punkt 55).

72. Blandt disse våben har retssikkerheden en særlig betydning, der kommer til udtryk i begrebet »retskraftighed«; administrative afgørelser bliver uanfægtelige efter udløbet af fristen for at anfægte dem, eller når de én gang er blevet bekræftet, efter at alle retsmidler har været anvendt.

41 — A. Coutron: »Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimwee en Eieren«, *Revue des affaires européennes*, 13. år (2003-2004), 3, s. 417-434, kritiserer, at Domstolen henviser til national ret, da man på denne måde risikerer at skabe forskelle i beskyttelsen af de retsundergivnes rettigheder (s. 525 og 527). Z. Peerbux-Beaugendre: »Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire (Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004)«, *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, s. 559-567, frygter, at denne dom udgør en kilde til nye forskelle i anvendelsen af fællesskabsretten (s. 566). P. Martín Rodríguez: »La revisión de los actos administrativos firmes: La revisión de los actos administrativos firmes: Un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004, C-453/00, Kühne & Heitz NV«, *Revista General de Derecho Europeo*, no. 5, octubre 2004 (www.iustel.com), hævder, at en bogstavelig fortolkning af denne dom gør den til et stykke værdiløst papir, da der ikke findes ret mange retsordener, som giver forvaltningen beføjelse til at efterprøve en forvaltningsafgørelse, der er stadfæstet ved en dom.

42 — Dom af 14.9.1999, sag C-310/97 P, Sml. I, s. 5363.

73. Når fristen for at anfægte en afgørelse er udløbet, kan den, også selv om den er fejlagtig, ikke anfægtes, og fejlen integreres endegyldigt i retsordenen.

74. Retskraftige, også retsstridige, akters uangribelighed får således status af et alment princip [43], da intet retssystem kan tolerere, at gyldigheden af retsforhold kan anfægtes i det uendelige.

75. Domstolen har vist sig følsom over for denne strukturelle regel og har taget hensyn hertil siden sine første domsafsigelser [44] og har i Kühne & Heitz-sagen fastslået, at det er et grundlæggende fællesskabsretligt princip (præmis 24), hvilket blev gentaget i Gerekens og Procola-dommen (præmis 22) [45]. AssiDomän-dommen afviste, at en fællesskabsinstitution er forpligtet til at foretage en fornyet undersøgelse af nogle beslutninger, som ikke er blevet anfægtet, når andre med samme indhold, hvor adressaterne havde anlagt sag, blev annulleret ad rettens vej (præmis 63).

76. Det nævnte princip kan imidlertid blive en hindring for en ensartet og korrekt anvendelse af fællesskabsretten [46], hvorfor retspraksis nægter det absolut karakter [47] og forrang under alle omstændigheder. I dommen i sagen SNUPAT mod Den Høje Myndighed [48] fastslog Domstolen, at det skulle bringes i overensstemmelse med andre beskyttelsesværdige værdier.

77. Den første af de værdier, som afgrænser retssikkerheden, er rimeligheden [49], hvorom jeg i forslaget til afgørelse i AssiDomän-sagen foreslog, at den skulle tages i betragtning, ikke for at finde en løsning på den tvist, der skulle behandles i denne sag, men med henblik på generelt at præcisere retssikkerhedens rækkevidde inden for Fællesskabet. Selv om Domstolen fulgte det kriterium, som jeg gjorde gældende i mit forslag til afgørelse, undlod den at behandle spørgsmålet om

43 — I den tyske retsvidenskab fremhæver M. Potacs: »Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts? — Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs C-453/00«, *Europarecht*, 2004, s. 595-603, at i sådanne situationer er fællesskabsrettens forrang en undtagelse, som kun bliver aktuel, hvis den nationale ret ikke foreskriver tilstrækkelige løsningsmuligheder (s. 602).

44 — I dommen af 12.7.1957, forenede sager 7/56 og 3/57-7/57, Algera m.fl., Sml. 1954-1964, s 45, org.ref.: Rec. s. 81, annullerede Domstolen nogle aftaler om personale hos EKSF's Fælles Forsamling ved anvendelse af fælles principper i medlemsstaternes retsordener om tilbagekaldelse af retsstridige retsakter, som tillader, at sådanne retsakter kan omproves inden for en rimelig frist.

45 — Dom af 15.7.2004, sag C-459/02, Sml. I, s. 7315.

46 — A. Hatje: »Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungsmöglichkeiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts«, *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, Wien, 2000, s. 133-149, navnlig s. 135.

47 — Z. Peerbux-Beaugendre: Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire«, *Revue française de droit administratif*, nr. 3, maj-juni 2005, s. 473-481, tilslutter sig dette synspunkt, da en retskraftig dom ikke er andet end udtryk for en »lovmæssig sandhed«, hvis eftervirkninger kan begrænses under visse omstændigheder.

48 — Dom af 22.3.1961, forenede sager 42/59 og 49/59, Sml. 1954-1964, s. 247, org.ref.: Rec. s. 105.

49 — Kommissionen kalder det i sine skriftlige indlæg »princippet om materiel retfærdighed«.

grænserne for rimelighedsbetragtninger. At en afgørelse er endelig, kan ikke udgøre en forhindring for, at dens indhold kan tages op til fornyet undersøgelse, hvis dens opretholdelse foranlediger en uacceptabelt uretfærdig situation. Størstedelen af medlemsstaterne, for ikke at sige alle, har af sådanne grunde indført mulighed for, at princippet om forvaltningsakters uanfægtelighed efter udløb af klagefristen kan brydes. Det tyske system er et godt eksempel. Ifølge oplysninger i forelæggelsesafgørelserne har retspraksis reduceret det skøn, som VwVfG's § 48 tillægger administrationen, og indrømmet borgeren ret til at anmode om tilbagekaldelse af afgørelsen, hvis det viser sig »helt uacceptabelt« at opretholde den [50].

78. Denne grænse for retssikkerheden bliver således klart subjektivt farvet. Formålet er at fjerne de forstyrrelser, som er i strid med den mest elementære retfærdighedssans, ved at afvise forskelsbehandling og de øvrige brud på upartiskhed [51].

79. Den anden — mere objektive — grænse, som jeg vil understrege, ligger i »supralegaliteten« og omfatter ikke alene det grundlag, som retsordenen hviler på, og som giver de øvrige bestemmelser den ilt, de indånder, men også den ønskede retning [52]. Hvis opretholdelsen af en endelig retsakt afskaffer systemets substans eller fører det ud i en blindgyde, er det uundgåeligt at ophæve den.

80. De to grænser er i realiteten delvis sammenfaldende, eftersom mange af de værdier, som støtter rimeligheden, repræsenterer generelle principper, der er fælles for medlemsstaternes retsordener, hvoraf nogle er stadfæstet på højeste niveau som grundlæggende rettigheder. Sammenfattende må de løsninger, som skaber en vanskeligere situation end den, der søges undgået, forkastes, for der findes ikke større usikkerhed end den, der forårsages af uretfærdighed eller åbenbar retsstridighed.

81. I Fællesskabets retsorden kan retssikkerheden således i undtagelsestilfælde blive

50 — Dette finder sted, som jeg har anført (punkt 26 i dette forslag til afgørelse), når beslutningens opretholdelse skader ligheden, når den tilsidesætter den offentlige orden eller princippet om redelighed, hvis den er åbenbart retsstridig, eller hvis den eneste passende måde at udøve skønsbeføjelse på består i annullation.

51 — I henhold til spansk ret skal offentlige forvaltninger ex officio på eget eller den berørte parts initiativ erklære retsakter, som afslutter den administrative procedure, eller som ikke er blevet anfægtet inden for den fastsatte frist, ugyldige, hvis de krænker forfatningsretligt beskyttede rettigheder og friheder, under hensyn til deres absolutte ugyldighed [artikel 102, stk. 1, sammenholdt med artikel 62, stk. 1, litra a), i Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común af 26.11.1992 (*Boletín Oficial del Estado* af 27.11.1992)].

52 — Den spanske forfatning fra 1978 er helt eksplicit på dette punkt. Efter i artikel 9, stk. 1, at præcisere, at alle, borgere og offentlige myndigheder, er underlagt forfatningen og den øvrige retsorden, nuancerer den ved beskrivelsen af forvaltningens stilling, at den objektivt tjener almeninteressen med fuld binding til loven og »retten« (artikel 103, stk. 1), hvorved den kan gøres til genstand for domstolskontrol, der prøver såvel lovligheden af dens virksomhed som iagttagelsen af de formål, der begrunder dens eksistens (artikel 106, stk. 1).

virkningsløs — for at beskytte sit fundament — og tillade en fornyet undersøgelse af uanfægtelige afgørelser [53]. Men det skal præciseres, hvornår denne undtagelse gælder. Det synes i den forbindelse tilrådeligt at vende blikket mod fortiden for at bekræfte, at det strukturelle mønster i denne orden, som i stor udstrækning er fastlagt ved retspraksis, sigter mod at sikre ordenens effektive virkning og at virkeliggøre traktaternes mål.

82. Det er imidlertid nødvendigt at redegøre for en grænse, der aldrig kan overskrides, nemlig tredjemands rettigheder [54]. Hvis de berøres, skal stabiliteten, selv hvis den er uretfærdig, have forrang, idet den skadelidte skal kompenseres ad andre — en smule mere tvistede — veje, såsom statens ansvar for tilsidesættelse af fællesskabsretten.

3. En stadig bestræbelse på at forsvare fællesskabsretten

83. Domstolen kvalificerede i dommen i sagen Van Gend & Loos [55] fællesskabsretten som en uafhængig retsorden, til hvis fordel medlemsstaterne har indskrænket deres suverænitet og erklærede videre, at EØF-traktatens artikel 12 (efter ændring nu artikel 25 EF) har umiddelbar virkning og kan afføde individuelle rettigheder for borgerne, som de kan gøre gældende ved nationale retter. Dommen havde som baggrund en konflikt mellem den nævnte bestemmelse i EØF-traktaten, som forbød enhver forhøjelse af toldafgifterne, og en ny toldsats indført af den nederlandske regering i 1960, som forhøjede toldsatsen fra 3% til 8% for nogle produkter.

84. At tillægge fællesskabsbestemmelserne denne umiddelbare virkning førte til stiltiende anerkendelse af deres forrang for nationale systemer i dommen af 27. februar 1962 i sagen Kommissionen mod Italien [56], hvilket blev fastslået udtrykkeligt i dommen i sagen Costa mod ENEL [57]. I denne dom, der gentog argumenterne i dommen Van Gend & Loos-sagen om indskrænkning af suveræ-nitet og Fællesskabets retsordens særlige karakter, fastslog Domstolen, at det var umuligt, at medlemsstaterne, mod et på grundlag af gensidighedsprincippet accepteret system, giver forrang til en efterfølgende ensidig foranstaltning, og tilføjede, at gennemførelsen af denne retsordens formål ville blive bragt i fare, hvis dens bindende virkning varierede fra en stat til en anden på grund af senere nationale lovgivninger. Dommen var desuden baseret på EF-trak-

53 — A. Hatje, nævnt i fodnote 45, s. 146, indtager en nærliggende holdning og forsvarer fællesskabsrettens forrang, hvis den omstændighed, at en beslutning har fået formel retskraft, hindrer anvendelsen af fællesskabsretten.

54 — J. Budischowsky: »Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide«, *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, s. 2-15, og F. Urlesberger: »Zur Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht«, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 2004, s. 99-104, mener, at beføjelsen til at foretage fornyet undersøgelse må ophøre, hvor tredjemands rettigheder begynder. Artikel 106 i den nævnte spanske lov nr. 30/1992 forbyder en sådan ny undersøgelse, når den, fordi der er gået for lang tid eller af andre grunde, tilsidesætter *rimelighed*, god tro, *privates ret* eller lovene.

55 — Dom af 5.2.1963, sag 26/62, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 1.

56 — Sag 10/61, Sml. 1954-1964, s. 287, org.ref.: Rec. s. 1.

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

tatens artikel 189 (nu artikel 249 EF), som ved at gøre forordninger bindende forhindrer, at nationale bestemmelser udgør en hindring for dem, da der ellers ville blive rejst tvivl om Fællesskabets grundlag.

85. Umiddelbar virkning og forrang er ikke kun teknikker til at udforme forbindelserne mellem forskellige retsordener, idet de udgør udtrykket for Fællesskabet som en sammenslutning af stater, befolkninger og borgere [58]; under hensyn til den kontekst, hvori dommen i sagen Van Gend & Loos og i sagen Costa mod ENEL blev afsagt, herskede der stadig tvivl om, hvorvidt disse principper var gyldige i forbindelse med direktiver. Rattidommen [59] tilkendte dem imidlertid samme forrang og fastslog, at når deres gennemførelsesfrist er udløbet, kan en medlemsstat ikke anvende sin nationale, til direktivet endnu ikke tilpassede lov på en person, som har fulgt direktivets bestemmelser.

86. Fru Becker, en tysk statsborger, gav mulighed for at udtale sig om den anden egenskab, da hun afslog at betale merværdiafgift for visse lånetransaktioner på trods af, at de var afgiftspligtige i henhold til gældende tysk lovgivning. Hun påberåbte sig artikel 13, punkt B, litra d), nr. 1, i sjette direktiv om omsætningsafgifter [60], som medlemsstaterne havde forpligtet sig til at gennemføre før den 1. januar 1979, som grundlag for at hævde, at sådanne transaktioner var fritaget. I Becker-dommen af 19. januar 1982 [61] fastslog Domstolen, at fra den pågældende dato kunne sjette direktivs ubetingede og tilstrækkeligt præcise bestemmelser gøres gældende umiddelbart i Forbundsrepublikken Tyskland, da denne type bestemmelser, selv om de ikke har umiddelbar virkning, får det, når medlemsstaterne ikke gennemfører dem eller gør det ukorrekt. Under sådanne omstændigheder kan man ikke fratage dem den bindende karakter, som traktatens artikel 189 tillægger dem.

87. Denne egenskab blev anset for en automatisk »sanktion« for, at medlemsstaterne unddrager sig deres pligter, hvilket skabte tvivl med hensyn til spørgsmålet, om den også fungerer, når direktiver styrer horisontale forhold, hvor de offentlige myndigheder ikke deltager. Det — negative — svar gav Marshall-dommen [62], som indleder en lang række sager, hvor dommen i sagen Pfeiffer m.fl. [63] er et af de sidste led i kæden.

88. De nævnte kvaliteter i fællesskabsretten taler imidlertid imod at affinde sig med at

58 — G.C. Rodriguez Iglesias: »El poder judicial de la Union Europea«, *La Unión Europea tras la reforma*, Universidad de Cantabria, 1998, s. 15.

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

60 — Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1).

61 — Sag 8/81, Sml. s. 53.

62 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Sml. s. 723.

63 — Dom af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 — C-403/01, Sml. I, s. 8835.

undlade at anvende bestemmelserne i den, da dette ville skade traktatens formål. Domstolen understregede, at loyalitetsprincippet i EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF) forpligter medlemsstaterne til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger for at virkeliggøre de i direktiverne fastsatte mål, en opgave, som påhviler alle de nationale myndigheder, også domstolene. Denne opfattelse, der er udmøntet i dommen i sagen Von Colson og Kamann [64], har mildnet afvisningen af at anerkende en umiddelbar virkning af direktiverne i en tvist mellem private og fremmet en retspraksis med »direktivkonform fortolkning«, i medfør af hvilken den nationale ret, når den anvender nationale retsforskrifter, skal fortolke dem i lyset af fællesskabsbestemmelsens ordlyd og formål og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3.

89. Marleasing-dommen [65] uddybede denne tendens og præciserede en konkret løsning for at give Fællesskabets retsorden virkning. Retssagen drejede sig om, hvorvidt en stiftelsesoverenskomst skulle erklæres ugyldig, fordi den var uden retsgrund, en begrundelse, der ikke var opregnet i artikel 11 i direktiv 68/151/EØF [66], som ikke var gennemført i spansk ret, og som denne stats Código civil omhandler i artikel 1261 og 1275. Domstolen besvarede spørgsmålet med, at en national domstol i videst muligt omfang skal fortolke de nationale retsforskrifter i lyset af direktivets ordlyd og formål, og at et aktieselskab således ikke kan erklæres ugyldigt af andre grunde end de i direktivets artikel 11 opregnede. Den foreliggende ret afgjorde tvisten [67] ved at erstatte anvendelsen af artiklerne i Código civil med fællesskabsbestemmelsen.

90. Denne følge var allerede blevet anerkendt i retspraksis. Simmenthal-dommen [68] forpligtede medlemsstaternes retter til at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og i givet fald undlade at anvende en modstående bestemmelse, selv nyere, i national lovgivning, uden at behøve at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel. Fratelli Costanzo-dommen [69] viser den anden side af medaljen, idet den fastslår, at et direktiv også anvendes ex officio til trods for, at der findes nationale bestemmelser, som er i strid med direktivet.

91. Sigtet er det samme, nemlig at sikre fællesskabsrettens effektive virkning. Doktrinen om en direktivkonform fortolkning og beføjelsen til at se bort fra national ret er udveje, der er blevet nødvendige på grund af manglende anerkendelse af direktivers direkte horisontale virkning. Et godt eksempel udgøres af Arcaro-dommen [70], der kritiserede manglen på en fremgangsmåde, hvorefter den nationale ret kan fjerne nationale bestemmelser, der er i strid med

64 — Dom af 10.4.1984, sag 14/83, Sml. s. 1891.

65 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Sml. I, s. 4135.

66 — Rådets første direktiv af 9.3.1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1968 I, s. 41).

67 — Dom afsagt af Juzgado de Primera Instancia no 1 de Oviedo af 23.2.1991.

68 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Sml. s. 629.

69 — Dom af 22.6.1989, sag 103/88, Sml. s. 1839.

70 — Dom af 26.9.1996, sag C-168/95, Sml. I, s. 4705.

bestemmelser i et ikke gennemført direktiv, og erkendte, at domstolens forpligtelse til at fortolke disse bestemmelser i lyset af fællesskabsbestemmelsens ordlyd og formål støder på uoverstigelige forhindringer, når de pålægger en borger en endnu ikke gennemført forpligtelse. Selv ikke dommen i sagen Pfeiffer m.fl. løste problemet endegyldigt, eftersom Domstolen, der fulgte det, som jeg havde foreslået i mit andet forslag til afgørelse af 27. april 2004, foreslog, at de nationale domstole ved fortolkningen ikke skulle begrænse sig til at undersøge de nationale bestemmelser, der vedtages for at gennemføre det pågældende direktiv, men også tage den nationale lovgivning i dens helhed i betragtning for at fremme et resultat, som ikke er i strid med fællesskabsretten.

92. Domstolen, der altid bestræber sig på at bidrage til Fællesskabets retsordens fulde virkning, ville lukke cirklen for at undgå, at vanskelighederne ved at sammenknytte den med de nationale systemer skulle munde ud i en blindgyde. Dommen i sagen Francovich m.fl.[71] stadfæstede princippet om, at hvis man ikke ad fortolkningens vej når til at virkeliggøre et direktivs formål, skal medlemsstaten erstatte de skader, der er forvoldt borgerne som følge af manglende gennemførelse af direktivet inden for den fastsatte frist, eller fordi det er gennemført ukorrekt. Fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en medlemsstats tilsidesættelse af fællesskabsretten, et krav, der styrkes, hvis virkeliggørelsen af disse rettigheder afhænger af, at der træffes foranstaltninger fra statens side, og private derfor ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger. Domstolen har desuden bekræftet dette ved henvisning til traktatens artikel 5, hvorefter medlemsstaterne er forpligtet til at bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør.

93. Den sidstnævnte dom skitserede betingelserne for erstatningsansvarets opståen. Senere afgørelser har nuanceret dem og præciseret, hvilke offentlige myndigheder ansvaret kan pålægges. Brasserie du Pêcheur og Factortame-dommen[72] bekræftede statens erstatningsansvar, også selv om tilsidesættelsen stammer fra den lovgivende magt, mens Köbler-dommen[73] gjorde det samme i forbindelse med den dømmende magt. I dommen i sagen Kommissionen mod Italien af 9. december 2003[74] fastslog Domstolen ligeledes, at ansvaret påhvilede medlemsstaten som lovgiver, fordi den ikke havde ændret en lov, som de italienske retter fortolkede på en sådan måde, at det var i strid med fællesskabsrettens virkning[75].

71 — Dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Sml. I, s. 5357.

72 — Dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Sml. I, s. 1029.

73 — Dom af 30.9.2003, sag C-224/01, Sml. I, s. 10239.

74 — Sag C-129/00, Sml. I, s. 14637.

75 — P. Martín Rodríguez, nævnt i fodnote 40, betegner dommen i Kühne & Heitz, Köbler-sagen og Kommissionen mod Italien-sagen som »belæg for retsansvarlighed«.

4. Betingelser for fornyet undersøgelse af forvaltningsakter

94. Det fremgår af de foregående punkter i dette forslag til afgørelse, at kriterierne for bestemmelsernes gyldighed, ophævelse, fortolkning og deres hierarki samt kriterierne vedrørende domstolenes nære sammenhæng med loven, som i medlemsstaternes forfatningssystemer har samme betydning som retssikkerheden, træder i baggrunden, når det drejer sig om at sikre fællesskabsrettens fulde virkning uden at fjerne rødderne i de nationale retsordener.

95. Eftersom rimelighed og almene retsprincipper, som jeg har påpeget, undertiden dæmper retssikkerhedens indvirkning, kan det ske, når dens strenge anvendelse strider mod fællesskabsretten, hvilket er tilfældet i situationer, hvor de nævnte principper tilsidesættes. Ved at overføre denne tankegang til ISIS og i-21's særlige forhold kan det udledes, at det vil være nødvendigt med en fornyet undersøgelse af de endelige gebyrafgørelser, hvis deres opretholdelse forstyrrer formålene med fællesskabsretten og skaber uretfærdigheder i strid med dennes grundlag, i særdeleshed kravet om proportionalitet [76].

76 — D.U. Galetta, nævnt i fodnote 7, s. 58, understreger forholdsmæssighedens betydning i denne sammenhæng, som kræver en konkret undersøgelse af omstændighederne.

a) En løsning, som modvirker åbningen af telekommunikationssektoren

96. Det første skridt består derfor i at afklare, om opretholdelsen med hensyn til ISIS og i-21 af de høje gebyrer, de har betalt uden at anfægte det, mens andre operatører fik gebyrerne tilbagebetalt efter et søgsmål eller en forhandling, rejser tvivl om formålet med direktiv 97/13 og generelt de retsforskrifter, der sigter på liberaliseringen af telekommunikationsmarkedet.

97. Den foreslåede løsning på det første præjudicielle spørgsmål antyder en løsning, eftersom artikel 11, stk. 1, som nævnt er til hinder for et gebyr som det, der er fastsat i TKLGebV 1997. Denne abstrakte konstatering er imidlertid uden betydning, fordi manglende overensstemmelse i sig selv ikke udgør en uløselig hindring, som lovgiver ikke kan overskride.

98. Afgørelsen bliver klarere, hvis man går i dybden med de fiskale bestemmelser i direktiv 97/13, og måden hvorpå begivenhederne har udviklet sig.

99. Artikel 11 og artikel 6 fremmer konkurrencen i telekommunikationssektoren ved at forbyde, at virksomheder tillægges

større økonomiske byrder end de i nævnte bestemmelser omhandlede, for at fremme adgangen for nye operatører; de samarbejder på denne måde om oprettelsen af et fælles marked i denne sektor ved at sikre den frie bevægelighed uden at pålægge andre begrænsninger end dem, der er nødvendige af hensyn til almeninteressen [77].

100. Hvis der følgelig pålægges andre ydelser end dem, der er omhandlet i direktiv 97/13 (sagerne Albacom og Infostrada), eller hvis de, selv under overholdelse af dets bestemmelser, ikke kræves på samme måde (sagerne ISIS Multimedia og Firma 02), tilsidesættes fællesskabsmålene. ISIS og i-21 har netop gjort indsigelse herimod.

101. På de tidspunkter, hvor de i denne sag omhandlede forvaltningsakter blev vedtaget (den første den 18.5.2001 og den anden den 14.6.2000), var 305 virksomheder med klasse 3- og klasse 4-licenser aktive på det tyske marked. Ni af dem fik tilbagebetalt gebyret efter at have vundet de sager, de havde anlagt; 149 kom i samme havn ad forhandlingens vej. For en anden gruppe på fem blev afgørelserne tilbagekaldt ex officio — uden at afgørelserne var endelige, da Bundesverwaltungsgericht afsagde dommen af 19. september 2001. Otte selskaber er i samme situation som ISIS og i-21.

102. En gruppe indehavere af klasse 3- og klasse 4-licenser har således betalt klart høje gebyrer i henhold til TKLGebV 1997, der i mellemtiden er blevet annulleret (ISIS 67 316,69 EUR og i-21 5 419 693,94 EUR), mens resten opererer på markedet ved betaling af gebyrer indført ved TKLGebV 2002, som varierer fra 1 000 til 4 260 EUR. Forskellene er enorme og unddrager sig enhver logik, og de afspejler sig nødvendigvis i virksomhedernes finansieringsoversigter.

103. I en overgangsfase mellem en lukket etape, hvor eksklusive og særlige rettigheder hersker til fordel for visse selskaber, og en anden etape, som sigter mod et konkurrencebaseret marked, der er åbent for alle, konsoliderer enhver bremse for nye operatørers adgang status quo og begrænser konkurrencen, navnlig hvis den indeholder diskriminerende aspekter. Dommen i sagen Connect Autriche er særdeles eksplicit desangående, idet Domstolen gentager, at et marked uden konkurrencefordrejning forudsætter, at de forskellige erhvervsdrivende er sikret lige muligheder (præmis 83), hvilket førte til, at den i dommen i sagen ISIS Multimedia og Firma 02 fastslog, at direktiv

77 — For en teleologisk fortolkning af de direktiver, der er vedtaget siden 1999, jf. punkt 45 ff. i forslaget til afgørelse i sagen Nuova società di telecomunicazioni.

97/13 er til hinder for en favorabel behandling af det tidligere monopol, som aktuelt har en dominerende stilling. Tilsynsmyndighederne skal følgelig handle neutralt og ikke indføre vilkårlige uligheder.

104. Sammenfattende konsoliderer opretholdelsen af de ulovlige afgørelser, som de præjudicielle spørgsmål drejer sig om (hvis indvirkning man må huske på forlænges i en 30-årig periode), en situation, som tilsidesætter fællesskabsretten og gør det vanskeligere at gennemføre en gradvis åbning, der blev indledt ved direktiv 90/387/EØF [78] og 90/388/EØF [79].

105. Det skal desuden undersøges, om denne følge er grundlæggende uretfærdig og i strid med de principper, der ligger til grund for fællesskabsretten.

b) En uacceptabel følge

106. Indledningsvis medfører denne løsning en skæv behandling for operatører, der tilsyneladende indtager samme stilling, idet de alle er indehavere af klasse 3- og klasse 4-licenser, således at de kan deltage på det tyske marked [80]; et åbenbart manglende kendskab til en central fællesskabsretlig regel [81] vil, medmindre den er rimeligt og objektivt begrundet, kræve en fornyet undersøgelse af de omtvistede afgørelser, uanset at de er blevet endelige, men hvis der findes en tilfredsstillende forklaring, vil retssikkerheden forhindre en ny undersøgelse.

107. Man kunne gøre gældende, at ISIS og i-21 er gået en anden vej end de andre organer, da de ikke har anfægtet de gebyrer, der var pålagt dem, hvilket kunne begrunde den anderledes ordning. Men dette er ikke helt korrekt, da i hvert fald visse andre selskaber, som har opnået tilbagebetaling, også har afholdt sig fra at klage nærmere bestemt dem, der har indgået »ligebehandlingsaftaler« med tilsynsmyndigheden, som ifølge den tyske regering gav afkald på sagsanlæg efter at have fået tilbagebetalt de erlagte afgifter. Andre virksomheder har ikke klaget, fordi gebyrafgørelserne blev annulleret ex officio.

78 — Rådets direktiv af 28.6.1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision — tilrådighedsstillelse af åbne net) (EFT L 192, s. 1).

79 — Kommissionens direktiv af 28.6.1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (EFT L 192, s. 10).

80 — W. Reinersdorff: »Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids«, *Multimedia und Recht*, 2002, s. 299 og 300, gør opmærksom på det komplicerede paradoks for de virksomheder, som betalte gebyret uden at anlægge sagsmål, og foreslår, at de, for at opnå tilbagebetaling af de uretmæssigt opkrævede beløb, kræver erstatning af staten for ukorrekt gennemførelse af direktiv 97/13.

81 — Forbuddet mod enhver ubegrundet ulighed indgår i medlemsstaternes retsordener, og gennem artikel 6, stk. 2, EU har det fået status af et generelt fællesskabsretligt princip.

108. Grunden til, at ISIS og i-21 var udelukket fra forhandlinger [82], er uden betydning, for den omstændighed, at de ikke har reageret, begrunder ikke den anderledes, ugunstige og uforholdsmæssige ordning, som gør de ulovlige gebyrer, som de betalte, uangribelige. Flere overvejelser støtter denne vurdering.

109. For det første kan disse virksomheders passivitet i et udelukkende instrumentalt perspektiv ikke sidestilles med manglende omhu, eftersom TKLGebV 1997 og de forvaltningsakter, der var udstedt i henhold hertil, ikke var erklæret retsstridige [83]. På daværende tidspunkt kunne man med andre ord ikke kræve, at de traf forsigtighedsforanstaltninger, da den fejl, der efterfølgende blev fastslået, endnu ikke var åbenbar.

110. For det andet kan det i et bredere perspektiv ikke accepteres inden for rammerne af de forskrifter, der gælder for disse sager, at følgerne i retsordenen af en retsstridighed, der er uforenelig med dens sigte, er afhængig af et tilfældigt forhold, såsom datoen for en dom, nemlig den 19. september 2001. Denne forskelsbehandling af de erhvervsdrivende, som påvirker både retten til lige muligheder i adgangen til telekommunikationsmarkedet og dets liberalisering, og som baseres på, hvilken dag Bundesverwaltungsgericht annullerede TKLGebV 1997, kan ikke hindre fornyet undersøgelse af de gebyrer, der på daværende tidspunkt ikke længere kunne anfægtes, eller tilbagekaldelse ex officio af de øvrige og erstatte dem med lavere gebyrer i henhold til TKLGebV 2002. De virksomheder, der var så heldige at få opkrævet gebyret senere, har modtaget en uventet gave uden egen indsats.

111. Fra en mere materiel synsvinkel svarer den omstændighed, at opretholdelsen af en ulovlig retsakt — med dens rækkevidde og virkning i retssystemet — med det argument, at det er »accepteret« af adressaten, ud over at ophøje noget, som kun er en teknik til fordel for retsordenen, til et absolut niveau, til en logik, som hører hjemme i privatretten, idet der ses bort fra den vigtige forbindelse mellem forvaltningen og almenhedens interesser og legalitet. Dette anførte jeg i forslaget til afgørelse i AssiDomän-sagen (punkt 49).

112. For den begrebslige nøjagtigheds skyld skal der gøres opmærksom på visse tilfælde med »retskraft«, som er forskellige med hensyn til legitimitet, natur eller muligheden for at blive genstand for kontrol. Retssikkerhedsprincippets krav bliver større, hvis den administrative afgørelse har været genstand for domstolskontrol, som giver den »rets-

82 — Ifølge oplysninger i de mundtlige indlæg var i-21, et britisk selskab, der er etableret i Det Forenede Kongerige, uvidende om muligheden for at indgå en aftale, mens ISIS gjorde det, men kun delvist.

83 — Under retsmødet blev det påpeget, at Oberverwaltungsgericht i Nordrhein-Westfalen i en kendelse af 27.10.1999, afsagt i en sag om foreløbige retsregler (sag 13 B 843/99, offentliggjort i *Multimedia und Recht*, 2000, s. 115 ff.), havde fastslået, at ændringen allerede var sket.

kraftige« karakter status af »res judicata-virkning«. I spændingsfeltet mellem stabilitet og legalitet får sidstnævnte større vægt, når den første, som det er tilfældet i hovedsagerne [84], har en rent administrativ karakter.

113. Der er imidlertid nogle, som mener, at forskellen mellem tilfældene trods alt begrunder en ordning, der er en smule anderledes, idet virksomhederne har anvendt adskilte vandveje for at munde ud i det samme hav. De, der gjorde indsigelse mod afgørelsen eller forhandlede ad den direkte vej: annullation efter fornyet undersøgelse ex officio. De, der indtog en passiv holdning og lod klagefristen udløbe og fulgte en langt mere snoet bane: statens erstatningsansvar. Denne opfattelse lader imidlertid de virksomheder, der ville forblive inaktive og fik fordel af en begivenhed, der var uafhængig af deres vilje, ude af betragtning (Bundesverwaltungsgerichts afsigelse af dommen på et tidspunkt, hvor de respektive afgørelser ikke var blevet endelige), idet de høstede en frugt, som de ikke havde sået; panoramaet svarer nemlig til en rent subjektiv optik, idet man glemmer den objektive dimension, almenhedens interesse, som kræver ensartede vilkår for at fjerne enhver hindring for åbningen af telekommunikationsmarkedet.

84 — En omstændighed, som adskiller dem fra Kühne & Heitz-sagen, hvor forvaltningsafgørelsen var blevet bekræftet ad rettens vej ved en dom i sidste instans.

114. Sammenfattende er der i begge sager, som de præjudicielle forelæggelser vedrører, begået en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som skaber en situation i strid med rimeligheden og de generelle principper, som ligger til grund for den, og der skal således findes en egnet løsning.

5. Bestemmelse af medlemsstaternes processuelle autonomi

115. Svaret er fuldstændig entydigt: Når det er relevant, skal de nationale retter foretage en fornyet undersøgelse af forvaltningsakter ifølge procedurerne i deres respektive retsordener [85]. Jeg erindrer om, at i mangel af harmoniseringsforanstaltninger [86] påhviler det medlemsstaterne at fastsætte procedurerne for beskyttelse af de rettigheder, der tillægges ved fællesskabsretten, men denne beføjelse er begrænset i to aspekter: For det første kan de bestemmelser, de indfører, ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet); for det

85 — D.U. Galetta, nævnt i fodnote 7, mener, at den nationale offentlige myndighed, inden for rammerne af den processuelle autonomi, medlemsstaterne er tillagt, ved anvendelse af de instrumenter, der er til dens rådighed, skal råde bod på følgerne af en krænkelse af fællesskabsretten (s. 49).

86 — J.E. Soriano: »Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el derecho administrativo de la Comunidad (Nota sobre las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo sobre la aplicación de la equidad como criterio justificador de una nueva vía de revisión de oficio. Asunto C-310/97 P)«, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nr. 200, april-maj 1999, s. 49-54, går ind for, at der udarbejdes en retsakt om en »fællesskabsretlig forvaltningsprocedure«.

andet må de i intet tilfælde i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de pågældende rettigheder (effektivitetsprincippet) [87].

116. I medlemsstaternes retssystemer findes der under det ene eller andet navn mulighed for at foretage en ny kontrol med uanfægtelige forvaltningsakter, hvis de er behæftet med visse fejl. I tysk ret giver VwVfG's § 48 forvaltningen mulighed for at omgøre en retsstridig afgørelse, også når den er endelig. Hvis opretholdelsen er »helt uacceptabel«, har den nationale retspraksis reduceret denne beføjelse, således at skønsmargenen er reduceret til nul, og der er skabt en forpligtelse til annullation.

117. Det påhviler den forelæggende ret at fortolke og anvende denne bestemmelse, således at artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13 kan få fuld virkning — under overholdelse af de nævnte principper, sikring af tredjemands rettigheder og undgåelse af retsstridige løsninger.

118. Man skal huske på, at bestemmelsens stk. 1 i lighed med stk. 2 fra et indholdsmæssigt synspunkt er ubetinget og tilstrækkeligt præcist, hvorfor det har umiddelbar virkning [88], en omstændighed, der forpligter den nationale domstol til at sørge for, at dens processuelle regler fremmer en løsning, der er sammenhængende med fællesskabsbestemmelsens særlige karakter. Pligten til at fortolke national ret i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav, som fremgår af Marleasing-dommen, og med den rækkevidde, der er angivet i dommen i sagen Pfeiffer m.fl., viser sig i det aktuelle tilfælde i al sin klarhed.

119. Hvis man betragter det tyske systems særtræk, der giver retten en bestemmelse, som den kan støtte sig til for at opfylde sin pligt til at sikre anvendelsen af fællesskabsretten, kan vanskeligheden overkommes ad fortolkningsvejen [89]. I Ciola-dommen [90] fast-

87 — Dommene af 16.12.1976, Rewe, og sag 45/76, Comet, Sml. s. 2043, var de første, der udtalte sig i denne retning og derved indledte en lang række domme. Dommen af 7.1.2004, sag C-201/02, Wells, Sml. I, s. 723, anvendte denne retspraksis til at tilbagekalde eller suspendere en tilladelse til minedrift i et stenbrud, uden at der forud herfor var blevet foretaget en vurdering af indvirkningen på miljøet.

88 — Den nævnte Connect Autriche-dom fastslog, at direktivets artikel 11, stk. 2, har umiddelbar virkning.

89 — W. Frenz: »Rücknahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen belastenden VA«, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, s. 373-376, forsvarer anvendelsen af national lovgivning, hvis det drejer sig om tilbagekaldelse af endelige forvaltningsakter, idet den eventuelle skønsbeføjelse, som den tillægger, således bliver en pligt. Hvis retsordenen imidlertid er tavs i denne henseende, går forfatteren ind for, at de nationale processuelle regler skal trænges i baggrunden for at undgå uligheder mellem medlemsstater. Han påpeger, at den endelige karakter kan blokere fællesskabsretten, en følge, som Domstolen har forbudt, som det fremgår af dens retspraksis vedrørende direktivers umiddelbare virkning og statens ansvar. J. Budichowsky: »Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide«, *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, s. 2-15, følger denne opfattelse og mener, at Fællesskabets retsorden skal have forrang for de nationale bestemmelser, som forhindrer fornyet prøvelse ex officio. Ifølge M. Antonucci: »Il primato del diritto comunitario«, *Il Consiglio di Stato*, 2004, s. 225-233, har forvaltningerne ikke andet valg end at foretage en ny undersøgelse af deres tidligere beslutninger, som er til hinder for fællesskabsretten som fortolket af Domstolen. F. Gentili: »Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.«, *Il Consiglio di Stato*, 2004, s. 233-238, påpeger, at det pågældende princip kræver annullation ex officio af enhver forvaltningsakt, der er i strid med Fællesskabets retsorden, og fjernelse af den skønsmæssige karakter, som udøvelsen af administrativ beføjelse til at beskytte egne interesser har i mange nationale retsordener.

90 — Dom af 29.4.1999, sag C-224/97, Sml. I, s. 2517.

slog Domstolen, at en endelig forvaltningsafgørelse, der er uforenelig med fællesskabsretten, ikke kan mindske borgernes retsbeskyttelse. I Den Europæiske Unions tredje søjle, hvor rammeafgørelser ikke har umiddelbar virkning [artikel 34, stk. 2, litra b), EU], tillod Domstolen i den nylige Pupino-dom [91] den forelæggende ret at anvende en afvigende processuel regel (et vidneudsagn opnået uden for det offentlige retsmøde og forud for afholdelsen heraf i en straffesag) i en situation, der ikke var fastsat i den nationale ret, for at opfylde målene med Rådets rammeafgørelse 2001/220/RIA af 15. marts 2001 om ofres stilling i straffesager [92].

120. I samme retning har Domstolen, selv i forbindelse med retslige procedurer, om end undtagelsesvis, anlagt fortolkninger, der er fremmede for den nationale lovs ordlyd, og dommen i sagen Simmenthal og Factortame m.fl. [93] forpligter retterne til at tilsidesætte enhver bestemmelse, som måtte udgøre en hindring for fællesskabsretten fulde virkning. I Peterbroeck-dommen [94] fastslog Domstolen, at fællesskabsretten er til hinder for, at der anvendes en national processuel bestemmelse, som under omstændigheder som dem, der gør sig gældende for proceduren i hovedsagen [95], afskærer den nationale ret fra af egen drift at tage stilling til, om en national retsakt er forenelig med en bestemmelse i fællesskabsretten, når denne bestemmelse ikke af borgeren er blevet påberåbt inden for en vis frist. I dommen i sagen Océano Grupo Editorial og Salvat Editores [96] fastslog Domstolen, at kravet om en fortolkning i overensstemmelse med direktivet medfører, at den nationale ret skal vælge den fortolkning, der sikrer anvendeligheden af Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 [97] om forbrugerbeskyttelse, og tillod den ex officio at afvise at udøve en kompetence, som er tillagt den i medfør af et urimeligt kontraktvilkår. På linje med denne retspraksis præciserede Domstolen i Cofidis-dommen [98], at dette direktiv er til hinder for en national ordning, der i sager anlagt af erhvervsdrivende mod forbrugere på grundlag af en gensidig kontrakt forbyder den nationale ret efter udløbet af en forældelsesfrist af egen drift eller efter en indsigelse fra forbrugeren at henvise til et urimeligt vilkår i kontrakten. I Larsy-dommen [99] fastslog den, at nationale bestemmelser (i dette tilfælde retskraftprincippet) skal udelukkes, hvis de udgør en hindring for beskyttelse af de rettigheder, der følger af fællesskabsrettens umiddelbare virkning.

121. I henhold til loyalitetsforpligtelsen i artikel 10 EF foreskriver artikel 11 i direktiv 97/13 kontrol med gebyrafgørelser, som er i strid med forpligtelsen, og som er blevet endelige, idet de ikke er blevet anfægtet i tide, hvis deres opretholdelse strider imod

91 — Dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Sml. I, s. 5285.

92 — EFT L 82, s. 1.

93 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Sml. I, s. 2433.

94 — Dom af 14.12.1995, sag C-312/93, Sml. I, s. 4599.

95 — En sammenhæng, der er beskrevet i dommens præmis 17-21.

96 — Dom af 27.6.2000, forenede sager C-240/98 — C-244/98, Sml. I, s. 4941.

97 — Direktiv om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler (EFT L 95, s. 29).

98 — Dom af 21.11.2002, sag C-473/00, Sml. I, s. 10875.

99 — Dom af 28.6.2001, sag C-118/00, Sml. I, s. 5063.

denne bestemmelses ånd og skaber uretfærdige situationer i strid med rimeligheden og de øvrige principper, som ligger til grund for fællesskabsretten. De nationale domstole skal fortolke den nationale ret således, at når sådanne omstændigheder er til stede, tillader den fornyet undersøgelse af de pågældende retsakter under hensyn til tredjemands rettigheder.

VI — Forslag til afgørelse

122. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare Bundesverwaltungsgerichts spørgsmål således:

»1) Artikel 11, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester er til hinder for opkrævning af et licensgebyr for udstedelse, forvaltning, kontrol og håndhævelse af individuelle tilladelser, der beregnes således, at det omfatter forudbetaling af den nationale tilsynsmyndigheds generelle administrationsomkostninger for en 30-årig periode.

2) Under hensyn til pligten til loyalt samarbejde i henhold til artikel 10 EF kræver artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13, at en gebyrafgørelse, hvorved der fastsættes gebyrer for individuelle tilladelser, som tilsidesætter denne pligt, og som er blevet endelig, fordi den ikke er blevet anfægtet inden for den fastsatte frist, kan tages op til ny undersøgelse, hvis den hindrer, at bestemmelsens mål nås og derved konsoliderer situationer, der er i strid med rimeligheden eller de principper, der ligger til grund for fællesskabsretten. Det påhviler den nationale domstol at fortolke den nationale ret således, at den muliggør en sådan fornyet undersøgelse, uden at skade tredjemands rettigheder.«