CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 16 maart 2006 [1]

I — Inleiding

1. Het Bundesverwaltungsgericht (Duitsland) vraagt naar de uitlegging van artikel 10 EG en artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten. [2]

2. Het heeft deze prejudiciële uitlegging nodig om twee geschillen te kunnen beslechten over de vraag of de respectieve aanslagen voor toekenning van vergunningen voor de telecommunicatiesector opnieuw moeten worden onderzocht, welke aanslagen definitief waren geworden omdat er niet op tijd tegen was opgekomen.

3. De beide verwijzingsbeschikkingen hebben de twee vragen gemeen. De eerste vraag gaat in op de rechtspraak over richtlijn 97/13, in het bijzonder op de arresten Connect Austria [3], Albacom en Infostrada [4] en ISIS Multimedia en Firma 02 [5], in welke laatste twee zaken ik de conclusies heb geschreven. [6] De tweede vraag is bijzonder belangrijk, omdat deze het Hof de gelegenheid geeft het omslagpunt te bepalen tussen de voorrang van het gemeenschapsrecht en de rechtszekerheid [7], het roer om te gooien en de koers te verlaten van het arrest Kühne & Heitz [8], welke rechtspraak tot een doodlopende weg voert.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — PB L 117, blz. 15. Deze richtlijn is vervangen door richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 21).

3 — Arrest van 22 mei 2003 (C-462/99, Jurispr. blz. I-5197).

4 — Arrest van 18 september 2003 (C-292/01 en C-293/01, Jurispr. blz. I-9449).

5 — Arrest van 20 oktober 2005 (C-327/03 en C-328/03, Jurispr. blz. I-8877).

6 — Conclusies van 12 december 2002 en 9 december 2004.

7 — Galetta, D. U, „Autotutela decisoria e diritto comunitario", in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2005, blz. 35-59, stelt dat het eventuele heronderzoek van een definitief geworden beschikking van een bestuursorgaan afhangt van een zorgvuldige afweging van waarden. Op de schaal aan de ene zijde van de balans bevindt zich de voorrang van het gemeenschapsrecht, steunend op de beginselen van gelijkwaardigheid, doeltreffendheid en loyale samenwerking. Op de andere schaal ligt de rechtszekerheid (blz. 50).

8 — Arrest van 13 januari 2004 (C-453/00, Jurispr. blz. I-837).

4. Het Hof heeft opnieuw de gelegenheid om een andere koers te kiezen, omdat het zich binnenkort moet uitspreken over de vraag of deze rechtspraak zich uitstrekt tot rechterlijke beslissingen met kracht van gewijsde. [9]

II — Rechtskader

A — *De gemeenschapsregeling*

1. Het „beginsel van loyale samenwerking"

5. Krachtens artikel 10 EG treffen „de lidstaten [...] alle algemene of bijzondere maatregelen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit dit Verdrag of uit handelingen van de instellingen der Gemeenschap voortvloeiende verplichtingen te verzekeren", en vergemakkelijken zij de Gemeenschap „de vervulling van haar taak". Ook „onthouden [zij] zich van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de [communautaire] doelstellingen [...] in gevaar kunnen brengen".

2. Richtlijn 97/13

6. Deze richtlijn past in het streven van de Gemeenschap de telecommunicatiemarkt te liberaliseren, dat ik recentelijk in mijn conclusie van 27 oktober 2005 in de zaak Nuova società di telecomunicazioni heb beschreven. [10]

7. Het vrije aanbod van telecommunicatiediensten en de liberalisering van de exploitatie van de netwerken vormen het hoofddoel van de regeling, die gericht is op verstrekking en gebruik zonder beperkingen of berustend op „algemene machtigingen" [11], waarbij de „individuele vergunningen" [12] een uitzondering of aanvulling vormen op de algemene machtigingen (zevende en dertiende overweging van de considerans; artikelen 3, lid 3, en 7). Beide typen behoren tot het genus „machtiging". [13]

9 — Zaak C-234/04, Kapferer, met conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 10 november 2005, waarin heden, 16 maart 2006, arrest is gewezen. Een vergelijkbare vraag wordt gesteld in de zaak ED & F Man Sugar, C-274/04, namelijk of, bij het aanvechten van een sanctie op het gebied van uitvoerrestituties, vastgesteld moet worden dat de exporteur werkelijk een hoger bedrag heeft gevorderd dan hem toekwam, ondanks het feit dat de beschikking tot terugvordering van restitutie al definitief was geworden. Advocaat-generaal Léger geeft in zijn conclusie van 29 september 2005 in overweging die vraag bevestigend te beantwoorden.

10 — Zaak C-339/04, nog aanhangig bij het Hof. Zie in het bijzonder de punten 3-6 van mijn conclusie.

11 — Krachtens artikel 2, lid 1, sub a, eerste streepje, van de richtlijn, wordt onder algemene machtiging verstaan „iedere machtiging, ongeacht of deze voortvloeit uit een ‚categorale vergunning' dan wel uit algemene wetgeving en ongeacht of een dergelijke regelgeving registratie vergt, waarbij de betrokken onderneming geen uitdrukkelijk besluit van de nationale regelgevende instantie behoeft te verkrijgen voordat zij de aan de machtiging ontleende rechten mag uitoefenen".

12 — Onder individuele vergunning wordt verstaan „een machtiging die door een nationale regelgevende instantie wordt verleend en waarbij aan een onderneming specifieke rechten worden verleend of waarbij de activiteiten van die onderneming aan specifieke verplichtingen worden onderworpen die in voorkomend geval de algemene machtiging aanvullen, en waarbij de onderneming niet gerechtigd is de desbetreffende rechten uit te oefenen alvorens zij het door de nationale regelgevende instantie genomen besluit heeft ontvangen" [artikel 2, lid 1, sub a, tweede streepje, van de richtlijn].

13 — De richtlijn beschrijft dit laatste begrip als „iedere toestemming waarbij specifieke rechten en verplichtingen worden vastgelegd voor de telecommunicatiesector en waarbij ondernemingen wordt toegestaan telecommunicatiediensten te verstrekken", alsmede „telecommunicatienetwerken voor het verstrekken van zulke diensten tot stand te brengen en/of te exploiteren" [artikel 2, lid 1, sub a, eerste alinea].

8. Deze geharmoniseerde oplossing is gefundeerd op de beginselen van evenredigheid, transparantie en non-discriminatie, met als doel een raamwerk te scheppen dat compatibel is met de vrijheid van vestiging en van verstrekking van diensten (eerste, tweede, vierde en elfde overweging van de considerans; artikel 3, lid 2).

9. In dat perspectief beperkt de richtlijn het aantal individuele vergunningen die de lidstaten mogen toewijzen slechts voor zover dit vereist is om het efficiënte gebruik van radiofrequenties en een voldoende aantal nummers te waarborgen. In eerste instantie heeft dus elke organisatie die voldoet aan de voorwaarden die door de nationale regelgevende instanties zijn bekendgemaakt, recht op een dergelijke vergunning (artikelen 10, lid 1, en 9, lid 3).

10. De artikelen 6 en 11 van richtlijn 97/13, die betrekking hebben op de vergoedingen en heffingen, zijn opgenomen met de bedoeling de mededinging op de telecommunicatiemarkt te bevorderen en aan de ondernemingen niet méér beperkingen en lasten op te leggen dan strikt noodzakelijk is [14], met inachtneming van de genoemde criteria van evenredigheid, neutraliteit, non-discriminatie en transparantie (twaalfde overweging van de considerans).

14 — De voorwaarden die aan de machtigingen kunnen worden verbonden, worden genoemd in de bijlage van de richtlijn.

11. Het eerstgenoemde artikel heeft als opschrift „Vergoedingen en heffingen voor algemene machtigingsprocedures"; het tweede: „Vergoedingen en heffingen voor individuele vergunningen".

12. Artikel 6 luidt: „Ongeacht de financiële bijdrage aan de verstrekking van universele diensten overeenkomstig de bijlage, dragen de lidstaten er zorg voor dat iedere vergoeding die van ondernemingen als onderdeel van machtigingsprocedures wordt verlangd, uitsluitend is bedoeld om de administratiekosten te dekken die voortvloeien uit de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van het toepasselijke stelsel voor algemene machtigingen. Deze vergoedingen dienen op geëigende wijze en met voldoende bijzonderheden te worden bekendgemaakt zodat deze informatie gemakkelijk toegankelijk is."

13. Artikel 11 bepaalt:

„1. De lidstaten dragen er zorg voor dat iedere vergoeding die van ondernemingen als onderdeel van machtigingsprocedures wordt verlangd, uitsluitend strekt tot dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van de toepasselijke individuele vergunningen. De vergoedingen voor een individuele vergunning dienen in verhouding te staan tot het ermee gepaard gaande werk en op geëigende wijze en met voldoende bijzonderheden te worden bekendgemaakt, zodat deze informatie gemakkelijk toegankelijk is.

2. Indien gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen, kunnen de lidstaten, in weerwil van lid 1, hun nationale regelgevende instanties toestaan heffingen te innen om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen. Die heffingen dienen niet-discriminerend te zijn en met name rekening te houden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen."

14. Krachtens artikel 25 zouden de lidstaten vóór 1 januari 1998 de richtlijn omzetten.

B — *De Duitse regelgeving*

1. De vergoedingen in de telecommunicatiesector

15. Het Telekommunikationsgesetz (wet op de telecommunicatie; hierna: „TKG"), van 25 juli 1996 [15], zet richtlijn 97/13 in Duits recht om. Krachtens § 16, lid 1, worden individuele vergunningen toegekend tegen betaling van een vergoeding die in een latere verordening zou worden uitgewerkt.

15 — BGBl. 1996, I, blz. 1120.

16. Op grond van deze regeling heeft het Bundesministerium für Post und Telekommunikation (bondsministerie voor post en telecommunicatie) op 28 juli 1997 de Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (verordening betreffende vergoedingen voor telecommunicatievergunningen; hierna: „TKLGebV 1997") [16] aangenomen, die met terugwerkende kracht in werking trad op 1 augustus 1996.

17. Krachtens die verordening omvatte de vergoeding, naast de administratiekosten voor de toekenning van de vergunning, ook de kosten verbonden met het beheer van de rechten en met het toezicht op de nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen (§ 1, lid 1).

18. De vergunningen klasse 3 [17] werden betaald naar rato van het gebied waar zij voor golden, en uiteindelijk van het aantal potentiële gebruikers van de aangeboden diensten; het verschuldigde bedrag schommelde tussen 2 000 DEM (1 022,58 EUR) en 10 600 000 DEM (5 419 693,94 EUR). [18]

16 — BGBl. 1997, I, blz. 1936.

17 — Binnen deze categorie vallen vergunningen van de houder of een andere persoon om openbare telecommunicatiediensten te leveren binnen een bepaald gebied (punt A.3 van de bijlage bij § 1, lid 1, van de TKLGebV 1997).

18 — De bijdrage werd berekend via een breuk, waar in de teller het product stond van het aantal inwoners van het gebied waarvoor de vergunning gold (E_G) en het maximumbedrag dat in punt A.3 van de bijlage bij § 1, lid 1, van de TKLGebV 1997 werd bepaald voor vergunningen klasse 3 (G_D), en in de noemer het totale bevolkingsaantal van Duitsland (E_D). Op grond van die berekening kwam een vergunning van de genoemde klasse voor het hele Duitse grondgebied op 10 600 000 DEM, terwijl het bedrag afnam naarmate het aantal potentiële klanten minder was (§ 3, lid 4, juncto de bijlage bij § 1, lid 1, van de TKLGebV 1997).

19. Het Bundesverwaltungsgericht vermeldt in de verwijzingsbeschikkingen dat de bovengenoemde berekeningen waren gebaseerd op een raming van de algemene beheerskosten van de nationale reguleringsautoriteit voor post en telecommunicatie (hierna: „reguleringsautoriteit") over drie decennia. [19]

20. In zijn arrest van 19 september 2001 verklaarde het Bundesverwaltungsgericht dat de vergoedingen voor de toekenning van vergunningen klasse 3, berekend volgens de TKLGebV 1997, niet vielen onder § 16, lid 1, van het TKG, omdat in die vergoedingen taken waren verdisconteerd die niet samenhingen met de machtiging, en omdat zij bovendien in strijd waren met het principe van gelijkheid dat is vastgelegd in artikel 3, lid 1, van de Grondwet van de Bondsrepubliek Duitsland. [20]

21. Na dit arrest werd de TKLGebV 1997 niet meer toegepast en werd zij vervangen door de Telekomunikations-Lizenzgebührenverordnung van 9 september 2002 (hierna: „TKLGebV 2002") [21], die voor de genoemde vergunningen klasse 3 een bedrag vaststelt van 4 260 EUR, dat kan dalen tot minimaal 1 000 EUR (§ 2, lid 3).

22. De Duitse regering vermeldt [22] dat de aanslagen die nog konden worden aangevochten op het moment dat het arrest van 19 september 2001 werd gewezen, ambtshalve nietig werden verklaard, en dat verschillende ondernemingen met de reguleringsautoriteit hebben afgesproken af te zien van elke actie, tegen terugbetaling van de door hen afgedragen vergoedingen. [23]

23. De TKLGebV 2002 heeft dus terugwerkende kracht ten aanzien van vergoedingen die nog niet definitief waren geworden. § 4 van die verordening bepaalt immers dat, en wijst erop dat, als de aanslag nog bestreden kon worden op de dag van publicatie van de nieuwe verordening, deze laatste geldt voor de houders van vergunningen vanaf 1 augustus 1996.

2. Het heronderzoek van bestuurshandelingen

24. Onder deze algemene beschrijving vallen drie begrippen die onderling verschillend, maar wel aan elkaar verwant zijn, uitgewerkt in het Verwaltungsverfahrensgesetz (wet op de administratieve rechtspleging; hierna:

19 — Om precies te zijn, vermeldde het Bundesverwaltungsgericht in zijn arrest van 19 september 2001 (zaak 6 C 13.00, BVerwGE deel 115, blz. 125), waarop ik hierna zal ingaan, dat het bedrag was afgeleid van de personeelskosten en materiële kosten van 52,1 arbeidsplaatsen over 30 jaar.

20 — Ook de heffingen behorende bij de vergunningen klasse 4, die recht geven op het verstrekken van telefoondiensten via telecommunicatienetwerken die door de begunstigde beheerd worden binnen een bepaald gebied (punt A.4 van de bijlage bij § 1, lid 1, van de TKLGebV 1997), werden als onrechtmatig beoordeeld.

21 — BGBl. 2002, I, blz. 3542.

22 — Punten 13 e.v. van de schriftelijke opmerkingen.

23 — Voetnoot 26 en punt 101 van de onderhavige conclusie.

„VwVfG") van 25 mei 1976.[24] Het eerste begrip, „heropening van de procedure" (Wiederaufgreifen des Verfahrens), omschreven in § 51, heeft tot doel, op verzoek van de belanghebbende een bestuurshandeling te vernietigen of te wijzigen op grond van omstandigheden die zich later hebben voorgedaan; het vormt een herziening *stricto sensu*.

25. Het verschil tussen de twee andere begrippen is te vinden in het rechtmatig, dan wel onrechtmatig karakter van de onderzochte beschikking. Het tweede begrip, opgenomen in § 49, heeft betrekking op „herroeping" (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes), terwijl het derde, geregeld in § 48, de „intrekking" (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes) beschrijft, waarbij „een onrechtmatige bestuurshandeling, ook nadat zij definitief is geworden[25], geheel of ten dele, voor de toekomst of met terugwerkende kracht, [kan] worden ingetrokken".

26. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeschikkingen, interpreteert de Duitse rechtspraak de bevoegdheid van § 48 als een discretionaire bevoegdheid, die echter onder bepaalde omstandigheden tot nul kan worden gereduceerd. Het artikel geeft recht op „intrekking" van een administratieve beschikking, als de handhaving van die beschikking „absoluut onaanvaardbaar" zou zijn, hetgeen het geval is wanneer zij het algemeen beginsel van gelijke behandeling, de openbare orde, of de goede trouw schendt, kennelijk onrechtmatig is, of als de bijzondere rechtspositie van de adressaat dat verlangt.

III — De feiten en de prejudiciële vragen

27. ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG en i-21 Germany GmbH (hierna: „ISIS" en „i-21") bezitten in Duitsland elk een vergunning voor telecommunicatiediensten klasse 3, waarvoor zij aanslagen kregen opgelegd van respectievelijk 31 660 DEM (67 316,69 EUR) en 10 600 000 DEM (5 419 693,94 EUR) op basis van § 16, lid 1, van het TKG en van de TKLGebV 1997.

28. Beide ondernemingen legden zich bij die aanslagen neer en betaalden deze, waardoor hun recht op beroep verviel.

29. Andere ondernemingen die houder waren van vergunningen voor telecommunicatiediensten bestreden echter de hun toegezonden aanslagen. Zij verkregen van het

24 — BGBl. 1976, I, blz. 1253. Versie van 21 september 1998 (BGBl. 1998, I, p. 3050).

25 — De Duitse wetgeving gebruikt het woord „unanfechtbar" (onaanvechtbaar). Ik gebruik liever de term „definitief geworden", die in het continentaal administratief recht verwijst naar beslissingen die, om welke reden ook (uitputting van de beroepsmogelijkheden of verstrijken van de termijn om beroep in te stellen) niet meer voor beroep bij de gewone rechter in aanmerking komen, dan de term „definitief", die verwijst naar beslissingen die het laatste woord vormen van de overheid, hoewel nog beroep bij de gewone rechter openstaat.

Bundesverwaltungsgericht het arrest van 19 september 2001 [26], waarover ik al heb gesproken, waarbij deze aanslagen nietig werden verklaard omdat zij gebaseerd waren op een regeling — de TKLGebV 1997 — die onverenigbaar was met rechtsregels van hogere rang, en de terugbetaling aan de verzoeksters werd gelast van de bedragen die zij in de schatkist hadden gestort.

30. Na de betekening van het bovengenoemde arrest richtten ISIS en i-21 zich tot de reguleringsautoriteit om het betaalde bedrag terug te vorderen. Hun verzoek werd afgewezen, waarna beide beroep instelden bij het Verwaltungsgericht, een administratieve rechtbank in eerste aanleg. Daar werden hun beroepen verworpen op grond dat er geen termen aanwezig waren voor terugbetaling, omdat de aanslagen definitief waren en er geen heronderzoek op grond van de §§ 51, lid 1, of 48, lid 1, van het VwVfG mogelijk was.

31. Zij gingen vervolgens, *per saltum,* in cassatie [Sprungrevision] bij het Bundesverwaltungsgericht. Dit was van oordeel dat de vorderingen conform Duits recht niet zouden kunnen worden toegewezen, maar twijfelde over de invloed die het gemeenschapsrecht daarop zou kunnen hebben, zodat het de procedures heeft geschorst om in beide gevallen de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„Moet artikel 11, lid 1 van richtlijn 97/13/EG [...] aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat voor vergunningen een vergoeding wordt geheven bij de berekening waarvan wordt uitgegaan van de algemene beheerskosten van een nationale reguleringsautoriteit over een periode van 30 jaar?"

Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:

„Moeten artikel 10 EG en artikel 11 van de richtlijn [...] aldus worden uitgelegd, dat een aanslag waarbij vergoedingen als bedoeld in de eerste vraag zijn vastgesteld en waartegen niet is opgekomen hoewel dit naar nationaal recht mogelijk was, nietig moet worden verklaard indien nietigverklaring naar nationaal recht mogelijk, maar niet verplicht is?"

IV — Procesverloop voor het Hof

32. De president van het Hof heeft bij beschikking van 6 december 2004 beide zaken wegens verknochtheid gevoegd.

26 — In feite werden op die dag negen arresten gewezen met identieke inhoud. Zevenendertig ondernemingen hadden een zaak aanhangig gemaakt, waarvan negen (Storm Telecommunications Limited, KDD-CONOS AG, Carrier 1 International GmbH, TelePassport Service AG, Airdata Holding GmbH, ECN Telekommunikation GmbH, BerliKomm Telekommunikationsgesellschaft GmbH, Telegate Aktiengesellschaft für telefonische Informationsdienste en First Telecom GmbH) een gunstige uitspraak kregen. De overige achtentwintig kwamen met de overheidsinstantie overeen dat de vergoeding aan hen zou worden terugbetaald.

33. De Commissie, de Duitse en de Nederlandse regering, alsmede de twee ondernemingen die de verzoeksters zijn in de hoofdgedingen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend binnen de in artikel 23 van het Statuut-EG van het Hof gestelde termijn.

34. Ter terechtzitting van 1 februari 2006 zijn de vertegenwoordigers van de partijen die aan de schriftelijke fase hebben deelgenomen, verschenen om pleidooi te voeren.

V — Analyse van de prejudiciële vragen

A — *Voorlegging*

35. Het Bundesverwaltungsgericht bevestigt dat, volgens Duits recht, de vergoedingen voor de toekenning van individuele vergunningen klasse 3 en 4 binnen de sector telecommunicatiediensten nietig kunnen worden verklaard, omdat de TKLGebV 1997, waarop zij waren gebaseerd, onrechtmatig was. Dat heeft deze rechter verklaard in zijn arrest van 19 september 2001.

36. Hij is er eveneens van overtuigd dat de Duitse nationale rechtsorde geen ruimte biedt om de definitieve aanslagen opnieuw te onderzoeken, en dat de adressaten dus niet de bedragen kunnen terugkrijgen die zij ten onrechte hebben overgemaakt.

37. Het Bundesverwaltungsgericht wenst echter te vernemen of het gemeenschapsrecht tot dezelfde oplossing voert, of integendeel verlangt dat, met alle consequenties vandien, de onrechtmatige aanslagen worden herroepen, ook wanneer zij niet meer openstaan voor beroep (tweede vraag). Deze vraag vooronderstelt dat die aanslagen ook inbreuk maken op de rechtsorde van de Gemeenschap, zodat het onderzoek van hun eventuele „strijdigheid met het gemeenschapsrecht" de basis vormt voor de analyse van de eerste prejudiciële vraag. [27]

38. De communautaire reikwijdte van de rechterlijke dialoog is dus precies afgebakend, maar staat los van het nationale recht, dat echter wel als contrapunt dient en het raamwerk levert voor het debat. Wat de eerste vraag betreft, zet namelijk het TGK, waarop de TKLGebV 1997 — zo wordt

27 — In haar schriftelijke opmerkingen vraagt de Duitse regering het Hof deze tweede vraag niet te beantwoorden, op grond van het argument dat richtlijn 97/13 is opgeheven, dat de nieuwe richtlijn 2002/20 geen individuele vergunningen kent en dat de fiscale bepalingen ervan op 25 juli 2003 in werking zijn getreden, zonder terugwerkende kracht. Deze opvatting is onjuist, want in de hoofdgedingen gaat het om de vraag of een vergoeding die onder de eerste van de genoemde richtlijnen was opgelegd, krachtens een regeling die aangenomen was als uitvoering van de nationale omzettingswet, al of niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, zodat het evident is dat die vraag terecht door het Bundesverwaltungsgericht is voorgelegd. Er moeten, kortom, nationale feiten en regelingen worden beoordeeld, waarbij rekening moet worden gehouden met het communautair rechtskader dat toepasbaar was op het moment dat de feiten zich voordeden.

gesteld — inbreuk maakt, richtlijn 97/13 om in Duits recht. Wat de tweede vraag betreft moeten, bij gebrek aan een regeling ter zake, de rechten die het Europees rechtssysteem toekent worden beschermd conform de Duitse procedurevoorschriften. [28]

B — *De eerste prejudiciële vraag*

39. De verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 een vergoeding toestaat die berekend wordt op grond van de raming van de gewone administratiekosten van de reguleringsautoriteit over een periode van dertig jaar.

40. Voor de oplossing moet de aard van de in genoemde richtlijn bedoelde vergoedingen worden onderzocht.

1. Artikelen 6 en 11 van richtlijn 97/13

41. Hoewel deze artikelen schijnbaar qua inhoud op elkaar lijken hebben zij, zoals gezegd in mijn conclusie in de zaak Albacom en Infostrada, een verschillende strekking [29], omdat zij op verschillende regelingen van toepassing zijn.

42. Algemene machtigingen zijn vooraf vastgelegde algemene vergunningen [30], op grond waarvan de ondernemingen op de telecommunicatiemarkt kunnen optreden zonder daartoe een uitdrukkelijke beslissing van de bevoegde instanties nodig te hebben, zij het dat eventuele latere controle mogelijk is, zoals artikel 5 bepaalt.

43. Daarentegen zijn individuele vergunningen specifieke machtigingen voor de houders om op te treden, waarvoor een individuele beslissing in een *ad hoc* procedure nodig is [de artikelen 2, lid 1, sub a, tweede streepje, en 9 van de richtlijn ondersteunen deze karakterisering].

44. Deze verschillen verklaren waarom artikel 6 spreekt van „de administratiekosten te dekken die voortvloeien uit de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van het toepasselijke *stelsel voor algemene machtigingen*", terwijl artikel 11, lid 1, ziet op uitgaven van dezelfde aard met betrekking tot „de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de

28 — Zo heeft het Hof meermalen beslist sinds het arrest Rewe van 16 december 1976 (33/76, Jurispr. blz. 1989).

29 — De navolgende regels zijn een citaat van de punten 29 e.v. van die conclusie.

30 — De vastlegging vooraf kan gebeuren door de overheid („categorale vergunningen") of door de wetgever zelf [zie de achtste overweging van de considerans en artikel 2, lid 1, sub a, eerste streepje, van richtlijn 97/13].

naleving van de toepasselijke *individuele vergunningen*". [31] Om die reden vereist artikel 11 dat de vergoeding voor een individuele vergunning in verhouding staat tot het ermee gepaard gaande werk, een eis die niet voorkomt bij de algemene machtigingen.

45. De artikelen 6 en 11, lid 1, van richtlijn 97/13 hebben dus betrekking op twee soorten bijdragen die, onafhankelijk van hoe men ze wil kwalificeren [32], een retributief en parafiscaal karakter hebben, omdat ze een tegenprestatie bieden voor de handeling of dienst ten behoeve van de vergoedingsplichtige. Op grond echter van de verschillende aard van de prestatie wordt het bedrag van de vergoeding bedoeld in het eerste van de twee genoemde artikelen, op niet-specifieke wijze aangewend om de kosten te dekken van de functionering van het „toepasselijke stelsel voor algemene machtigingen" [33], terwijl de vergoeding voor individuele vergunningen uitsluitend strekt tot dekking van de kosten die de overheid maakt voor de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van elke afzonderlijke vergunning.

46. Daarentegen betreft artikel 11, lid 2, een heffing waaruit elk aspect van vergoeding verdwenen is, dus een fiscale heffing, ook al heeft zij een bepaalde bestemming. [34]

2. De vergoeding voor individuele vergunningen van artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13

47. Het belastbaar feit van deze vergoeding is te vinden in de organisatie van een procedure voor de toekenning van de vergunning, of voor het beheer, de controle of het toezicht op de naleving ervan.

31 — In artikel 11, lid 1, van de Spaanse versie van de richtlijn wordt de uitdrukking „régimen de licencias individuales aplicable" gebruikt, maar het begrip „stelsel" komt niet voor in de Duitse, Italiaanse, Engelse of Franse tekst. [Evenmin in de Nederlandse tekst.] In de Duitse versie staat: „die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen"; in de Italiaanse „il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali"; in het Engels, „in the issue, management, control and enforcement of the applicable individual licences"; in het Frans, „à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables". [In het Nederlands: „de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van de toepasselijke individuele vergunningen"] .

32 — „Heffingen" of „retributies". In Spanje is jaren geleden een heftig juridisch debat gevoerd over de begrenzing van beide begrippen. Zie Aguallo Avilés, A.: *Tasas y precios públicos: análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional,* uitgeverij Lex Nova, Valladolid, 1992, en Martín Fernández, F. J.: *Tasas y precios públicos en el derecho español,* Instituto de Estudios Fiscales — Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, SA, Madrid, 1995.
In de Duitse, Engelse, Franse en Italiaanse versie van de richtlijn worden respectievelijk de woorden „Gebühren", „fees", „taxes" en „diritti" gebruikt. [In het Nederlands: „vergoedingen".]

33 — Richtlijn 2002/20 bevestigt deze uitlegging doordat in de eenendertigste overweging van de considerans wordt opgemerkt: „Onder een algemeen machtigingssysteem zal het niet langer mogelijk zijn administratieve kosten, en dus bijdragen, op te leggen aan individuele ondernemingen, tenzij voor het toekennen van gebruiksrechten voor nummers, van radiofrequenties en van rechten om faciliteiten te installeren", dat wil zeggen, voor de vergunningen die in de richtlijn van 1997 individuele vergunningen werden genoemd en die in de nieuwe richtlijn „gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers" heten (artikel 5).

34 — In de punten 40-43 van mijn conclusie in de zaak Albacom en Infostrada heb ik de kenmerken en de eigenschappen van deze heffing behandeld, die gericht is op een gelijkwaardige behandeling en de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie bevordert. In mijn conclusie in de zaak ISIS Multimedia en Firma 02 heb ik, juist met betrekking tot de situatie op de Duitse markt, bij die eisen stilgestaan (punten 33 e.v.).

48. De vergoeding strekt tot dekking van de kosten die voortvloeien uit de verschillende stappen van de behandeling, zodat uit de opbrengst van die vergoeding geen andere activiteiten van de reguleringsautoriteit mogen worden gefinancierd.

49. Het systeem vereist dat de vergoedingen in verhouding staan tot het ermee gepaard gaande werk, zodat de vergoeding moet overeenkomen met de gedane uitgaven, en nooit hoger mag zijn dan dat bedrag. Het retributief karakter vereist dat. Wanneer de heffing hoger zou zijn dan de kosten, zou zij het karakter krijgen van een fiscale heffing.

50. De beginselen van neutraliteit, non-discriminatie, transparantie en openbaarheid zijn van toepassing op deze vergoeding.

51. Bovenstaande overwegingen geven een richtsnoer voor het vinden van een antwoord op de eerste vraag van het Bundesverwaltungsgericht, dat wenst te vernemen of het bedrag van de vergoeding kan worden berekend op basis van een raming van de uitgaven van de reguleringsautoriteit, en over welke periode die berekening zich dan zou mogen uitstrekken.

3. De wijze van berekening en heffing van de vergoeding voor individuele vergunningen

52. De in artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 geregelde vergoeding beperkt zich dus tot dekking van de kosten voor de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van individuele vergunningen, en moet evenredig zijn met het werk dat daaraan wordt besteed.

53. Tegen de achtergrond van die voorwaarden hebben de lidstaten de vrijheid om de vormen en de procedures voor de inning te kiezen en de hoogte van de vergoeding vast te stellen.

54. Het doel van de vergoeding vereist dat de inning ervan telkens moet geschieden wanneer het belastbaar feit zich voordoet, namelijk na de afgifte van de vergunning, wanneer de administratieve handeling van beheer, controle of toezicht op de naleving al is verricht. Deze wijze van inning maakt het gemakkelijker het bedrag maximaal te preciseren, daar bij de aanslag *a posteriori* alle onderdelen van de verrichte taken bekend zijn. Deze kunnen immers worden afgeleid uit het totale aantal betrokken ambtenaren en hun kwalificatie, van de eraan bestede tijd en van de kosten die onvermijdelijk waren

om de handeling uit te voeren. [35] Het nadeel van deze formule is echter dat de vergoedingsplichtige telkens opnieuw een bedrag moet betalen en dat de fiscus steeds actief moet blijven, hetgeen kostenverhogend en efficiency-verlagend werkt.

55. Aangezien het de bedoeling is de fiscus schadeloos te stellen voor de kosten van een omvangrijke administratie ten behoeve van de vergunninghouder, staat niets eraan in de weg dat de vergoeding vooraf wordt geheven en wordt berekend op basis van een conservatieve raming. Wanneer die oplossing wordt gekozen, doet het niet ter zake of die vergoeding ineens wordt geheven of in termijnen.

56. In het arrest Fantask e.a., zojuist aangehaald in voetnoot 35, wordt met betrekking tot indirecte belastingen op het bijeenbrengen van kapitaal in punt 32 toegestaan de vergoeding vooraf, op grond van een raming, vast te stellen en in vaste termijnen te innen. Er is niets tegen om deze zienswijze ook uit te breiden tot de vergoeding voor individuele vergunningen in de telecommunicatiesector, mits, zoals in hetzelfde arrest (punten 32 tot en met 43) werd gesteld, de lidstaten zich regelmatig ervan vergewissen dat het bedrag niet hoger is dan de gemaakte kosten, en een eventuele terugbetaling garanderen wanneer daar termen voor aanwezig zijn.

4. Begrenzing van de periode waarover de vergoeding wordt geheven

57. Als de tijdspanne waarop de berekening is gebaseerd, wordt verruimd, zal de kans op fouten toenemen, omdat de berekeningen ingewikkelder worden naarmate de raming zich over een langere tijd uitstrekt. Naarmate de objectiviteit vermindert, groeit de onzekerheid, en het gevaar dat de vergoeding niet evenredig zal zijn met het verrichte werk wordt levensgroot wanneer de betrouwbaarheid van de gehanteerde gegevens kleiner wordt.

58. De situatie wordt nijpender als de duur van de periode niet alleen doorwerkt in de hoogte van de vergoeding, maar ook in de betaling ervan, omdat zij eenmalig wordt geheven voor de gehele periode waarop de raming betrekking heeft. Onder die omstandigheden worden de beginselen van evenredigheid en neutraliteit van richtlijn 97/13 sterk aangetast, omdat vandaag wordt betaald voor diensten die pas na lange tijd geleverd worden. Al eisen die beginselen dat niet, zij maken het wel aanbevelenswaardig dat de aanslag en de betaling meer gelijklopen met het verlenen van de administratieve dienst.

35 — Met betrekking tot de indirecte belasting op het bijeenbrengen van kapitaal, geharmoniseerd bij richtlijn 69/335/EEG van de Raad van 17 juni 1969 (PB L 249, blz. 25), heeft het Hof deze criteria aangelegd in zijn arrest van 20 april 1993, Ponente Carni en Cispadana Costruzioni (C-71/91 en C-178/91, Jurispr. blz. I-1915, punt 43). In het arrest van 2 december 1997, Fantask e.a. (C-188/95, Jurispr. blz. I-6783), werd bepaald dat niet alleen de materiële kosten en salariskosten die direct verband hielden met de dienst waarvoor de vergoeding werd geheven in aanmerking moesten worden genomen, maar ook dát deel van de algemene kosten van het overheidsorgaan, dat op die prestatie betrekking heeft (punt 30).

59. Daarnaast zijn de aard, de ontwikkeling en de mate van openheid van de sector van belang. De mogelijkheden voor voorspelling zijn in een stabiele markt, waarin van oudsher de concurrentie bekend is, normaal gesproken geen grote verrassingen te verwachten zijn en de gebeurtenissen gemakkelijk zijn te voorzien, niet hetzelfde als in een markt die nog enorm in ontwikkeling is, die pas is geliberaliseerd en waarin onvoorspelbare veranderingen kunnen plaatsvinden.

60. Daarom bevat richtlijn 97/13 geen verbod op de berekening of voorafgaande inning van een vergoeding zoals hier bestreden, mits die geen afbreuk doen aan de genoemde garanties van neutraliteit en evenredigheid waarvan de richtlijn zelf de inachtneming voorschrijft.

61. Dat ongewenste gevolg wordt echter bereikt als in één keer een vergoeding wordt opgelegd die gebaseerd is op een raming van de kosten over de volgende dertig jaar, op een moment dat de telecommunicatiemarkt zich midden in een proces van flexibilisering bevond.

62. In mijn conclusie in de zaak Nuova società di telecomunicazioni, waar ik al eerder naar heb verwezen, heb ik erop gewezen dat in de jaren negentig van de vorige eeuw werd begonnen met liberalisering van de genoemde markt en met harmonisatie van de nationale wetgevingen, door de invoering van een communautaire regelgeving, die voortdurend werd vernieuwd [36] en tegenwoordig nog steeds haar definitieve vorm niet heeft gevonden. Daarom wordt door de vaststelling in 1997, dus midden in de maalstroom van dat proces, van een bijdrage op basis van een raming van de gewone kosten van de reguleringsautoriteit tot het jaar 2027, de grenzen van het redelijke overschreden, en gaat deze bijdrage, om de redenen die ik hierboven heb uiteengezet, in tegen de geest van richtlijn 97/13. [37] Als bewijs daarvoor mag dienen dat deze regeling, die in 1997 was aangenomen, vijf jaar later werd vervangen door de eerder aangehaalde richtlijn 2002/20, waarin het begrip individuele vergunningen werden vervangen door „gebruiksrechten", en meer gedetailleerd werd ingegaan op de inhoud van de heffing [38] en vergoedingen als in de hoofdgedingen aan de orde zijn, buiten het systeem werden gelaten.

63. Dit onderzoek komt overeen met dat van het Bundesverwaltungsgericht in het reeds vaker genoemde arrest van 19 september

36 — In de punten 3 e.v. heb ik de ontwikkeling van de rechtspraak met betrekking tot de telecommunicatiediensten binnen de Gemeenschap beschreven.

37 — Het systeem van een vergoeding voor individuele vergunningen veronderstelt dat, om redenen van schaaleconomie, de bijdrage van iedere houder kleiner wordt als het aantal houders toeneemt (kantoren opzetten en personeel aannemen om diensten aan te bieden aan vier firma's is niet hetzelfde als voor vijfentwintig ondernemingen). Een methode die voorbijgaat aan de groei van het aantal deelnemers in een expansiemarkt, door een vergoeding te rekenen die, wegens de lengte van de vastgestelde periode, niet overeenkomt met de werkelijkheid, moet dus worden afgewezen.

38 — Artikel 12, lid 1, sub a, heeft betrekking op de kosten van het beheer, de controle van en het toezicht op de naleving van de gebruiksrechten en ook op die van „internationale samenwerking, harmonisatie en normering, marktanalyse, controle op de naleving en ander markttoezicht, alsmede regelgevende werkzaamheden in het kader van de opstelling en handhaving van afgeleid recht". Na herhaling van de beginselen van objectiviteit, transparantie en evenredigheid, wordt in die bepaling gesteld, dat de nationale reguleringsautoriteiten „een jaarlijks overzicht van hun administratieve kosten en het totale bedrag van de geïnde bijdragen [zullen publiceren]. In het licht van het verschil tussen het totale bedrag aan vergoedingen en het totale bedrag aan administratieve kosten, vinden de nodige aanpassingen plaats" (lid 2).

2001, omdat — zeer belangrijk — het TKG, met zijn uitvoeringsverordening TKLGebV 1997, richtlijn 97/13 omzet. [39] In de Duitse doctrine wordt deze mening gedeeld. [40]

64. Naar aanleiding van deze beschouwingen geef ik het Hof in overweging om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13, en in het bijzonder de beginselen van neutraliteit en evenredigheid, zich verzetten tegen de oplegging van een vergoeding voor de afgifte, het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van individuele vergunningen, die berekend is op basis van een raming van de algemene administratiekosten van de nationale reguleringsautoriteit over dertig jaar.

C — *De tweede prejudiciële vraag*

1. Voorafgaande beschouwingen: de juiste aanpak

65. Aangezien de bestreden aanslagen niet alleen strijdig zijn met het Duitse recht, zoals het Bundesverwaltungsgericht verklaarde, maar ook met het gemeenschapsrecht, moet worden onderzocht of de communautaire rechtsorde verlangt dat de geldigheid van de aanslagen wordt gecontroleerd, zelfs wanneer deze niet op het daarvoor geëigende moment zijn aangevochten.

66. De materie wordt op federaal niveau geregeld in het VwVfG. Zoals valt af te leiden uit de punten 24 tot en met 26 van deze conclusie en uit de verwijzingsbeschikkingen, laat deze wet niet toe de betreffende bestuurshandelingen nietig te verklaren, noch de vorderingen van ISIS en i-21 toe te wijzen.

67. Deze vaststelling legt de grenzen van het debat exact vast, en toont aan dat de op het arrest Kühne & Heitz gebaseerde doctrine onjuist is. In dat arrest laat het Hof, door het heronderzoek van een definitief besluit afhankelijk te stellen van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling ter zake in de nationale rechtsorde, het Bundesverwaltungsgericht met lege handen achter. Het had immers voor zo'n onbevredigende oplossing geen prejudiciële vraag behoeven te stellen. Het feit dat het Hof op dit gebied steeds naar het nationale recht blijft verwijzen, veroorzaakt bovendien ernstige problemen, waaronder de ongelijke bescherming van de op de com-

39 — In het arrest wordt de ontwikkeling van de telecommunicatiediensten en de drie decennia waarover de raming zich uitstrekt behandeld. Vastgesteld wordt dat men zich in 1997 nog geen voorstelling kon maken van de wijze waarop die zich zouden gaan ontwikkelen, en dat het onbekend was hoeveel binnenlandse of buitenlandse ondernemingen zouden kunnen concurreren met de voornaamste aanbieder, de vroegere monopolist, alsmede wat de gevolgen zouden zijn voor de vergunningen.

40 — Aldus Schütz, R., en Nüsken, J.P., „Gebühr für Telekommunikationslizenz — Rechtswidrige Haushaltssanierung auf Kosten des Wettbewerbs?", in *Multimedia und Recht*, 1998, blz. 523 tot en met 528. Von Roenne, H., „Gebühr fur TK-Lizenzen", in *Multimedia und Recht*, 1998, blz. XIV tot en met XVI, vraagt zich af of een periode van dertig jaar redelijk is voor een markt die in volle ontwikkeling is en of er over dertig jaar, of zelfs vroeger, nog wel dergelijke vergunningen zullen bestaan.

munautaire rechtsorde gebaseerde rechten het meest in het oog springt. [41]

68. In de hier voorgelegde zaken wordt geen uitspraak gevraagd over de vraag of volgens Duits recht de reeds definitief geworden aanslagen die aan de genoemde ondernemingen waren opgelegd, opnieuw kunnen worden onderzocht en eventueel nietig kunnen worden verklaard. De Duitse rechters hebben dat al in negatieve zin beslist. Gevraagd wordt of het gemeenschapsrecht, ondanks dat beletsel, die toetsing verlangt, en onder welke voorwaarden.

69. In de zaak Kühne & Heitz leidde dat dilemma tot een prejudiciële vraag van het Nederlandse College van Beroep voor het Bedrijfsleven. Advocaat-generaal Léger wees in zijn conclusie van 17 juli 2003, waarin hij in overweging gaf om het dilemma te benaderen vanuit de voorrang en de rechtstreekse werking van het Europees recht, de juiste weg aan om dat op te lossen.

70. Het Hof moet deze uitdaging aangaan en de vereisten van enerzijds de rechtszekerheid en anderzijds de communautaire rechtmatigheid tegen elkaar afwegen, teneinde duidelijk te maken of het eerste vereiste altijd een onneembare hindernis zal vormen, of in sommige gevallen moet wijken voor het tweede.

2. De grenzen van het beginsel van rechtszekerheid

71. Het belang van dit beginsel voor het goed functioneren van elke politieke entiteit is evident. In mijn conclusie van 28 januari 1999 in de zaak die tot het arrest Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a. (hierna: „arrest AssiDomän") [42] heeft geleid, heb ik erop gewezen dat het recht ordeloosheid verafschuwt, en zich dus wapens heeft verschaft om de hoofdoorzaak van ordeloosheid, namelijk instabiliteit, te bestrijden (punt 55).

72. Van die wapens heeft de rechtszekerheid een bijzondere betekenis, die tot uitdrukking wordt gebracht in het begrip „definitief geworden"; besluiten van de overheid worden onaantastbaar nadat de termijn is verstreken waarbinnen zij aangevochten kunnen worden, of wanneer zij, nadat alle beroepsmiddelen zijn uitgeput, door de rechter bevestigd zijn.

41 — Coutron, A., „Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren", in *Revue des affaires européennes*, 13de jaargang (2003-2004), 3, blz. 417-434, levert kritiek op het feit dat het Hof naar het nationale recht verwijst, omdat op die wijze het risico ontstaat dat verschillen in de bescherming van rechten van justitiabelen worden bekrachtigd (blz. 525 en 427). Ook Peerbux-Beaugendre, Z., „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)", in *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, blz. 559-567, vreest dat deze uitspraak een bron zal vormen van nieuwe verschillen in de toepassing van het gemeenschapsrecht (blz. 566). Martín Rodríguez, P., „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", in *Revista General de Derecho Europeo*, nr. 5, oktober 2004 (www.iustel.com), stelt dat het arrest bij een letterlijke uitlegging zijn betekenis zou verliezen, omdat er weinig rechtsstelsels zijn waarin de overheid de bevoegdheid heeft om een bestuurshandeling die bij vonnis is bekrachtigd, te toetsen.

42 — Arrest van 14 september 1999 (C-310/97, Jurispr. blz. I-5363).

73. Daarom kan een besluit, ook als het een gebrek vertoont, niet meer worden betwist nadat de termijn is verstreken om ertegen in beroep te gaan, en maakt de fout dan definitief deel uit van de rechtsorde.

74. De algemene regel [43] is dus dat definitieve bestuurshandelingen, ook al zijn zij onrechtmatig, onaantastbaar zijn, omdat geen enkel rechtssysteem duldt dat de geldigheid van rechtssituaties eindeloos ter discussie wordt gesteld.

75. Het Hof heeft getoond dat het zich door deze structurele regel voelde aangesproken, en heeft zich er vanaf zijn eerste uitspraken aan gehouden. [44] Het heeft in het arrest Kühne & Heitz (punt 24) verklaard dat die regel een algemeen beginsel is van het gemeenschapsrecht, een vaststelling die werd herhaald in het arrest Gerekens en Procola (punt 22). [45] In het arrest AssiDomän werd de opvatting afgewezen dat een gemeenschapsinstantie verplicht zou zijn om bestuurshandelingen waarbij de adressaat zich had neergelegd, opnieuw te onderzoeken, wanneer andere bestuurshandelingen met identieke inhoud, die wél op de juiste wijze waren bestreden, door de rechter werden vernietigd (punt 63).

76. Het meermaals genoemde beginsel van rechtszekerheid kan echter tot een belemmering worden voor de uniforme en correcte toepassing van het gemeenschapsrecht. [46] Daarom is in de rechtspraak aan dat beginsel geen absoluut karakter [47] of voorrang in iedere situatie toegekend. In het arrest SNUPAT/Hoge Autoriteit [48] wordt bepaald dat dit beginsel moet worden toegepast in combinatie met andere beginselen die waard zijn te worden beschermd.

77. De eerste van deze waarden die de rechtszekerheid begrenzen is de billijkheid [49], die ik in mijn conclusie in de zaak AssiDomän in overweging gaf in aanmerking te nemen, niet om een oplossing te vinden voor het destijds gerezen geschil, maar om in algemene zin de draagwijdte van de rechtszekerheid in het gemeenschapsrecht te bepalen. Hoewel het Hof de richting van mijn betoog volgde, vermeed het om zich over de grens van de billijkheid uit te spreken. Het feit dat een bestuurshandeling definitief is geworden, mag geen belemme-

43 — In de Duitse rechtsleer stelt Potacs, M., „Bestandskraft staatlicher Verwaltunsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts? — Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs C-453/00", in *Europarecht*, 2004, blz. 595-603, dat in zulke gevallen het gemeenschapsrecht alleen bij uitzondering voorrang heeft, en uitsluitend wanneer het nationale recht niet voldoende oplossingen biedt (blz. 602).

44 — In het arrest van 12 juli 1957, Algera e.a. (7/56 en 3/57–7/57, Jurispr. blz. 87), werden enkele overeenkomsten met betrekking tot personeel van de Gemeenschappelijke Vergadering van de EGKS nietig verklaard, met toepassing van regels over de herroeping van onrechtmatige handelingen die de wetgevingen van de lidstaten met elkaar gemeen hadden en die een heronderzoek ervan binnen een redelijke termijn mogelijk maakten.

45 — Arrest van 15 juli 2004 (C-459/02, Jurispr. blz. I-7315).

46 — Hatje, A., „Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungsmöglichkeiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts", in *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, Wenen, 2000, blz. 133-149, in het bijzonder blz. 135.

47 — Peerbux-Beaugendre, Z., „Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire", in *Revue française de droit administratif*, nr. 3, mei-juni 2005, blz. 473-481, ondersteunt die mening, omdat een eindvonnis niets méér is dan de uitdrukking van een relatieve „juridische waarheid", waarvan de gevolgen onder bepaalde omstandigheden kunnen worden beperkt.

48 — Arrest van 22 maart 1961 (gevoegde zaken 42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 103).

49 — De Commissie noemt het in haar schriftelijke opmerkingen „beginsel van materiële rechtmatigheid".

ring vormen om de inhoud ervan opnieuw te onderzoeken, als de handhaving ervan een situatie van onaanvaardbaar onrecht veroorzaakt. De meerderheid van de lidstaten, om niet te zeggen alle, voorzien op grond van dergelijke motieven in een uitzondering op de onaantastbaarheid van bestuurshandelingen waarvoor de beroepstermijn is verstreken. Het Duitse rechtssysteem levert daarvan een goed voorbeeld. Zoals wordt uiteengezet in de verwijzingsbeschikkingen, heeft de rechtspraak de discretionaire bevoegdheid die § 48 van het VwVfG aan de overheid toekent, ingeperkt door erkenning van het recht van de burger om te verzoeken om intrekking van de bestuurshandeling, wanneer de handhaving daarvan „absoluut onaanvaardbaar" zou zijn. [50]

78. Deze rem op de rechtszekerheid is dus duidelijk subjectief gekleurd. Door discriminaties en andere inbreuken op het rechtvaardigheidsgevoel [51] af te wijzen, wordt beoogd verstoringen uit te sluiten die indruisen tegen het meest elementaire rechtsgevoel.

79. Het andere punt waarop ik zou willen wijzen, en dat een objectiever karakter heeft, is te vinden in de „supralegaliteit". Deze omvat niet alleen de grondslagen die de basis vormen van de rechtsorde en de zuurstof leveren voor de overige regels, maar ook de gewenste richting. [52] Wanneer de handhaving van een definitieve bestuurshandeling de essentie van het rechtssysteem ondergraaft, of tot een dood spoor leidt, maakt dat de intrekking van de handeling onvermijdelijk.

80. In feite zijn beide grenzen gedeeltelijk „overlappend", want veel van de waarden waarop de billijkheid berust, vormen algemene beginselen die gemeen zijn aan de rechtsstelsels van de lidstaten, waarvan sommige op het hoogste niveau in positief recht zijn omgezet als fundamentele rechten van de persoon. Kortom, uitkomsten moeten worden afgewezen als zij een grotere rechteloosheid opleveren dan die welke zij willen bestrijden, want er bestaat geen grotere onzekerheid dan de onzekerheid die wordt veroorzaakt door onrechtvaardigheid of kennelijke onrechtmatigheid.

81. Daaruit volgt dat in de communautaire rechtsorde, bij wijze van uitzondering, de rechtszekerheid buiten werking zou worden gesteld om haar fundamenten te beschermen, door toe te staan besluiten die niet

50 — Zoals eerder gezegd (punt 26 van deze conclusie), is hiervan sprake als de handhaving van de bestuurshandeling zou ingaan tegen het beginsel van gelijke behandeling, in strijd zou zijn met de openbare orde of de goede trouw, als zij kennelijk onrechtmatig is, of als, in die omstandigheden, de enige juiste uitoefening van de beslissingsbevoegdheid zou bestaan in het annuleren van die bestuurshandeling.

51 — Het Spaanse recht vereist dat overheden — ambtshalve, op eigen initiatief of op verzoek van de belanghebbende — bestuurshandelingen waartegen geen administratief beroep meer openstaat, of waartegen niet op tijd is opgekomen, van rechtswege nietig verklaren, als deze inbreuk maken op rechten en vrijheden die door de Grondwet worden beschermd [artikelen 102, lid 1, juncto 62, lid 1, sub a, van de Spaanse wet 30/1992 van 26 november 1992 betreffende de regeling van het rechtsstelsel van de overheden en de gemeenschappelijke administratieve procedure *(Boletín Oficial del Estado* van 27 november 1992)].

52 — De Spaanse Grondwet van 1978 is op dit punt heel duidelijk. Nadat artikel 9, lid 1, bepaalt dat iedereen, zowel burgers als overheden, onderworpen is aan de Grondwet en aan het overige rechtsstelsel, wordt bij de beschrijving van de positie van de overheid de nuance aangebracht, dat deze in objectiviteit het algemeen belang dient en volledig ondergeschikt is aan de wet en aan het „recht" (artikel 103, lid 1), en onderworpen is aan controle door de rechter, waarbij niet alleen de rechtmatigheid van haar optreden wordt getoetst, maar ook de vraag of dat optreden beantwoordt aan de doelstellingen die het rechtvaardigen (artikel 106, lid 1).

meer kunnen worden aangevochten, opnieuw te onderzoeken.[53] Er moet echter wel worden nagegaan wanneer deze uitzondering geldt. Daartoe is het aan te raden de blik op het verleden te richten om te bevestigen dat de structurele patronen van die rechtsorde, die in ruime mate door de rechtspraak is gecreëerd, erop zijn gericht het nuttig effect ervan veilig te stellen en de doelstellingen van de verdragen te bereiken.

82. Eén grens mag echter nooit worden overschreden: de rechten van derden.[54] Wanneer die worden aangetast, moet de stabiliteit, ook al is zij onrechtvaardig, prevaleren, en moet de benadeelde via andere, wat kronkeliger, wegen schadeloos worden gesteld, zoals via de aansprakelijkheid van de staat voor niet-nakoming van het gemeenschapsrecht.

3. Een voortdurende strijd ter bescherming van het gemeenschapsrecht

83. In het arrest Van Gend & Loos[55] werd de communautaire rechtsorde gekwalificeerd als een onafhankelijke rechtsorde ten bate waarvan de lidstaten hun soevereiniteit hebben begrensd, en werd verder verklaard dat artikel 12 EEG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 25 EG) rechtstreekse werking heeft, en dat aan dat artikel individuele rechten voor de justitiabelen kunnen worden ontleend waarop een beroep kan worden gedaan voor de nationale rechter. Het arrest had als achtergrond de discrepantie tussen dit artikel van het EEG-Verdrag, waarin een verhoging van de douanerechten werd verboden, en een nieuw tarief dat in 1960 door de Nederlandse regering was vastgesteld en waarin voor sommige producten het invoerrecht van 3 % tot 8 % was verhoogd.

84. Het feit dat aan de gemeenschapsregelingen rechtstreekse werking werd toegekend, impliceerde de erkenning van de voorrang van het gemeenschapsrecht op de nationale rechtssystemen, welke voorrang al was aangekondigd in het arrest Commissie/Italië van 27 februari 1962[56], en expliciet werd geformuleerd in het arrest Costa/ENEL.[57] In deze uitspraak, waarin werd teruggegrepen op de argumenten van het arrest Van Gend & Loos over de overdracht van soevereiniteit en het bijzondere karakter van de communautaire rechtsorde, verklaarde het Hof dat de lidstaten niet een later genomen eenzijdige maatregel konden laten prevaleren boven een rechtsorde die zij op basis van wederkerigheid hadden aanvaard. Het voegde daaraan toe dat de doelstellingen van deze rechtsorde in het gedrang zouden komen, indien de werking ervan van de ene plaats tot de andere zou verschillen op grond van latere nationale regelgeving. De uitspraak was eveneens gebaseerd op artikel 189 EG-Verdrag (thans, na wijziging,

53 — Hatje, A., *op. cit.* in voetnoot 45, blz. 146, neemt een nabij standpunt in, door te stellen dat het gemeenschapsrecht voorrang heeft wanneer het formeel definitief karakter van een handeling een belemmering vormt voor de toepassing van dat recht.

54 — Budischowsky. J., „Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide", in *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, blz. 2-15, en Urlesberger, F., „Zur Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht", in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 2004, blz. 99-104, zijn van mening dat de bevoegdheid tot heronderzoek moet wijken waar de rechten van derden beginnen. Artikel 106 van de reeds aangehaalde Spaanse wet 30/1992 sluit deze bevoegdheid uit wanneer zij, door tijdsverloop of op grond van andere redenen, in strijd zou zijn met de *billijkheid*, de goede trouw, *het recht van particulieren* of de wet.

55 — Arrest van 5 februari 1963 (26/62, Jurispr. blz. 3).

56 — Zaak 10/61, Jurispr. blz. 1.

57 — Arrest van 15 juli 1964 (6/64, Jurispr. blz. 1141).

artikel 249 EG), dat verordeningen verbindend verklaart en dus verbiedt dat nationale bepalingen daarvoor een belemmering vormen, want anders zouden de fundamenten van de Gemeenschap worden aangetast.

85. De rechtstreekse werking en de voorrang zijn niet slechts technieken om de verhoudingen tussen verschillende rechtsordes vast te stellen, maar vormen de uitdrukking van de Gemeenschap als een associatie van staten, volkeren en burgers. [58] Gegeven de context waarin de arresten Van Gend & Loos en Costa/ENEL werden gewezen, bleef echter twijfel bestaan of die beginselen ook voor richtlijnen golden. In het arrest Ratti [59] werd echter aan richtlijnen dezelfde voorrang toegekend en geoordeeld dat iemand die zich, na afloop van de termijn voor de omzetting, aan de voorschriften van de richtlijn houdt, niet kan worden beoordeeld aan de hand van het nog niet aangepaste nationale recht.

86. De gelegenheid voor het Hof om zich over de andere eigenschap uit te spreken, werd geboden door een Duitse onderdaan, mevrouw Becker, die weigerde btw te betalen op bepaalde kredietransacties, hoewel die volgens de geldende Duitse wetgeving wel daaronder vielen. Zij beriep zich op artikel 13, deel B, sub d, eerste alinea, van de Zesde btw-richtlijn [60], die de lidstaten moesten omzetten vóór 1 januari 1979. In het arrest Becker van 19 januari 1982 [61] werd geoordeeld dat vanaf die datum de onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen van de Zesde richtlijn rechtstreeks in de Bondsrepubliek Duitsland konden worden ingeroepen, omdat dergelijke bepalingen, hoewel zij geen rechtstreekse werking hebben, die werking wél hebben wanneer de lidstaten ze niet omzetten, of dat op een verkeerde wijze doen. In die gevallen mag men aan die bepalingen het verbindend karakter dat artikel 189 van het Verdrag hun toekent, niet ontzeggen.

87. Deze eigenschap wordt dus gezien als een automatische „sanctie" ingeval de lidstaten hun verplichtingen omzeilen, zodat twijfel rees of dat ook zo werkt wanneer de richtlijnen horizontale rechtsverhoudingen regelen, waarin de overheid geen partij is. Het, overigens afwijzende, antwoord werd gegeven in arrest Marshall [62], dat het eerste is van een lange rij waarin het arrest Pfeiffer e.a. [63] een van de laatste schakels is.

88. De genoemde kenmerken van het gemeenschapsrecht staan echter niet toe, te

58 — Rodríguez Iglesias, G.C., „El Poder Judicial en la Unión Europea", in *La Unión Europea tras la Reforma*, Universiteit van Cantabrië, 1998, blz. 15.

59 — Arrest van 5 april 1979 (148/78, Jurispr. blz. 1629).

60 — Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1).

61 — Zaak 8/81, Jurispr. blz. 53.

62 — Arrest van 26 februari 1986 (152/84, Jurispr. blz. 723).

63 — Arrest van 5 oktober 2004 (gevoegde zaken C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835).

gedogen dat de communautaire bepalingen niet worden toegepast, omdat anders de doelstellingen van de Verdragen zouden worden ondergraven. Het Hof benadrukte dat het beginsel van loyale samenwerking, opgenomen in artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG), de lidstaten verplicht, de algemene en bijzondere maatregelen te nemen die geschikt zijn om de in de richtlijnen neergelegde doelstellingen te bereiken, een taak die alle nationale instanties, ook de rechterlijke, moeten vervullen. Deze opvatting, geconcretiseerd in het arrest Von Colson en Kamann [64], heeft de afwijzing van de rechtstreekse werking van richtlijnen in een geschil tussen particulieren afgezwakt, en daarmee de doctrine van de „richtlijnconforme uitlegging" in het leven geroepen. Volgens deze lijn moet de nationale rechter bij de toepassing van zijn eigen recht dit recht uitleggen in de zin van de gemeenschapsregel, om op die wijze te voldoen aan artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag.

89. In het arrest Marleasing [65] werd op deze lijn verdergegaan en werd de concrete oplossing aangegeven om de communautaire rechtsorde te versterken. Onderwerp van het geschil was de nietigheid van de oprichtingsovereenkomst van een vennootschap wegens het ontbreken van een oorzaak, een grond die niet genoemd wordt in artikel 11 van richtlijn 68/151/EEG [66], die niet is omgezet in Spaans recht, maar wel in de artikelen 1261 en 1275 van het Spaanse Burgerlijk Wetboek. Het Hof koos voor een uitlegging van het nationale recht in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, en verbood de vaststelling van de nietigheid van een vennootschap om een andere reden dan die welke worden opgesomd in artikel 11. De verwijzende rechter [67] beslechtte het geschil door in plaats van de artikelen uit het Burgerlijk Wetboek, de gemeenschapsregeling toe te passen.

90. Deze consequentie was al erkend in de rechtspraak. Het arrest Simmenthal [68] verplichtte de rechters van de lidstaten om zorg te dragen voor de volledige werking van het gemeenschapsrecht, en om, mocht dat nodig zijn, de daarmee strijdige bepalingen van nationaal recht, zelfs van latere datum, terzijde te schuiven, zonder te wachten tot zij buiten werking zouden zijn gesteld of uit het rechtsstelsel zouden zijn verwijderd op grond van een grondwettelijke procedure. De andere kant van de medaille vormt het arrest Fratelli Costanzo [69], met de verplichting een richtlijn, zelfs ambtshalve, toe te passen, ondanks het bestaan van nationale regels die daarmee in strijd zijn.

91. Het doel is steeds hetzelfde, namelijk het nuttig effect van het gemeenschapsrecht te garanderen. De doctrine van de conforme uitlegging en de bevoegdheid om het nationale recht te negeren, vormen omwegen die noodzakelijk zijn omdat de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen niet wordt erkend. Het arrest Arcaro [70] is daarvan een goed voorbeeld. Het Hof wees op het

64 — Arrest van 10 april 1984 (14/83, Jurispr. blz. 1891).

65 — Arrest van 13 november 1990 (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135).

66 — Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweedealinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8).

67 — Uitspraak van de Juzgado de Primera Instancia nr. 1 te Oviedo van 23 februari 1991.

68 — Arrest van 9 maart 1978 (106/77, Jurispr. blz. 629).

69 — Arrest van 22 juni 1989 (103/88, Jurispr. blz. 1839).

70 — Arrest van 26 september 1996 (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705).

ontbreken van een mechanisme om met een richtlijn strijdige nationale bepalingen op te heffen, en gaf toe dat de verplichting van de rechter om die bepalingen in het licht van de gemeenschapsregeling te interpreteren, op onoverkomelijke obstakels stuit, wanneer deze regeling aan een particulier een verplichting oplegt die nog niet in de wet is opgenomen. Zelfs in het reeds aangehaalde arrest Pfeiffer e.a. werd dit probleem niet definitief opgelost, aangezien het Hof — in de lijn van hetgeen ik in overweging heb gegeven in mijn conclusie van 27 april 2004, de tweede die ik over dit onderwerp heb geschreven — voorstelde dat de nationale rechters zich bij die uitlegging niet zouden beperken tot het onderzoek van de nationale bepalingen die waren aangenomen om de richtlijnen om te zetten, maar het gehele nationale recht in de beschouwing zouden betrekken, om een resultaat te bereiken dat geen inbreuk maakt op het gemeenschapsrecht.

92. Het Hof, dat altijd streeft naar de doeltreffendheid van dit recht, heeft deze cirkel willen sluiten, teneinde te vermijden dat de problemen met de verwevenheid tussen het gemeenschapsrecht en de nationale rechtssystemen tot een doodlopende weg zouden leiden. Het arrest Francovich en Bonifaci [71] bekrachtigde het beginsel dat, wanneer het intrinsieke doel van een richtlijn niet door middel van uitlegging kan worden bereikt, de lidstaat de schade moet vergoeden die de burgers is veroorzaakt doordat de bepalingen van die richtlijn niet binnen de termijn in nationaal recht zijn omgezet, of wanneer dat niet op de juiste wijze is gedaan. Het geheel van gemeenschapsregels zou op losse schroeven komen te staan en de bescherming van de op die regels gebaseerde rechten zou verzwakken, indien de rechthebbenden geen schadevergoeding zouden kunnen krijgen in geval van schending van deze rechten door toedoen van een lidstaat. Dat klemt te meer indien de afdwingbaarheid van dergelijke rechten afhankelijk is van een handeling van de staat, zodat de burgers, bij ontbreken van een dergelijke handeling, voor hun rechterlijke instanties geen beroep op die rechten kunnen doen. Het Hof baseerde deze gedachtegang ook op het eerdergenoemde artikel 5 van het Verdrag, dat dwingt de onrechtmatige gevolgen van een inbreuk op het gemeenschapsrecht op te heffen.

93. Dit laatste arrest schetste de voorwaarden voor het ontstaan van de schadevergoedingsplicht. Latere uitspraken hebben ze gepreciseerd door bepaalde overheidsinstanties als aansprakelijk aan te wijzen. In het arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame [72] werd die staatsaansprakelijkheid erkend, al was de inbreuk afkomstig van de wetgevende macht, terwijl in het arrest Köbler [73] hetzelfde gebeurde met betrekking tot de rechterlijke macht. In het arrest Commissie/Italië van 9 december 2003 [74] werd ook de Staat als wetgever aansprakelijk gesteld omdat hij geen wijzigingen had aangebracht in een wet die door de Italiaanse rechters geïnterpreteerd werd op een wijze die inging tegen de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht. [75]

71 — Arrest van 19 november 1991 (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357).

72 — Arrest van 5 maart 1996 (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029).

73 — Arrest van 30 september 2003 (C-224/01, Jurispr. blz. I-10239).

74 — Zaak C-129/00, Jurispr. blz. I-14637.

75 — Martín Rodríguez, P., *op. cit.* in voetnoot 40, noemt de arresten Kühne & Heitz, Köbler en Commissie/Italië de „beginselverklaring van de rechterlijke aansprakelijkheid".

4. De voorwaarden voor heronderzoek van bestuurshandelingen

94. Uit hetgeen in de vorige punten is uiteengezet, volgt dat de criteria voor de geldigheid of de buitenwerkingstelling van normen, voor de uitlegging ervan, alsmede voor hun onderlinge hiërarchie of voor de strikte gebondenheid van de rechters aan de wet, die in de grondwetten van de lidstaten van even groot belang zijn als de rechtszekerheid, zijn geweken bij het streven om de werkzaamheid van het gemeenschapsrecht te garanderen, zonder de wortels van de nationale rechtsordes aan te tasten.

95. Aangezien, zoals gezegd, de consequenties van de rechtszekerheid soms door de billijkheid en de algemene rechtsbeginselen worden verzacht, is datzelfde ook aan te bevelen wanneer een rigoureuze toepassing van de rechtszekerheid het wezen van het gemeenschapsrecht zou aantasten en zou leiden tot situaties die de hand lichten met die beginselen. Als die gedachtegang op de bijzondere omstandigheden van ISIS en i-21 wordt toegepast, mag men concluderen dat er termen aanwezig zouden zijn voor een herbeoordeling van de definitieve aanslagen, indien de handhaving ervan de doelstellingen van het gemeenschapsrecht zou ondergraven en zou leiden tot onrecht dat in strijd is met de fundamenten van dat recht, met name met de eis van evenredigheid. [76]

76 — Galetta, D.U., *op. cit.* in voetnoot 7, blz. 58, wijst op de rol van de evenredigheid, die verlangt dat de omstandigheden van elk geval in aanmerking worden genomen.

a) Een uitkomst die de liberalisering van de telecommunicatiemarkt belemmert

96. De eerste stap zou derhalve zijn, te onderzoeken of de handhaving van de hoge aanslagen, die door ISIS en i-21 zonder protest betaald zijn, terwijl aan andere marktpartijen, na beroep of na onderhandeling, de bedragen werden teruggegeven, de doelstellingen van richtlijn 97/13 en, in het algemeen, de regeling tot liberalisering van de telecommunicatiemarkt frustreert.

97. De oplossing die ik voor de eerste prejudiciële vraag in overweging heb gegeven, vormt daarvoor een aanwijzing, omdat, zoals gezegd, artikel 11, lid 1, zich verzet tegen een aanslag als voorzien in de TKLGebV 1997. Deze abstracte constatering heeft echter geen betekenis, want de loutere tegenstrijdigheid vormt geen belemmering die niet door de wil van de wetgever zou kunnen worden overwonnen.

98. De beslissing wordt duidelijker als wij dieper ingaan op de fiscale bepalingen van richtlijn 97/13 en op de manier waarop de gebeurtenissen zijn verlopen.

99. Artikel 11 en artikel 6 bevorderen de concurrentie op het gebied van telecommunicatiediensten, door te verbieden dat de

ondernemingen meer lasten moeten dragen dan die welke in deze artikelen zijn voorzien, met het doel de komst van nieuwe marktdeelnemers te vergemakkelijken; op die wijze dragen deze artikelen bij tot de invoering van een gemeenschappelijke markt in die sector, en waarborgen zij de vrijheden van verkeer, zonder méér belemmeringen dan die welke in het algemeen belang nodig zijn. [77]

100. Indien derhalve prestaties worden verlangd die anders zijn dan die welke uitdrukkelijk zijn geregeld in richtlijn 97/13 (zaak Albacom en Infostrada) of die, ook al is aan de bepalingen van die richtlijn voldaan, op ongelijke wijze worden geïnd (zaken ISIS Multimedia en Firma 02), worden de doelstellingen van de Gemeenschap ondergraven. Precies hiertegen komen ISIS en i-21 op.

101. Op het tijdstip waarop de hier bestreden aanslagen werden vastgesteld (de eerste op 18 mei 2001, de tweede op 14 juni 2000), waren op de Duitse markt 305 ondernemingen actief die houder waren van een vergunning klasse 3 en 4. Van deze groep kregen er negen het bedrag terug nadat zij een beroep ter zake hadden gewonnen; 149 kwamen echter via onderhandeling tot dezelfde uitkomst. Een andere groep, bestaande uit vijf ondernemingen, kwam op hetzelfde resultaat uit doordat de aanslagen ambtshalve werden herroepen, hoewel deze nog niet definitief waren toen het Bundesverwaltungsgericht het arrest van 19 september 1991 wees. Acht ondernemingen verkeerden in dezelfde situatie als ISIS en i-21.

102. Derhalve heeft een groep houders van vergunningen klasse 3 en 4 de ongetwijfeld hoge vergoedingen (vooral ISIS met 67 316,69 EUR en i-21 met 5 419 693,94 EUR) van de nietig verklaarde TKLGebV 1997 betaald, terwijl de rest op de markt opereert tegen betaling van de vergoedingen op grond van de TKLGebV 2002, die schommelen tussen 1 000 en 4 260 EUR. De verschillen zijn enorm, onlogisch, en vinden noodzakelijkerwijze hun weerslag op de financiële balans van de ondernemingen.

103. In een overgangsfase van een gesloten markt, beheerst door bijzondere en uitsluitende rechten voor bepaalde ondernemingen, naar een markt waarin wordt gestreefd naar concurrentie en liberalisering, wordt door iedere rem op de invoeging van nieuwe marktdeelnemers de *status quo* bevestigd en de concurrentie beperkt, vooral als daarin discriminatoire aspecten meespelen. Het reeds aangehaalde arrest Connect Austria is op dat punt heel duidelijk. Daarin wordt herhaald dat een systeem van eerlijke concurrentie alleen mogelijk is als gelijke kansen voor alle deelnemers worden gegarandeerd (punt 83), zodat het Hof in het arrest ISIS Multimedia en Firma 02, eveneens reeds genoemd, heeft kunnen oordelen dat richt-

77 — Voor een teleologische uitlegging van de sinds 1990 aangenomen richtlijnen verwijs ik naar de punten 45 e.v. van mijn conclusie in de eerder genoemde zaak Nuova società di telecomunicazioni.

lijn 97/13 zich verzet tegen een voorkeursbehandeling voor de vroegere monopolist, die ook tegenwoordig nog een machtspositie inneemt. Daarom moeten de reguleringsautoriteiten neutraal handelen, en mogen zij geen willekeurige ongelijkheid introduceren.

104. Samenvattend, bevestigt de handhaving van de in de prejudiciële vragen bedoelde onrechtmatige bestuurshandelingen (waarvan de gevolgen, laat men dat niet vergeten, zich over dertig jaar zullen uitstrekken) een situatie die in strijd is met het gemeenschapsrecht en die de voltooiing van het geleidelijk proces van liberalisering, dat is ingezet met de richtlijnen 90/387/EEG [78] en 90/388/EEG [79], bemoeilijkt.

105. Er moet bovendien worden onderzocht of dat gevolg wezenlijk onrechtvaardig is, en strijdig met de beginselen die het gemeenschapsrecht inspireren.

b) Een onacceptabele consequentie

106. In de eerste plaats bevestigt deze uitspraak een ongelijke behandeling van rechtssubjecten die schijnbaar in eenzelfde positie verkeren, omdat zij alle houder zijn van vergunningen klasse 3 en 4 om deel te nemen aan de Duitse markt. [80] Als voor dat verschil in behandeling geen objectieve en redelijke verklaring zou bestaan, zou deze radicale ontkenning van een kernregel van het gemeenschapsrecht [81] de verplichting doen ontstaan tot heronderzoek van de bestreden aanslagen, ondanks het feit dat deze aanslagen definitief waren geworden. Als daarvoor echter wel een bevredigende verklaring bestond, zou om redenen van rechtszekerheid geen nieuw onderzoek mogen worden ingesteld.

107. Men zou kunnen aanvoeren dat de geschiedenis van ISIS en i-21 niet overeenkomt met die van de andere ondernemingen, omdat zij de aanslagen die hun werden toegezonden niet hebben aangevochten, hetgeen zou rechtvaardigen dat zij onder een ander regime vallen. Die bewering is echter niet helemaal waar, want sommige ondernemingen die de bedragen hebben teruggekregen, hebben evenmin beroep ingesteld, namelijk de ondernemingen die met de reguleringsautoriteit overeenkomsten van „gelijke behandeling" hebben gesloten en die, volgens de informatie van de Duitse regering, hebben afgezien van het instellen van beroep na terugbetaling van de betaalde rechten. Andere ondernemingen hoefden zelfs geen beroep in te stellen, omdat hun aanslagen ambtshalve nietig werden verklaard.

78 — Richtlijn van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van Open Network Provision (ONP) (PB L 192, blz. 1).

79 — Richtlijn van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten (PB L 192, blz. 10).

80 — Reinersdorff, W., „Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids", in *Multimedia und Recht*, 2002, blz. 299 tot en met 300, vestigt de aandacht op de gecompliceerde paradoxale situatie van de ondernemingen die de vergoeding betaalden zonder enige gerechtelijke actie in te stellen, en stelt voor dat zij om de ten onrechte betaalde bedragen terug te krijgen een vordering tot schadevergoeding instellen op grond van aansprakelijkheid van de staat voor een onjuiste omzetting van richtlijn 97/13.

81 — Het verbod op elke ongerechtvaardigde ongelijkheid maakt deel uit van de rechtsordes van de lidstaten en wordt via artikel 6 EU, lid 2, opgenomen als algemeen beginsel van het gemeenschapsrecht.

108. Het is onbelangrijk wat de redenen zijn geweest waarom ISIS en i-21 buiten de onderhandelingen zijn gebleven [82], omdat het feit dat zij geen beroep instelden, waardoor de hun opgelegde onrechtmatige aanslagen onaanvechtbaar werden, nog geen reden oplevert voor het afwijkende, ongunstige en disproportionele regime. Verschillende argumenten ondersteunen die mening.

109. In de eerste plaats, vanuit een puur instrumenteel standpunt, is hun passiviteit niet gelijk te stellen met een gebrek aan zorgvuldigheid, want toen hun de aanslag werd opgelegd, was nog niet de onrechtmatigheid uitgesproken van de TKLGebV 1997 en de bestuurshandelingen die ter uitvoering daarvan waren verricht. [83] In die tijd kon men, met andere woorden, van hen nog geen dergelijke voorzorgsmaatregelen verwachten, aangezien de later vastgestelde fout toen niet bekend was.

110. In de tweede plaats, vanuit een breder perspectief, is het niet acceptabel dat, binnen het rechtskader dat voor deze zaken geldt, de opname in de rechtsorde van een onrechtmatigheid die niet verenigbaar is met haar doelstellingen, zou afhangen van een zo willekeurig feit als de datum van een arrest, namelijk 19 september 2001. Deze discriminatie tussen marktdeelnemers, die zowel de gelijke kansen bij de toegang tot de telecommunicatiemarkt als de liberalisering ervan verstoort, gebaseerd op de dag waarop het Bundesverwaltungsgericht de TKLGebV 1997 nietig heeft verklaard, mag niet leiden tot weigering van de herbeoordeling van de aanslagen, die toen niet meer konden worden bestreden. Evenmin mag die consequentie worden verbonden aan de ambtshalve herroeping van de overige aanslagen, die werden vervangen door de lagere aanslagen van de TKLGebV 2002. De ondernemingen die het geluk hadden dat hun aanslag later werd opgelegd, ontvingen een onverwacht cadeautje, waar zij niets voor hadden behoeven te doen.

111. Tenslotte, vanuit een meer inhoudelijke visie, verheft de handhaving van een onrechtmatig besluit — onafhankelijk van zijn draagwijdte en zijn effecten op het rechtssysteem —, op grond dat het door de adressaat is „aanvaard", een zuiver technisch instrument ten dienste van de rechtsorde tot een absoluut niveau, en volgt zij bovendien een logica die eigen is aan het privaatrecht, waarmee wordt voorbijgegaan aan de essentiële verbondenheid van de overheid met het algemeen belang en de rechtmatigheid. Daarop heb ik ook gewezen in punt 49 van mijn reeds aangehaalde conclusie in de zaak AssiDomän.

112. Voor het juiste begrip wijs ik op enkele gevallen van „definitieve" beschikkingen, die van elkaar verschillen in legitimiteit, aard en in de mogelijkheid dat zij aan controle worden onderworpen. De vereisten in verband met de rechtszekerheid worden hoger indien de bestuurshandeling de rechterlijke controle heeft gepasseerd, welke aan het „definitieve karakter" het „gezag van

82 — Zoals zij in hun mondelinge opmerkingen duidelijk hebben gemaakt, was i-21, een Britse onderneming die in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd, niet op de hoogte van de mogelijkheid om tot een akkoord te komen, terwijl ISIS dat wel deed, maar slechts gedeeltelijk.

83 — Ter terechtzitting is opgemerkt dat het Oberverwaltungsgericht (hoogste administratiefrechtelijk college) van Noordrijn-Westfalen de correctie als vaststaand aannam in zijn beschikking van 27 oktober 1999, gewezen op een incident betreffende conservatoire maatregelen (zaak 13 B 843/99, gepubliceerd in *Multimedia und Recht*, 2000, blz. 115 e.v.).

gewijsde" toevoegt. Binnen het spanningsveld tussen stabiliteit en legaliteit is het laatste begrip [gezag van gewijsde] van meer gewicht, terwijl het eerste [het feit dat een beslissing definitief is geworden], zoals het geval is in de hoofdgedingen [84], een puur administratief karakter heeft.

113. Ondanks dit alles zou men echter kunnen tegenwerpen dat het verschil in situatie reden zou kunnen zijn voor een iets ander regime, omdat de ondernemingen verschillende beddingen zouden hebben gebruikt om in dezelfde zee uit te komen. De ondernemingen die opkwamen tegen de betrokken aanslag, of erover onderhandelden, zouden in die zee zijn uitgekomen via een rechte geul: nietigverklaring na ambtshalve heronderzoek. Zij die een passieve houding aannamen en de termijn voor het instellen van beroep lieten verlopen, zouden hetzelfde resultaat hebben bereikt via een veel kronkeliger bedding: schadevergoeding wegens financiële aansprakelijkheid van de staat. In dit overzicht ontbreekt echter de mogelijkheid dat ondernemingen die ervoor hadden gekozen om niets te doen, profiteerden van een gebeurtenis waar zij zelf geen invloed op hadden (het arrest van het Bundesverwaltungsgericht, op een moment dat hun aanslag nog niet definitief was geworden), waardoor zij die vrucht zomaar in de schoot geworpen kregen. Het overzicht gaat uit van een puur subjectieve zienswijze, en vergeet de objectieve dimensie van het openbaar belang, dat een gelijke behandeling verlangt teneinde elke belemmering voor de liberalisering van de telecommunicatiemarkt weg te nemen.

84 — Dit gegeven onderscheidt de hoofdgedingen van de zaak Kühne & Heitz, waarin de bestuurshandeling door de rechter werd bekrachtigd door een uitspraak in laatste instantie.

114. Samenvattend meen ik dat in beide gevallen waarin om een prejudiciële beslissing is verzocht, een inbreuk op het gemeenschapsrecht is gemaakt, die in strijd is met de billijkheid en de algemene rechtsbeginselen die de grondslag ervan vormen, en dat daarom naar een passende oplossing moet worden gezocht.

5. De procesautonomie van de lidstaten in haar juiste dimensie

115. Het antwoord is volkomen duidelijk: als dat nodig is moeten de nationale rechters bestuurshandelingen opnieuw onderzoeken via de procedure van hun nationale rechtsstelsel. [85] Daarbij zij aangetekend dat het, bij ontbreken van geharmoniseerde regelgeving [86], tot de bevoegdheid van de lidstaten behoort, te voorzien in procedures voor de bescherming van de rechten die voortvloeien uit het gemeenschapsrecht. Deze bevoegdheid heeft echter twee grenzen: in de eerste plaats mag de regeling die de lidstaat daarvoor instelt, niet minder gunstig zijn dan de regeling voor vergelijkbare nationale beroepsprocedures (gelijkwaardigheidsbeginsel); in de tweede plaats moet zij aldus

85 — Volgens Galetta. D.U., *op. cit.* in voetnoot 7, moet de nationale overheid, in het kader van de aan de lidstaten verleende procesautonomie, met gebruikmaking van de instrumenten die haar ten dienste staan, de gevolgen van een inbreuk op het gemeenschapsrecht wegnemen (blz. 49).

86 — Soriano, J.E., „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)", in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nr. 200, april-mei 1999, blz. 49-54, pleit voor het opstellen van een regeling voor een „communautaire administratieve procedure".

zijn ontworpen, dat in de praktijk de uitoefening van dergelijke acties niet uiterst moeilijk of onmogelijk is (doeltreffendheidsbeginsel). [87]

116. De rechtssystemen van de lidstaten kennen, onder verschillende benamingen, de mogelijkheid om bestuurshandelingen waartegen geen beroep openstaat te herzien, wanneer deze lijden aan bepaalde gebreken. In het Duitse recht kent § 48 van het VwVfG de overheid de bevoegdheid toe, een onrechtmatige beschikking in te trekken, ook als deze definitief is geworden. Als de handhaving ervan als „absoluut onaanvaardbaar" wordt gezien, heeft de nationale rechtspraak deze discretionaire bevoegdheid ingeperkt en zelfs tot nul gereduceerd door de nietigverklaring verplicht te stellen.

117. Het staat dus aan de verwijzende rechter deze bepaling uit te leggen en toe te passen, zodat artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 zijn volledige werking kan ontplooien, met inachtneming van de genoemde beginselen, met garanties voor de rechten van derden en met vermijding van oplossingen *contra legem.*

118. Men moet niet vergeten dat lid 1, net als lid 2 van het artikel, inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, zodat het rechtstreekse werking heeft. [88] Dat feit verplicht de nationale rechter om ernaar te streven, op grond van de procedurele regels van zijn land een oplossing te bieden die coherent is met dit kenmerk van de gemeenschapsbepaling. De verplichting tot uitlegging van het nationale recht conform de eisen van het gemeenschapsrecht, zoals die is neergelegd in het arrest Marleasing, en met de reikwijdte die in het arrest Pfeiffer e.a. is aangegeven, is hier in alle duidelijkheid zichtbaar.

119. Uitstijgend boven de bijzonderheden van het Duitse rechtssysteem, dat aan de rechter een wetsartikel verschaft ter ondersteuning van zijn taak om de effectiviteit van de communautaire rechtsorde te garanderen, zou het probleem via uitlegging kunnen worden opgelost. [89] In het arrest Ciola [90]

87 — De arresten Rewe van 16 december 1976, reeds aangehaald, en Comet (45/76, Jurispr. blz. 2043), waren de eerste van een lange rij waarin dat zo werd uitgesproken. Het arrest Wells van 7 januari 2004 (C-201/02, Jurispr. blz. I-723), maakte gebruik van de bovengenoemde rechtspraak voor het intrekken of schorsen van een exploitatievergunning voor een afgraving, die verleend was zonder onderzoek van de milieueffecten.

88 — In het eerder genoemde arrest Connect Austria is die eigenschap toegekend aan artikel 11, lid 2, van de richtlijn.

89 — Frenz, W., „Rücknahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen belastenden VA", in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, blz. 373-376, pleit voor de toepassing van nationale wetgeving, als deze voorziet in de intrekking van definitieve bestuurshandelingen, waarbij de daarin erkende discretionaire bevoegdheid tot verplichting wordt. Als echter het nationale recht daarvoor geen regeling kent, pleit de schrijver ervoor de nationale procedureregels terzijde te stellen, teneinde ongelijkheid tussen de lidstaten te vermijden. Hij wijst erop dat het definitieve karakter het gemeenschapsrecht kan blokkeren, hetgeen echter door het Hof wordt verboden, zoals volgt uit de rechtspraak over de rechtstreekse werking van de richtlijnen en de aansprakelijkheid van de staat. Budischowsky, J., „Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide", in *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, blz. 2-15, neemt datzelfde standpunt in, door te stellen dat de communautaire rechtsorde voorrang moet hebben boven nationale normen die een ambtshalve heronderzoek verbieden. Volgens Antonucci, M., „Il primato del diritto comunitario", in *Il Consiglio di Stato*, 2004, blz. 225-233, hebben de nationale overheden geen andere keuze dan hun eerdere beschikkingen, die volgens de uitlegging van het Hof in strijd zijn met die rechtsorde, te herzien. Gentili, F., „Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.", in *Il Consiglio di Stato*, 2004, blz. 233-238, wijst erop dat het betrokken beginsel verlangt dat elke administratieve beschikking die in strijd is met de genoemde rechtsorde *ex officio* nietig moet worden verklaard, en dat de discretionaire bevoegdheid die de overheid op dit punt in veel nationale rechtsordes bezit, moet komen te vervallen.

90 — Arrest van 29 april 1999 (C-224/97, Jurispr. blz. I-2517).

werd verklaard dat de rechtsbescherming van de justitiabelen niet kan worden aangetast door een definitief geworden bestuurshandeling die onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht. In de derde pijler van de Europese Unie, waar de kaderbesluiten geen rechtstreekse werking hebben [artikel 34, lid 2, sub b, EU], werd in het recente arrest Pupino [91] de verwijzende rechter bevoegd verklaard om een afwijkende procedureregel (het vooraf horen van een getuige buiten het onderzoek ter terechtzitting in een strafproces) toe te passen in een situatie die door de nationale wetgever niet was geregeld, om te voldoen aan de doelstellingen van Kaderbesluit 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure. [92]

120. Met hetzelfde doel heeft het Hof, ook in gerechtelijke procedures, weliswaar bij wijze van uitzondering, uitleggingen verdedigd die ingingen tegen de bewoordingen van het nationale recht. Volgens de rechtspraak Simmenthal en Factortame e.a. [93] moeten de rechters namelijk alle voorschriften buiten beschouwing laten die een hindernis vormen voor de volle werking van het gemeenschapsrecht. In die zin werd in het arrest Peterbroeck [94] bepaald dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen een nationale procesregel die, in de context van het hoofdgeding [95], het de rechter verbood om ambtshalve de verenigbaarheid van een handeling van nationaal recht met het gemeenschapsrecht te onderzoeken, indien de justitiabele daar niet binnen een bepaalde termijn om heeft verzocht. Vervolgens verklaarde het Hof in het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores [96] dat het vereiste van de richtlijnconforme uitlegging de rechter ertoe verplicht, de uitlegging te volgen die hem de mogelijkheid biedt om toepassing te geven aan richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 [97] betreffende consumentenbescherming, en zich ambtshalve onbevoegd te verklaren ingeval hij als bevoegde rechter is aangewezen in een oneerlijk beding. In dezelfde lijn oordeelde het Hof in het arrest Cofidis [98], dat deze richtlijn zich verzet tegen een nationale regelgeving die — in het kader van een vordering die door de verkoper is ingesteld tegen een consument en is gebaseerd op een tussen hen gesloten overeenkomst — het de nationale rechter na het verstrijken van een vervaltermijn verbiedt om, ambtshalve of na een door de consument opgeworpen exceptie, vast te stellen dat een in de overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is. In het arrest Larsy [99] oordeelde het Hof dat de nationale regels (in dit geval: het beginsel van het gezag van gewijsde) buiten toepassing moeten worden gelaten voor zover deze een belemmering vormen voor een effectieve bescherming van de rechten die ontleend worden aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht.

121. Daarom maakt artikel 11 van richtlijn 97/13, op grond van het beginsel van loyale samenwerking dat in artikel 10 EG is vastgelegd, de toetsing mogelijk van aanslagen die in strijd daarmee zijn vastgesteld en definitief zijn geworden omdat zij niet op tijd

91 — Arrest van 16 juni 2005 (C-105/03, Jurispr. blz. I-5285).

92 — PB L 82, blz. 1.

93 — Arrest van 19 juni 1990 (C-213/89, Jurispr. blz. I-2433).

94 — Arrest van 14 december 1995 (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599).

95 — Die context wordt beschreven in de punten 17-21 van het arrest.

96 — Arrest van 27 juni 2000 (C-240/98–C-244/98, Jurispr. blz. I-4941).

97 — Richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB L 95, blz. 29).

98 — Arrest van 21 november 2002 (C-473/00, Jurispr. blz. I-10875).

99 — Arrest van 28 juni 2001 (C-118/00, Jurispr. blz. I-5063).

zijn aangevochten, indien de handhaving daarvan een schending betekent van de geest van die bepaling en onrechtvaardige situaties veroorzaakt, die indruisen tegen de billijkheid of de andere beginselen die de communautaire rechtsorde inspireren. De nationale rechters dienen hun nationale recht op zodanige wijze uit te leggen dat het, wanneer dergelijke omstandigheden zich voordoen, een heronderzoek van de genoemde bestuurshandelingen mogelijk maakt, onverlet de rechten van derden.

VI — Conclusie

122. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging aan het Bundesverwaltungsgericht het volgende te antwoorden:

„1) Artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, staat eraan in de weg dat voor de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van individuele vergunningen een vergoeding wordt geheven, bij de berekening waarvan wordt uitgegaan van een raming van de algemene beheerskosten van de reguleringsautoriteit over een periode van dertig jaar.

2) Gezien de verplichting tot loyale samenwerking van artikel 10 EG, vereist artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 dat aanslagen voor individuele vergunningen die strijdig zijn met die bepaling en definitief zijn geworden omdat zij niet zijn aangevochten binnen de daarvoor gestelde termijnen, opnieuw kunnen worden onderzocht indien zij verhinderen dat het doel van die bepaling wordt bereikt en situaties bevestigen die in strijd zijn met de billijkheid en de beginselen waarop de communautaire rechtsorde berust. De nationale rechters dienen hun nationale recht zodanig uit te leggen dat het dit heronderzoek mogelijk maakt, onverlet de rechten van derden."