FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 16 mars 2006 [1]

I — Inledning

1. Bundesverwaltungsgericht (högsta förvaltningsdomstol) i Tyskland har begärt tolkning av artikel 10 EG och artikel 11.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet. [2]

2. Bundesverwaltungsgericht behöver ett förhandsavgörande för att kunna lösa två tvister i vilka det råder oenighet om huruvida beslut om avgift för beviljande av tillstånd i nämnda teletjänstsektor som vunnit laga kraft på grund av att de inte överklagats i tid kan omprövas.

3. Vart och ett av de två besluten om hänskjutande innehåller två identiska frågor. För svaret på den första frågan krävs en fördjupning i rättspraxis beträffande direktiv 97/13, särskilt vad gäller domarna i målen Connect Austria [3], Albacom och Infostrada [4] samt ISIS Multimedia och Firma 02, [5] inför vilka jag i de två senare målen lämnade förslag till avgörande. [6] Den andra frågan är av särskild betydelse, eftersom den innebär att domstolen får tillfälle att hitta jämviktspunkten mellan gemenskapsrättens företräde och rättssäkerheten [7] och därvid får anledning att överge den vägledning som ges i domen i målet Kühne & Heitz, [8] vilken leder till en återvändsgränd.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — EGT L 117, s. 15. Denna författning har ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/20/EG av den 7 mars 2002 om auktorisation för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (auktorisationsdirektiv) (EGT L 108, s. 21).

3 — Dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197).

4 — Dom av den 18 september 2003 i de förenade målen C-292/01 och C-293/01, Albacom och Infostrada (REG 2003, s. I-9449).

5 — Dom av den 20 oktober 2005 i de förenade målen C-327/03 och C-328/03, ISIS Multimedia och Firma 02 (REG 2005, s. I-8877).

6 — Förslag till avgörande av den 12 december 2002 respektive den 9 december 2004.

7 — Galetta, D.U, "Autotutela decisoria e diritto comunitario", i *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2005, sidorna 35–59, hävdar att vid en eventuell omprövning av en administrativ rättsakt som inte kan överklagas krävs en omsorgsfull avvägning mellan olika värden. I den ena vågskålen finns gemenskapsrättens företräde, för vilken legalitetsprincipen, likvärdighetsprincipen, effektivitetsprincipen och principen om lojalt samarbete talar. I den andra vågskålen återfinns rättssäkerheten (s. 50).

8 — Dom av den 13 januari 2004 i mål C-453/00, Kühne & Heitz (REG 2004, s. I-837).

4. Domstolen har en ny möjlighet att ändra riktning, eftersom den inom en snar framtid skall pröva utvidgningen av nämnda rättspraxis till lagakraftvunna domstolsavgöranden. [9]

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

1. "Lojalitetsprincipen"

5. I artikel 10 EG föreskrivs att "[m]edlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner" och därvid underlätta "att gemenskapens uppgifter fullgörs". De skall också "avstå från varje åtgärd som kan äventyra att [gemenskaps]målen uppnås".

2. Direktiv 97/13

6. Denna författning är ett led i gemenskapens ansträngningar för att liberalisera marknaden för elektroniska kommunikationer, vilken marknad jag nyligen har behandlat i mitt förslag till avgörande av den 27 oktober 2005 i målet Nuova società di telecomunicazioni [10].

7. Direktivet syftar till att bidra till friheten att tillhandahålla teletjänster och till avregleringen av telenätens utnyttjande. För detta krävs att tjänsterna tillhandahålls och utnyttjas utan hinder eller med stöd av "allmänna auktorisationer" [11] och att "individuella tillstånd" [12] skall begränsas till att utgöra undantag från eller komplement till de generella tillstånden (skälen 7 och 13 samt artiklarna 3.3 och 7). Båda dessa tillstånd hör till kategorin "auktorisationer". [13]

9 — Mål C-234/04, Kapferer, med förslag till avgörande av generaladvokaten Tizzano av den 10 november 2005, i vilket dom avkunnades idag. En liknande frågeställning uppkommer i mål C-274/04, ED & F Man Sugar, i vilket skall prövas huruvida det på området för exportbidrag när en sanktionsåtgärd ifrågasätts skall kontrolleras att exportören verkligen begärt ett högre belopp än det som han hade rätt till trots att återbetalningsbeslutet vunnit laga kraft. Generaladvokaten Léger förespråkade i sitt förslag till avgörande av den 29 september 2005 ett jakande svar.

10 — Mål C-339/04, dom av den 18 juli 2006, REG 2006, s. I-6917, s. I-6919. Se särskilt punkterna 3–6.

11 — Enligt artikel 2.1 a första strecksatsen i direktivet avses med allmän auktorisation "alla typer av godkännanden, oavsett om de regleras av en 'klasslicens' eller av allmän lag och oavsett om registrering krävs enligt denna reglering och, som ger det berörda företaget rätt att utan uttryckligt beslut av den nationella regleringsmyndigheten utöva de rättigheter som följer av auktorisationen".

12 — Med individuellt tillstånd avses "ett godkännande som beviljas av en nationell regleringsmyndighet och som ger ett företag särskilda rättigheter, eller genom vilket företaget i tillämpliga fall utöver allmän auktorisation åläggs särskilda skyldigheter i sin verksamhet, varvid företaget inte får utöva rättigheterna i fråga förrän det har mottagit den nationella regleringsmyndighetens beslut" (artikel 2.1 a andra strecksatsen i direktivet).

13 — I direktivet definieras sistnämnda begrepp som "varje godkännande som fastställer de rättigheter och skyldigheter som är specifika för telecområdet och som ger företag möjlighet att tillhandahålla teletjänster" och "etablera och/eller driva telenät [för] att tillhandhålla sådana tjänster ..." (artikel 2.1 a första stycket).

8. Denna harmonisering bygger på principerna om proportionalitet, öppenhet och icke-diskriminering för att skapa en miljö som underlättar etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster (skälen 1, 2, 4 och 11 samt artikel 3.2).

9. Mot denna bakgrund begränsas i direktivet inte det antal enskilda tillstånd som medlemsstaterna får bevilja, såvida det inte är nödvändigt för att säkerställa att radiofrekvenserna utnyttjas effektivt och att det finns tillräckligt med nummer. Varje organisation som uppfyller de villkor som införts i de nationella rättsordningarna och som har offentliggjorts har rätt till ett tillstånd av detta slag (artiklarna 10.1 och 9.3).

10. Artiklarna 6 och 11 i direktiv 97/13, vilka avser avgifter, syftar till att främja konkurrensen på marknaden för teletjänster och till att företagen inte skall åläggas fler begränsningar och avgifter än vad som är nödvändigt, [14] varvid proportionalitetsprincipen, neutralitetsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och öppenhetsprincipen följaktligen skall iakttas (skäl 12).

14 — De villkor som skall gälla för auktorisationerna anges i bilagan till direktivet.

11. Den förstnämnda bestämmelsen har rubriken "Avgifter och kostnader för förfaranden vid allmän auktorisation" och den senare "Avgifter och kostnader för individuella tillstånd".

12. I artikel 6 föreskrivs att "[u]tan att det påverkar de ekonomiska bidragen för tillhandahållande av samhällsomfattande tjänster enligt bilagan, skall medlemsstaterna säkerställa att de avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarandena endast är avsedda att täcka de administrativa kostnaderna i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av det förfarande för allmän auktorisation som är tillämpligt. Information om sådana avgifter skall offentliggöras på ett lämpligt och tillräckligt detaljerat sätt så att den är lätt tillgänglig."

13. I artikel 11 föreskrivs följande:

"1. Medlemsstaterna skall säkerställa att de avgifter som tas ut av företag som en del av auktorisationsförfarandena endast är avsedda att täcka administrativa kostnader i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av de tillämpliga individuella tillstånden. Avgifterna för individuella tillstånd skall stå i rimlig proportion till det utförda arbetet och offentliggöras på ett lämpligt och tillräckligt specificerat sätt, så att denna information är lätt tillgänglig.

2. Trots vad som anges i punkt 1 får medlemsstaterna, när det gäller användning av knappa resurser, tillåta sina nationella regleringsmyndigheter att införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser. Avgifterna skall vara icke-diskriminerande, och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens."

14. Enligt artikel 25 skall medlemsstaterna genomföra direktivet före den 1 januari 1998.

B — *De tyska bestämmelserna*

1. Avgifter i teletjänstsektorn

15. Genom Telekommunikationsgesetz (lag om telekommunikation, nedan kallad TKG) av den 25 juli 1996 [15] genomförs direktiv 97/13 i Tyskland. Enligt 16 § första stycket, vari hänvisas till en senare författning, skall individuella tillstånd tilldelas mot en avgift.

15 — BGBl 1996, I, s. 1120.

16. Med stöd av denna lag antog Bundesministerium für Post und Telekommunikation (förbundsministeriet för post- och telekommunikation) den 28 juli 1997 Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (förordning om avgifter för telekommunikationslicenser, nedan kallad TKLGebV 1997), [16] som trädde i kraft den 1 augusti 1996 med retroaktiv verkan.

17. Enligt denna förordning täcker avgiften, utöver administrativa kostnader för att bevilja tillståndet, kostnader med anknytning till handläggningen av rättigheterna och tillsynen av därav följande skyldigheter (1 § första stycket).

18. Klass 3-licenser [17] tilldelas utifrån det geografiska område som de täcker och följaktligen utifrån antalet potentiella användare av de erbjudna tjänsterna, och avgiften varierar mellan 2 000 DM (1 022,58 euro) och 10 600 000 DM (5 419 693,94 euro). [18]

16 — BGBl 1997, I, s. 1936.

17 — I denna kategori ingår tillstånd för innehavaren eller annan person att tillhandahålla allmänna teletjänster inom ett visst område (punkt A.3 i bilagan till 1 § första stycket i TKLGebV 1997).

18 — Avgiften fås fram genom ett bråktal där täljaren består av antalet invånare i det område som tillståndet avser (E_G) och det högsta belopp som anges i punkt A.3 i bilagan till TKLGebV 1997 för klass 3-licenser (G_D), medan nämnaren består av den sammanlagda tyska befolkningen (E_D). I enlighet med denna beräkning uppgick avgiften för en licens av nämnda klass för hela Tyskland till 10 600 000 DM, medan beloppet sjönk i takt med att antalet möjliga klienter minskade (3 § fjärde stycket jämförd med bilagan till 1 § första stycket TKLGebV 1997).

19. Bundesverwaltungsgericht har i besluten om hänskjutande angett att de tidigare beräkningarna grundade sig på en prognos över de allmänna handläggningskostnaderna för den nationella regleringsmyndigheten för post och telekommunikation (nedan kallad regleringsmyndigheten) under tre årtionden. [19]

20. I dom av den 19 september 2001 fastslog Bundesverwaltungsgericht att avgifter för klass 3-licenser, som beräknats i enlighet med TKLGebV 1997, inte täcktes av 16 § första stycket TKG, eftersom de avsåg uppgifter utan samband med tillståndet och dessutom innebar att likhetsprincipen i 3 § första stycket i Förbundsrepubliken Tysklands grundlag åsidosattes. [20]

21. Efter det att denna dom hade meddelats upphörde TKLGebV 1997 att vara tillämplig, eftersom den ersattes av Telekommunikations-Lizensgebührenverordnung av den 9 september 2002 (nedan kallad TKLGebV 2002), [21] i vilken för nämnda klass 3-licenser föreskrivs en avgift på 4 260 euro, vilken kan sättas ned till som minss 1 000 euro (2 § tredje stycket).

22. Den tyska regeringen har upplyst om [22] att de avgiftsbeslut som var möjliga att överklaga vid tiden för domen av den 19 september 2001 upphävdes ex officio och att vissa företag överenskom med regleringsmyndigheten att avstå från åtgärder varvid erlagda avgifter betalades tillbaka. [23]

23. TKLGebV 2002 har således retroaktiv verkan i fråga om avgifter som inte blivit definitiva. Detta framgår av 4 §, i vilken anges att, om ett avgiftsbeslut fortfarande kan prövas den dag då den nya författningen publiceras, licensinnehavarnas förhållanden regleras av denna författning från och med den 1 augusti 1996.

2. Omprövning av administrativa rättsakter

24. Under denna allmänt hållna rubrik återfinns tre olika, om än besläktade, institut som regleras i Verwaltungsverfahrensgesetz

19 — För att vara mera exakt angav Bundesverwaltungsgericht i dom av den 19 september 2001 i mål 6 C 13.00 (BVerwGE, volym 115, s. 125), till vilken jag kommer att hänvisa nedan, att summan utgör kostnaderna för personal och material på 52,1 arbetsplatser under 30 år.

20 — Bedömningen att avgifterna var rättsstridiga gällde även kostnader för klass 4-licenser, som medför behörighet att tillhandahålla teletjänster med telenät som licensinnehavaren driver inom ett visst område (punkt A.4 i bilagan till 1 § första stycket TKLGebV 1997).

21 — BGBl 2002, I, s. 3542.

22 — Punkt 13 och följande punkter i dess interventionsansökan.

23 — Fotnot 26 och punkt 101 i detta förslag till avgörande.

(förvaltningsprocesslagen; nedan kallad VwVfG) av den 25 maj 1976.[24] Det första, "återupptagande av förfarandet" (Wiederaufgreifen des Verfahrens), vilket behandlas i 51 § och avser upphävande eller ändring av en rättsakt på den berördes initiativ på grund av senare inträffade omständigheter, utgör en omprövning *stricto sensu*.

25. De två övriga instituten skiljer sig från varandra utifrån om det behandlade beslutet är lagenligt eller rättsstridigt. Det andra institutet, som behandlas i 49 §, avser "upphävande" (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes), medan det tredje, vilket regleras i 48 §, avser "återkallelse" (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes), varvid medges att "en rättsstridig administrativ rättsakt, även om den har vunnit laga kraft,[25] återkallas, helt eller delvis, för framtiden eller retroaktivt".

26. Enligt vad som framgår av begäran om förhandsavgörande anses i tysk rättspraxis behörigheten enligt 48 § vara fakultativ, varvid utrymmet för skönsmässig bedömning vid vissa förhållanden är begränsat och till och med kan försvinna. Således erkänns en rätt att återkalla ett administrativt beslut om det skulle vara "helt oacceptabelt" att stå fast vid det, vilket är fallet när den allmänna likhetsprincipen åsidosätts, när beslutet strider mot allmän ordning eller god tro eller är uppenbart rättsstridigt eller den specifika rättsliga situationen för den som beslutet är riktat till kräver det.

III — Bakgrund och tolkningsfrågorna

27. ISIS Multimedia Net GMBH & Co. KG och i-21 Germany GMBH (nedan kallade ISIS och i-21) har var och en klass 3-licenser för teletjänster, för vilka de skulle betala avgifter på 131 660 DM (67 316,69 euro) respektive 10 600 000 DM (5 419 693,94 euro), med stöd av 16 § första stycket TKG och TKLGebV 1997.

28. Båda företagen accepterade avgiften och betalade den, varefter avgiftsbesluten inte kunde överklagas.

29. Andra företag som innehade tillstånd att tillhandahålla teletjänster överklagade emellertid de avgiftsbeslut som hade fattats beträffande dem. Dessa överklaganden prövades av Bundesverwaltungsgericht i domen

24 — BGBl 1976, I, s. 1253. Lydelse av den 21 september 1998 (BGBl 1998, I, s. 3050).

25 — I den tyska lagstiftningen används ordet unanfechtbar, vilket kan översättas med inte ifrågasättbar eller inte överklagbar. Jag föredrar att använda uttrycket laga kraft, vilket i kontinental förvaltningsrätt avser beslut som, oavsett anledning (att alla relevanta rättsmedel använts eller att tidsfristerna för att använda dem löpt ut), inte kan granskas på ordinär väg, till skillnad från "slutlig" som används för beslut som är myndighetens sista ord, även om det är möjligt att överklaga dem vid domstol.

av den 19 september 2001,[26] som jag redan erinrat om, genom vilken avgiftsbesluten upphävdes, eftersom de grundades på en förordning — TKLGebV 1997 — som stred mot författning av högre rang, och genom vilken det förordnades att de belopp som klagandena hade erlagt till staten skulle återbetalas.

30. Efter det att ISIS och i-21 hade fått kännedom om nämnda beslut vände de sig till regleringsmyndigheten för att få tillbaka det erlagda beloppet. Sedan deras yrkanden hade avslagits överklagade de två företagen till Verwaltungsgericht, förvaltningsdomstol i första instans, som avslog deras överklaganden med det resonemanget att den inte kunde pröva avgiftsbesluten eftersom de hade vunnit lag kraft och att det inte var möjligt att göra en ny prövning vare sig enligt 51 § första stycket eller enligt 48 § första stycket VwVfg.

31. Överklagande skedde, *per saltum,* direkt till Bundesverwaltungsgericht. Denna domstol ansåg att enligt tysk rätt kunde överklagandena inte bifallas, men den var tveksam till gemenskapsrättens betydelse, varför den vilandeförklarade förfarandena och i båda målen ställde följande tolkningsfrågor:

"Skall artikel 11.1 i ... direktiv 97/13/EG ... tolkas så, att den utgör hinder för att ta ut en avgift som beräknas utifrån en prognos över den nationella regleringsmyndighetens allmänna administrativa kostnader under 30 år?"

Om denna fråga besvaras jakande:

"Skall artikel 10 EG och artikel 11 i tillståndsdirektivet tolkas så, att de innebär att ett avgiftsbeslut — genom vilket sådana avgifter som avses i fråga 1 fastställts och vilket inte har överklagats trots att detta är möjligt enligt nationell rätt — måste upphävas, när detta är möjligt men inte nödvändigt enligt nationell rätt?"

IV — Förfarandet vid domstolen

32. Genom beslut av den 6 december 2004 beslutade domstolens ordförande att förena de två målen med hänsyn till att de rör samma sak.

26 — I själva verket meddelades den dagen nio domar med samma innebörd. Trettiosju företag överklagade, av vilka nio (Storm Telecommunications Limited, KDD-CONOS AG, Carrier 1 International GMBH, TelePassport Service AG, Airdata Holding GMBH, ECN Telekommunikation GMBH, Berli-Komm Telekommunikationsgesellschaft GMBH, Telegate Aktiengesellschaft für telefonische Informationsdienste och First Telecom GMBH) fick bifall till sina överklaganden. De tjugoåtta andra kom överens med myndigheten om att avgifterna skulle betalas tillbaka.

33. Kommissionen, den tyska och den nederländska regeringen samt de två klagandeföretagen i målen vid den nationella domstolen har inkommit med yttranden inom den frist som föreskrivs i artikel 23 i EG-stadgan för domstolen.

34. Ombuden för dem som gett in skriftliga yttranden infann sig vid förhandlingen i målet den 1 februari 2006 för att framföra muntliga yttranden.

V — Bedömning av tolkningsfrågorna

A — *Inledning*

35. Bundesverwaltungsgericht har bekräftat att enligt tysk rätt kan avgifterna för beviljande av individuella klass 3- och klass 4-licenser i teletjänstsektorn upphävas, eftersom TKLGebV 1997, som avgifterna grundade sig på, var rättsstridig. Detta fastslog Bundesverwaltungsgericht i domen av den 19 september 2001.

36. Den anser också att det i den nationella rättsordningen inte ges något utrymme för att ompröva lagakraftvunna avgiftsbeslut, utan att de som avgiftsbesluten är riktade till erhåller återbetalning av de felaktigt inbetalade beloppen.

37. Bundesverwaltungsgericht önskar emellertid få klarhet i huruvida gemenskapsrätten leder till samma resultat eller tvärtom kräver att rättsstridiga avgifter upphävs, med alla de följder som detta kan få, även när besluten inte kan överklagas (den andra frågan). Denna obekanta möjlighet förutsätter att avgifterna strider även mot gemenskapsrätten, varför studien av deras eventuella oförenlighet med gemenskapsrätten utgör grunden för den första tolkningsfrågan (den första frågan). [27]

38. Den gemenskapsrättsliga aspekten har således avgränsats perfekt av den nationella domstolen. Denna aspekt har inte något samband med den nationella rättsordningen, vilken dock fungerar som jämförelsepunkt och avgränsar frågeställningen. Vad gäller den första frågan införlivas direktiv 97/13

27 — Den tyska regeringen har i sitt skriftliga yttrande anmodat domstolen att undvika denna andra prövning och därvid gjort gällande att direktiv 97/13 upphävts, att det i det nya direktivet 2002/20 inte förekommer individuella licenser och att dess bestämmelser i fråga om avgifter trädde i kraft den 25 juli 2003 utan att ha någon inverkan på tidigare förhållanden. Detta är ett missförstånd, eftersom det i tvisterna vid den nationella domstolen diskuteras huruvida en avgift som erlagts under det första av de nämnda direktiven, enligt en författning som antagits såsom en verkställighetsförordning avseende den nationella lag genom vilken direktivet genomförts, skall anpassas till gemenskapsrätten, varför grunden för den jämförelse som Bundesverwaltungsgericht har föreslagit framstår som uppenbar. Under alla förhållanden måste några förhållanden och några nationella bestämmelser bedömas, varvid de gemenskapsbestämmelser som var tillämpliga vid tiden för de faktiska förhållandena beaktas.

med tysk rätt genom TKG, mot vilken TKLGebV 1997 anses strida, och vad gäller den andra frågan måste i avsaknad av en *ad hoc*-bestämmelse försvaret av de rättigheter som gemenskapsrätten tillerkänner ske i enlighet med de tyska processuella reglerna. [28]

B — *Den första tolkningsfrågan*

39. Den nationella domstolen önskar få klarhet i huruvida artikel 11.1 i direktiv 97/13 medger en avgift som beräknas utifrån en prognos över regleringsmyndighetens ordinära administrativa kostnader för en period om trettio år.

40. För en lösning på denna fråga måste karaktären på de avgifter som regleras i nämnda direktiv analyseras.

1. Artiklarna 6 och 11 i direktiv 97/13

41. Även om innehållet i de två bestämmelserna till synes är likartat, har de dock, vilket jag anförde i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Albacom och Infostrada, [29] olika räckvidd, eftersom de reglerar olika system.

42. De allmänna auktorisationerna är i förväg definierade tillstånd av allmän karaktär, [30] i vilka företagen ges behörighet att agera på teletjänstmarknaden utan att behöva ett uttryckligt beslut från det behöriga organet men vilka kan underkastas en eventuell senare kontroll, såsom anges i artikel 5.

43. Individuella licenser, specifika tillstånd för innehavarna, förutsätter däremot ett särskilt beslut efter ett *ad hoc*-förfarande (denna karaktärisering framgår av artiklarna 2.1 a andra strecksatsen och 9 i direktivet).

44. Dessa skillnader är förklaringen till att medan det i artikel 6 talas om att "täcka de administrativa kostnaderna i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av det *förfarande för allmän auktorisa-*

28 — Detta har domstolen uttalat upprepade gånger alltsedan dom av den 16 december 1976 i mål 33/76, Rewe (REG 1976, s. 1989; svensk specialutgåva, volym 3, s. 25).

29 — I de närmast följande punkterna återges innehållet i punkt 29 och följande punkter i nämnda förslag.

30 — Fastställelsen i förväg kan göras av myndigheten (klasslicens) eller av lagstiftaren (vilket följer av skäl 8 och artikel 2.1 a första strecksatsen i direktiv 97/13).

tion som är tillämpligt" hänvisas det i artikel 11.1 till kostnader av samma slag i samband med "utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av de tillämpliga *individuella tillstånden*".[31] Därför krävs det enligt artikel 11 att avgiften för ett individuellt tillstånd står i proportion till det utförda arbetet, ett klargörande som inte förekommer beträffande de allmänna auktorisationerna.

45. I artiklarna 6 och 11.1 i direktivet regleras således olika avgifter som, oberoende av hur de betecknas,[32] är av vederlags- och skatteliknande karaktär, eftersom de skall utgöra en motprestation för en administrativ handling eller tjänst som rör den skattskyldige. Med hänsyn till prestationens annorlunda ursprung är dock det avgiftsbelopp som avses i den första av de nämnda bestämmelserna avsedd att ospecifikt täcka kostnaderna för "det förfarande för allmän auktorisation som är tillämpligt",[33] medan avgiften för de individuella tillstånden endast skall täcka de administrativa kostnaderna i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av varje enskilt tillstånd.

46. I artikel 11.2 regleras en avgift som helt saknar inslag av vederlag utan i stället är av skattekaraktär, även om den är av speciell natur.[34]

2. Avgifter för individuella tillstånd i artikel 11.1 i direktiv 97/13

47. Den ifrågavarande avgiftsgrundande händelsen är genomförandet av ett förfarande för att bevilja tillstånd eller för handläggning, kontroll och tillsyn av licensen.

31 — I artikel 11.1 i den spanska lydelsen av direktivet används uttrycket "régimen de licencias individuales aplicable", men det första substantivet används inte i de tyska, italienska, engelska och franska versionerna. I förstnämnda version används "die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen", i den andra "il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali", på engelska "in the issue, management, control and enforcement of the applicable individual licences", och på franska "à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables".

32 — "Avgifter" eller "offentliga priser". I den spanska doktrinen uppkom för några år sedan en intensiv diskussion om avgränsningen mellan dessa begrepp. Se 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*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1992, och Martín Fernández, F.J.: *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales — Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.
I de tyska, engelska, franska och italienska versionerna av direktivet används uttrycken Gebühren, fees, taxes respektive diritti.

33 — I direktiv 2002/20 bekräftas denna tolkning genom att det i skäl 31 anges att "[m]ed ett system för allmän auktorisation blir det inte längre möjligt att hänföra administrativa kostnader och därmed avgifter till enskilda företag, utom för beviljande av nyttjanderätter till nummer, radiofrekvenser och rätt att installera faciliteter", det vill säga tillstånd som i 1997 års direktiv kallades individuella tillstånd och i det nya "[n]yttjanderätter till radiofrekvenser och nummer" (artikel 5).

34 — I punkterna 40–43 i förslaget till avgörande i de förenade målen Albacom och Infostrada studerade jag inslag i och egenskaper hos denna skatt, vilken kräver likabehandling och främjar innovativa tjänster och konkurrens. I förslaget till avgörande i de förenade målen ISIS Multimedia och Firma 02 uppehöll jag mig vid dessa krav beträffande, närmare bestämt, situationen på den tyska marknaden (punkt 33 och följande punkter).

48. Syftet med avgiften är att täcka kostnader som uppkommer i samband med de enskilda ärendena, och avgiften skall således inte finansiera annan verksamhet för regleringsmyndigheten.

49. Det är ett krav i systemet att avgiften står i proportion till det utförda arbetet, varför den skall motsvara de uppkomna kostnaderna och aldrig överstiga detta belopp, och därigenom blir avgiften av vederlagskaraktär. Om avgiften översteg detta belopp skulle den utgöra en skatt.

50. Principerna om objektivitet, icke-diskriminering, insyn och offentlighet är styrande för denna ordning.

51. Det är utifrån de handlingsregler för vilka det har redogjorts som Bundesverwaltungsgerichts första fråga skall besvaras, vilken förutsätter ett svar på frågan huruvida det är möjligt att beräkna avgiftens storlek med utgångspunkt i en prognos över regleringsmyndighetens utgifter och den period som denna prognos avser.

3. Sättet att beräkna och ta ut avgiften för individuella licenser

52. Den avgift som regleras i artikel 11.1 i direktiv 97/13 är således begränsad till att täcka kostnader för utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av individuella tillstånd och skall anpassas efter den insats som dessa uppgifter kräver.

53. När det gäller iakttagandet av dessa krav är medlemsstaterna fria att välja formerna och förfarandena för att ta ut och beräkna beloppet.

54. Syftet med avgiften kräver att den alltid tas ut när den avgiftsutlösande händelsen inträffat, sedan tillstånd beviljats och förfarandena avseende handläggning, kontroll och tillsyn väl genomförts. Detta alternativ innebär att avgiften blir så rätt som möjligt, eftersom, då avgiftsbeslutet fattas *a posteriori,* alla delar i det arbete som utförts är kända, och avgiften kan bestämmas utifrån en helhetsbedömning av de inblandade tjänstemännens antal och kvalifikationer,

den nedlagda tiden och nödvändiga utgifter för att utföra arbetet.[35] Detta tillvägagångssätt är emellertid förenat med den olägenheten att den skattskyldige måste betala upprepade gånger och skattemyndigheten tvingas till ett fortlöpande avgiftsuttag, vilket leder till ökade kostnader och effektivitetsförluster.

staterna med regelbundna intervaller kontrollerar att avgiften inte överstiger uppkomna kostnader och därvid säkerställer att i förekommande fall eventuell återbetalning sker.

55. Eftersom syftet är att kompensera staten för kostnader för myndighetens genomförda handläggning till förmån för licensinnehavaren, finns det inget hinder för att ersättningen tas ut i förväg och bestäms efter en noggrann beräkning av storleken. När avgiften beslutas på detta sätt, saknar det betydelse om den tas ut med ett belopp eller delas upp i flera.

4. Den period som omfattas av avgiften: gränserna för den

57. Om den tidsperiod för vilken beräkningen görs utvidgas, ökar risken för fel, eftersom undersökningen blir mer komplicerad i den mån som bedömningen avser förhållanden längre fram i tiden. Objektiviteten minskar i takt med att osäkerheten ökar, och risken för felaktigheter ökar när tillförlitligheten hos hanterade data minskar.

56. I domen i målet Fantask m.fl. (punkt 32), som jag nyss hänvisat till i fotnot 35, vilken avser indirekta skatter på kapitalanskaffning, godtogs att beloppet fastställdes i förväg utifrån en prognos och togs ut för vissa perioder. Det finns inget skäl för att inte utsträcka denna bedömning till avgiften för individuella licenser på teletjänstområdet, under förutsättning att, precis som uttalades i den domen (punkterna 32–34), medlems-

58. Situationen förvärras om tidsperiodens längd återspeglas inte endast i beräkningen av avgiften utan även i avgiftsbeslutet, eftersom det fattas endast ett beslut som avser hela tidsperioden. Vid sådana förhållanden försvagas principerna om proportionalitet och neutralitet i direktiv 97/13 i stor utsträckning, eftersom avgifterna utgör betalning för tjänster som utförs under en lång tidsperiod. Även om dessa principer inte innebär ett krav på det, talar de för en större samtidighet mellan myndighetens tjänst, beräkningen av avgiften och dess betalning.

35 — Beträffande indirekta skatter på kapitalanskaffning, vilka skatter harmoniserats genom rådets direktiv 69/335/EEG av de 17 juni 1969 (EGT L 249, s. 25), har domstolen följt dessa parametrar i dom av den 20 april 1993 i de förenade målen C-71/91 och C-178/91, Ponente Carni och Cispadana Costruzioni (REG 1993, s. I-1915), punkt 43. I dom av den 2 december 1997 i mål C-188/95, Fantask m.fl. (REG 1997, s. I-6783), fastslogs att inte endast material- och lönekostnader som har ett direkt samband med den tjänst som avgiften utgör ersättning för utan även den del av myndighetens allmänna kostnader som är att hänföra till tjänsten får beaktas (punkt 30).

59. Dessutom har sektorns karaktär, dess utveckling och dess öppninggrad betydelse. Möjligheterna att göra undersökningar är inte desamma på en stabil marknad, där konkurrensen är väl grundlagd sedan lång tid tillbaka och där det helt logiskt inte kan förväntas några stora överraskningar utan där det är lätt att förutse vad som kommer att hända, som på en annan, nyligen liberaliserad marknad i stor rörelse, där man kan förvänta sig förändringar som inte kan förutses.

60. I direktiv 97/13 förbjuds följaktligen varken beräkning eller uttag i förväg av en avgift såsom den omtvistade, såvida de nämnda kraven på neutralitet och proportionalitet enligt direktivet inte åsidosätts.

61. Denna oönskade följd har just sitt ursprung i ett krav på en engångsavgift som bestämts utifrån en prognos över kostnaderna för de närmaste 30 åren, vid en tidpunkt då teletjänstmarknaden befann sig i en fas med stora förändringar.

62. I mitt redan nämnda förslag till avgörande i målet Nuova società di telecomunicazioni påpekade jag att under förra seklets nittiotal inleddes marschen mot en öppning av nämnda marknad och mot en harmonisering av nationell lagstiftning genom utarbetande av ett gemensamt regelverk i ständig förnyelse,[36] vilket fortfarande inte har fått sina slutgiltiga konturer. Fastställandet år 1997, när processen var i omvälvning, av en avgift utifrån en prognos över regleringsmyndighetens ordinära utgifter till och med år 2027 går utöver gränserna för vad som är rimligt och innebär, av skäl för vilka redan redogjorts, att syftet med direktiv 97/13 åsidosätts.[37] Som bevis är det tillräckligt att erinra om att denna år 1997 antagna författning ersattes fem år senare med det nämnda direktivet 2002/20, i vilket individuella licenser ersattes med "nyttjanderätter", varvid utvärderingen av avgiften upptas mer i detalj[38] och avgiftsuttag såsom det i tvisten vid den nationella domstolen lämnas utanför systemet.

63. Den undersökning för vilken det har redogjorts överensstämmer med den som Verwaltungsgericht gjorde i domen av den 19 september 2001, eftersom direktiv 97/13

36 — I punkt 3 och följande punkter förklarade jag den rättsliga utvecklingen på teletjänstområdet inom gemenskapen.

37 — Systemet med avgifter för individuella licenser förutsätter att vid stordriftsfördelar avgiften för varje innehavare minskas i den mån som deras antal ökar (det är inte samma sak att öppna anläggningar och anställa personal för att betjäna fyra företag som att göra det för tjugofem). En metod som, genom att det krävs ett belopp som på grund av omfattningen av den föreskrivna tidsperioden inte överensstämmer med verkligheten, hindrar en ökning av antalet aktörer i en sektor i expansion är förkastlig.

38 — I artikel 12.1 a hänvisas till kostnader som uppkommer för förvaltning, kontroll och genomförande av nyttjanderätter samt till kostnader hänförliga till "internationellt samarbete, harmonisering och standardisering, marknadsanalys, övervakning av efterlevnaden och annan kontroll av marknaden samt lagstiftningsarbete som inbegriper utarbetande och genomförande", varvid sedan kraven på neutralitet, insyn och proportionalitet upprepats tilläggs att nationella regleringsmyndigheter "skall ... årligen offentliggöra en översikt över sina administrativa kostnader och den sammanlagda summan av uppburna avgifter. Mot bakgrund av skillnaden mellan summan av avgifterna och de administrativa kostnaderna skall lämpliga justeringar göras" (andra stycket).

genomfördes genom TKG, som TKLGebV 1997 var genomförandeföreskrift för. [39] Tysk doktrin delar denna uppfattning. [40]

64. I enlighet med övervägandena ovan föreslår jag att domstolen besvarar den första tolkningsfrågan så, att artikel 11.1 i direktiv 97/13, och i synnerhet neutralitets- och proportionalitetsprinciperna, inte medger att det tas ut en avgift för utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av individuella tillstånd som beräknas utifrån en prognos över den nationella regleringsmyndighetens allmänna administrativa kostnader under trettio år.

C — *Den andra tolkningsfrågan*

1. Inledande överväganden: det lämpliga angreppssättet

65. Med hänsyn till att inte endast tysk rätt, såsom Bundesverwaltungsgericht uttalat, är oklar i fråga om de omtvistade avgifterna utan även gemenskapsrätten, måste det prövas huruvida sistnämnda rättsordning innebär ett krav på att det prövas om avgifterna är giltiga även om de inte överklagats i tid.

66. Den tyska lagstiftningen återfinns i VwVfG som, i enlighet med vad som framgår av punkterna 24–26 i detta förslag till avgörande och av begäran om förhandsavgörande, inte gör det möjligt att upphäva nämnda administrativa rättsakter eller att bifalla yrkandena från ISIS och i-21.

67. Genom detta klargörande avgränsas diskussionen med exakthet. Vidare framgår bristen i domen i målet Kühne & Heitz, genom vilken, på grund av att det som krav för en ny prövning av ett lagakraftvunnet beslut uppställs en uttrycklig föreskrift i den nationella rättsordningen, Bundesverwaltungsgericht lämnats villrådig. Bundesverwaltungsgericht har för att komma bort från denna lösning undvikit att precisera sin begäran om förhandsavgörande. Den på området av domstolen gjorda anknytningen till nationell rätt ger vidare upphov till svåra problem, bland vilka framträder skillnader

39 — I domen hänvisas till dynamiken inom telekommunikationer och till de tre årtionden som prognosen skall avse samt förs det resonemanget att det år 1997 inte var möjligt att föreställa sig hur telekommunikationerna skulle utvecklas, eftersom man inte visste hur många tyska och utländska företag som skulle kunna konkurrera med det dominerande företaget, det tidigare monopolföretaget, och inte kände till följderna i fråga om licenser.

40 — Schütz, R. och Nüsken, J.P., "Gebühr für Telekommunikationslizenz — Rechtswidrige Haushaltssanierung auf Kosten des Wettbewerbs?", i *Multimedia und Recht*, 1998, sidorna 523–528. Von Roenne, H., "Gebühr fur TK-Lizenzen", i *Multimedia und Recht*,

avseende skyddet för de grundläggande rättigheterna i gemenskapens rättsordning. [41]

68. I de aktuella målen är det inte fråga om att pröva huruvida de för de nämnda företagen beslutade avgifterna, vilka inte längre kan överklagas, enligt tysk rätt skall omprövas och, eventuellt, upphävas, eftersom domstolarna redan har lämnat ett nekande svar på denna fråga, utan om att fastställa huruvida, trots detta hinder, gemenskapsrätten kräver att beslutet omprövas och under vilka förutsättningar.

69. I målet Kühne & Heitz gav denna frågeställning upphov till den av College van Beroep voor het bedrijfsleven i Nederländerna ställda tolkningsfrågan, och generaladvokaten Léger hittade rätt väg för att besvara den i sitt förslag till avgörande av den 17 juli 2003, i vilket han förespråkade att frågeställningen skulle angripas utifrån gemenskapsrättens företräde och dess direkta tillämplighet.

70. Domstolen bör angripa frågan genom att göra en avvägning mellan kraven på rättssäkerhet och gemenskapslegalitet för att avgöra om förstnämnda krav alltid utgör ett absolut hinder eller om man i vissa fall måste ge efter för de senare kraven.

2. Rättssäkerhetsprincipen: gränserna för den

71. Det är uppenbart att denna princip alltid är av relevans för att en politisk organisation skall fungera korrekt. I mitt förslag till avgörande av den 28 januari 1999 i målet kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. (nedan kallad domen i målet AssiDomän), [42] betonade jag att juridiken avskyr oordning, varför den försetts med medel för att bekämpa dess grundorsak, nämligen instabilitet (punkt 55).

72. Bland dessa medel har rättssäkerheten, för vilken institutet med "lagakraftvunna" beslut är viktigt, särskild betydelse. Förvaltningsbeslut kan inte ifrågasättas efter det att fristen för att överklaga dem har löpt ut eller de har bekräftats sedan alla rättsmedel använts.

41 — Coutron, A., "Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne &Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren", i *Revue des affaires européennes, trettonde* året (2003–2004), 3, sidorna 417–434, har kritiserat att domstolen har hänvisat till nationell rättsordning, eftersom man därigenom löper risk att få skillnader i skyddet för de enskildas rättigheter (sidorna 525 och 427). 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)", i *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, sidorna 559–567, har för sin del befarat att domen innebär en källa till nya skillnader i tillämpningen av gemenskapsrätten (s. 566). Martín Rodríguez, S., "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", i *Revista General de Derecho Europeo*, nr 5, oktober 2004 (www.iustel.com), har hävdat att en bokstavstolkning av denna dom gör den värdelös, eftersom det inte finns särskilt många rättsordningar som ger myndigheter rätt att pröva ett förvaltningsbeslut som fastställts i dom.

42 — Dom av den 14 september 1999 i mål C-310/97, kommissionen mot Assidomän Kraft Products m.fl. (REG 1999, s. I-5363).

73. Efter det att fristen för att överklaga ett beslut har löpt ut kan följaktligen beslutet, även om det är felaktigt, inte ifrågasättas, varför felet kvarstår definitivt.

74. Lagakraftvunna besluts, även rättsstridiga sådana, oangripbarhet blir således en allmän princip,[43] eftersom det inte i någon rättsordning tolereras att giltigheten av rättsliga förhållanden ifrågasätts i all oändlighet.

75. Domstolen har visat sig benägen att tillämpa denna strukturella regel, och alltsedan sina första domar har den hållit fast vid den[44] och i sin dom i målet Kühne & Heitz fastslagit att den utgör en allmän gemenskapsrättslig princip (punkt 24), vilket upprepats i domen i målet Gerekens och Procola (punkt 22).[45] Domen i målet Assi-Domän innebar ett fastställande av att en gemenskapsinstitution inte är skyldig att ompröva fattade beslut, när andra med samma innehåll, som med rätta bestritts, upphävts av domstol (punkt 63).

76. Den nämnda principen kan emellertid bli ett hinder för en enhetlig och korrekt tillämpning av gemenskapsrätten,[46] varför det i rättspraxis anses att principen inte är absolut[47] och inte alltid har företräde. I domen i målet SNUPAT mot Höga myndigheten[48] fastslogs att principen måste avvägas mot andra skyddsvärda värden.

77. Det första av dessa värden som kan medföra en begränsning i rättssäkerheten är skäligheten,[49] vilken jag förespråkade i mitt förslag till avgörande i målet AssiDomän, inte för att försöka finna en utväg ur den där behandlade tvisten utan för att på ett allmängiltigt sätt fastställa räckvidden för rättssäkerheten inom gemenskapen. Även om domstolen följde det kriterium som jag förespråkade i mitt förslag till avgörande, undvek den att hänvisa till skäligheten gräns. Det förhållandet att ett beslut vinner laga kraft får inte utgöra ett hinder för att pröva dess innehåll på nytt om det skulle

43 — I tysk doktrin, Potacs, M., "Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts? — Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs C-453/00", i *Europarecht*, 2004, sidorna 595–603, anförs att i fall av detta slag är gemenskapsrättens företräde ett undantag som blir aktuellt endast om det i nationell rätt inte föreskrivs tillräckliga svarsmekanismer (s. 602).

44 — I dom av den 12 juli 1957 i de förenade målen 7/56 och 3/57–7/57, Algera m.fl. (REG 1957, s. 81), ogiltigförklarades några avtal avseende personal vid EKSG:s gemensamma församling genom användning av gemensamma principer i medlemsstaternas rättsordningar om återkallelse av rättsstridiga rättsakter, vilka principer innebär att sådana rättsakter kan omprövas inom en rimlig tidsrymd.

45 — Dom av den 15 juli 2004 i mål C-459/02, Gerekens och Procola (REG 2004, s. I-7315).

46 — Hatje, A., "Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungsmöglichkeiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts", i *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, Wien, 2000, sidorna 133–149, särskilt s. 135.

47 — Peerbux-Beaugendre, Z., "Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire", i *Revue française de droit administratif*, nr 3, maj–juni 2005, sidorna 473–481, stödjer denna åsikt eftersom en lagakraftvunnen dom endast är ett uttryck för en relativ "juridisk sanning" vars återverkningar måste begränsas vid vissa förhållanden.

48 — Dom av den 22 mars 1961 i de förenade målen 42/59 och 49/59, SNUPAT mot Höga myndigheten (REG 1961, s. 105; svensk specialutgåva, volym 1, s. 95).

49 — Kommissionen har i sitt yttrande kallat detta principen om materiellt riktiga beslut.

föranleda oacceptabel orättvisa att låta det stå fast. Merparten av medlemsstaterna, för att inte säga alla, har av skäl av detta slag infört möjligheter att frångå principen att förvaltningsbeslut inte kan ifrågasättas sedan fristen för att överklaga dem löpt ut. Den tyska ordningen bidrar med ett bra exempel. Enligt vad som upplysts i beslutet om hänskjutande har i rättspraxis det utrymme för skönsmässig bedömning som myndigheter tillerkänns i artikel 48 VwVfg begränsats genom att medborgarna tillerkänns en rätt att begära att ett beslut upphävs om ett vidhållande av det skulle vara "helt oacceptabelt". [50]

78. Denna inskränkning i rättssäkerheten blir härigenom klart subjektivt färgad. Man försöker undvika avvikelser som står i strid med rättvisans mest grundläggande innebörd genom att inte acceptera diskriminering och andra brott mot opartiskhet. [51]

79. Det andra värdet som jag vill betona, av mer objektiv karaktär, är att hänföra till "en överordnad rättslig struktur" och avser inte endast de grunder som binder samman rättsordningen och ger övriga regler den luft som de andas utan även den önskade riktningen. [52] När det förhållandet att en lagakraftvunnen rättsakt står kvar kullkastar systemets innersta väsen eller leder till en återvändsgränd, är det oundvikligt att upphäva rättsakten.

80. I själva verket är båda gränserna delvis "sammanfallande", eftersom många av de värden som är grunden för skäligheten utgör allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar, och vissa har förts upp på en högre nivå, såsom personers grundläggande rättigheter. Slutligen måste lösningar som föranleder en värre situation än den som skall undvikas förhindras, eftersom det inte finns någon värre osäkerhet än den som orsakas av orättvisa och uppenbar rättsstridighet.

81. I gemenskapens rättsordning skulle, till skydd för dess grundvalar, således i undan-

50 — Detta blir, såsom jag redan har påpekat (punkt 26 i detta förslag till avgörande), fallet om det förhållandet att beslutet består innebär att likabehandlingsprincipen åsidosätts, när beslutet strider mot allmän ordning eller god tro eller är uppenbart rättsstridigt eller om mot bakgrund av förhållandena det enda korrekta utövandet av utrymmet för skönsmässig bedömning består i att upphäva beslutet.

51 — Enligt spansk rätt krävs att myndigheter *ex officio*, på eget eller den berördes initiativ, ogiltigförklarar rättsakter genom vilka ett administrativt förfarande avslutats eller för vilka överklagandefristen inte löpt ut, om de innebär en kränkning av grundlagsskyddade rättigheter och friheter med hänsyn till att det är uppenbart att det är ogiltigt (artikel 102.1 jämförd med artikel 62.1 a i Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (lag av den 26 november om myndigheterna och det allmänna förvaltningsförfarandet (*Boletín Oficial del Estado* av den 27 november 1992)).

52 — Den spanska konstitutionen från år 1978 är mycket tydlig på denna punkt. Sedan det i artikel 9.1 klarlagts att konstitutionen och rättsordningen i övrigt gäller för alla, medborgare och myndigheter, görs när myndigheternas ställning fastslås den nyanseringen att dessa med objektivitet tjänar allmänna intressen och därvid är helt underkastade lagen och "rätten" (artikel 103.1), varvid de underkastas domstolskontroll vid vilken prövas såväl lagenligheten av deras verksamhet som att de syften som motiverar deras existens iakttas (artikel 106.1).

tagsfall rättssäkerheten kunna bli verkningslös, varvid det blev möjligt att ompröva beslut som inte kan överklagas.[53] Det måste emellertid i mera detalj undersökas när detta undantag är möjligt. Det framstår därvid som tillrådligt att gå tillbaka i tiden för att klargöra att de strukturella grunderna för denna rättsordning, vilka i stor omfattning har rötter tillbaka till pretorerna, syftar till att säkerställa dess ändamålsenliga verkan och uppnå målen med fördraget.

82. Det är emellertid nödvändigt att ta hänsyn till en gräns som aldrig kan överskridas, nämligen tredje mans rättigheter.[54] När dessa påverkas måste stabiliteten, även om den är orättvis, ha företräde, och den drabbade kompenseras på annat sätt, såsom genom skadeståndsansvar för staten på grund av åsidosättande av gemenskapsrätten.

3. Ett pågående arbete till gemenskapsrättens försvar

83. Genom domen i målet Van Gend & Loos[55] infördes i gemenskapsrätten villkoret att den skall vara en oberoende rättsordning till vars förmån medlemsstaterna har inskränkt sin suveränitet och här fastslogs att artikel 12 i EEG-fördraget (nu artikel 25 EG i ändrad lydelse) har direkt effekt och för enskilda kan ge upphov till individuella rättigheter som skall skyddas av nationella domstolar. Bakgrunden till tvisten var en oförenlighet mellan nämnda bestämmelse i EEG-fördraget, som innebar ett förbud mot höjd tull, och en ny tull som den nederländska regeringen hade antagit år 1960, genom vilken tullsatsen ökade från 3 till 8 procent för vissa produkter.

84. Det förhållandet att gemenskapsbestämmelserna tillerkändes denna omedelbara verkan ledde underförstått till ett erkännande av dessa bestämmelsers företräde framför nationella ordningar, vilket företräde hade diskuterats i dom av den 27 februari 1962 i målet kommissionen mot Italien,[56] och detta fastslogs uttryckligen i domen i målet Costa mot ENEL.[57] I denna dom, i vilken argumenten från domen i målet Van Gend & Loos beträffande avstående från suveränitet och gemenskapens rättsordnings särdrag upprepades, förklarades att det var omöjligt att medlemsstaterna i strid med en godtagen ordning med reciprocitetsprincipen gav företräde åt en senare ensidig åtgärd, varvid tillades att syftet med den rättsordningen skulle hindras om dess tvingande verkan varierade från en plats till en annan på grund av senare nationell lagstiftning. Domen grundades också på artikel 189 i EG-fördraget (nu artikel 249 EG) som, genom en

53 — Hatje, A., i fotnot 45 anfört arbete, s. 146, har intagit en närliggande ställning genom att försvara gemenskapsrättens företräde om det förhållandet att ett beslut formellt har vunnit laga kraft hindrar att gemenskapsrätten uppfylls.

54 — Budischowsky, J., "Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide", i *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, sidorna 2–15, och Urlesberger, F., "Zur Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht", i *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 2004, sidorna 99–104, anser att behörigheten att göra en ny prövning måste upphöra där tredje mans rättigheter börjar. I artikel 106 i den ovannämnda spanska lagen 30/1992 hindras sådan behörighet när den, på grund av att tiden gått eller av andra skäl, strider mot *skäligheten*, god tro, *enskildas rättigheter* och lag.

55 — Dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, Van Gend & Loos (REG 1963, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 161).

56 — Dom av den 27 februari 1962 i mål 10/61, kommissionen mot Italien (REG 1962, s. 1).

57 — Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa mot ENEL (REG 1964, s. 1141; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211).

föreskrift om att förordningar skall vara bindande, innebär ett förbud mot att nationella bestämmelser utgör hinder för dem, eftersom grunderna för gemenskapen annars skulle ifrågasättas.

85. Direkt effekt och gemenskapens företräde är inte enbart tekniker för att bestämma förhållandena mellan olika rättsordningar utan ett uttryck för gemenskapen som en sammanslutning mellan stater, folk och medborgare.[58] Med hänsyn till de sammanhang i vilka domarna i målen Van Gend & Loos och Costa mot ENEL meddelades, kvarstod frågan huruvida dessa principer även gällde direktiv. I domen i målet Ratti[59] fastslogs att detsamma gällde för direktiv, varvid uttalades att när väl fristen för att genomföra ett direktiv löpt ut kan den som anpassar sig efter föreskrifterna i direktivet inte vara underkastad nationell rätt som inte antagits än.

86. En tysk medborgare, Ursula Becker, gav domstolen tillfälle att uttala sig i det andra avseendet genom att hon motsatte sig att betala mervärdesskatt på vissa kredittransaktioner trots att dessa var mervärdesskattepliktiga enligt den gällande tyska lagstiftningen. Hon åberopade artikel 13 B d första stycket i sjätte direktivet, i vilken denna skatt reglerades,[60] vilket direktiv medlemsstaterna hade åtagit sig att genomföra före den 1 januari 1979, som grund för sin uppfattning att sådana rättsliga transaktioner var undantagna från skatt. I domen i målet Becker av den 19 januari 1982[61] fastslogs att från den 1 januari 1979 kunde ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i sjätte direktivet åberopas direkt i Förbundsrepubliken Tyskland, eftersom bestämmelser av sådant slag, även om de saknar omedelbar effekt, får sådan då medlemsstaterna inte genomfört dem eller gör det felaktigt. Vid dessa förhållanden kan de inte berövas den bindande karaktär som de tillerkänns i artikel 189 i EEG-fördraget.

87. Denna egenskap utgör således en automatisk "sanktion" på medlemsstaternas underlåtande att uppfylla sina skyldigheter, varvid uppkom frågan om detsamma gäller när det i direktiven regleras horisontella förhållanden som inte rör myndigheter. Svaret, som blev nekande, gavs i domen i målet Marshall,[62] som var den första i en lång rad i vilken domen i målet Pfeiffer m. fl.[63] är en av de senare.

88. Nämnda egenskaper hos gemenskapsrätten talar emellertid mot att man skall

58 — Rodríguez Iglesias, G.C., "El Poder Judicial en la Unión Europea", i *La Unión Europea tras la Reforma*, Universidad de Cantabria, 1998, s. 15.

59 — Dom av den 5 april 1979 i mål 148/78, Ratti (REG 1979, s. 1629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 439).

60 — Rådets direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977, sjätte direktivet om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter — Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (EGT L 145, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 28).

61 — Dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker (REG 1982, s. 53; svensk specialutgåva, volym 6, s. 285).

62 — Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723 ; svensk specialutgåva, volym 8, s. 455).

63 — Dom av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835).

finna sig i att bestämmelserna i den inte är tillämpliga, eftersom syftena med fördragen då skulle falla. Domstolen har uttalat, att lojalitetsprincipen i artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG) innebär ett åliggande för medlemsstaterna att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att uppnå de mål som fastställts i direktiv, vilken skyldighet ankommer på alla nationella myndigheter, även på domstolarna. Denna princip, som utformades i domen i målet Von Colson och Kamann, [64] har lindrat följderna av det förhållandet att direktiv saknar direkt effekt i en tvist mellan enskilda, och gett kraft åt doktrinen avseende "gemenskapskonform tolkning", enligt vilken nationella domstolar, när de tillämpar sin nationella rätt, måste ge en gemenskapsbestämmelse mening, i överensstämmelse med artikel 189 tredje stycket i EG-fördraget.

89. I domen i målet Marleasing [65] fördjupades dessa tankar och gavs en faktisk lösning för att ge gemenskapens rättsordning verkan. Fråga var huruvida ett bolagsavtal var ogiltigt på grund av att det saknade föremål, vilken grund inte återfinns i artikel 11 i direktiv 68/151/EEG [66], som inte genomförts i spansk rätt, i vars civillag grunden återfanns i artiklarna 1261 och 1275. Domstolen förespråkade en tolkning av nationell rätt mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte och förbjöd att ett bolag förklaras ogiltigt av andra skäl än dem som anges i nämnda artikel 11. Den nationella domstolen löste tvisten [67] genom att tillämpa gemenskapsbestämmelsen i stället för artiklarna i civillagen.

90. Denna konsekvens hade erkänts i rättspraxis. Domen i målet Simmenthal [68] medförde en skyldighet för medlemsstaternas domstolar att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan och därvid i förekommande fall ersätta bestämmelser i nationell rätt som strider mot ett direktiv av nämnt slag, även om de härrör från tiden efter gemenskapsförfattningen, utan att vänta på att de skall upphävas eller fördrivas från juridikens värld genom något konstitutionellt förfarande. Myntets andra sida ges i domen i målet Fratelli Costanzo, [69] enligt vilken ett direktiv skall tillämpas, även ex officio, trots att det finns nationella bestämmelser som står i strid med direktivet.

91. Syftet varierar inte: att säkerställa gemenskapsrättens ändamålsenlighet. Doktrinen avseende gemenskapskonform tolkning och möjlighet att bortse från nationell rätt utgör sidovägar som har sin orsak i att direktiv inte har ansetts ha horisontell direkt effekt. Ett bra exempel bidrar domen i målet Arcaro [70] med, i vilken domstolen invände mot avsaknaden av en mekanism för att undanröja bestämmelser i en stat som stred

64 — Dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577).

65 — Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575).

66 — Rådets första direktiv 68/151/EEG av den 9 mars 1968 om samordning av de skyddsåtgärder som krävs i medlemsstaterna av de i artikel 58 andra stycket i fördraget avsedda bolagen i bolagsmännens och tredje mans intressen, i syfte att göra skyddsåtgärderna likvärdiga inom gemenskapen (EGT L 65, s. 8; svensk specialutgåva, område 17, volym 1).

67 — Dom av Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo av den 23 februari 1991.

68 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 106/77, Simmenthal (REG 1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4, s. 75).

69 — Dom av den 22 juni 1989 i mål 103/88, Fratelli Costanzo (REG 1989, s. 1839; svensk specialutgåva, volym 10, s. 83).

70 — Dom av den 26 september 1996 i mål C-186/95, Arcaro (REG 1996, s. I-4705).

mot ett direktiv och medgav att den nationella domstolens uppgift att tolka dessa bestämmelser mot bakgrund av gemenskapsbestämmelserna stöter på hinder som inte går att komma förbi när en enskild genom dessa bestämmelser åläggs en skyldighet som inte genomförts. Inte heller domen i det ovannämnda målet Pfeiffer m.fl. löste problemet slutligt, eftersom det, i överensstämmelse med vad jag föreslog i mitt förslag till avgörande av den 27 april 2004 i målet, i denna dom förespråkades att de nationella domstolarna vid denna tolkning inte endast skall undersöka sin nationella rätt, som antagits för att genomföra direktiv, utan även beakta övrig nationell rätt för att främja ett resultat som inte strider mot gemenskapsrätten.

92. Domstolen, som alltid är angelägen om att försvara denna rättsordnings verkan, ville sluta cirkeln för att undvika att svårigheterna med att sammanfoga denna rättsordning med de nationella ordningarna leder till en återvändsgränd. I domen i målet Francovich och Bonifaci [71] fastslogs principen att, när det inte är möjligt att tolkningsvägen uppnå syftet med ett direktiv, medlemsstaten är skyldig att ersätta de skador som medborgarna åsamkas genom att den inte i tid införlivat direktivet eller genom att den inte gjort det på ett korrekt sätt. Gemenskapsbestämmelsernas fullständighet skulle inskränkas och skyddet för de rättigheter som de medför försvagas om de berättigade nekades ersättning när de lider skada genom medlemsstatens förvållande, vilken skyldighet förstärks om frågan som deras rättigheter gäller görs beroende av en statlig åtgärd och medborgarna således om en sådan åtgärd inte vidtas inte kan åberopa dem vid nationella domstolar. Domstolen motiverade denna uppfattning även med syftet med ovannämnda artikel 5 i EG-fördraget, som innebär en skyldighet att undanröja rättsstridiga följder av en överträdelse av gemenskapsrätten.

93. I sistnämnda dom uppställdes villkor för uppkomsten av en skadeståndsskyldighet. I senare avgöranden har dessa nyanserats genom att statliga myndigheter har utpekats som ansvariga. I domen i målet Brasserie du Pêcheur och Factortame [72] fastslogs detta skadeståndsansvar för staten fastän överträdelsen härrörde från den lagstiftande makten, medan detsamma gjordes i domen i målet Köbler [73] i förhållande till den dömande makten. I dom av den 9 december 2003 i målet kommissionen mot Italien [74] fastslogs också ansvar för staten i egenskap av lagstiftare för att den inte hade ändrat en lag som de italienska domstolarna tolkade i strid med gemenskapsrättens verkan. [75]

71 — Dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich och Bonifaci (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. 435).

72 — Dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och 48/93. Brasserie du Pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029).

73 — Dom av den 30 september 2003 i mål C-225/01, Köbler (REG 2003, s. I-10239).

74 — Dom av den 9 december 2003 i mål C-129/00, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-14637).

75 — Martín Rodríguez, P., i fotnot 40 anfört arbete, betecknar domarna i målen Kühne & Heitz, Köbler och kommissionen mot Italien som "prov på ansvarskännande domstolar".

4. Villkoren för att ompröva administrativa rättsakter

94. Redogörelsen i de föregående punkterna i detta förslag till avgörande visar att kriterier som har samband med giltigheten av och undantag från bestämmelserna eller med tolkning av dessa samt med hierarkin dem emellan eller med domstolarnas strikta bundenhet till lagen, vilket är relevant på motsvarande sätt i medlemsstaternas konstitutionella ordningar beträffande rättssäkerhet, har fått ge efter när det varit fråga om att ge gemenskapsrätten verkan utan att ta bort grunderna för de nationella rättsordningarna.

95. Eftersom, såsom jag redan har påpekat, skäligheten och allmänna rättsprinciper ibland dämpar rättssäkerhetens inverkan, kan det anföras att detta skall ske när en noggrann tillämpning av rättssäkerhetsprincipen strider mot gemenskapsrättens grunder, vilket blir fallet i situationer där dessa principer åsidosätts. Om denna tanke anpassas efter de särskilda förhållandena för ISIS och i-21, kan den slutsatsen dras att en ny prövning av lagakraftvunna avgiftsbeslut skall göras om det förhållandet att besluten står fast skulle skada gemenskapsrättens syften och föranleda orättvisor som strider mot dess grundvalar, i synnerhet proportionalitetsprincipen. [76]

76 — Galletta, D.U., i fotnot 7 anfört arbete, s. 58, betonar frågan om proportionalitet på detta område, vilken kräver att förhållandena bedöms i varje enskilt fall.

a) En utgång som innebär att en öppning av telesektorn påbörjas

96. Det första steget blir således att undersöka huruvida det förhållandet att de höga avgifter som ISIS och i-21 betalade utan invändningar står fast medan avgifterna återbetalades till andra aktörer efter överklagande eller förhandling innebär att syftena med direktiv 97/13 och det författningspaket som syftar till en liberalisering av teletjänstmarknaden åsidosätts.

97. Det föreslagna svaret på den första frågan ger en antydan om lösningen, eftersom, såsom jag har påpekat, artikel 11.1 inte tillåter att avgift tas ut i enlighet med vad som föreskrivs i TKLGebV 1997. Detta abstrakta konstaterande saknar emellertid betydelse, eftersom enbart en bristande överensstämmelse inte innebär något absolut hinder för lagstiftarens vilja.

98. Slutsatsen framgår mer klart om man bedömer de fiskala bestämmelserna i direktiv 97/13 och det sätt på vilket händelserna har utvecklats.

99. Artikel 11 och artikel 6 främjar konkurrensen på teletjänstområdet och förbjuder därvid att företagen åläggs mer skatter

och avgifter än de som föreskrivs i dessa bestämmelser för att underlätta för nya konkurrenter att komma in på marknaden. Härigenom samverkar de i införandet av en gemensam marknad i sektorn genom att säkerställa rätten till fri rörlighet, utan mer restriktioner än vad som är nödvändigt med hänsyn till allmänintresset.[77]

100. Om det krävs andra skatter än dem som uttryckligen regleras i direktiv 97/13 (förenade målen Albacom och Infostrada) eller om, även om föreskrifterna i direktivet iakttas, skatt begärs på ett icke jämlikt sätt (förenade målen ISIS Multimedia och Firma 02), åsidosätts gemenskapssyften. ISIS och i-21 har invänt just mot detta.

101. Vid den tid då de nu diskuterade besluten fattades (det första den 18 maj 2001 och det andra den 14 juni 2000) var 305 företag med klass 3- och klass 4-licenser verksamma på den tyska marknaden. Bland dessa återbetalades avgiften till nio företag sedan de haft framgång med sina överklaganden, medan 149 företag kom till samma resultat förhandlingsvägen. En annan grupp om fem företag nådde samma resultat eftersom avgiftsbesluten, som inte hade vunnit laga kraft när Bundesverwaltungsgericht meddelade sin dom av den 19 september 2001, återkallades ex officio. Åtta företag befinner sig i samma situation som ISIS och i-21.

102. En grupp innehavare av klass 3- och klass 4-licenser har således betalat de höga avgifterna enligt den upphävda TKLGebV 1997 (ISIS närmare bestämt 67 316,69 euro och i-21 5 419 693,94 euro), medan återstoden får tillträde till marknaden genom att betala avgifter enligt TKLGebV 2002, vilka avgifter varierar mellan 1 000 och 4 260 euro. Skillnaderna är enorma och bortom all logik, och måste med nödvändighet ge återverkningar i företagens ekonomiska balanser.

103. I en fas med övergång från en situation med en stängd marknad, som präglades av exklusiva och särskilda rättigheter till förmån för några företag, till en annan situation som syftar till en konkurrensutsatt och för alla öppen marknad, befäster alla hinder för nya aktörers inträde på marknaden status quo och begränsar dessa hinder konkurrensen, huvudsakligen om de har diskriminerande inslag. Domen i det ovannämnda målet Connect Austria är mycket uttrycklig i detta avseende genom att den upprepar att ett väl fungerande konkurrenssystem är möjligt endast om de ekonomiska aktörerna tillförsäkras lika möjligheter (punkt 83), vilket uttalande utgjorde grund för att i domen i de ovannämnda förenade målen ISIS Multime-

77 — Beträffande en teleologisk tolkning av direktiv som antagits sedan 1990, se punkt 45 och följande punkter i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet Nuova società di telecomunicazioni.

dia och Firma 02 hävda att direktiv 97/13 inte godtar förmånlig behandling av det gamla monopolföretaget som för närvarande har en dominerande ställning. Regleringsmyndigheterna är således skyldiga att agera neutralt och inte införa godtyckliga skillnader.

104. Sammanfattningsvis innebär det förhållandet att de rättsstridiga rättsakter som avses med tolkningsfrågorna (vars inverkan, inte att förglömma, kommer att utsträckas under trettio år) står fast, att en situation som strider mot gemenskapsrätten befästs och därvid försvårar genomförandet av den gradvisa öppningsprocess som inletts genom direktiven 90/387 [78] och 90/388. [79]

105. Det måste dessutom klargöras huruvida denna följd är huvudsakligen orättvis och i strid med de principer som styr gemenskapsrätten.

b) En oacceptabel följd

106. Inledningsvis innebär utgången att avgiftsskyldiga som skenbart har samma ställning behandlas olika, nämligen alla innehavare av klass 3- och klass 4-licenser för tillträde till den tyska marknaden. [80] Om det saknas objektiva och rimliga skäl för denna särbehandling, medför dess totala oförenlighet med en central regel i gemenskapsrätten [81] en skyldighet att ompröva de omtvistade avgiftsbesluten, trots att de har vunnit laga kraft, men om det finns en tillfredsställande förklaring skulle rättssäkerheten hindra en ny prövning.

107. Det skulle kunna argumenteras att ISIS och i-21:s väg inte sammanfaller med de andra organisationernas, eftersom de inte överklagade avgiftsbesluten, och att en annan ordning därför skulle vara ursäktad. Det är dock inte helt säkert att detta är riktigt, eftersom åtminstone några av de företag till vilka erlagda avgifter återbetalades inte heller överklagade, närmare bestämt de som överenskom med regleringsmyndigheten om "likabehandling", vilka, enligt vad den tyska regeringen har upplyst, avstod från att överklaga sedan erlagda avgifter hade återbetalats. Andra företag överklagade inte ens, eftersom deras avgifter upphävdes ex officio.

78 — Rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät (EGT L 192, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 212).

79 — Kommissionens direktiv 90/388/EEG av den 28 juni 1990 om konkurrens på marknaderna för teletjänster (EGT L 192, s. 10; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 221).

80 — Reinersdorff, W., "Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids", i *Multimedia und Recht*,

81 — Förbudet mot olika behandling utan skäl ingår i medlemsstaternas rättsordningar, och genom artikel 6.2 EU är den en allmän gemenskapsrättslig princip.

108. Skälen till att ISIS och i-21 stod utanför förhandlingarna har föga betydelse, [82] eftersom det förhållandet att de inte reagerade inte innebär att de accepterade den avvikande, ofördelaktiga och oproportionerliga ordningen och att de rättstridiga avgifter som de erlade således inte kunde överklagas. Det finns flera skäl för denna bedömning.

109. För det första jämställs i ett rent formellt perspektiv deras passivitet inte med en bristande aktsamhet, eftersom TKLGebV 1997 och de administrativa rättsakter som meddelats med tillämpning av den förordningen inte hade förklarats rättsstridiga när de krävdes på betalning. [83] Med andra ord kunde det vid den tiden inte krävas av dem ett de skulle agera *ad cautelam*, eftersom den brist i lagen som fastställdes senare inte var uppenbar.

110. För det andra kan det i ett större perspektiv inte godtas att, inom den rättsliga ram som gällde i dessa mål, följderna i rättsordningen av en rättsstridighet som är oförenlig med dess syften är beroende av ett slumpartat förhållande såsom datumet för en dom, nämligen den av den 19 september 2001. Denna diskriminering mellan aktörerna, som påverkar såväl rätten till lika möjligheter till tillträde till teletjänstmarknaden som dess liberalisering och som grundas på vilken dag Bundesverwaltungsgericht upphävde TKLGebV 1997, kan inte få hindra en ny prövning eller ett återkallande *ex officio* av de avgifter som den dagen inte längre kunde ifrågasättas och ersätta dem med lägre avgifter, nämligen de enligt TKLGebV 2002. De företag som hade haft turen att erhålla krav på avgiften senare fick en oväntad gåva, utan egen insats.

111. Ur en mer materiell synvinkel återspeglar det förhållandet att ett rättsstridigt beslut, med dess räckvidd och dess effekter i rättssystemet, skall stå fast av just det skälet att det har "godtagits" av den person som det riktar sig till — förutom att en teknisk metod för att skydda rättssystemet upphöjs till en absolut princip — ett synsätt som främst hör hemma inom civilrätten och man kringgår myndighetens viktiga koppling till allmänintresset och lagenligheten. Detta anförde jag i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet AssiDomän (punkt 49).

112. För att vara så exakt som möjligt skall vissa fall med "lagakraftvunna beslut" som brister i fråga om lagenlighet, konsekvens och möjligheter till överprövning betonas. Kraven på rättssäkerhet ökar om ett förvaltningsbeslut har undergått domstolskontroll

82 — Enligt vad i-21, ett brittiskt företag som är etablerat i Förenade kungariket, upplyste om vid förhandlingen i målet kände företaget inte till möjligheten att träffa överenskommelse, medan ISIS gjorde det, dock endast delvis.

83 — Vid förhandlingen i målet påpekades att Oberverwaltungsgericht (högsta förvaltningsdomstol) i Nordrhein-Westfalen, i beslut av den 27 oktober 1999 i ett mål avseende interimistiska åtgärder (mål 13 B 843/99, publicerat i *Multimedia und Recht*,

och det således till epitetet "lagakraftvunnet" kommit "res judicata-verkan". I spänningen mellan stabilitet och legalitet blir den senare viktigare när, som i tvisterna vid den nationella domstolen, [84] den förstnämnda är av enbart administrativ karaktär.

113. Det finns emellertid de som skulle hävda att skillnaden mellan fallen trots allt skulle ursäkta en något annorlunda ordning, eftersom det endast är fråga om att företagen använt skilda flodfåror för att komma ut i samma hav. De som bestred avgiften eller förhandlade om den, kom dit via en direkt fåra: upphävande efter omprövning ex officio. De som förhöll sig passiva och lät överklagandefristen löpa ut tog en mer vindlande flodbädd: ersättning genom statligt skadeståndsansvar. Bland dessa två alternativ saknas emellertid alternativet för de företag som, genom att vilja vara passiva, visade sig kunna dra nytta av en händelse som stod utanför deras vilja (det förhållandet att Bundesverwaltungsgericht meddelade sin dom när respektive avgiftsbeslut inte hade vunnit laga kraft), varvid de skördade en frukt som de inte hade sått, och de två första alternativen motsvarar ett rent subjektivt synsätt, varvid den objektiva dimensionen glöms bort, nämligen allmänintresset, som kräver likabehandling för att motverka varje hinder för en öppning av teletjänstmarknaden.

84 — Vilket förhållande gör att de skiljer sig från domen i målet Kühne & Heitz, som avsåg en begäran om förhandsavgörande avseende ett förvaltningsbeslut som fastställts av domstol genom dom i sista instans.

114. Sammanfattningsvis har i båda de mål som tolkningsfrågorna avser en överträdelse av gemenskapsrätten begåtts i strid med vad som är skäligt och med allmänna gemenskapsrättsliga principer, och en lämplig lösning måste därför övervägas.

5. Medlemsstaternas processuella självständighet såsom den bör vara utformad

115. Svaret framgår med all klarhet: när det är av relevans skall nationella domstolar ompröva administrativa rättsakter på de sätt som föreskrivs i deras respektive rättsordningar. [85] Man skall komma ihåg att i avsaknad av harmoniseringsåtgärder [86] ankommer det på medlemsstaterna att föreskriva förfaranden för skyddet av de rättigheter som tillerkänns i gemenskapens rättsordning, men för denna befogenhet finns två gränser: för det första kan den reglering som införs inte vara mindre fördelaktig än den som fastställs för liknande nationella rättsmedel (likvärdighetsprincipen) och för det

85 — Enligt Galetta. D.U., i fotnot 7 anfört arbete, skall en nationell myndighet, inom ramen för den processuella självständighet som medlemsstaterna tillerkänns, genom att använda de instrument som står till deras förfogande undanröja följderna av ett åsidosättande av gemenskapsrätten (s. 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)", i *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nr 200, april–maj 1999, sidorna 49–54, försvarar utarbetandet av en författning varigenom ett "gemenskapsrättsligt administrativt förfarande" inrättas.

andra måste den ha en sådan utformning att det inte i praktiken blir alltför svårt eller omöjligt att använda sig av den (effektivitetsprincipen). [87]

116. I medlemsstaternas rättsordningar finns under ett eller annat namn möjligheten att genomföra en ny granskning av administrativa rättsakter som inte kan överklagas om de är behäftade med vissa fel. I tysk rätt ges myndigheterna i artikel 48 i VwVfG behörighet att återkalla ett rättsstridigt beslut, även ett lagakraftvunnet. Denna möjlighet finns för fall där det framstår som "helt oacceptabelt" att ett sådant beslut står fast, och det är till och med så att det inte finns något utrymme för skönsmässig bedömning i avseendet utan en skyldighet att upphäva beslutet.

117. Det ankommer således på den nationella domstolen att tolka och tillämpa denna regel så att — med iakttagande av nämnda principer, säkerställande av tredje mans rättigheter och undvikande av utgångar *contra legem* — artikel 11.1 i direktiv 97/13 kan bli verkningsfull.

118. Det får inte glömmas bort att artikel 11.1, precis som artikel 11.2, med utgångspunkt i dess innehåll är ovillkorlig och tillräckligt exakt varför den har direkt effekt, [88] vilken omständighet medför en skyldighet för den nationella domstolen att sträva efter att dess processuella bestämmelser leder till en lösning som överensstämmer med innehållet i gemenskapsbestämmelsen. Skyldigheten att tolka nationell rätt i överensstämmelse med gemenskapsrätten, vilken skyldighet fastställdes i domen i det ovannämnda målet Marleasing och som har den omfattning som angavs i domen i det ovannämnda målet Pfeiffer m.fl., visar sig i aktuellt fall i sin fulla vidd.

119. Om man betraktar särdragen i den tyska ordningen, i vilken finns en bestämmelse där den nationella domstolen kan finna stöd för sin uppgift att göra gemenskapsbestämmelsen verkningsfull, löses problemet tolkningsvägen. [89] I domen i målet

87 — Domen av den 16 december 1976 i det ovannämnda målet Rewe och dom i mål 45/76, Comet (REG 1976, s. 2043), var de första i vilken domstolen uttalade sig på detta vis och därigenom inledde en lång följetong. I dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells (REG 2004, s. I-723), användes den tidigare rättspraxisen för att återkalla eller inhibera ett tillstånd att utvinna kalk i ett kalkbrott som hade beviljats utan någon miljökonsekvensbeskrivning.

88 — I domen i det ovannämnda målet Connect Austria fastslogs att artikel 11.2 i direktivet är sådan att den har direkt effekt.

89 — Frenz, W., "Rücknahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen belastenden VA", i *Deutsches Verwaltungsblatt,Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, sidorna 2–15, ansluter sig till denna uppfattning och anser att gemenskapens rättsordning skall ha företräde framför nationella bestämmelser som hindrar omprövning ex officio. Enligt Antonucci, M., "Il primato del diritto comunitario", i *Il Consiglio di Stato*, 2004, sidorna 225–233, finns för myndigheterna inte någon annan möjlighet än att ompröva sina tidigare beslut som strider mot denna rättsordning såsom den tolkats av domstolen. Gentili, F., "Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.", i *Il Consiglio di Stato*, 2004, sidorna 233–238, påpekar att principen i fråga kräver att alla förvaltningsbeslut som strider mot nämnda rättsordning upphävs ex officio, varvid det i många nationella rättsordningar förekommande inslaget av skönsmässighet när det gäller förvaltningsmyndigheternas rättelser ex officio av sina rättsakter utesluts.

Ciola [90] fastslogs att en lagakraftvunnen administrativ rättsakt som strider mot gemenskapsrätten inte kan medföra en inskränkning i de enskildas rättsskydd. I europeiska unionens tredje pelare, i vilken rambeslut saknar direkt effekt (artikel 34.2 b EU), gavs den nationella domstolen nyligen i domen i målet Pupino [91] behörighet att tillämpa en processuell undantagsregel (bevisupptagning utom huvudförhandling i brottmål) på ett sätt som den nationella lagstiftaren inte hade avsett för att uppfylla syftena med rådets rambeslut 2001/220/RIF av den 15 mars 2001 om brottsoffrets ställning i straffrättsliga förfaranden. [92]

120. I samma syfte har domstolen, även inom ramen för domstolsförfaranden, om än extraordinära sådana, gjort tolkningar som inte överensstämde med den nationella lagens ordalydelse. I domen i målet Simmenthal och Factortame m.fl. [93] åläggs nationella domstolar nämligen en skyldighet att bortse från alla bestämmelser som innebär ett hinder för gemenskapsrättens fulla verkan. I detta avseende fastslogs i domen i målet Peterbroeck [94] att denna rättsordning utgör hinder för en nationell processuell bestämmelse som, vid de förhållanden som var i fråga i tvisten vid den nationella domstolen, [95] innebar ett förbud för den nationella domstolen att på eget initiativ bedöma om en nationell rättsakt är förenlig med en gemenskapsrättslig bestämmelse, om den enskilde inte hade åberopat detta inom en viss tid. I domen i målet Océano Grupo Editorial och Salvat Editores [96] fastställdes att en gemenskapskonform tolkning kräver att en nationell domstol ger företräde åt den tolkning som gav rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 [97] om skydd för konsumenterna verkan och därvid ex officio vägrar att godta en behörighet som den tilldelas enligt ett oskäligt villkor. I linje med detta fastslogs i domen i målet Cofidis [98] att detta direktiv inte tillåter statliga bestämmelser som, i en tvist mellan en näringsidkare och en konsument rörande ett avtal som de slutit, föreskriver att en nationell domstol, efter det att en preklusionsfrist löpt ut, ex officio efter en invändning från svaranden skall beteckna ett villkor i avtalet som oskäligt. I domen i målet Larsy [99] fastslogs att nationella bestämmelser (i det fallet rättskraftsprincipen) inte skall tillämpas i den mån som de hindrar ett verkligt skydd för de rättigheter som följer av gemenskapsrättens direkta effekt.

121. I enlighet med den lojalitetsplikt som slås fast i artikel 10 EG föreskrivs i artikel 11 i direktiv 97/13 att avgiftsbeslut som strider mot denna bestämmelse, och som har vunnit laga kraft på grund av att de inte ifrågasatts i tid, skall prövas på nytt om det förhållandet att de står fast strider mot syftet med denna

90 — Dom av den 29 april 1999 i mål C-224/97, Ciola (REG 1999, s. I-2517).

91 — Dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285).

92 — EGT L 82, s. 1.

93 — Dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Simmenthal och Factortame m.fl. (REG 1990, s. I-2433; svensk specialutgåva, volym 10, s. 435).

94 — Dom av den 14 december 1995 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4599).

95 — Dessa faktiska förhållanden beskrivs i punkterna 17–21 i domen.

96 — Dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen C-240/98–C-244/98, Océano Grupo Editorial och Salvat Editores (REG 2000, s. I-4941).

97 — Direktiv om oskäliga villkor i konsumentavtal (EGT L 95, s. 29; svensk specialutgåva, område 15, volym 12, s. 169).

98 — Dom av den 21 november 2002 i mål C-473/00, Cofidis (REG 2002, s. I-10875).

99 — Dom av den 28 juni 2001 i mål C-118/00, Larsy (REG 2001, s. I-5063).

bestämmelse och föranleder orättvisa situationer som strider mot vad som är skäligt eller andra principer som gäller i gemenskapens rättsordning. Nationella domstolar skall tolka sin nationella rätt så, att den om sådana förhållanden föreligger tillåter en omprövning av nämnda rättsakter, dock utan att tredje mans rättigheter därvid åsidosätts.

VI — Förslag till avgörande

122. Mot bakgrund av övervägandena ovan föreslår jag att domstolen lämnar Bundesverwaltungsgericht följande svar:

1) Artikel 11.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet utgör hinder för en avgift för utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av individuella tillstånd som beräknas utifrån en prognos över den nationella regleringsmyndighetens allmänna administrativa kostnader under en period om trettio år.

2) Mot bakgrund av skyldigheten enligt artikel 10 EG att samarbeta lojalt krävs det enligt artikel 11.1 i direktiv 97/13 att beslut om avgifter för individuella licenser som strider mot denna bestämmelse och som har vunnit laga kraft på grund av att de inte överklagats inom föreskriven tid kan prövas på nytt om de befäster situationer som strider mot vad som är skäligt eller mot gemenskapsrättsliga principer och därigenom hindrar att syftet med bestämmelsen uppnås. Det ankommer på nationella domstolar att tolka sin nationella rätt så, att den ger möjlighet till denna omprövning, dock utan att tredje mans rättigheter åsidosätts.