JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
GIUSEPPE TESAURO
23 päivänä toukokuuta 1996 *

1. Tässä ennakkoratkaisumenettelyssä on kyse telepalvelujen sisämarkkinoiden toteuttamisesta saamalla aikaan avoimen verkon tarjoaminen 28 päivänä kesäkuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/387/ETY [1] (Open Network Provision — ONP, jäljempänä ONP-direktiivi) tulkinnasta ja avoimen verkon tarjoamisen soveltamisesta kiinteisiin johtoihin 5 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/44/ETY [2] (jäljempänä kiinteistä johdoista annettu direktiivi) tulkinnasta ja pätevyydestä.

High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court), pyytää yhteisöjen tuomioistuinta täsmentämään kyseisten direktiivien tiettyjen säännösten soveltamisalan ja ulottuvuuden, jotta se voisi tutkia, ovatko Isossa-Britanniassa toteutetut täytäntöönpanotoimet yhteensopivia niiden kanssa; lisäksi se pyytää yhteisöjen tuomioistuinta ratkaisemaan, täyttyvätkö siinä tapauksessa, että direktiivejä ei ole saatettu oikein osaksi kansallista lainsäädäntöä, edellytykset sille, että vahinkoa kärsineet yritykset voivat vaatia korvausta valtiolta, ja toissijaisesti vielä ratkaisemaan, onko kiinteistä johdoista annettu direktiivi pätevä ottaen huomioon suhteellisuusperiaate ja syrjintäkiellon periaate.

Sovellettava yhteisön oikeus ja kansallinen oikeus

2. ONP-direktiivi on annettu perustamissopimuksen 100 a artiklan nojalla, ja sen pääasiallisena tavoitteena on "niiden ehtojen yhdenmukaistami[nen], jotka koskevat vapaata ja tehokasta liittymistä yleisiin televerkkoihin ja verkkojen käyttöä sekä soveltuvin osin yleisiä telepalveluja" (1 artiklan 1 kohta). Kuten 1 artiklan 2 kohdassa täsmennetään, kyseiset ehdot "on tarkoitettu helpottamaan sellaisten palvelujen tarjoamista jäsenvaltioissa ja niiden välillä, joissa käytetään yleisiä televerkkoja tai yleisiä telepalveluja" erityisesti, kun palvelujen tarjoajan kotipaikka on toisessa jäsenvaltiossa kuin palvelujen vastaanottajan kotipaikka.

ONP-direktiivin 2 artiklassa todetaan muun muassa seuraavaa:

"Tässä direktiivissä tarkoitetaan:

1) 'teleorganisaatiolla' sellaisia julkisia ja yksityisiä elimiä, joille jäsenvaltio on

* Alkuperäinen kieli: italia.
1 — EYVL L 192, s. 1.
2 — EYVL L 165, s. 27.

myöntänyt erityis- tai yksinoikeuden yleisen televerkon ja soveltuvin osin yleisten telepalvelujen tarjoamiseen.

Jäsenvaltioiden on ilmoitettava tässä direktiivissä säädettyjen vaatimusten noudattamista varten komissiolle toimielimet, joille ne ovat myöntäneet erityis- tai yksinoikeuden;

2) 'erityis- tai yksinoikeudella' jäsenvaltion tai viranomaisen laein, asetuksin tai hallinnollisin määräyksin yhdelle tai useammalle julkiselle tai yksityiselle toimielimelle myöntämää oikeutta palvelujen tarjoamiseen tai toiminnan harjoittamiseen".

3. ONP-direktiivin liitteessä I luetellaan joitakin erityisalueita, joille voidaan laatia avoimen verkon tarjoamisen ehdot; yksi näistä alueista on 1 kohdassa mainittu kiinteät johdot.

Kiinteistä johdoista annettu direktiivi on ensimmäinen alakohtainen ONP-direktiivin sovellus. Myös se annettiin perustamissopimuksen 100 a artiklan nojalla, ja siinä "säädetään niiden ehtojen yhdenmukaistamisesta, jotka koskevat vapaata ja tehokasta liittymistä yleisten televerkkojen käyttäjille tarjottuihin kiinteisiin johtoihin ja niiden käyttöä, sekä yhdenmukaistetuilla teknisillä ominaisuuksilla varustettujen kiinteiden johtojen vähimmäisvalikoiman saatavuudesta koko yhteisön alueella" (1 artikla).

4. Kiinteistä johdoista annetun direktiivin 2 artiklassa täsmennetään, että ONP-direktiivin määritelmiä sovelletaan tarvittaessa tähän direktiiviin, minkä jälkeen artiklassa määritellään muita kyseisen alueen erityisiä käsitteitä.

Tässä asiassa merkityksellisiä ovat kiinteiden johtojen määritelmä ("televiestintäpalveluja, joita tarjotaan yleisen televerkon perustamisen, kehittämisen ja käytön yhteydessä ja jotka tarjoavat selkeän siirtokapasiteetin verkon liityntäpisteiden välillä, lukuun ottamatta valintaista kytkentää [kytkentätoiminnot, joita käyttäjä voi hallita kiinteiden johtojen tarjoamisen puitteissa]") ja käyttäjien määritelmä ("loppukäyttäjiä ja palvelujen tarjoajia, mukaan lukien teleorganisaatiot, jos palvelujen tarjoajat tarjoavat sellaisia palveluja, joita myös muut tarjoavat tai saattavat tarjota").

5. Kiinteistä johdoista annetun direktiivin 1 artiklassa säädetyn tavoitteen saavuttamiseksi direktiivissä asetetaan jäsenvaltioille

joitakin kiinteiden johtojen tarjoamista koskevia velvoitteita (3—10 artikla).

Nämä velvoitteet koskevat erityisesti seuraavia seikkoja: kiinteiden johtojen tarjoamista koskevien tietojen saatavuus (3 artikla); tarjoamista koskevien tietojen julkistaminen (4 artikla); tarjoamisen lopettamisen edellytykset (5 artikla); johtoihin liittymistä ja niiden käyttämistä koskevat ehdot, jotka voidaan hyväksyä ainoastaan tiettyjen olennaisten vaatimusten täyttyessä (6 artikla); kansallisen sääntelyviranomaisen valvontavalta (8 artikla); yleisten tilaus- ja laskutuskäytäntöjen vahvistaminen (9 artikla); ja tariffiperiaatteet ja kustannuslaskenta (10 artikla).

Direktiivin 7 artiklassa edellytetään lisäksi tiettyjen yhdenmukaistettujen teknisten ominaisuuksien mukaisten kiinteiden johtojen vähimmäisvalikoiman tarjoamista. Direktiivin 7 artiklan 1 kohdassa todetaan seuraavaa: "[J]äsenvaltioiden on huolehdittava, että teleorganisaatiot tarjoavat yhdessä tai erikseen [liitteen II mukaisen] kiinteiden johtojen vähimmäisvalikoiman —— yhdenmukaistetun palvelun takaamiseksi koko yhteisössä." [3]

6. Yhdistynyt kuningaskunta ilmoitti ONP-direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa säädetyn velvoitteen mukaisesti yli 120 kaapeliyhtiön nimet; kuten olen todennut, kyseisen kohdan mukaan jäsenvaltioiden on ilmoitettava komissiolle toimielimet, joille ne ovat myöntäneet erityis- tai yksinoikeuden. Kyseiset yhtiöt olivat jo saaneet sovellettavan kansallisen säädöksen [4] mukaisen luvan, jonka perusteella ne saattoivat käyttää televiestintäjärjestelmiä Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja jonka perusteella ne olivat niin sanottuja yleisen televiestinnän harjoittajia. Näihin toimijoihin kuuluvat kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian kantaja British Telecommunications plc (jäljempänä BT tai kantaja) sekä Mercury Communications Ltd (jäljempänä Mercury) ja City of Kingston Communications (Hull) plc (jäljempänä Kingston).

7. Kiinteistä johdoista annettu direktiivi on saatettu osaksi Ison-Britannian oikeusjärjestystä vuoden 1993 *Telecommunications (Leased Lines) Regulations*illa [5], jolla muutettiin jonkin verran edellä mainituille toimijoille eli BT:lle, Mercurylle ja Kingstonille myönnettyjen lupien ehtoja.

Näillä muutoksilla kyseiset toimijat velvoitettiin noudattamaan kaikkia kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklan

3 — Liitteessä II puolestaan määritellään sellaisten johtojen tyypit teknisine ominaisuuksineen, jotka "tulisi esittää mahdollisimman nopeasti ja viimeistään päivänä, jona tämä direktiivi tulee voimaan".

4 — Vuoden 1984 *Telecommunications Act*, jota tarkastellaan lähemmin jäljempänä 9 kohdassa.

5 — SI 1993, nro 2330.

mukaisia velvoitteita tai osaa niistä. [6] Ainoastaan BT:lle asetettiin 7 artiklan mukainen velvoite tarjota kiinteiden johtojen vähimmäisvalikoima, kun taas Kingstonille tämä velvoite asetettiin rajoitettuna alueelle, jolla se harjoittaa toimintaansa. Vastaavia velvoitteita ei sitä vastoin asetettu muille Ison-Britannian markkinoilla toimiville yleisille televiestinnän harjoittajille.

Ison-Britannian lainsäädäntö

8. Mielestäni on tarkoituksenmukaista käsitellä ensin, vaikkakin vain lyhyesti, telealaa koskevan Ison-Britannian lainsäädännön erityispiirteitä. Kuten tunnettua, viime vuosina kyseisiä markkinoita on vapautettu erityisen paljon itsenäisten kansallisten talouspoliittisten valintojen takia, jotka on toteutettu ennen yhteisön lainsäädännön mukaisten määräaikojen päättymistä. Kansallisen tuomioistuimen ennakkoratkaisupyynnössään esittämän mukaan Ison-Britannian järjestelmä on "selvästi liberaalein Euroopan yhteisössä ja yksi maailman liberaaleimmista".

9. Alan vapauttamisprosessi alkoi vuonna 1984, jolloin Ison-Britannian vuonna 1984 annetulla *British Telecommunications Act*illa (jäljempänä vuoden 1984 laki) poistettiin teletoiminnan harjoittamista koskeva monopoli, joka oli siihen asti ollut julkisoikeudellisella yhteisöllä nimeltään British Telecommunications.

Vuoden 1984 lain mukaan kaikki aiemman monopolin oikeudet ja velvoitteet siirrettiin kantajalle, joka on osakeyhtiö; lisäksi lailla luotiin nykyisin sovellettava järjestelmä, jossa jokaisen henkilön, joka haluaa käyttää telejärjestelmää Yhdistyneessä kuningaskunnassa, on saatava sitä varten lupa, jossa määritellään nimenomaisesti, mitä toimintoja kyseinen henkilö saa harjoittaa.

10. Tämän lainsäädännön mukaisesti BT sai kesäkuussa 1984 luvan 25 vuodeksi. Tässä luvassa kantajan määriteltiin olevan yleisen televiestinnän harjoittaja, ja siinä annettiin kantajalle lupa käyttää telejärjestelmiä koko Ison-Britannian alueella lukuun ottamatta aluetta, jolle Kingstonille oli myönnetty lupa.

BT:n on erityisesti tarjottava puhelinpalveluja jokaiselle niitä haluavalle hinnoilla, joilla ei välttämättä kateta palveluista aiheutuvia kustannuksia. Lisäksi kantaja on luvansaajista ainoa, johon sovelletaan hintojen muut-

6 — Kiinteistä johdoista annetun direktiivin 13 artiklan mukaisessa menettelyssä Yhdistynyt kuningaskunta pyysi komissiota lykkäämään tiettyjen direktiivin mukaisten velvoitteiden täyttämistä tietyn määräajan; ennakkoratkaisupyynnön esittämisen aikoihin komissio ei vielä ollut vastannut näihin pyyntöihin, jotka koskivat erityisesti 10 artiklassa säädetyn velvoitteen lykkäämistä Mercuryn osalta ja 7 artiklassa säädetyn velvoitteen osittaista lykkäämistä BT:n ja Kingstonin osalta.

tamista koskevaa sääntelyä (price cap). Lopuksi on todettava, että valtio oli heinäkuuhun 1993 mennessä myynyt vähitellen BT:n osakkeensa.

11. Merkittävä markkinoiden avautuminen, joka oli tehty mahdolliseksi vuoden 1984 lailla, johti yli 600:n, erilaisia alan toimintoja koskevan luvan myöntämiseen ja yli 120 toimijan luokittelemiseen edellä mainituiksi yleisen televiestinnän harjoittajiksi. Yleisesti ottaen viimeksi mainitut voivat toimintansa harjoittamista varten saada vuoden 1984 laissa säädetyillä edellytyksillä oikeuden saada maata pakkolunastuksen perusteella, oikeuden tehdä kaivauksia tutkimustarkoituksessa ja oikeuden hankkia maata sopimuksella.

Eri toimijoiden lupien sisältö kuitenkin vaihtelee huomattavasti. Markkinoiden avautumisesta huolimatta esimerkiksi viestien lähettämistä kiinteitä johtoja pitkin (eli ilman liikkuvia matkatelepäätteitä) koskevalla erityisalalla Ison-Britannian hallitus oli alun perin myöntänyt tarpeellisen luvan ainoastaan kantajalle (ja Kingstonille sen toiminta-alueella) ja Mercurylle, jolle oli annettu erityisesti oikeus liittyä kantajan verkkoon. Ison-Britannian hallitus oli tällä tavalla ryhtynyt kiinteitä johtoja koskevalla erityisellä alalla duopolipolitiikkaan.

12. Duopolista luovuttiin myös tällä alalla 1990-luvun alussa ja alettiin soveltaa kehittyneempää kilpailupolitiikkaa, joskin se oli rajoitettu Ison-Britannian alueen sisäisiin yhteyksiin.

Vuodesta 1991 alkaen kansallisen sääntelyviranomaisen julkistama politiikka on ollut se, että kaikkia kiinteitä johtoja koskevia yksityisten yritysten esittämiä lupahakemuksia, jotka täyttävät objektiiviset ja avoimet arviointiperusteet, arvioidaan pitämällä yleisenä lähtökohtana niiden hyväksymistä, jollei ole erityistä syytä niiden hylkäämiseen. [7] Markkinoiden avautuminen ei kuitenkaan ulottunut kansainvälisiin yhteyksiin, sillä ainoastaan BT:llä ja Mercuryllä on lupa kansainväliseen toimintaan.

13. Tällaisen monimutkaisen järjestelmän toiminta, jossa useilla luvan saaneilla toimijoilla on lupa hankkia itselleen useilla erityisillä edellytyksillä oma infrastruktuuri, on varmistettu jo vuoden 1984 laissa, jossa toimijat velvoitetaan sallimaan se, että muut toimijat voivat pyytäessään liittyä niiden verkkoon. Tämä mahdollistaa sen, että tietyn toimijan asiakkaat pääsevät muiden toimijoiden käyttämiin verkkoihin ja voivat siten lopulta kommunikoida sellaisten käyttäjien

7 — Vuonna 1991 aloitettu uusi politiikka, joka koskee kiinteitä johtoja koskevien lupien myöntämistä, johti lukuisiin hakemuksiin. Kansallisen tuomioistuimen esittämien, ajankohtaa maaliskuusta 1991 kesäkuuhun 1994 koskevien tietojen perusteella kyseisenä ajanjaksona esitetyistä 86 hakemuksesta 45:een suostuttiin, 33 oli yhä vireillä, 6 hakemuksesta oli luovuttu ja ainoastaan 2 oli hylätty objektiivisilla perusteilla.

kanssa, jotka käyttävät näiden muiden toimijoiden tarjoamia palveluja.

Kuten olen todennut, kansainvälinen viestintä on mahdollista ainoastaan BT:n ja Mercuryn verkkojen kautta, mutta myös niiden osalta muut toimijat voivat käyttää mahdollisuutta liittyä näihin verkkoihin, jolloin ne voivat tarjota kansainvälisiä palveluita asiakkailleen, vaikka niillä ei ole tähän tarpeellista infrastruktuuria.

14. Lähes täydellinen markkinoiden avautuminen edellä kuvaamillani tavoilla ja mainitun ajanjakson kuluessa ei näytä ainakaan vielä lisänneen olennaisesti kilpailua kyseisellä alalla. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetyistä asiakirjoista ilmenee yksiselitteisesti, että BT on yhä selvästi tärkein toimija televiestintäalalla liikevaihdolla ja markkinaosuudella mitattuna.

Esimerkiksi kiinteiden johtojen erityisalalla Ison-Britannian hallituksen esittämistä tiedoista ilmenee, että pantaessa direktiiviä täytäntöön BT:llä oli noin 800 000 kiinteää johtoa koko maassa, kun taas Mercuryllä oli niitä noin 9 100 ja muilla toimijoilla yhteensä noin 300. [8]

Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

15. BT on riitauttanut kansallisessa tuomioistuimessa kiinteistä johdoista annetun direktiivin täytäntöönpanemiseksi annetut kansalliset säännökset, joiden "kumoamista tai mitättömäksi julistamista" se ennakkoratkaisupyynnön mukaan vaatii. Kantaja vaatii myös sen vahingon korvaamista, jota se väittää kärsineensä direktiivin virheellisen täytäntöönpanon takia; toissijaisesti kantaja riitauttaa tämän direktiivin pätevyyden.

Kingston ja Mercury ovat molemmat väliintulijoina kansallisessa tuomioistuimessa; Kingston tukee kaikkia kantajan esittämiä väitteitä ja vaatimuksia, Mercury ainoastaan osaa niistä.

16. Nämä väitteet ja vaatimukset voidaan tiivistää seuraavasti: koska telepalvelujen Ison-Britannian markkinoiden täysi vapautuminen toteutettiin vuodesta 1991 eteenpäin, BT:llä

8 — BT kiistää nämä tiedot ja arvioi, että vuonna 1994 sillä oli todellisuudessa noin 570 000 kiinteää johtoa. Kingstonin osalta on riidatonta, että sillä on tosiasiallinen monopoli alueella, jolla se lupansa mukaisesti toimii.

sen kummemmin kuin millään muullakaan tämän alan toimijalla ei ole kyseisissä direktiiveissä tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia, joten BT:hen ei voida soveltaa kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklassa säädettyjä velvoitteita, joita sovelletaan tämän direktiivin mukaan ainoastaan yrityksiin, joilla on vielä erityis- tai yksinoikeuksia.

Toissijaisesti BT on väittänyt, että jos Iso-Britannia voi asettaa sille riidanalaisia velvoitteita tai jos sen täytyy näin menetellä, sen olisi asetettava nämä velvoitteet syrjintäkiellon periaatteen mukaisesti kaikille yrityksille, jotka ovat saaneet luvan toimia kyseisillä markkinoilla, tai ainakin yrityksille, jotka tosiasiallisesti toimivat näillä markkinoilla.

Lisäksi BT on väittänyt, että jos kiinteistä johdoista annetussa direktiivissä sallitaan se, että jäsenvaltiot panevat sen täytäntöön soveltamalla kyseisiä velvoitteita ainoastaan yhteen markkinoilla toimivaan toimijaan, direktiivi on pätemätön syrjintäkiellon periaatteen loukkaamisen takia.

17. Kantaja on väittänyt lisäksi, että direktiivi on joka tapauksessa pätemätön suhteellisuusperiaatteen loukkaamisen takia, koska sillä velvoitetaan tarjoamaan tietyntyyppistä johtoa (2 048 kbit/s), jolle ei ole Isossa-Britanniassa kysyntää tällä hetkellä eikä tulevaisuudessa.

18. Lopuksi BT on vaatinut kansallista tuomioistuinta velvoittamaan Yhdistyneen kuningaskunnan korvaamaan vahingon, jonka se väittää kärsineensä kiinteistä johdoista annetun direktiivin virheellisen täytäntöönpanon takia.

19. Kansallinen tuomioistuin piti tarkoituksenmukaisena lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) a) Onko neuvoston direktiivejä 90/387/ETY ja 92/44/ETY tulkittava siten, että niillä sallitaan jäsenvaltioiden panevan täytäntöön tai velvoitetaan jäsenvaltiot panemaan täytäntöön direktiivin 92/44/ETY 3—10 artiklan mukaiset velvoitteensa siten, että ne asettavat tiettyjä edellytyksiä ainoastaan direktiivin 92/44/ETY 2 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuille julkisille tai yksityisille toimielimille ('yrityksille') eli toimielimille, joille jäsenvaltio on myöntänyt erityis- tai yksinoikeuksia kiinteiden johtojen tarjoamista varten?

b) Jos kysymyksen 1 a kohtaan vastataan kieltävästi, missä tilanteessa jäsenvaltiolla on oikeus panna täytäntöön tai sen on pantava täytäntöön kyseiset velvoitteet asettamalla joitakin edellytyksiä yritykselle, jolla ei ole erityis- tai yksinoikeuksia?

2) a) Saako jäsenvaltio pitää direktiiviä 92/44/ETY sovellettaessa yritystä direktiivin 90/387/ETY 2 artiklassa tarkoitettuna erityis- tai yksinoikeuksien haltijana, kun otetaan huomioon se, että

i) telejärjestelmän käyttäminen kyseisessä jäsenvaltiossa on rangaistava teko, jos tämän valtion toimivaltaiset viranomaiset eivät ole myöntäneet sitä varten lupaa;

ii) kyseisen jäsenvaltion ilmoittama käytäntö on tutkia perinpohjaisesti sovellettavan kansallisen lainsäädännön mukaan kaikki kyseistä palvelujen tarjoamista koskevat lupahakemukset, jolloin lähtökohtana on se, että toimivaltainen viranomainen yleensä myöntää luvan, ellei ole erityistä syytä muuhun suhtautumiseen, eikä tällaisten myönnettyjen lupien määrälle ole asetettu mitään rajoitusta;

iii) useat yritykset (mukaan lukien kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian kantaja ja väliintulijat) tarjoavat todella kiinteitä johtoja luvissa asetetuilla edellytyksillä?

b) Jos a kohdassa esitetyt seikat eivät ole merkityksellisiä tähän kysymykseen vastaamisen kannalta, mitä arviointiperusteita olisi sovellettava?

3) Sillä varauksella, mitä kysymyksiin 1 ja/tai 2 vastataan,

a) onko direktiiviä 92/44/ETY tulkittava siten, että jäsenvaltio voi olla velvoittamatta sellaista yritystä noudattamaan tämän direktiivin 3—10 artiklassa lueteltuja velvoitteita tai osaa niistä,

i) jolle jäsenvaltio on myöntänyt luvan tarjota kiinteitä johtoja mutta joka ei niitä tällä hetkellä tarjoa;

ii) joka tarjoaa kyseistä palvelua?

b) Jos kysymyksen 3 a kohdan i ja/tai ii alakohtaan vastataan myöntävästi, millä edellytyksillä ja arviointiperusteilla direktiiviä 92/44/ETY on tulkittava niin, että sen mukaan jäsenvaltio voi olla asettamatta tällaiselle yritykselle kyseisiä velvoitteita tai jotakin niistä?

c) Erityisesti halutaan vastaus seuraaviin kysymyksiin:

i) Onko direktiiviä tulkittava siten, että sen mukaan jäsenvaltio voi olla asettamatta näitä velvoitteita sillä perusteella, että jonkin yrityksen todella tarjoamien kiinteiden johtojen määrä on jäsenvaltion käsityksen mukaan vähämerkityksellinen?

ii) Jos asia on näin, miten tämä de minimis -poikkeus on määriteltävä? Voiko jäsenvaltio rajoittaa arviointinsa siihen tilanteeseen, joka markkinoilla on direktiivin täytäntöönpanopäivänä, vai onko sen otettava huomioon myös markkinoiden mahdollinen kehitys?

iii) Onko syrjintäkiellon periaatteen mukaan sitä oikeusvarmuuden periaatteen kanssa tulkittaessa niin, että direktiivin kansallisissa täytäntöönpanotoimissa on määriteltävä kaikki mahdolliset de minimis -kynnykset, jos tällaisesta kynnyksestä säätäminen on luvallista?

4) Onko niin, kysymyksiin 1 ja/tai 2 annettavaa vastausta koskevin varauksin, että direktiiviä 92/44/ETY ja erityisesti sen 7 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että jäsenvaltio voi direktiivin mukaan velvoittaa tai sen on velvoitettava kaksi niistä yrityksistä, joille se on myöntänyt luvan tarjota kyseistä palvelua, eikä muita yrityksiä, tarjoamaan liitteen II mukainen vähimmäisvalikoima kiinteitä johtoja?

5) Jos johonkin kysymyksen 3 tai 4 osaan vastataan myöntävästi, onko direktiivi 92/44/ETY erityisesti syrjintäkiellon periaatteen vastaisena pätemätön?

6) Onko direktiivi 92/44/ETY ja erityisesti sen 7 artiklan 1 kohta ja liite II pätemätön suhteellisuusperiaatteen rikkomisen takia, koska siinä edellytetään sellaisen kiinteän johdon tarjoamista kaikissa jäsenvaltioissa, joka on tyyppiä 2 048 kbit/s digitaalinen rakenteinen kyseisessä liitteessä määriteltyjen teknisten ominaisuuksien mukaisesti?

7) a) Onko jäsenvaltio velvollinen yhteisön oikeuden mukaan maksamaan yritykselle korvauksia vahingosta, jonka se on kärsinyt, koska

i) direktiivin 92/44/ETY 3—10 artiklassa säädetyt velvoitteet tai jokin niistä on kyseisen yrityksen osalta pantu virheellisesti täytäntöön?

ii) direktiivi on pantu täytäntöön siten, että yhdenvertaisen kohtelun periaatetta on rikottu?

iii) kyseiset velvoitteet on pantu täytäntöön, vaikka direktiivin asiassa sovellettavat säännökset ovat pätemättömiä, koska niillä rikotaan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja/tai suhteellisuusperiaatetta?

b) Jos kysymyksen 7 a kohdan i, ii tai iii alakohtaan vastataan myöntävästi, millä edellytyksillä jäsenvaltio on vastuussa?"

20. Ennen ennakkoratkaisukysymysten käsittelyä on esitettävä yksi yleinen huomautus.

On heti selvää, että kiinteistä johdoista annetulla direktiivillä pyritään sääntelemään pääsyä verkkoihin kyseisellä alalla siinä tosiasiallisessa tilanteessa, joka vallitsi useimmissa jäsenvaltioissa direktiivin antohetkellä, eli tilanteessa, jossa erityis- tai yksinoikeuksia nauttivia yrityksiä oli vielä paljon. On myös selvää, että direktiivissä ei sitä vastoin oteta huomioon Ison-Britannian lähes täysin vapautuneiden markkinoiden kaltaisten markkinoiden erityispiirteitä.

21. Myös joidenkin direktiivin johdantoosan perustelukappaleiden sanamuoto viittaa tähän. Esimerkiksi kolmannessa perustelukappaleessa viitataan kilpailusta telepalvelumarkkinoilla 28 päivänä kesäkuuta 1990 annettuun komission direktiiviin 90/388/ETY [9] ja todetaan, että "— — sellaisten jäsenvaltioiden, jotka säilyttävät erityis- tai yksinoikeudet yleisten televerkkojen rakentamiseen ja toiminnan harjoittamiseen niissä, on toteutettava tarvittavat toimenpiteet verkkoon liittymistä koskevien ehtojen saattamiseksi puolueettomiksi ja syrjimättömiksi sekä julkaistava nämä edellytykset — —".

Direktiivin 11. perustelukappaleessa todetaan, että "— — jäsenvaltioiden, jotka säilyttävät erityis- tai yksinoikeuksia yleisten televerkkojen tarjoamiseen ja toiminnan harjoittamiseen niissä, on varmistettava, että kiinteitä johtoja haluavat saavat ne käyttöönsä kohtuullisessa ajassa".

22. Näissä kohdissa vahvistetaan — jos vahvistus on tarpeen — se, että tarkasteltavana olevalla direktiivillä ei pyritä puuttumaan siihen, miten jäsenvaltiot myöntävät erityis- tai

9 — EYVL L 192, s. 10.

yksinoikeuksia yleisen verkon perustamiseksi ja toiminnan harjoittamiseksi siinä; päinvastoin direktiivissä oletetaan, että tällaisia oikeuksia on, ja sillä pyritään estämään näiden oikeuksien mahdollisesti aiheuttama kilpailun vääristyminen.

23. Sitä paitsi komissio itse korosti 23.6.1994 päivätyssä muistiossaan tarvetta muuttaa ONP-direktiivin soveltamisedellytyksiä, jotta otettaisiin huomioon telealan infrastruktuurin vähittäinen vapautuminen, jota yhteisön direktiiveissä vaaditaan, ja totesi seuraavaa:

"The concept of special and exclusive rights has been used up to the present as the major criteria for applying Open Network Provision conditions. With the future abolition of special and exclusive rights, the issue of the entities to be covered by Open Network Provision must be revisited." [10]

24. Yhteisön lainsäätäjä on todennut, että kiinteistä johdoista annettu direktiivi ei ole sovelias (jo) vapautettujen tai parhaillaan vapautettavien telealan markkinoiden sääntelemiseksi. [11] Komissio antoi tämän vuoksi 4.1.1996 ehdotuksen Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi neuvoston direktiivien 90/387/ETY ja 92/44/ETY muuttamisesta kilpailukykyiseen ympäristöön mukauttamiseksi televiestinnän alalla [12] (jäljempänä muutosehdotus), ja tutkin jäljempänä tämän muutosehdotuksen merkittävimpiä kohtia.

25. On kuitenkin niin, että kiinteistä johdoista annetun direktiivin nykyisessä muodossa sillä velvoitetaan Iso-Britannia, kuten muutkin jäsenvaltiot, saavuttamaan tiettyjä yhdenmukaistamista koskevia tuloksia, ja sen sanamuoto on sellainen, että tietyt kyseisten tulosten saavuttamista koskevat yksityiskohtaiset säännökset eivät voi olla aiheuttamatta selviä soveltamisvaikeuksia Ison-Britannian tilanteessa.

Tästä seuraa, että vaikka Yhdistynyt kuningaskunta on edelleen velvollinen pyrkimään direktiivissä säädettyihin yhdenmukaistamistavoitteisiin, ottaen huomioon mainitun tilanteen poikkeuksellisuus ja kyseisten säännösten tilapäinen luonne Yhdistyneen kuningaskunnan täytyy voida käyttää tarpeellista harkintavaltaa näiden tavoitteiden osalta, jotta niiden saavuttaminen voisi tapahtua direktiivissä huomiotta jääneelle kansallisten markkinoiden erityislaadulle mahdollisimman hyvin soveltuvalla tavalla.

On erityisesti tutkittava — myös muutosehdotuksessa esitettyjen parannusten perus-

10 — Memorandum on future approach to Open Network Provision, ONP Committee, 23.6.1994 (ONCOM94-29), s. 3.

11 — Ks. esim. telealan infrastruktuureiden vapauttamisen periaatteista ja aikataulusta 22 päivänä joulukuuta 1994 annettu neuvoston päätöslauselma (EYVL C 379, s. 4).

12 — EYVL C 62, s. 3.

teella — sitä, mitä vaikutuksia esitettyihin ennakkoratkaisukysymyksiin voi olla sillä, että kiinteistä johdoista annettu direktiivi ei ole yhteensopiva Ison-Britannian markkinoiden erityisen tilanteen kanssa.

Ensimmäinen kysymys

26. Ensimmäisellä ennakkoratkaisukysymyksellään kansallinen tuomioistuin pyytää yhteisöjen tuomioistuinta täsmentämään, voiko jäsenvaltio noudattaakseen kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklaa asettaa direktiivissä säädetyt velvoitteet ainoastaan yrityksille, jotka voidaan luokitella kyseisissä direktiiveissä tarkoitetuiksi teleorganisaatioiksi, koska niillä on ONP-direktiivin mukaisia erityis- tai yksinoikeuksia, tai täytyykö jäsenvaltion menetellä näin.

Muistutan vielä, että kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklassa säädetään useista velvoitteista, jotka jäsenvaltioiden on asetettava yleisten televerkkojen käyttäjille, jotta käyttäjille tarjottuihin kiinteisiin johtoihin liittyminen ja niiden käyttö olisi vapaata ja tehokasta.

27. Vastaus ensimmäiseen kysymykseen on mielestäni liiankin selvä, ja itse asiassa kansallinen tuomioistuinkin tuntuu pitävän sitä varmana: direktiivin nykyisen sanamuodon mukaan kyseiset velvoitteet on osoitettu teleorganisaatioille. Joskin on totta, että kaikissa kyseessä olevissa säännöksissä ei ilmaista täsmällisesti, kenelle jäsenvaltioiden on asetettava kyseessä oleva velvoite, [13] on myös totta, että silloin, kun säännöksessä on täsmennetty velvoitteen kohde, kohteena on nimenomaisesti mainittu jäsenvaltioissa toimivat teleorganisaatiot. [14]

Tätä seikkaa ei voida jättää huomiotta; siten ei tule mielestäni kysymykseenkään, että kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklassa säädetyillä velvoitteilla viitattaisiin muihin kuin kyseisessä direktiivissä ja ONP-direktiivissä määriteltyihin teleorganisaatioihin eli julkisiin tai yksityisiin elimiin, joille jäsenvaltio on myöntänyt erityis- tai yksinoikeuden yleisen televerkon tai yleisten telepalvelujen tarjoamiseen tai käyttämiseen.

28. Edellä mainitulla muutosehdotuksella pyritään sopeuttamaan kiinteistä johdoista annettu direktiivi kilpailutilanteeseen, ja sen 2 artiklassa todetaan, että kaikkialla tekstissä ilmaisu "teleorganisaatiot" korvataan ilmai-

13 — Ks. esim. 3 ja 4 artikla.

14 — Kyseisissä säännöksissä käytetään eniten seuraavaa sanamuotoa: "Jäsenvaltioiden on huolehdittava, että [niiden] teleorganisaatiot — —" (ks. esim. 6 artiklan 4 kohdan kolmas alakohta, em. 7 artiklan 1 kohta ja 10 artiklan 2 kohta).

sulla "11 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaisesti ilmoitetut organisaatiot".

Muutetussa 11 artiklassa edellytettäisiin muutosehdotuksen mukaan järjestelyä, jossa "[k]ansallisten sääntelyviranomaisten on ilmoitettava komissiolle tämän direktiivin vaatimusten mukaisesti kiinteitä johtoja tarjoavien organisaatioiden nimet"; tällä tavalla ehdotuksessa esitetään mielestäni perustellusti, että direktiivissä säädetyt velvoitteet kuuluvat määritellyille organisaatioille, jotka toimivaltaiset viranomaiset ovat nimenneet ja jotka tarjoavat palveluja kyseisellä alalla, riippumatta siitä, onko näillä organisaatioilla erityis- tai yksinoikeuksia.

29. On kuitenkin niin, että nykyisessä sanamuodossaan 3—10 artiklan säännökset ja siten niissä mainitut velvoitteet voidaan käsittää vain niin, että niillä viitataan teleorganisaatioihin.

Joskin tämä seikka on kiistaton, ongelmana on tietää, minkä yritysten on täytettävä nämä velvoitteet tilanteessa, jossa kyseisille markkinoille ei enää ole ominaista se, että niillä toimii infrastruktuuria koskevia erityis- ja yksinoikeuksia nauttivia yrityksiä, vaan pikemminkin se, että niillä toimii suuri määrä yrityksiä vapaassa kilpailutilanteessa. Juuri tätä kansallinen tuomioistuin tiedustelee toisella, kolmannella ja neljännellä kysymyksellään.

Toinen kysymys

30. Toisella kysymyksellään kansallinen tuomioistuin haluaa ensinnäkin tietää, onko brittiläisten televiestintämarkkinoiden erityinen tilanne huomioon ottaen *kaikkia* yleisen televiestinnän harjoittajia, jotka toimivat kyseisillä markkinoilla, pidettävä teleorganisaatioina eli eliminä, jotka nauttivat direktiivissä tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia, tai voidaanko niitä pitää tällaisina.

Kansallinen tuomioistuin kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta erityisesti sitä, voidaanko katsoa, että ONP-direktiivissä ja kiinteistä johdoista annetussa direktiivissä tarkoitettuja erityis- ja yksinoikeuksia nauttivat ne lukuisat yritykset, jotka toimivat jonkin jäsenvaltion yleisillä telepalvelumarkkinoilla sellaisen pakollisen luvan perusteella, jonka toimivaltaiset viranomaiset ovat antaneet ohjeidensa perusteella, joiden mukaan kaikki hakemukset hyväksytään, jollei ole erityistä syytä muuhun suhtautumiseen.

31. Tältä osin BT väittää, että ainakin vuonna 1991 tapahtuneesta vapauttamisesta lähtien millään yleisen televiestinnän harjoit-

tajalla, jonka kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, ei enää ole direktiiveissä tarkoitettuja erityisoikeuksia (ja vielä vähemmän yksinoikeuksia), ja toteaa, että mahdollisuus harjoittaa toimintaa telejärjestelmissä on periaatteessa avoin ja että velvollisuus hankkia tätä varten lupa ei ole ratkaiseva seikka vastakkaisen käsityksen tueksi.

Lähes kaikissa jäsenvaltioissa lukuisten ja monenlaisten kaupallisten toimintojen harjoittamista varten tarvitaan lupa. BT:n mielestä olisi virheellistä ja vastoin kyseistä yhteisön käsitettä katsoa, että pelkästään sillä perusteella, että luvanhaltija on menestyksekkäästi täyttänyt hallinnollisen muodollisuuden, se nauttisi erityisoikeuksia (ja vielä vähemmän yksinoikeuksia) kyseisen toiminnan harjoittamiseksi.

32. Minun on myönnettävä, että väite on perusteltu.

Ensinnäkin asiasta on näyttöä teksteissä. Kuten olen todennut, kiinteistä johdoista annetun direktiivin 2 artiklan 1 kohdassa ja ONP-direktiivin 2 artiklan 2 kohdassa erityis- tai yksinoikeuksilla tarkoitetaan kiinteistä johdoista annettua direktiiviä sovellettaessa jäsenvaltion tai sen viranomaisen yhdelle tai useammalle julkiselle tai yksityiselle toimielimelle myöntämää oikeutta palvelujen tarjoamiseen tai toiminnan harjoittamiseen.

33. Komissio on sittemmin täsmentänyt erityis- ja yksinoikeuksia koskevaa yhteisön käsitettä erityisesti telealalla olevien erityisoikeuksien osalta hiljattain, 13.10.1994 antamassaan direktiivissä 94/46/EY, [15] joka annettiin yhteisöjen tuomioistuimen annettua 17.11.1992 tuomion asiassa Espanja ym. vastaan komissio. [16]

Vaikka tällä direktiivillä ei muodollisesti muuteta ONP-direktiivissä tarkoitettua erityis- tai yksinoikeuksien käsitettä, koska siinä viitataan nimenomaisesti ainoastaan direktiiviin 90/388/ETY, josta oli kyse edellä mainitussa yhteisöjen tuomioistuimen tuomiossa, se on kuitenkin hyödyllinen kyseisen käsitteen määrittelemiseksi.

34. Direktiivin 94/46/EY 2 artiklan 1 kohdan a alakohdan ii alakohdassa täsmennetään, että erityisoikeudet ovat oikeuksia, jotka jäsenvaltio on myöntänyt rajoitetulle mää-

15 — Direktiivien 88/301/ETY ja 90/388/ETY muuttamisesta erityisesti satelliittiviestinnän osalta 13 päivänä lokakuuta 1994 annettu komission direktiivi 94/46/EY (EYVL L 268, s. 15).

16 — Yhdistetyt asiat C-271/90, C-281/90 ja C-289/90, Espanja ym. v. komissio, tuomio 17.11.1992 (Kok. 1992, s. I-5833). Tässä tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin vahvisti, että direktiivi 90/388/ETY on pätevä, mutta kumosi sen siltä osin kuin siinä viitattiin erityisoikeuksiin, koska kyseisestä artiklasta tai direktiivin johdanto-osasta ei ilmennyt, minkälaisia oikeuksia konkreettisesti tarkoitettiin tai minkä takia tällaisten oikeuksien olemassaolo on vastoin perustamissopimuksen määräyksiä.

rälle yrityksiä tietyllä alueella laein, asetuksin ja hallinnollisin määräyksin, joilla

"— rajoitetaan niiden yritysten määrä, joilla on lupa tarjota palveluja tai harjoittaa toimintaa, kahteen tai useampaan perustein, jotka *eivät ole puolueettomia, suhteellisia ja ketään syrjimättömiä*,

tai

— nimetään *muin kuin edellä mainituin perustein* useita kilpailevia yrityksiä yrityksiksi, joilla on lupa tarjota palveluja tai harjoittaa toimintaa,

tai

— myönnetään yhdelle tai useammalle yritykselle *muin kuin edellä mainituin perustein* lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia etuja, jotka vaikuttavat olennaisesti muiden yritysten kykyyn tarjota samoja telepalveluja tai harjoittaa toimintaa samalla alueella ja olennaisesti samoin edellytyksin". [17]

17 — Kursivointi tässä.

35. Ottaen huomioon myös ennakkoratkaisupyynnössä yksityiskohtaisesti esitetyt seikat, joita ei siis voida tässä kyseenalaistaa, ei siten voida päätyä muuhun kuin kantajan esittämään päätelmään: lukuisia yleisen televiestinnän harjoittajia, joilla on lupa tarjota Yhdistyneessä kuningaskunnassa yleisiä telepalveluja, ei voida pitää erityis- tai yksinoikeuksien haltijoina pelkästään sillä perusteella, että niillä on velvollisuus pyytää lupa.

36. Edellä mainitun kilpailusta telepalvelumarkkinoilla annetun direktiivin 90/388/ETY 2 artikla on osoitus siitä, että yhteisön lainsäätäjän tavoittelemassa järjestelmässä siitä, että tietyn toiminnan harjoittamiseksi televiestintäalalla täytyy hankkia lupa, ei voida päätellä sitä, että luvansaajalla olisi erityis- tai yksinoikeuksia, eikä tällaista oletustakaan voida tehdä.

Artiklassa todetaan ensin, että "[j]äsenvaltioiden on peruutettava kaikki erityis- ja yksinoikeudet —— telepalvelujen —— toimittamiseen ——", minkä jälkeen artiklan toisessa kohdassa todetaan, että "[j]äsenvaltioiden, joissa tällaisten palvelujen toimittaminen on säädetty toimilupa- tai ilmoitusmenettelyn alaiseksi olennaisten vaatimusten noudattamiseksi, on varmistettava, että toimiluvan myöntämisen edellytykset ovat puolueettomia ja avoimia eikä niillä syrjitä ketään". Erityis- ja yksinoikeuksien poista-

minen tietyllä alalla on siis yhä tavoite, joka on täysin yhteensopiva sen kanssa, että toiminnan harjoittamiseksi kyseisellä alalla on edelleen saatava etukäteen lupa tai hyväksyntä.

37. Mielestäni ongelmanasettelua ei muuta se, että Yhdistyneessä kuningaskunnassa vuoden 1984 laissa tarkoitettujen yleisten telepalvelujen tarjoamista varten myönnettävään lupaan liittyy useimmissa tapauksissa — tosin yksityiskohdiltaan ja määräajoiltaan toisistaan poikkeavia — etuoikeuksia. Kuten olen todennut, näitä etuoikeuksia ovat televiestinnän harjoittajan oikeus käyttää toisen maata ja hankkia sitä infrastruktuurien asentamista varten sekä oikeus sijoittaa verkkoa varten tarpeellisia laitteita yleisten kulkuväylien ylä- ja alapuolelle ja myös yksityiselle maalle omistajan suostumuksella (ilman suostumusta vain tuomioistuimen luvalla).

Nämä valtuudet näyttävät selvästi olevan välttämättömiä pelkästään sen toiminnan harjoittamiseksi, johon jokaisella televiestinnän harjoittajalla on oikeus lupansa perusteella; kyse ei mielestäni ole riittävästä perusteesta väittää, että kyseisillä henkilöillä on kiinteistä johdoista annetussa direktiivissä tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia.

38. Tämän lisäksi on todettava, että toimivaltaisen viranomaisen vuonna 1991 julkistaman kannanoton mukaan lupahakemukset hylätään hakemusmenettelyssä ainoastaan, jos hylkäämiselle on erityisiä syitä, ja että toimivaltaiset viranomaiset voivat lisäksi myöntää rajoittamattoman määrän lupia.

39. Toiseen kysymykseen on siis vastattava, että jonkin jäsenvaltion telepalvelumarkkinoilla sellaisen pakollisen luvan perusteella toimivat yritykset, jolla niille myönnetään etuoikeuksia ja jonka myöntää toimivaltainen viranomainen tutkittuaan hakemuksen sovellettavien kansallisten säännösten mukaisesti ja joka yleensä myönnetään, ellei ole erityisiä syitä olla sitä myöntämättä, eivät ole pelkästään tällä perusteella kiinteistä johdoista annetussa direktiivissä tarkoitettujen erityis- tai yksinoikeuksien haltijoita.

Kolmas ja neljäs kysymys

40. Kolmas ja neljäs kysymys ovat tämän oikeudenkäynnin keskeinen ongelma, ja näillä kysymyksillään kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, ovatko Yhdistyneen kuningaskunnan toteuttamat kiinteistä johdoista annetun direktiivin täytäntöönpanotoimet yhteensopivia tämän direktiivin kanssa siltä osin kuin näiden täytäntöönpanotoimien mukaan direktiivin 3—10 artiklassa tarkoitetut velvoitteet tai osa niistä asetetaan ainoastaan kolmelle niistä lukuisista yrityksistä, jotka toimivat kyseisillä markkinoilla.

Kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, sallitaanko direktiivissä jäsenvaltion asettavan nämä velvoitteet ainoastaan joillekin sen alueella toimivista teleorganisaatioista ja millä edellytyksillä tämä on mahdollista. Kansallinen tuomioistuin kysyy erityisesti, voiko tämä mahdollisuus perustua siihen, että kyseisen valtion mukaan jonkin yrityksen tosiasiallisesti tarjoamien kiinteiden johtojen määrä on vähämerkityksellinen, ja lisäksi se kysyy, että jos edelliseen kysymykseen vastataan myöntävästi, voiko valtio rajoittaa tarkastelunsa markkinatilanteeseen direktiivin täytäntöönpanohetkellä vai onko sen otettava huomioon myös markkinoiden mahdollinen kehitys ja varmistettava mahdollisesti, että direktiivin täytäntöönpanotoimessa on nimenomaisesti mainittu de minimis -kynnys.

41. Neljännessä kysymyksessä viitataan erityisesti 7 artiklaan, ja tämä kysymys koskee yleispalvelun erityistä ongelmaa; kansallinen tuomioistuin kysyy, onko tätä säännöstä tulkittava siten, että sillä sallitaan jäsenvaltioiden asettavan ainoastaan kahdelle niistä lukuisista yrityksistä, joilla on lupa tarjota kyseistä palvelua kyseisillä markkinoilla, velvollisuus tarjota kiinteiden johtojen vähimmäisvalikoima.

Koska kolmannessa ja neljännessä kysymyksessä on esitetty olennaisilta osin identtiset ongelmat, pidän tarkoituksenmukaisena käsitellä kysymyksiä yhdessä.

42. Kantaja väittää, että kaikki kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklassa tarkoitetut velvoitteet mukaan lukien velvoite tarjota kiinteiden johtojen vähimmäismäärä olisi asetettava suhteellisuusperiaatteen mukaisesti kaikille samoilla markkinoilla toimiville yrityksille syrjintäkiellon periaatetta noudattaen.

Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus, jota Ranskan hallitus ja komissio tukevat, puolestaan väittää, että jäsenvaltioilla on laaja harkintavalta päättää, mille yritykselle tai yrityksille niistä yrityksistä, jotka toimivat sen alueella, ne asettavat kyseiset velvoitteet. Yhdistyneen kuningaskunnan viranomaiset siis toimivat hyväksyttävästi asettaessaan velvoitteet BT:lle ja osan velvoitteista Mercurylle ja Kingstonille, koska BT:llä on kiistatta määräävä asema ja Mercuryllä vahva asema kyseisillä markkinoilla ja Kingstonilla tosiasiallinen monopoli sillä maantieteellisellä alueella, jolla se toimii.

43. Kuten olen todennut, kysymyksiin annettavaan vastaukseen ei voi olla vaikuttamatta se edellä mainittu seikka, että yleisen televiestinnän harjoittajat Yhdistyneessä kuningaskunnassa eivät ole kiinteistä johdoista annetun direktiivin nykyisessä versiossa tarkoitettuja teleorganisaatioita.

44. Kuten olen edellä jo esittänyt, kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklassa (lukuun ottamatta 7 artiklaa) asetetaan jäsenvaltioille velvollisuus valvoa, että niiden teleorganisaatiot tarjoavat kiinteitä johtoja tiettyjen edellytysten ja vaatimusten mukaisesti. Yleisesti ottaen näissä säännöksissä säädetään velvoitteista, jotka liittyvät tarjottuja johtoja koskevan teknisen ja kaupallisen tiedon julkistamiseen ja oikeuteen saada tällaista tietoa, tekniseen pääsyyn johtoihin ja tarjousten sopimusehtoihin (tarjouksen päättyminen, tilaus- ja laskutusmenettelyt, kustannuksiin perustuvat tariffit jne.).

Todellisuudessa on kyse velvoitteista, joiden olemassaolo perustuu markkinatilanteeseen, jolle on tunnusomaista lakisääteinen monopoli tai lakisääteiset oligopolit. Tässä tilanteessa on todella tarpeen ottaa käyttöön joitakin soveliaita korjausmenetelmiä sen varmistamiseksi, että nämä organisaatiot eivät hyödy etuoikeutetusta asemastaan vaikuttaakseen haitallisesti markkinoihin. Jos sitä vastoin on kyse vapautetuista markkinoista, saattaa olla tarpeellista, että velvoitteita noudattavat ainoastaan elimet, joilla on historiallisista syistä markkinoilla vielä erityisen merkittävä asema, jonka perusteella ne voivat joka tapauksessa antaa tarjouksen ehdoilla, joissa ei oteta huomioon kooltaan ja merkitykseltään vähäisempien yritysten kilpailutilannetta. Kun tietyillä markkinoilla on todellinen kilpailullinen tasapaino, tällaisten velvoitteiden olemassaololle ei ole mitään perustetta, koska kaikki ne asiat, joita näillä velvoitteilla pyritään turvaamaan, taataan automaattisesti pelkällä vapaalla kilpailulla.

45. Näistä seikoista päättelen, että Ison-Britannian markkinoiden kaltaisilla vapautuneilla markkinoilla saattaa olla niin, että kyseisiä velvoitteita ei tarvitse asettaa kaikille markkinoilla toimiville yrityksille, vaan saattaa olla tarkoituksenmukaista asettaa ne ainoastaan organisaatioille, jotka edellä esitetyistä syistä ovat tosiasiallisesti niin etuoikeutetussa tilanteessa, että ne voivat vaikuttaa haitallisesti markkinoihin eli esimerkiksi estää pääsyn yleiseen verkkoon.

Kiinteistä johdoista annetulla direktiivillä halutaan nimenomaan välttää tällainen kilpailun vääristyminen; jotta kansallinen lainsäätäjä voisi täytäntöönpanna direktiivin oikein valtiossa, jossa ei enää ole infrastruktuuria koskevia erityis- tai yksinoikeuksia, mielestäni riittää, että tämä tavoite saavutetaan; tämän tavoitteen voisi tarpeen vaatiessa saavuttaa asettamalla tarjoamista koskevat velvoitteet ainoastaan organisaatioille, jotka vahvan markkina-asemansa takia saattaisivat estää käyttäjien tai kilpailijoidensa pääsyn yleiseen verkkoon.

46. Käsitykselleni on löydettävissä merkittävää vahvistusta 6.3.1996 annetusta muutosehdotuksesta. Sen 2 artiklan 2 kohdassa edellytetään, että jäsenvaltioiden on varmistettava, että "tämän direktiivin säännöksiä sovelletaan vähintään yhteen organisaatioon kaikkialla jäsenvaltioiden alueella" ja että "tästä direktiivistä johtuvia velvoitteita ei aseteta organisaatioille, joiden markkinavoima ei ole merkittävä".

Samalla tavalla kuin muissa yhteisön säädöksissä pyritään infrastruktuuria koskevien erityis- ja yksinoikeuksien poistamiseen, myös kyseisessä muutosehdotuksessa annetaan siis nimenomaisesti jäsenvaltioille oikeus asettaa kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklassa tarkoitetut velvoitteet vain joillekin televiestinnän harjoittajista, jos näillä on vahva markkina-asema.

47. Kiinteistä johdoista annetun direktiivin 7 artiklassa velvoitetaan jäsenvaltiot huolehtimaan, kuten olen jo todennut, siitä, että teleorganisaatiot tarjoavat yhdessä tai erikseen kiinteiden johtojen vähimmäisvalikoiman yhdenmukaisen palvelun takaamiseksi koko yhteisössä, ja tältä osin ongelma on lähes sama.

Ajatus yleispalvelusta on merkityksellinen etenkin yleiseltä kannalta tarkasteltuna, koska siinä on kyse tarpeesta yhdistää ne kaksi vaatimusta, joita yhteisön lainsäätäjä pitää yhtä tärkeinä tapauksittain vaihtelevia keinoja hyväksi käyttäen: ensinnäkin yleisten kaupallisten palvelujen markkinoiden vapauttaminen (kyseessä on televiestintä, mutta, kuten tiedetään, myös sähkö, vesi, kaasu ja postipalvelut) ja toiseksi takuu tehokkaan palvelun tarjoamisesta kaikille palvelua haluaville käyttäjille.

Yleispalvelun tarjoamiseen kuuluu nimittäin se velvollisuus, että palvelusta vastaavan yrityksen on tyydytettävä kysyntä riippumatta siitä, voiko se kattaa kulunsa; tämän takia vapautetuilla markkinoilla, joilla velvollisuus tällaisen palvelun tarjoamiseen ei enää ole vastike yhdelle tai useammalle yritykselle myönnetystä erityis- tai yksinoikeudesta, kyseinen velvollisuus saattaa olla kyseessä olevalle yritykselle (tai oleville yrityksille) liian kallis tai epäoikeudenmukainen tai yksinkertaisesti syrjivä. Toisaalta silloin, kun on kyse tosiasiallisesta monopolista tai yhdestä tai useammasta yrityksestä, joilla on määräävä asema tietyillä jo vapautetuilla markkinoilla, saattaisi olla epäjohdonmukaista asettaa velvoite kaikille televiestinnän harjoittajille eli myös niille, joilla ei ole riittävän vahvaa markkina-asemaa.

48. Jopa tässä tilanteessa on selvää, että yhteisön lainsäätäjä oli kiinteistä johdoista annettua direktiiviä laatiessaan ajatellut markkinoita, joille ovat tyypillisiä infrastruktuureita koskevat erityis- ja yksinoikeudet.

Kun erityis- ja yksinoikeuksia poistetaan vähitellen ja asteittain (joskin soveltaen eri aikataulua ja eri menetelmiä) lähes kaikilla mainituilla aloilla, yhteisön lainsäätäjä on osoittanut ottavansa huomioon tarpeen päättää objektiivisten ja dynaamisten, taloudelliset ja tekniset vaatimukset huomioon ottavien arviointiperusteiden mukaan sen, mitkä yritykset ovat velvollisia tarjoamaan yleispalvelua.

49. Ensiksikin edellä esittämäni mukaisesti muutosehdotuksessa edellytetään yleispalvelun takaamista koskevan velvoitteen asettamista kiinteiden johtojen osalta kussakin jäsenvaltiossa ainakin yhdelle televiestinnän harjoittajalle, joka määritellään ja valitaan ensisijaisesti sen markkina-aseman perusteella.

Äskettäin annetussa komission direktiivissä 96/19/EY [18] televiestintämarkkinoiden täydellisen kilpailun toteuttamiseksi velvoitetaan jäsenvaltiot ilmoittamaan komissiolle toimenpiteistä, jotka ne aikovat toteuttaa universaalin kilpailun varmistamiseksi; komission tehtävänä on varmistaa toimenpiteiden avoimuus ja suhteellisuusperiaatteen mukaisuus.

Komission 31.8.1995 antamassa ehdotuksessa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi televiestinnän yhteenliittämisestä, jonka tarkoituksena on juuri taata paitsi verkkojen yhteentoimivuus myös yleispalvelu, [19] käsitellään asiaa yksityiskohtaisesti. Ehdotuksessa nimittäin todetaan, että tämä velvoite kuuluu teleorganisaatioille, "jotka ovat merkittävässä markkina-asemassa", ja sitä sovelletaan sellaisten dynaamisten menetelmien avulla, joilla taataan tarpeen vaatiessa palvelun kustannusten oikeudenmukainen jakaantuminen kansallisten ja yhteisön viranomaisten valvonnassa (ks. 4 ja 5 artikla).

50. Toisaalta kiinteistä johdoista annetun direktiivin 7 artiklassa, sen nykyisessä muodossa, säädetään yksinkertaisesti, että jokaisen jäsenvaltion on huolehdittava, että kyseisellä alalla todella tarjotaan tiettyä palvelua jokaiselle sitä haluavalle mahdolliselle käyttäjälle. Nykyisessä muodossaan tässä säännöksessä ei edellytetä mitään muuta.

Tässä tilanteessa on mielestäni järkevää todeta, että — jälleen yhdenmukaisesti alaa koskevan yhteisön sääntelyn kanssa — kyseisen säännöksen noudattamiseksi on riittävää, että jäsenvaltion, jonka telemarkkinat on jo vapautettu, lainsäätäjä asettaa kyseisen velvoitteen ainakin yhdelle sen alueella toimivalle teleorganisaatiolle.

51. Kiinteistä johdoista annetun direktiivin 3—10 artiklaa on näin ollen tulkittava siten, että jäsenvaltioiden, joiden televiestintämarkkinoille ei enää erityisesti kiinteiden johtojen osalta ole ominaista infrastruktuureja koskevien erityis- tai yksinoikeuksien nauttiminen, on joka tapauksessa asetettava velvoite tarjota yleispalvelua ainakin yhdelle teleorganisaatiolle, jolla on lupa toimia kyseisellä alalla; muut velvoitteet (3, 4, 5, 6, 8, 9 ja 10 artiklassa säädetyt) niiden on asetettava ainakin yhdelle näistä televiestinnän harjoittajista, jos

18 — Täydellisen kilpailun toteuttamista televiestintämarkkinoilla pohjustavan direktiivin 90/388/ETY muuttamisesta 13 päivänä maaliskuuta 1996 annettu komission direktiivi 96/19/EY (EYVL L 74, s. 13).

19 — KOM(95) 379 lopull., EYVL C 313, s. 7.

tämä on perusteltua sellaisten tosiseikkojen perusteella, joiden takia on välttämätöntä säännellä kyseisen harjoittajan toimintaa kyseisillä markkinoilla.

Viides kysymys

52. Ottaen huomioon kolmanteen ja neljänteen kysymykseen ehdottamani vastaukset vastaus kansallisen tuomioistuimen esittämään viidenteen kysymykseen, joka koskee kiinteistä johdoista annetun direktiivin pätemättömyyttä syrjintäkiellon periaatteen loukkaamisen takia, on mielestäni liiankin selvä.

On nimittäin selvää, että koska direktiivissä ei mitenkään velvoiteta jäsenvaltioita sellaiseen täytäntöönpanoon, jolla loukattaisiin syrjintäkiellon periaatetta, kuten olen todennut, direktiivin pätevyys ei ole mitenkään kyseenalainen. Enintäänkin ongelmana voisi olla se, ovatko kansalliset täytäntöönpanotoimet päteviä. Tämäkään ei ole esittämäni mukaan ongelma.

Kuudes kysymys

53. Kuudennessa kysymyksessään kansallinen tuomioistuin tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta, onko kiinteistä johdoista annettu direktiivi pätevä, sillä kantajien mukaan sillä rikotaan suhteellisuusperiaatetta, koska siinä velvoitetaan tarjoamaan tietyntyyppisiä johtoja (2 048 kbit/s), joille ei ole kysyntää Isossa-Britanniassa nyt eikä tulevaisuudessa.

Kyseinen johtotyyppi mainitaan nimenomaisesti direktiivin liitteessä II, jossa, kuten olen todennut, määritellään niiden johtojen, joiden tarjoaminen jäsenvaltioiden on taattava, tekniset ominaisuudet "yhdenmukaistetun palvelun takaamiseksi koko yhteisössä", kuten moneen otteeseen lainatussa 7 artiklassa todetaan.

54. Vaatimus siitä, että eri jäsenvaltioissa tarjotuilla kiinteillä johdoilla on tiettyjä yhdenmukaistettuja teknisiä ominaisuuksia, ilmaistaan myös 12. perustelukappaleessa, jonka mukaan, "jotta kiinteät johdot olisivat riittävässä laajuudessa käyttäjien saatavilla heidän omaan käyttöönsä, jaettuun käyttöön tai palvelujen tarjoamiseen kolmansille, jäsenvaltioiden on syytä huolehtia, että kiinteiden johtojen yhdenmukaistettu valikoima määriteltyine verkon liityntäpisteineen on saatavilla kaikissa jäsenvaltioissa niiden sisäiseen ja niiden väliseen viestintään — —".

Siten on selvää, että teknisten ominaisuuksien yhdenmukaistamisen avulla direktiivillä pyritään myös poistamaan rajat ylittävien teknisten palvelujen kaupan esteitä, jotka johtuvat eri jäsenvaltioissa sovellettavista erilaisista säännöksistä.

Saksassa ja Italiassa; tämä vahvistaa lopullisesti sen, että direktiivin pätevyyttä koskevat väitteet ovat tältä osin perusteettomia.

Seitsemäs kysymys

55. Velvollisuus varmistaa liitteessä II määriteltyjen johtotyyppien saatavuus on siis olennainen vaatimus direktiivillä tavoitellun yhdenmukaistamisen toteuttamiseksi, joten jäsenvaltiot eivät voi poiketa siitä jättämättä samalla toteuttamatta direktiivin tavoitteita.

56. Seitsemännellä kysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee yhteisöjen tuomioistuimelta, minkälaisia päätelmiä on tehtävä valtion vahingonkorvausvastuun osalta, jos Ison-Britannian lainsäätäjä on väitetysti pannut direktiivin virheellisesti täytäntöön.

Lisäksi ei ole epäilystä siitä, että se seikka, ettei jossakin jäsenvaltiossa ole kysyntää tietyntyyppiselle johdolle, ei ole mitenkään merkityksellinen ainakaan rajat ylittävien palvelujen osalta, kun on kyse jäsenvaltiolle asetetusta velvoitteesta taata tietyn johdon saatavuus.

Ottaen huomioon edeltäviin kysymyksiin antamani vastaukset, jos yhteisöjen tuomioistuin vastaa ehdotusteni mukaan, on enemmän kuin selvää, että kyseisen valtion vahingonkorvausvastuuta koskevaa ongelmaa ei tässä ole, koska se on pannut direktiivin täytäntöön tavalla, joka ei ole yhteensopimaton direktiivin tavoitteiden kanssa, eli siis oikein.

Tilanne saattaisi olla toinen, jos voitaisiin osoittaa, että kyseiselle johtotyypille ei ole ollenkaan kysyntää yhteisön markkinoilla; komission esittämien tietojen, joita ei ole kiistetty, perusteella tälle johtotyypille on kuitenkin kysyntää ainakin Ranskassa,

57. Siltä varalta, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisisi asian toisin, olisi kuitenkin ratkaistava ongelma siitä, mikä on jäsenvaltion vastuu ja korvausvelvollisuus yksityisiä kohtaan, jotka ovat kärsineet vahinkoa yhteisön oikeuden rikkomisen takia erityisesti tilanteessa, jossa direktiivin säännökset

on saatettu virheellisesti, vaikkakin määräaikojen kuluessa, osaksi kansallista oikeusjärjestystä.

58. Olen käsitellyt ja kehitellyt tätä aihetta laajasti ratkaisuehdotuksissani yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame, [20] yhdistetyissä asioissa Dillenkofer ym. [21] sekä tarkemmin asiassa British Telecommunications, [22] jossa annoin 28.11.1995 ratkaisuehdotukseni, johon viittaan tarkempia tietoja varten.

Asiassa Brasserie du pêcheur ja Factortame 5.3.1996 antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin totesi muun muassa, että "[k]un jäsenvaltio on rikkonut yhteisön oikeutta kansallisen lainsäätäjän sellaisilla toimilla, jotka koskevat alaa, jolla sillä on laaja harkintavalta lainsäädäntöön liittyvien valintojen tekemisessä, vahinkoa kärsineillä yksityisillä on oikeus saada korvausta, kun yhteisön oikeuden rikotun oikeusnormin tarkoituksena on antaa oikeuksia yksityisille, kun rikkominen on riittävän ilmeinen ja kun yksityisille aiheutunut vahinko on välittömässä syy-yhteydessä tähän rikkomiseen". [23]

Tämä käsitys on vahvistettu hiljattain asiassa British Telecommunications 26.3.1996 annetussa tuomiossa; asian tosiseikat muistuttivat nyt käsiteltävänä olevan asian tosiseikkoja, ja siinä oli kyse direktiivin virheellisestä täytäntöönpanosta. [24]

59. Tässä asiassa on tarpeetonta pohtia, täyttyvätkö muut edellä mainitut edellytykset, ja on riittävää todeta, että sitä, miten Iso-Britannian lainsäätäjä on täytäntöönpannut direktiivin, ei selvästikään voida pitää yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettuna riidanalaisen direktiivin säännösten vakavana ja selvänä rikkomisena. [25]

Kuten olen jo korostanut, tältä osin mielestäni ratkaisevana seikkana on pidettävä sitä, että kyseinen direktiivi, jolla pyritään takaamaan kiinteiden johtojen tarjoamisen edellytysten yhdenmukaisuus, on selvästikin laadittu siten, että sillä säädellään markkinoita, joille on tunnusomaista se, että yhdellä tai muutamalla televiestinnän harjoittajalla on televiestinnän infrastruktuuria koskevia erityis- tai yksinoikeuksia, kun taas direktiivissä ei oteta huomioon joidenkin markkinoiden, kuten direktiivin antohetkellä jo vapautuneiden Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoiden, erityispiirteitä.

20 — Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du pêcheur ja Factortame (Kok. 1996, s. I-1029).

21 — Yhdistetyt asiat C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 ja C-190/94, Dillenkofer ym. (Kok. 1996, s. I-4845).

22 — Asia C-392/93, British Telecommunications (Kok. 1996, s. I-1631).

23 — Em. asia Brasserie du pêcheur ja Factortame, tuomion tuomiolauselma.

24 — Ks. em. asia British Telecommunications, erityisesti tuomion 42 kohta.

25 — Ks. em. asia Brasserie du pêcheur ja Factortame, erityisesti tuomion 55—64 kohta.

Ratkaisuehdotus

60. Edeltävän perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi kansallisen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

1) Avoimen verkon tarjoamisen soveltamisesta kiinteisiin johtoihin 5 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/44/ETY 2 artiklan 1 kohtaa ja telepalvelujen sisämarkkinoiden toteuttamisesta saamalla aikaan avoimen verkon tarjoaminen 28 päivänä kesäkuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/387/ETY 2 artiklan 1 ja 2 kohtaa on tulkittava siten, että niillä velvoitetaan jäsenvaltiot täyttämään direktiivin 92/44/ETY 3—10 artiklan mukaiset velvoitteensa asettamalla tiettyjä velvoitteita direktiivin 90/387/ETY 2 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuille teleorganisaatioille eli julkisille tai yksityisille elimille, joille jäsenvaltio on myöntänyt erityis- tai yksinoikeuksia yleisten televerkkojen sijoittamista ja tarvittaessa telepalvelujen tarjoamista varten.

2) Direktiivin 92/44/ETY 2 artiklan 1 kohtaa ja direktiivin 90/387/ETY 2 artiklan 1 ja 2 kohtaa on tulkittava siten, että sovellettaessa direktiiviä 92/44/ETY useat jäsenvaltion yleisillä telepalvelumarkkinoilla sellaisen luvan perusteella toimivat yritykset, joka on pakollinen, jolla niille myönnetään erityisiä oikeuksia ja jonka myöntää toimivaltainen viranomainen tutkittuaan hakemuksen sovellettavan kansallisen lainsäädännön perusteella pitäen lähtökohtanaan sitä, että luvat myönnetään rajoittamatta niiden lukumäärää, jos ei ole erityistä syytä olla lupaa myöntämättä, eivät ole direktiivissä 90/387/ETY tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia nauttivia yrityksiä.

3) Direktiivin 92/44/ETY 3—10 artiklaa on tulkittava siten, että jäsenvaltion, jossa yrityksillä, joille on annettu lupa toimia kiinteiden johtojen alalla, ei ole infrastruktuuria koskevia erityis- tai yksinoikeuksia, on velvoitettava ainakin

yksi yritys tarjoamaan kaikille suunnattua palvelua, ja sen on velvoitettava ainakin yksi näistä yrityksistä täyttämään muut velvoitteet, jos tilanne niin vaatii.

4) Direktiiviä 92/44/ETY tutkittaessa ei ole paljastunut seikkoja, jotka vaikuttaisivat sen pätevyyteen.

5) Edellytykset sille, että kyseinen valtio voitaisiin velvoittaa korvaamaan vahinko, jota yksityiset väittävät kärsineensä direktiivin 92/44/ETY virheelliseksi väitetyn täytäntöönpanon takia, eivät tässä asiassa täyty.