ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ GIUSEPPE TESAURO της 28ης Νοεμβρίου 1995 *

1. Τα προδικαστικά ερωτήματα τα οποία θέτει στο Δικαστήριο το High Court of Justice, Queen's Bench Division Divisional Court, αφορούν την ερμηνεία του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 17ης Σεπτεμβρίου 1990, σχετικά με τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών [1] (στο εξής: οδηγία).

Ειδικότερα, ο εθνικός δικαστής ερωτά ποια είναι η ορθή ερμηνεία της εν λόγω διατάξεως, σε περίπτωση δε που μεταφέρθηκε εσφαλμένα από τον εθνικό νομοθέτη, αν συντρέχουν οι προϋποθέσεις για να μπορέσει η ζημιωθείσα επιχείρηση να αξιώσει από το Δημόσιο να της αποκαταστήσει την ζημία που υπέστη [2].

Το κοινοτικό και το εθνικό κανονιστικό πλαίσιο

2. Η οδηγία, σύμφωνα με τη δέκατη τρίτη αιτιολογική της σκέψη, δεν έχει εφαρμογή «στις δραστηριότητες αυτών των φορέων που είτε δεν αφορούν τους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, είτε, παρ' όλο που περιλαμβάνονται σε [αυτούς], είναι απευθείας εκτεθειμένες στον ανταγωνισμό σε αγορές όπου η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη».

Η διάταξη της οποίας ζητείται εδώ η ερμηνεία, το άρθρο 8, παράγραφος 1, συνιστά ακριβώς παρέκκλιση από τις διατάξεις της οδηγίας, εξαιρώντας από το πεδίο εφαρμογής της τις συμβάσεις για αγορές που αποσκοπούν στην παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, εφόσον στον οικείο τομέα υπάρχει ανταγωνισμός. Ειδικότερα, το άρθρο 8 έχει ως εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις που συνάπτει ένας αναθέτων φορέας, που ασκεί δραστηριότητα αναφερομένη στο άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο δ', προκειμένου περί αγορών προοριζομένων αποκλειστικά για την παροχή μιας ή περισσοτέρων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, οσάκις άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες.

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ 1990, L 297, σ. 1.

2 — Υπ' αυτό το πρίσμα, η παρούσα υπόθεση συνδέεται, επομένως, προς τις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις Brasserie du Pêcheur και Factortame (C-46/93 και C-48/93), αλλά και προς τις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις Dillenkofer κ.λπ. (C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 και C-190/94), επί των οποίων αναπτύσσω προτάσεις επίσης σήμερα.

2. Οι αναθέτοντες φορείς ανακοινώνουν στην Επιτροπή, εφόσον το ζητήσει, τις υπηρεσίες που θεωρούν ότι αποκλείονται σύμφωνα με την παράγραφο 1. Η Επιτροπή μπορεί να δημοσιεύει περιοδικώς, για λόγους ενημέρωσης, στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, τους καταλόγους των υπηρεσιών που θεωρεί ότι αποκλείονται. Στην περίπτωση αυτή, η Επιτροπή σέβεται τον ευαίσθητο εμπορικό χαρακτήρα τον οποίο, ενδεχομένως, επικαλέστηκαν οι αναθέτοντες φορείς κατά τη διαβίβαση των πληροφοριών.»

3. Κατά το μνημονευόμενο ανωτέρω άρθρο 2, παράγραφος 2, στοιχείο δ', μεταξύ των δραστηριοτήτων που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περιλαμβάνεται «η διάθεση ή εκμετάλλευση δημοσίων τηλεπικοινωνιακών δικτύων ή η παροχή μιας ή περισσοτέρων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών προς το κοινό». Κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο β', η οδηγία εφαρμόζεται και στους αναθέτοντες φορείς οι οποίοι, «εάν δεν είναι δημόσιες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις, ασκούν, μεταξύ των δραστηριοτήτων τους, δραστηριότητα αναφερόμενη στην παράγραφο 2 ή πολλές από τις δραστηριότητες αυτές και απολαύουν ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων χορηγουμένων από αρμόδια αρχή ενός κράτους μέλους». Η παράγραφος 3, στοιχείο α', του ίδιου άρθρου 2 διευκρινίζει, έπειτα, ότι, για την εφαρμογή της παραγράφου 1, στοιχείο β', ένας αναθέτων φορέας θεωρείται ότι απολαύει ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων ιδίως όταν, «για τις ανάγκες της κατασκευής των δικτύων [ή] της τοποθέτησης των εγκαταστάσεων κατά την έννοια της παραγράφου 2, ο εν λόγω φορέας μπορεί να κινήσει διαδικασία απαλλοτρίωσης υπέρ του δημοσίου ή σύσταση δουλείας ή να χρησιμοποιήσει το έδαφος, το υπέδαφος και τον χώρο τον υπερκείμενο της δημοσίας οδού, προκειμένου να τοποθετήσει τον εξοπλισμό του δικτύου». Σύμφωνα με το άρθρο 2, παράγραφος 6, «οι αναθέτοντες φορείς που απαριθμούνται στα παραρτήματα I έως X ανταποκρίνονται στα προαναφερόμενα κριτήρια». Το παράρτημα X, το οποίο ακριβώς αφορά τους «αναθέτοντες φορείς στον τομέα των τηλεπικοινωνιών», για το Ηνωμένο Βασίλειο αναφέρει, μεταξύ άλλων, την British Telecommunications plc (στο εξής: προσφεύγουσα), τη Mercury Communications Ltd (στο εξής: Mercury) και τη City of Kingston-upon-Hull (στο εξής: Hull plc).

Ας υπομνησθεί, τέλος, ότι, σύμφωνα με το άρθρο 33, παράγραφος 1, στοιχείο δ', οι αναθέτοντες φορείς διατηρούν, για κάθε σύμβαση, τα κατάλληλα στοιχεία που τους επιτρέπουν, σε μεταγενέστερη φάση, να αιτιολογήσουν τις αποφάσεις που αφορούν, μεταξύ άλλων, τη μη εφαρμογή των διατάξεων των τίτλων II, III και IV (διατάξεις περί των κριτηρίων και των διαδικασιών που πρέπει να τηρούνται κατά τη σύναψη συμβάσεων), δυνάμει των παρεκκλίσεων που προβλέπονται στον τίτλο I, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και η παρέκκλιση του άρθρου 8, παράγραφος 1, που ενδιαφέρει εδώ.

4. Το Ηνωμένο Βασίλειο έθεσε σε εφαρμογή την οδηγία με τους «Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992». Ειδικότερα, οι διατάξεις της οδηγίας, που περιορίζουν, σύμφωνα με τη δέκατη τρίτη αιτιολογική της σκέψη, την εφαρμογή της στις περιπτώσεις στις οποίες συνάπτονται συμβάσεις αποκλειστικά για να δώσουν στον αναθέτοντα φορέα τη δυνατότητα να ασκήσει μία από τις δραστηριότητες που απαριθμεί η ίδια οδηγία, υλοποιούνται από τα άρθρα 5 και 6, στοιχείο a, του εν λόγω νόμου.

Αντιθέτως, το άρθρο 7, παράγραφος 1, του εν λόγω νόμου, το οποίο αποσκοπεί στην υλοποίηση του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, αφορά τους αποκλεισμούς που αφορούν ειδικά τον τομέα των τηλεπικοινωνιών και συνιστά, ως εκ τούτου, τη διάταξη κατά της οποίας βάλλει η προσφεύγουσα. Ορίζει ότι «οι παρούσες διατάξεις δεν εφαρμόζονται στην περίπτωση κατά την οποία ένας κατονομαζόμενος στο παράρτημα 2 φορέας απευθύνει πρόσκληση υποβολής προσφορών για τη σύναψη συμβάσεως, με αποκλειστικό σκοπό να αποκτήσει τη δυνατότητα να παράσχει στο κοινό μία ή περισσοτέρες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες, από αυτές που προσδιορίζονται στο μέρος εκείνο του παραρτήματος 2, στο οποίο κατονομάζεται και ο φορέας».

Το μνημονευόμενο παράρτημα 2 περιλαμβάνει δύο μέρη. Το μέρος Α αφορά όλους τους φορείς δημοσίων τηλεπικοινωνιών, εκτός από την προσφεύγουσα και την Hull plc. Γι' αυτούς τους φορείς, ως υπηρεσίες αποκλειόμενες από την εφαρμογή του νόμου ορίζονται ρητά «όλες οι τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες προς το κοινό». Το μέρος Β, αντιθέτως, αφορά αποκλειστικά την προσφεύγουσα και την Hull plc, για τις οποίες μνημονεύονται οι εξής υπηρεσίες: «Όλες οι τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες προς το κοινό, εφόσον παρέχονται εντός της γεωγραφικής περιοχής για την οποία ο παρέχων την υπηρεσία κατέχει άδεια φορέα εκμεταλλεύσεως δημοσίων τηλεπικοινωνιών, πλην των κατωτέρω: βασικές υπηρεσίες φωνητικής τηλεφωνίας, βασικές υπηρεσίες διαβιβάσεως δεδομένων, εκμίσθωση ιδιωτικών κυκλωμάτων και παροχή θαλασσίων υπηρεσιών.»

Το άρθρο 7, παράγραφος 2, του ίδιου νόμου προβλέπει, έπειτα, ότι όλοι οι κατονομαζόμενοι στο παράρτημα 2 τηλεπικοινωνιακοί φορείς υποχρεούνται να αποστέλλουν στον υπουργό — όταν αυτός το ζητήσει και για να τη διαβιβάσει περαιτέρω στην Επιτροπή — έκθεση στην οποία περιγράφουν τις τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες τις οποίες παρέχουν στο κοινό και τις οποίες θεωρούν ως ανήκουσες στις υπηρεσίες που κατονομάζονται στο μέρος του παραρτήματος 2 στο οποίο εμπίπτουν οι ίδιοι οι φορείς. Η διάταξη αυτή αποτελεί δηλαδή υλοποίηση του άρθρου 8, παράγραφος 2, της οδηγίας.

Υπενθυμίζεται, τέλος, ότι, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 33 της οδηγίας, το άρθρο 25, παράγραφος 2, του εν λόγω εθνικού νόμου προβλέπει ότι, αν ο αναθέτων φορέας αποφασίσει να μην εφαρμόσει τις περί αποκλεισμού διατάξεις, μεταξύ άλλων, του άρθρου 7 του ίδιου νόμου, υποχρεούται να παρέχει πληροφορίες κατάλληλες και επαρκείς προς δικαιολόγηση της αποφάσεως αυτής, για τις συμβάσεις τις οποίες ανέθεσε με διαδικασία διαφορετική από εκείνη που προβλέπει το περί συμβάσεων καθεστώς.

Το ιστορικό και τα προδικαστικά ερωτήματα

5. Η προσφεύγουσα είναι μετοχική εταιρία περιορισμένης ευθύνης, συσταθείσα την 1η Απριλίου 1984, δυνάμει του British Telecommunications Act 1984 (νόμου περί τηλεπικοινωνιών του 1984). Σ' αυτήν μεταβιβάστηκε η κυριότητα, καθώς και όλα τα δικαιώματα και οι υποχρεώσεις, της προκατόχου της εταιρίας δημοσίου δικαίου, που επίσης επονομαζόταν British Telecommunications, η οποία είχε υποκαταστήσει, δυνάμει του British Telecommunications Act 1981, το Post Office, το οποίο κατείχε μέχρι τότε το αποκλειστικό μονοπώλιο της διαχειρίσεως των τηλεπικοινωνιακών συστημάτων.

Ο νόμος περί τηλεπικοινωνιών του 1984 προβλέπει ότι πας όστις προτίθεται να διαχειριστεί τηλεπικοινωνιακό σύστημα εντός του Ηνωμένου Βασιλείου, κατόπιν της καταργήσεως του μονοπωλίου, υποχρεούται να λάβει σχετική άδεια, η οποία πρέπει να απαριθμεί περιοριστικώς τις δραστηριότητες που του επιτρέπεται να ασκεί. Κατ' εφαρμογήν αυτής της διατάξεως, ο Secretary of State for Trade and Industry χορήγησε στην προσφεύγουσα, τον Ιούνιο του 1984, άδεια ισχύος 25 ετών. Η άδεια αυτή, με την οποία η προσφεύγουσα χαρακτηρίζεται «φορέας εκμεταλλεύσεως δημοσίων τηλεπικοινωνιών», της επιτρέπει να διαχειρίζεται συστήματα δημοσίων τηλεπικοινωνιών σε ολόκληρη την επικράτεια του Ηνωμένου Βασιλείου, με την επιφύλαξη των γεωγραφικών περιορισμών που αφορούν τη ζώνη όπου παραχωρησιούχος είναι η Hull plc. Υποχρεούται, ειδικότερα, να παρέχει υπηρεσίες φωνητικής τηλεφωνίας σε κάθε αιτούντα, ασχέτως του αν η ανεπαρκής ζήτηση της επιτρέπει ή όχι να καλύψει το κόστος. Ας προστεθεί ότι η προσφεύγουσα είναι η μόνη μεταξύ των αδειούχων που υπόκειται σε ρύθμιση των μεταβολών επί των τιμών της («price cap»). Διευκρινίζεται, τέλος, ότι το Δημόσιο εξεποίησε σταδιακά, μέχρι τον Ιούλιο του 1993, το «πακέτο» μετοχών το οποίο κατείχε επί του κεφαλαίου της προσφεύγουσας.

6. Το σημαντικό άνοιγμα της αγοράς, το οποίο κατέστη δυνατό χάρη στον νόμο περί τηλεπικοινωνιών του 1984, οδήγησε στην παραχώρηση 600 και πλέον αδειών για διάφορες δραστηριότητες του τομέα και στην αναγνώριση 110 περίπου «φορέων εκμεταλλεύσεως δημοσίων τηλεπικοινωνιών». Το περιεχόμενο, όμως, των αδειών εποίκιλλε αισθητά. Συγκεκριμένα, στο πεδίο των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών διαβιβάσεως σημάτων μέσω σταθερών ζεύξεων (στις οποίες συγκαταλέγεται και η φωνητική τηλεφωνία με μη κινητά τερματικά), η Βρετανική Κυβέρνηση είχε παραχωρήσει τις σχετικές άδειες μόνο στην προσφεύγουσα και τη Mercury, στην οποία, ειδικότερα, επιτρεπόταν να διασυνδεθεί με τα τηλεπικοινωνιακά συστήματα της προσφεύγουσας. Κατ' αυτόν τον τρόπο, καθιερώθηκε, στον συγκεκριμένο τομέα των σταθερών ζεύξεων, μια κατάσταση διπωλίου.

Στις αρχές της δεκαετίας του '90, έπειτα, εγκαταλείφθηκε, και σ' αυτόν τον τομέα, η πολιτική του διπωλίου, αυτή τη φορά χάριν μιας πολιτικής ανοικτού ανταγωνισμού. Κατά συνέπεια, κάθε αίτηση ιδιωτικής επιχειρήσεως για τη χορήγηση αδείας, η οποία πληροί κάποια αντικειμενικά και διαφανή κριτήρια, εξετάζεται υπό το πρίσμα ενός γενικού τεκμηρίου που εγγυάται την έγκρισή της, πλην των περιπτώσεων όπου η απόρριψη μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει «ειδικών λόγων». Για να ανταποκριθεί στην ανάγκη εξασφαλίσεως της λειτουργίας ενός τόσο περιπλόκου συστήματος, όπου δρα πλήθος αναγνωρισμένων φορέων, ο νόμος του 1984 επέβαλε στους «φορείς εκμεταλλεύσεως δημοσίων τηλεπικοινωνιών» την υποχρέωση να επιτρέπουν στους άλλους παραχωρησιούχους που το ζητούν να συνδέουν στα δίκτυά τους τα δικά τους συστήματα. Αυτό καθιστά δυνατή στους πελάτες ενός φορέα την πρόσβαση στα δίκτυα τα οποία διαχειρίζονται άλλοι παραχωρησιούχοι και, τελικά, την επικοινωνία με χρήστες που χρησιμοποιούν τις υπηρεσίες που παρέχουν αυτοί οι τελευταίοι.

7. Η εκτελεστική της οδηγίας εθνική νομοθεσία, όπως ελέχθη, απαλλάσσει από την υποχρέωση συμμορφώσεως προς την

οδηγία, όσον αφορά τις συμβάσεις που εξυπηρετούν αποκλειστικά το να καταστήσουν δυνατή την παροχή τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, όλους σχεδόν τους φορείς του τομέα, συμπεριλαμβανομένης της Mercury, που επίσης κατονομάζεται στο παράρτημα Χ της οδηγίας. Υπόκεινται, αντιθέτως, στους κανόνες της οδηγίας μόνον η προσφεύγουσα και η Hull plc, έστω και μόνο όσον αφορά τις βασικές υπηρεσίες (φωνητικής) τηλεφωνίας, τις βασικές υπηρεσίες διαβιβάσεως δεδομένων, την εκμίσθωση ιδιωτικών κυκλωμάτων και τις θαλάσσιες υπηρεσίες.

Αυτές ακριβώς τις εκτελεστικές της οδηγίας διατάξεις προσέβαλε η προσφεύγουσα ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου. Υποστηρίζει, συγκεκριμένα, ότι το Ηνωμένο Βασίλειο δεν όφειλε να ορίσει το ίδιο τις υπηρεσίες και τους φορείς που εκφεύγουν της εφαρμογής της οδηγίας, διότι, σύμφωνα με το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, αυτό έπρεπε να το πράξουν οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς. Η προσφεύγουσα ζητεί περαιτέρω αποκατάσταση της ζημίας που ισχυρίζεται ότι υπέστη λόγω της μη ορθής μεταφοράς της εν λόγω διατάξεως.

8. Για να επιλύσει την εκκρεμή ενώπιόν του διαφορά, το εθνικό δικαστήριο έκρινε, ως εκ τούτου, σκόπιμο να παραπέμψει προδικαστικώς το ζήτημα στο Δικαστήριο. Συγκεκριμένα, ερωτά:

«1) Κατ' ορθήν ερμηνεία της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όταν το κράτος μέλος μεταφέρει στο εσωτερικό του δίκαιο το άρθρο 8, παράγραφος 1, αυτής, έχει, δυνάμει του άρθρου 189 της Συνθήκης ΕΟΚ, την ευχέρεια να προσδιορίζει το ίδιο τις τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες που παρέχει κάθε αναθέτων φορέας, οι οποίες εμπίπτουν ή δεν εμπίπτουν στην εξαίρεση που προβλέπει το άρθρο αυτό της οδηγίας;

2) α) Η έκφραση "οσάκις άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες" του άρθρου 8, παράγραφος 1, αφορά "ελευθερία" και "συνθήκες" νομοθετικής ή κανονιστικής μόνον φύσεως;

β) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο ερώτημα 2 α':

i) Σε ποια άλλα στοιχεία αναφέρεται η έκφραση αυτή;

ii) Επηρεάζονται τα στοιχεία αυτά από τη θέση την οποία κατέχει στην αγορά ορισμένης τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας ένας αναθέτων φορέας;

iii) Αν ναι, κατά ποιον τρόπο επηρεάζονται και, ειδικότερα, υπό ποιες συνθήκες μπορεί αυτή η θέση να αποβεί καθοριστική;

γ) Επηρεάζονται οι απαντήσεις στα ερωτήματα ii και iii του παραπάνω ερωτήματος 2 β' από το στοιχείο ότι ο φορέας υπόκειται σε κανονιστικούς περιορισμούς και, αν ναι, κατά ποιον τρόπο;

3) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο ερώτημα 1:

α) Σε περίπτωση αντιδικίας μεταξύ αναθέτοντος φορέα και των εθνικών αρχών στις οποίες ανατίθεται η εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, πώς πρέπει το επιληφθέν εθνικό δικαστήριο να εξασφαλίσει την ορθή εφαρμογή των κριτηρίων εφαρμογής της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1; Οφείλει να υποκαταστήσει την κρίση των εθνικών αρχών που είναι επιφορτισμένες με την εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, με τη δική του κρίση περί της εφαρμογής της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1;

β) Αν το εθνικό δικαστήριο διαπιστώσει ότι οι ορισμοί κάποιων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, τους οποίους έχουν υιοθετήσει οι επιφορτισμένες με την εφαρμογή του άρθρου 8, παράγραφος 1, εθνικές αρχές, προκειμένου να κρίνουν αν μια συγκεκριμένη υπηρεσία εμπίπτει ή όχι στην εξαίρεση, είναι τέτοιοι ώστε ο αναθέτων φορέας να αδυνατεί να προσδιορίσει αν μια συγκεκριμένη υπηρεσία καλύπτεται ή όχι από την εξαίρεση αυτή, υπάρχει παράβαση της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ ή οποιασδήποτε γενικής αρχής του κοινοτικού δικαίου και ειδικότερα της αρχής της ασφάλειας δικαίου;

γ) Κατά τον ορισμό της εννοίας ορισμένων τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών, δύναται ένα κράτος μέλος να επιλέξει ορισμούς που στηρίζονται μάλλον σε περιγραφές του τεχνικού μέσου διά του οποίου παρέχεται η υπηρεσία παρά σε περιγραφή της ίδιας της υπηρεσίας;

4) Αν ένα κράτος μέλος δεν μετέφερε ορθά στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ του Συμβουλίου, ευθύνεται το κράτος μέλος αυτό, βάσει του κοινοτικού δικαίου, εις αποκατάσταση της ζημίας που υπέστη ο αναθέτων φορέας λόγω αυτής της εσφαλμένης μεταφοράς και, αν ναι, υπό ποιες συνθήκες γεννάται τέτοια ευθύνη;»

Το πρώτο ερώτημα

9. Με το πρώτο ερώτημα ερωτάται δηλαδή το Δικαστήριο αν, κατά τη μεταφορά οδηγίας στο εθνικό τους δίκαιο, επιτρέπεται στα κράτη μέλη, λαμβάνοντας υπόψη τα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας που διαθέτουν βάσει του άρθρου 189 της Συνθήκης, να ορίζουν και να κατονομάζουν τις τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες που, κατά το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, επιτρέπεται — υπό ορισμένες προϋποθέσεις — να αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της ή αν αρμόδιοι να προβαίνουν σ' αυτόν τον ορισμό είναι οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς.

Προς τούτο, είναι, κατ' αρχάς, σκόπιμο να αναλυθεί το γράμμα της εν λόγω διατάξεως, το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται, καθώς και η *ratio* αυτής.

10. Αρχικά, από το γράμμα του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας δεν προκύπτει κανένα στοιχείο που να ενισχύει την άποψη ότι τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να ορίζουν, αυτά τα ίδια, τις υπηρεσίες και τους φορείς που αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Η υπό κρίση διάταξη, πράγματι, αποκλείει απλώς από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας τις συμβάσεις τις οποίες συνάπτουν οι αναθέτοντες φορείς για αγορές που αποσκοπούν αποκλειστικά να τους εξασφαλίσουν τη δυνατότητα να παρέχουν μία ή περισσότερες τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες, εφόσον και άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες υπό τους ίδιους όρους.

Η έλλειψη οποιασδήποτε αναφοράς στα κράτη μέλη φαίνεται, επομένως, να συνηγορεί υπέρ της απόψεως ότι οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς — οι μόνοι που μνημονεύονται στη διάταξη — είναι εκείνοι που οφείλουν να προσδιορίζουν τις αποκλειόμενες συμβάσεις. Το συμπέρασμα αυτό επιρρωννύει — εκ πρώτης τουλάχιστον όψεως — το γεγονός ότι άλλες διατάξεις της οδηγίας, που επίσης υπάγονται στον τίτλο Ι αυτής και αφορούν έτσι τις επιτρεπόμενες παρεκκλίσεις, προβλέπουν κατά τρόπο ρητό και ακριβή τον ρόλο που ανατίθεται στα κράτη μέλη κατά τον ορισμό των συμβάσεων που τυγχάνουν των αντιστοίχων παρεκκλίσεων [3].

11. Ας προστεθεί ότι, σύμφωνα με την παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου 8, στους αναθέτοντες φορείς επιβάλλεται η υποχρέωση να ανακοινώνουν στην Επιτροπή, κατόπιν αιτήσεώς της, «τις υπηρεσίες που θεωρούν ότι αποκλείονται σύμφωνα με την παράγραφο 1». Στη συνέχεια, η Επιτροπή δημοσιεύει στην *Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων*, έστω και χάριν ενημερώσεως και μόνον, «τους καταλόγους των υπηρεσιών που θεωρεί ότι αποκλείονται».

Αν όμως — όπως υποστηρίζει η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου — εναπέκειτο στα κράτη μέλη να αποφασίζουν ποιες υπηρεσίες πρέπει, δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 1, να θεωρούνται αποκλειόμενες από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, δυσχερώς θα μπορούσε να γίνει αντιληπτόν γιατί η παράγραφος 2 του ίδιου άρθρου 8 επιβάλλει στους αναθέτοντες φορείς, και

3 — Βλ., ειδικότερα, άρθρα 3 και 10.

όχι στα κράτη, να ανακοινώνουν τις υπηρεσίες που θεωρούν ότι αποκλείονται. Πράγματι, εάν πρόκειται η διάταξη αυτή να μη θεωρηθεί εντελώς άχρηστη, πρέπει να αναγνωριστεί ότι το άρθρο 8, παράγραφος 2, έχει λόγο υπάρξεως εφόσον οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς είναι αυτοί που αποφασίζουν ποιες από τις υπηρεσίες που παρέχουν είναι τέτοιας φύσεως ώστε να μπορούν να τύχουν της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1.

12. Περαιτέρω επιβεβαίωση της απόψεως αυτής παρέχει το άρθρο 33 της οδηγίας, κατά το οποίο — υπενθυμίζω — «οι αναθέτοντες φορείς διατηρούν, για κάθε σύμβαση, τα κατάλληλα στοιχεία που τους επιτρέπουν, σε μεταγενέστερη φάση, να αιτιολογήσουν τις αποφάσεις τους σχετικά με (...) δ) τη μη εφαρμογή των διατάξεων των τίτλων Π, ΙΙΙ και IV δυνάμει των παρεκκλίσεων που προβλέπονται στον τίτλο Ι».

Από τη διάταξη αυτή προκύπτει, προφανώς, ότι ο κοινοτικός νομοθέτης θέλησε, μέσω των εθνικών διατάξεων, να αποταθεί απευθείας στους αναθέτοντες φορείς, αναθέτοντάς τους την ευθύνη των περί αποκλεισμού αποφάσεων τις οποίες λαμβάνουν βάσει του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, αλλά και το βάρος της αποδείξεως της συνδρομής των προϋποθέσεών τους.

13. Κατόπιν όλων αυτών, υπενθυμίζω ότι, κατά την πάγια σχετική νομολογία του Δικαστηρίου, η ελευθερία επιλογής των μέσων και μεθόδων που υπηρετούν την εφαρμογή της οδηγίας, την οποία αφήνει στα κράτη μέλη το άρθρο 189, τρίτο εδάφιο, της Συνθήκης, «διατηρεί ακέραια την υποχρέωση κάθε κράτους που είναι αποδέκτης της οδηγίας να λάβει στο πλαίσιο της εσωτερικής του εννόμου τάξεως όλα τα αναγκαία μέτρα προκειμένου να εξασφαλίσει την πλήρη εφαρμογή της οδηγίας σύμφωνα με τον επιδιωκόμενο στόχο» [4]. Αυτό σημαίνει ότι τα κράτη μέλη υποχρεούνται να θεσπίσουν όλα τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσουν την πλήρη ισχύ των διατάξεων της οδηγίας και, επομένως, για να εγγυηθούν το αποτέλεσμα που αυτές επιβάλλουν. Προσθέτω έπειτα ότι — όπως διευκρίνισε και πάλι το Δικαστήριο — οι διατάξεις οδηγίας πρέπει να εφαρμόζονται «κατά τρόπο που να παράγει αναμφισβητήτως δεσμευτικά αποτελέσματα (...), με (...) την ακρίβεια και τη σαφήνεια που απαιτούνται (...) προκειμένου να τηρείται η απαίτηση της ασφάλειας δικαίου» [5].

Τα παραπάνω προφανώς σημαίνουν αφενός μεν ότι η καταλειπόμενη στα κράτη μέλη διακριτική ευχέρεια, κατά τη μεταφορά οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη, δεν μπορεί εν πάση περιπτώσει να χρησιμοποιείται κατά τρόπο αντιστρατευόμενο τον επιδιωκόμενο από την εν λόγω οδηγία σκοπό· αφετέρου δε ότι εκείνο που έχει σημασία είναι ακριβώς το αποτέλεσμα αυτό· πρέπει δηλαδή να θεωρείται ορθή η μεταφορά οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο που, έστω και χωρίς να επαναλαμβάνει κατά λέξιν τις διατάξεις της [6], επιτυγχάνει πάντως τον υπ' αυτής επιδιωκόμενο σκοπό.

4 — Απόφαση της 10ης Απριλίου 1984, υπόθεση 14/83, Von Colson και Kamann (Συλλογή 1984, σ. 1891, σκέψη 15).

5 — Απόφαση της 30ής Μαΐου 1991, υπόθεση C-59/89, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1991, σ. I-2607, σκέψη 24).

6 — Βλ., π.χ., απόφαση της 9ης Απριλίου 1987, υπόθεση 363/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1987, σ. 1733).

14. Σχετικά με την περίπτωση που μας απασχολεί, αυτό σημαίνει ότι, έστω και αν το γράμμα της υπό κρίση διατάξεως, αλλά και το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται, άγει στο συμπέρασμα ότι οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να προσδιορίζουν τις υπ' αυτών παρεχόμενες υπηρεσίες που πρέπει να θεωρούνται αποκλειόμενες από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, παραμένει πάντως ακέραιο το ζήτημα αν τα θεσπισθέντα από το Ηνωμένο Βασίλειο εκτελεστικά μέτρα είναι κατάλληλα για να εξασφαλίσουν το αποτέλεσμα το επιδιωκόμενο από την οδηγία, και ειδικότερα από το άρθρο 8, παράγραφος 1, αυτής.

Θεωρώ ότι η απάντηση στο ερώτημα αυτό δεν μπορεί παρά να είναι αποφατική. Ο εκ των προτέρων ορισμός των «αποκλειομένων» υπηρεσιών, με τον παραπάνω τρόπο, αντιφάσκει, κατά τη γνώμη μου, αφ' εαυτού προς την ίδια τη ratio της εξεταζομένης διατάξεως. Και τούτο κατ' ουσίαν διότι ένας τέτοιος a priori προσδιορισμός, αποτυπώνοντας την κατάσταση που υφίσταται σε ένα κράτος μέλος σε ορισμένο χρονικό σημείο, δεν λαμβάνει υπόψη την εξέλιξη που ενδέχεται να σημειωθεί στον οικείο τομέα, ούτε το ότι, για ένα και τον αυτόν φορέα, οι αποκλειόμενες υπηρεσίες ενδέχεται να ποικίλλουν. Ταυτόχρονα, αυτός ο τρόπος ενέργειας εμποδίζει την Επιτροπή να ασκήσει τον έλεγχο που η ίδια η οδηγία τής αναθέτει.

15. Πράγματι, ναι μεν είναι αληθές ότι οι αναθέτοντες φορείς ανακοινώνουν στην Επιτροπή, κατόπιν αιτήσεώς της, τις συμβάσεις που θεωρούν αποκλειόμενες και ότι η Επιτροπή μεριμνά για τη δημοσίευσή τους χάριν ενημερώσεως, είναι όμως εξ ίσου αληθές ότι ο δημοσιευόμενος αυτός κατάλογος περιλαμβάνει μόνο τις υπηρεσίες που η ίδια η Επιτροπή «θεωρεί ότι αποκλείονται». Τούτο σημαίνει ότι σ' αυτήν εναπόκειται να ελέγξει αν οι κοινοποιούμενες από τους αναθέτοντες φορείς υπηρεσίες ανταποκρίνονται όντως στα κριτήρια του άρθρου 8, παράγραφος 1, ώστε να τύχουν της εξαιρέσεως.

Είναι, όμως, πλέον ή προφανές ότι ο τρόπος με τον οποίο το Ηνωμένο Βασίλειο μετέφερε την οδηγία εμποδίζει την Επιτροπή να προβεί στον έλεγχο αυτόν, διότι οι κατάλογοι που της διαβιβάζονται — από τους αναθέτοντες φορείς μέσω των αρμοδίων εθνικών αρχών [7] — δεν μπορούν να μη συμπίπτουν με τους καταλόγους του παραρτήματος 2 του επίδικου εθνικού νόμου. Μ' αυτόν τον τρόπο, παραγνωρίζεται, έναντι των φορέων και των παρεχομένων εντός του Ηνωμένου Βασιλείου υπηρεσιών, ο ελεγκτικός ρόλος τον οποίον απονέμει στην Επιτροπή το άρθρο 8, παράγραφος 2, της οδηγίας.

16. Η Βρετανική Κυβέρνηση, όμως, υπερασπιζόμενη του τρόπου με τον οποίο προέβη στην εφαρμογή της οδηγίας στην εσωτερική της έννομη τάξη, υποστήριξε ότι δεν ήταν σκόπιμο να αφήσει στους ίδιους τους αναθέτοντες φορείς την εξουσία να προσδιορίζουν τις εξαιρούμενες συμβάσεις· κάτι τέτοιο θα οδηγούσε, κατά πάσα πιθανότητα, σε αντιφάσκουσες εκτιμήσεις για όμοιες περιπτώσεις και θα έπληττε ανεπανόρθωτα την ασφάλεια δικαίου.

7 — Βλ. άρθρο 7, παράγραφος 2, της εθνικής εκτελεστικής ρυθμίσεως.

Σχετικώς, περιορίζομαι στην παρατήρηση ότι η λειτουργία του συστήματος που καταστρώθηκε με την οδηγία, όπως ερμηνεύεται εδώ, διασφαλίζεται επαρκώς από την ελεγκτική δραστηριότητα που η ίδια η οδηγία αναθέτει στην Επιτροπή, ακόμη και — ή μάλλον κυρίως — έναντι των πιθανών καταχρήσεων στις οποίες αναφέρεται η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου. Ας προστεθεί ότι, κατά το μέτρο που την περί αποκλεισμού απόφαση λαμβάνουν οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς και όχι τα κράτη μέλη, τυχόν αμφισβητήσεις μπορούν να προβληθούν σύμφωνα με τις εθνικές διατάξεις που εκδίδονται προς υλοποίηση της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ [8], που αφορά τις προσφυγές. Η οδηγία αυτή, πράγματι, εφαρμόζεται, σύμφωνα με το άρθρο της 1, στις «αποφάσεις που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς».

17. Τέλος, δεν μπορεί να μη παρατηρηθεί ότι η μέχρι τούδε δοθείσα στο άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας ερμηνεία δείχνει ότι πρόκειται για διάταξη που απονέμει στους ιδιώτες, εν προκειμένω στους αναθέτοντες φορείς, δικαιώματα τα οποία μπορούν αυτοί να προβάλλουν απευθείας ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων. Πρόκειται δηλαδή για διάταξη αμέσου αποτελέσματος. Υπ' αυτό το πρίσμα, πρέπει να αναγνωριστεί ότι ένας εκ των προτέρων λεπτομερής ορισμός των αποκλειομένων υπηρεσιών, όπως ο τιθέμενος από τον εθνικό νομοθέτη, άγει κατ' ανάγκη σε αντίθεση προς τον επιδιωκόμενο από την οδηγία σκοπό.

8 — Οδηγία του Συμβουλίου της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ 1992, L 76, σ. 14).

Εν συμπεράσματι, θεωρώ ότι το άρθρο 189 της Συνθήκης επιβάλλει στα κράτη μέλη να εφαρμόζουν το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας κατά τέτοιο τρόπο ώστε να επιτρέπεται στους αναθέτοντες φορείς να εφαρμόζουν οι ίδιοι τα κριτήρια της διατάξεως αυτής, να ορίζουν δηλαδή ποιες από τις τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες τις οποίες παρέχουν πρέπει να αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας.

Το δεύτερο ερώτημα

18. Με το σκέλος α' του δευτέρου ερωτήματος, το εθνικό δικαστήριο ζητεί από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν η περιεχόμενη στο άρθρο 8, παράγραφος 1, έκφραση «οσάκις άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες» πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η ελευθερία της οποίας πρέπει να απολαύουν άλλοι αναθέτοντες φορείς και οι περί ων ο λόγος συνθήκες είναι νομοθετικής ή διοικητικής φύσεως.

Στην ουσία, πρέπει να κριθεί αν, για να τύχουν αυτοί της εξαιρέσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, η ελευθερία «να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή» και η ύπαρξη «των ίδιων κατ' ουσίαν συνθηκών» πρέπει να πιστοποιούνται νομικώς μόνον, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ή και πραγματικώς.

19. Στην πρώτη περίπτωση, θα αρκούσε — περιττόν να υπομνησθεί — να εγγυώνται τη δυνατότητα ελεύθερου ανταγωνισμού στον οικείο τομέα διατάξεις νομοθετικές ή κανονιστικές. Με άλλα λόγια, θα πρέπει να αρθούν, εφόσον υφίστανται, διατάξεις που κωλύουν τον ελεύθερο ανταγωνισμό, είτε απονέμοντας ειδικά και αποκλειστικά δικαιώματα, είτε καθιστώντας κατ' άλλον τρόπο αδύνατη ή δυσχερή την πρόσβαση στην οικεία αγορά.

Αυτή είναι η άποψη της προσφεύγουσας, προς στήριξη της οποίας επιχειρηματολογεί ότι η οδηγία απευθύνεται όχι μόνο στις δημόσιες αρχές και επιχειρήσεις που δρουν στους καταλαμβανομένους από την οδηγία τομείς, αλλά και σ' εκείνες τις οντότητες που, καθ' οιονδήποτε τρόπο, απολαύουν, κατά την άσκηση της δραστηριότητάς τους, ειδικών ή αποκλειστικών δικαιωμάτων παραχωρουμένων από τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών. Η ratio της επεκτάσεως αυτής στηρίζεται ακριβώς, κατά την άποψη της προσφεύγουσας, στην παραδοχή ότι η παραχώρηση τέτοιων δικαιωμάτων συνεπάγεται κλείσιμο της αγοράς στον ανταγωνισμό, μετατρέποντάς την σε «αποκλειστική» αγορά. Άρα, όταν μεσολαβεί εσωτερική νομοθετική ή κανονιστική πράξη που καταργεί αυτά τα ειδικά ή αποκλειστικά δικαιώματα — όπως συνέβη στο βρετανικό σύστημα διά του British Telecommunications Act 1984 —, η οδηγία δεν έχει πλέον λόγο εφαρμογής, βάσει του αποκλεισμού που θέτει το ίδιο το άρθρο 8, παράγραφος 1, αυτής. Η επίδικη αγορά, πράγματι, δεν είναι «αποκλειστική» αγορά, κατά την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 3, της οδηγίας, αλλά ελευθερωθείσα αγορά, δηλαδή ανοικτή στον ανταγωνισμό πολλών φορέων.

20. Δεν μπορώ να συμμεριστώ την άποψη αυτή. Πρώτα απ' όλα, από το γράμμα της επίδικης διατάξεως ουδόλως συνάγεται ότι αυτή περιορίζεται στα εμπόδια που προκύπτουν από νομοθετικές ή κανονιστικές διατάξεις. Η ελευθερία των άλλων αναθετόντων φορέων να παρέχουν τις ίδιες υπηρεσίες υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες διατυπώνεται, πράγματι, με γενικούς όρους — και δεν θα μπορούσε να ήταν διαφορετικά —, εν όψει της ratio της εν λόγω διατάξεως και του όλου συστήματος. Ας προστεθεί ότι η δέκατη τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, της οποίας έχει γίνει επανειλημμένα μνεία, ρητώς ορίζει ότι ο αποκλεισμός από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας εξαρτάται από την προϋπόθεση ότι οι δραστηριότητες των εν λόγω φορέων *«είναι απευθείας εκτεθειμένες στον ανταγωνισμό σε αγορές όπου η πρόσβαση δεν είναι περιορισμένη»* [9].

Με άλλα λόγια, ασφαλώς δεν αρκεί να μην κωλύεται διά νόμου η πρόσβαση στην αγορά· πρέπει, επί πλέον, ο ανταγωνισμός να είναι υπαρκτός. Τα κριτήρια του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας πρέπει, επομένως, να ερμηνευθούν υπό την έννοια ότι πρέπει να πληρούνται όχι μόνο de iure, αλλά και de facto. Η πρώτη προϋπόθεση συντρέχει οσάκις στους άλλους, πέραν του περί ου πρόκειται αναθέτοντος φορέα, επιτρέπεται να δρουν στην οικεία αγορά υπηρεσιών, η πρόσβαση στην οποία δεν περιορίζεται διά νόμου. Αντιθέτως, η δεύτερη μπορεί να θεωρηθεί πληρούμενη όταν όχι μόνο επιτρέπεται τυπικά στους εν λόγω φορείς να παρέχουν τις υπηρεσίες τους υπό τις ίδιες συνθήκες με τον αναθέτοντα

9 — Η υπογράμμιση δική μου.

φορέα, αλλά και είναι *πράγματι* σε θέση να το πράξουν.

21. Εν συμπεράσματι, η συζητούμενη εδώ έκφραση πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι παραπέμπει σε σειρά στοιχείων, τεχνικής και οικονομικής, και όχι μόνον νομικής φύσεως. Πρέπει δηλαδή η «ελευθερία» παροχής υπηρεσιών να είναι παρούσα και όχι δυνητική, ήτοι in abstacto μόνον δυνατή. Και τούτο διότι, στην τελευταία αυτή περίπτωση, ένα μόνο υποκείμενο, ο αναθέτων φορέας, θα δρούσε πραγματικά στην οικεία αγορά.

Εναπόκειται, επομένως, στον αναθέτοντα φορέα, εάν θεωρεί ότι πρέπει να εξαιρεθεί της εφαρμογής των διατάξεων της οδηγίας, να αποδείξει, βάσει των άρθρων 8 και 33 της οδηγίας, ότι άλλοι φορείς είναι σε θέση να αναπτύξουν τις ίδιες δραστηριότητες «υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες».

22. Με τα σκέλη β' και γ' του δευτέρου ερωτήματος, το εθνικό δικαστήριο ερωτά, έπειτα, το Δικαστήριο ποια είναι τα στοιχεία τα οποία πρέπει να λάβει υπόψη, για να εκτιμήσει αν στην αγορά των τηλεπικοινωνιών υφίσταται όντως ανταγωνισμός ως προς συγκεκριμένη υπηρεσία.

Ερωτά, ειδικότερα, για την περίπτωση που θα κριθεί αναγκαίο να αξιολογηθεί η κατάσταση της αγοράς και βάσει πραγματικών στοιχείων: αν έχει σχετικώς σημασία η δεσπόζουσα θέση την οποία τυχόν κατέχει ο περί ου πρόκειται αναθέτων φορέας στην αγορά συγκεκριμένης τηλεπικοινωνιακής υπηρεσίας· τί βαρύτητα πρέπει να έχει μια τέτοια δεσπόζουσα θέση για να είναι καθοριστική καθ' όσον ενδιαφέρει εδώ· και, τέλος, αν έχει σημασία το γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας υπόκειται σε ειδικές κανονιστικές ρυθμίσεις.

23. Η προσφεύγουσα αμφισβητεί, κατ' αρχάς, το ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά [10]· προσκομίζει σχετικώς σειρά στοιχείων που επιβεβαιώνουν ότι ο ανταγωνισμός είναι υπαρκτός σε πολλές δραστηριότητες του τομέα. Δεύτερον, αφενός μεν αποκρούει την άποψη ότι το γεγονός και μόνον ότι κατέχει δεσπόζουσα θέση ασκεί επιρροή στο πλαίσιο της οδηγίας περί συμβάσεων δημοσίων προμηθειών, αφετέρου δε αρνείται το ότι η ύπαρξη τέτοιας θέσεως μπορεί να στοιχειοθετηθεί με απλή ανάλυση των μεριδίων αγοράς.

Άλλα είναι τα στοιχεία που, κατά την άποψή της, πρέπει να ληφθούν υπόψη για να εκτιμηθεί η θέση της στην αγορά· ειδικότερα, πρέπει να ληφθούν υπόψη οι νομικές

10 — Αντίθετη άποψη έχει η Βρετανική Κυβέρνηση. Από τις παρατηρήσεις που κατέθεσε η Γαλλική Κυβέρνηση — που δεν αντικρούστηκαν — προκύπτει άλλωστε ότι, στον τομέα των σταθερών ζεύξεων, τα μερίδια αγοράς κατανέμονται ως εξής: 90 % στην προσφεύγουσα, 7 % στη Mercury, 3 % στους λοιπούς φορείς.

υποχρεώσεις που βαρύνουν την ίδια, ενώ δεν βαρύνουν την πλειονότητα των λοιπών αδειούχων [11].

24. Θεωρώ ότι το Δικαστήριο δεν έχει, στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας, ούτε την αρμοδιότητα ούτε τα μέσα για να αξιολογήσει κατά πόσον όντως συντρέχουν, στην περίπτωση που μας απασχολεί, όλα τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που θα εξασφάλιζαν την πλήρη εφαρμογή της παρεκκλίσεως του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας. Το έργο αυτό, πράγματι, ανήκει στον εθνικό δικαστή, στις πλείστες δε των περιπτώσεων συμπίπτει ακριβώς με τον έλεγχο τον οποίο η επίδικη διάταξη αναθέτει στους αναθέτοντες φορείς και, σε τελευταία ανάλυση, με την ελεγκτική αρμοδιότητα της Επιτροπής.

Το μόνο, επομένως, που μπορεί να λεχθεί εδώ είναι ότι το ζήτημα αν ορισμένες υπηρεσίες μπορούν ή όχι να εξαιρεθούν, με γνώμονα τις (πραγματικές και νομικές) προϋποθέσεις του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, δεν μπορεί να κριθεί κατά περίπτωση. Ειδικότερα, θα πρέπει προς τούτο να ληφθούν υπόψη όλα τα χαρακτηριστικά των καταλαμβανομένων υπηρεσιών, η ύπαρξη ή μη υποκαταστάτων υπηρεσιών, το τιμολογιακό καθεστώς, η θέση των ανταγωνιστών στην αγορά, η ύπαρξη νομικών υποχρεώσεων όπως οι περιγραφείσες παραπάνω, καθώς και κάθε άλλη περίσταση που ενδέχεται στη συγκεκριμένη περίπτωση να ασκεί επιρροή.

Το τρίτο ερώτημα

25. Με το τρίτο ερώτημα, που επίσης υποδιαιρείται σε τρία σκέλη, ζητείται από το Δικαστήριο να αποφανθεί, στην ουσία, για τον ρόλο του εθνικού δικαστηρίου, όταν αυτός καλείται να ελέγξει αν ορθώς εφαρμόζουν οι εθνικές αρχές τα κριτήρια του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας. Και τούτο, ειδικότερα, σε περίπτωση διχογνωμίας μεταξύ αναθέτοντος φορέως και εθνικών αρχών σχετικά με την ορθή εφαρμογή των περί αποκλεισμού κριτηρίων της διατάξεως αυτής, αλλά και στην περίπτωση όπου το ίδιο το εθνικό δικαστήριο καταλήγει στο συμπέρασμα ότι τα κριτήρια αυτά ορίζονται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να αφαιρούν από τον αναθέτοντα φορέα τη δυνατότητα να κρίνει αν ορισμένη υπηρεσία εμπίπτει ή όχι στον αποκλεισμό.

Το ερώτημα αυτό, προφανώς, τέθηκε από το εθνικό δικαστήριο για την περίπτωση στην οποία το Δικαστήριο θα απαντούσε καταφατικά στο πρώτο ερώτημα, θα αναγνώριζε δηλαδή ότι τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να ορίζουν τα ίδια τις υπηρεσίες που πρέπει να θεωρούνται αποκλειόμενες από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, δυνάμει του άρθρου 8, παράγραφος 1, αυτής. Εν όψει του συμπεράσματος στο

11 — Όπως διευκρινίζεται στην διάταξη παραπομπής, η προσφεύγουσα υποχρεούται, πράγματι, να εξασφαλίζει τη διασύνδεση στα δίκτυά της σε όποιον το ζητεί· υποχρεούται, περαιτέρω, να παρέχει καθολική εξυπηρέτηση, ήτοι τηλεφωνικές υπηρεσίες σε οποιαδήποτε ζώνη του Ηνωμένου Βασιλείου, έστω και αν η ζήτηση δεν επαρκεί για να καλύψει το κόστος· τέλος, είναι η μοναδική μεταξύ των *αδειούχων που υποχρεούται σε τήρηση του κανόνα του* price cap, βάσει του οποίου οι τιμές των υπηρεσιών της μπορούν να μεταβάλλονται μόνο στις περιπτώσεις και εντός των ορίων που ορίζει ο νόμος.

οποίο κατέληξα σχετικώς, κρίνω περιττό να απαντήσω στο ερώτημα αυτό.

Το τέταρτο ερώτημα

26. Με το τέταρτο ερώτημα, τίθεται και πάλι στο Δικαστήριο το πρόβλημα της ευθύνης και της υποχρεώσεως του Δημοσίου προς αποκατάσταση της ζημίας που υφίστανται οι ιδιώτες από παράβαση του κοινοτικού δικαίου, πρόβλημα που βρίσκεται στο επίκεντρο των υποθέσεων Brasserie du Pêcheur και Factortame [12], καθώς και Dillenkofer κ.λπ. [13], επί των οποίων αναπτύσσω τις προτάσεις σήμερα. Στην πρώτη — υπενθυμίζω — η καταλογιζόμενη στο κράτος μέλος παράβαση συνίσταται στο ότι εφάρμοσε εθνικούς νόμους σε αντίθεση προς τις διατάξεις της Συνθήκης· στη δεύτερη, αντιθέτως, πρόκειται, όπως και στην υπόθεση Francovich κ.λπ. [14], περί μη μεταφοράς οδηγίας εντός της τασσομένης προθεσμίας.

Η υπόθεση που μας απασχολεί θέτει πάλι το ίδιο πρόβλημα σε σχέση με τη διαφορετική περίπτωση της μη ορθής, καίτοι εμπρόθεσμης, μεταφοράς στην εθνική έννομη τάξη των διατάξεων οδηγίας [15]. Η προσφεύγουσα ζητεί, πράγματι, την αποκατάσταση της ζημίας που ισχυρίζεται ότι υπέστη λόγω μη ορθής μεταφοράς του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας. Τη ζημία αυτή την ανάγει στο πρόσθετο κόστος με το οποίο επιβαρύνθηκε για να συμμορφωθεί προς την (μη ορθή) εθνική εκτελεστική της οδηγίας ρύθμιση, η οποία άλλωστε την εμπόδισε να αναπτύξει κερδοφόρες δραστηριότητες· αλλά και στη μειονεκτική θέση, στην οποία την περιήγαγε, από εμπορική και ανταγωνιστική άποψη, η υποχρέωση — στην οποία αντιθέτως δεν υπόκεινται οι άλλοι φορείς του οικείου τομέα — να δημοσιεύει στην Επίσημη Εφημερίδα τα σχέδιά της για τη σύναψη, δημοσίων ή μη, συμβάσεων προμηθειών [16].

27. Και σ' αυτή την περίπτωση, όπως και στις υπομνησθείσες στην προηγουμένη παράγραφο, σημείο αφετηρίας δεν μπορεί παρά να είναι η υπόθεση Francovich κ.λπ., όπου το Δικαστήριο — περιττόν να υπομνησθεί — δέχτηκε την υποχρέωση του Δημοσίου προς αποζημίωση λόγω μη μεταφοράς οδηγίας, διευκρινίζοντας τις προϋποθέσεις

12 — Προαναφερθείσα υπόθεση 2.

13 — Προαναφερθείσα υπόθεση 2.

14 — Απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 1991, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-6/90 και C-9/90 (Συλλογή 1991, σ. I-5357).

15 — Αντίθετα προς την προμνησθείσα υπόθεση C-48/93 (στο εξής: Factortame III), όπου η παράβαση του κοινοτικού δικαίου αποδίδεται στον νομοθέτη, εδώ η εκτελεστική της οδηγίας πράξη συνίσταται σε πράξη της εκτελεστικής εξουσίας. Οι ιδιαίτερα αυστηρές, όμως, προϋποθέσεις, τις οποίες δέχεται η αγγλική νομολογία για να στοιχειοθετείται αστική ευθύνη του Δημοσίου εκ νομοθετικής δραστηριότητας, καθιστούν, και σ' αυτή την περίπτωση, άκρως δυσχερή την αναγνώριση του δικαιώματος των ιδιωτών προς αποκατάσταση της ζημίας την οποία υπέστησαν κατόπιν παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου. Για μια στοιχειώδη επιθεώρηση της εθνικής νομολογίας περί ευθύνης του Δημοσίου εκ της κανονιστικής δραστηριότητας της δημοσίας διοικήσεως, ιδίως έναντι των διαφόρων περιπτώσεων όπου η αποζημίωση αναγνωρίζεται στο αγγλικό σύστημα, βλ. παράγραφο 7 των προτάσεών μου στην παραπάνω υπόθεση.

16 — Η προσφεύγουσα υπέβαλε επίσης στο εθνικό δικαστήριο, κατά τη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, αίτηση αναστολής της εφαρμογής των αμφισβητουμένων εθνικών διατάξεων, η οποία απορρίφθηκε.

που αρκούσαν, σ' εκείνη την περίπτωση, για να ανακύψει δικαίωμα των ιδιωτών προς αποζημίωση.

Στην παρούσα διαδικασία, αντιθέτως, πρέπει να κριθεί: α) αν η αρχή της αστικής ευθύνης του Δημοσίου εκτείνεται και στην περίπτωση της εμπρόθεσμης μεν, μη ορθής δε μεταφοράς οδηγίας· β) αν οι προϋποθέσεις που απαρίθμησε το Δικαστήριο στην υπόθεση Francovich κ.λπ. αρκούν για να στοιχειοθετηθεί υποχρέωση του κράτους μέλους προς αποζημίωση και στην περίπτωση που ενδιαφέρει εδώ ή αν προσαπαιτείται άλλο τι· γ) αν πληρούνται, εν προκειμένω, οι προϋποθέσεις αυτές.

28. Επειδή ορισμένες από τις πτυχές αυτές τις ανέπτυξα διά μακρών με τις προμνησθείσες προτάσεις μου στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) και C-48/93 (Factortame III), κρίνω σκόπιμο να παραπέμψω, για πιο εμπεριστατωμένη ανάλυση, στις προτάσεις αυτές. Στο παρόν πλαίσιο, θα περιοριστώ, επομένως, σε σύντομες και βασικές παρατηρήσεις γενικού χαρακτήρα και θα επιμείνω ειδικότερα μόνο στις ιδιαίτερες πτυχές της εξεταζομένης εδώ περιπτώσεως.

29. Πρώτον, επισημαίνω ότι η υποχρέωση αποκαταστάσεως των ζημιών δεν μπορεί να περιορίζεται στην περίπτωση της μη μεταφοράς οδηγιών, αλλά πρέπει αντιθέτως να εκτείνεται και στην — εδώ εξεταζόμενη — περίπτωση, όπου η ζημία την οποία υπέστη ο ιδιώτης απορρέει από την εφαρμογή εκτελεστικής της οδηγίας εθνικής ρυθμίσεως, η οποία αποδεικνύεται μη ορθή και η οποία, επομένως, θα μπορούσε κάλλιστα, αυτή καθαυτή, να αμφισβητηθεί ευθέως ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου. Με άλλα λόγια, το γεγονός ότι ο ιδιώτης δύναται στην περίπτωση αυτή να επιτύχει προστασία του δικαιώματος το οποίο επικαλείται ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου δεν αποκλείει αφ' εαυτού κάθε δυνατότητα προστασίας υπό μορφή αποζημιώσεως [17].

Σχετικώς υπενθυμίζω, ειδικότερα, ότι με την απόφαση Francovich [18] το Δικαστήριο, αφού υπενθύμισε τα θεμελιώδη χαρακτηριστικά του κοινοτικού συστήματος, κατέληξε στο συμπέρασμα ότι «η αρχή της ευθύνης του κράτους για ζημίες που προκαλούνται στους ιδιώτες από παραβάσεις του κοινοτικού δικαίου οι οποίες του καταλογίζονται είναι σύμφυτη προς το σύστημα της Συνθήκης» (σκέψη 35). Πρόκειται, προφανώς, για διατύπωση γενικής ισχύος, έχουσα χαρακτήρα αρχής, ισχύουσα δηλαδή σε κάθε περίπτωση παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου και όχι μόνο στην περίπτωση μη μεταφοράς οδηγιών [19]. Για την τελευταία αυτή περίπτωση, το Δικαστήριο διευκρίνισε μόνον ότι το δικαίωμα αποζημιώσεως αποβαίνει «ιδιαίτερα απαραίτητο», διότι ακριβώς διαφορετικά το άτομο θα εστερείτο πάσης προστασίας, κατά παραγνώριση των δικαιωμάτων που του απονέμει η οδηγία. Η διευκρίνιση αυτή όμως δεν αποκλείει τη δυνατότητα αποκαταστάσεως της ζημίας που απορρέει από άλλου είδους παραβάσεις· τούτο επιβεβαιώνει το γεγονός ότι το

17 — Για τις πλευρές αυτές, βλ. παραγράφους 23 και 24 των προτάσεων επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) και C-48/93 (Factortame III).

18 — Για ειδικότερες παρατηρήσεις επί της υποθέσεως Francovich κ.λπ., αλλά και περί της θεμελιώσεως και του περιεχομένου της αρχής της ευθύνης και της υποχρεώσεως του μη συμμορφωθέντος κράτους προς αποζημίωση, που αντλούνται από αυτή την απόφαση, παραπέμπω στις προτάσεις μου στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) και C-48/93 (Factortame III), και ειδικότερα στις παραγράφους 15 έως 22.

19 — Βλ., ειδικότερα, σκέψεις 33, 35 και 37 της εν λόγω αποφάσεως.

ίδιο το Δικαστήριο επεσήμανε ότι οι προϋποθέσεις υπό τις οποίες γεννάται το δικαίωμα αποζημιώσεως εξαρτώνται από τη *φύση της παραβάσεως του κοινοτικού δικαίου* στην οποία οφείλεται η προκληθείσα ζημία (σκέψη 38).

30. Από την άλλη πλευρά, όπως υπογραμμίζω στις προτάσεις μου επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων Brasserie du Pêcheur και Factortame III, ενδέχεται ενίοτε να μην αρκεί το να ακυρωθεί η παράνομη πράξη ή να καταστεί ανεφάρμοστος ο νόμος που προσκρούει σε υπέρτερη παράμετρο νομιμότητας. Για να καταστεί η προστασία έμπρακτη και αποτελεσματική, μπορεί πράγματι να αποβεί αναγκαίο να αποκατασταθεί η ισορροπία και του περιουσιακού περιεχομένου του προσβληθέντος δικαιώματος, να εξασφαλιστεί, άρα, η αποκατάσταση της ζημίας.

Η αρχή της αστικής ευθύνης του Δημοσίου πρέπει να βρίσκει εφαρμογή ως θεραπεία τόσο διαζευκτική όσο και σωρευτική έναντι της ουσιαστικής προστασίας· πρέπει, επομένως, να βρίσκει εφαρμογή σε περίπτωση παραβάσεως τόσο κανόνων χωρίς άμεσο αποτέλεσμα, δηλαδή κανόνων μη δυναμένων να τύχουν απευθείας επικλήσεως ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων, όσο και κανόνων που αντιθέτως παρέχουν τη δυνατότητα αυτή [20]. Και τούτο — εννοείται — και στην περίπτωση, που ενδιαφέρει εδώ, της μη ορθής μεταφοράς οδηγίας.

20 — Υπέρ της απόψεως αυτής συνηγορεί άλλωστε η απόφαση της 12ης Ιουλίου 1990, υπόθεση C-188/89, Foster κ.λπ.(Συλλογή 1990, σ. I-3313, σκέψη 22), όπου το Δικαστήριο δέχτηκε ότι «μπορεί να γίνει επίκληση» του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας 76/207/ΕΟΚ, διατάξεως αμέσου αποτελέσματος, «προκειμένου να ζητηθεί αποζημίωση από οργανισμό» στον οποίο έχει ανατεθεί η παροχή υπηρεσίας δημοσίου συμφέροντος.

31. Για να έρθουμε στις προϋποθέσεις που διέπουν την αστική ευθύνη του Δημοσίου, πρέπει, κατ' αρχάς, να υπομνησθεί ότι — όπως επισημάνθηκε στις επανειλημμένα προπαρατεθείσες προτάσεις —, για να εξασφαλίζεται η υπό μορφήν αποζημιώσεως προστασία σε όλα τα κράτη μέλη κατά τρόπο, αν όχι ομοιόμορφο, πάντως ομοιογενή, είναι απαραίτητο τις ελάχιστες προϋποθέσεις που διέπουν το δικαίωμα προς αποζημίωση να τις ορίζει το ίδιο το κοινοτικό δίκαιο· πρέπει να ορίζει ειδικότερα τα κριτήρια βάσει των οποίων πρέπει να πιστοποιείται η συνδρομή αυτών των προϋποθέσεων, αλλά και τα «κοινοτικά» όρια που επιβάλλλονται στις «εθνικές» προϋποθέσεις της αποζημιώσεως, δικονομικές και άλλες.

Αυτήν άλλωστε τη λύση υιοθέτησε το Δικαστήριο, έστω και με κάποια ιδιορρυθμία που συνδεόταν με την κρινομένη περίπτωση, με την απόφαση Francovich κ.λπ. Δεν υπάρχει λόγος να γίνει δεκτό ότι μια τέτοια λύση ισχύει μόνο στην περίπτωση της μη μεταφοράς οδηγίας, όχι δε και στην περίπτωση της παραβάσεως κανόνων αμέσου αποτελέσματος ή μη ορθής μεταφοράς οδηγίας.

32. Στην απόφαση Francovich κ.λπ., — υπενθυμίζω — αναγνωρίστηκε η ευθύνη του Δημοσίου, αφού πιστοποιήθηκε ότι συνέτρεχαν οι ακόλουθες τρεις προϋποθέσεις: «Πρώτον, η οδηγία πρέπει να έχει ως σκοπό τη χορήγηση δικαιωμάτων στους ιδιώτες. Δεύτερον, το περιεχόμενο των δικαιωμάτων αυτών πρέπει να μπορεί να προσδιοριστεί βάσει των διατάξεων της οδηγίας. Τέλος, πρέπει να υφίσταται αιτιώδης σύνδεσμος μεταξύ της παραβάσεως της υποχρεώσεως

του κράτους και της βλάβης που υπέστησαν οι ζημιωθέντες» [21]. Το Δικαστήριο διευκρίνισε άλλωστε ότι «οι προϋποθέσεις αυτές είναι επαρκείς για να γεννήσουν υπέρ των ιδιωτών δικαίωμα αποζημιώσεως που στηρίζεται απευθείας στο κοινοτικό δίκαιο» [22]. Το κράτος μέλος στο οποίο καταλογίζεται η παράλειψη μεταφοράς οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο υποχρεούται δηλαδή, σε κάθε περίπτωση, άπαξ πληρούνται οι εκτεθείσες από το Δικαστήριο προϋποθέσεις, να αποκαταστήσει τη ζημία την οποία υπέστη ο ιδιώτης.

Επιβάλλεται άραγε το ίδιο συμπέρασμα και στην περίπτωση που ενδιαφέρει εδώ, όπου δεν πρόκειται για μη μεταφορά οδηγίας εντός της τασσομένης προθεσμίας, αλλά για μη ορθή μεταφορά; Με άλλα λόγια, οι *προϋποθέσεις που αρκούν* για να γεννηθεί ευθύνη του μη συμμορφωθέντος κράτους μέλους προς αποζημίωση είναι οι ίδιες ή αντιθέτως είναι διαφορετικές στις δύο εξεταζόμενες περιπτώσεις;

33. Επ' αυτού, οι απαντήσεις που δόθηκαν κατά την παρούσα διαδικασία διίστανται σημαντικά. Κατά τις περισσότερες από τις παρεμβαίνουσες κυβερνήσεις, οι προϋποθέσεις τις οποίες διατύπωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση Francovich κ.λπ. δεν αρκούν για να στοιχειοθετήσουν ευθύνη του Δημοσίου. Πρέπει, αντιθέτως, να συντρέχουν οι ίδιες προϋποθέσεις που εφαρμόζονται και επί εξωσυμβατικής ευθύνης των κοινοτικών οργάνων [23]· ή να εξαρτηθεί η ευθύνη του Δημοσίου από το προαπαιτούμενο του πταίσματος.

Διαφορετική άποψη εξέφρασε η Επιτροπή, ότι δηλαδή οι προϋποθέσεις που καθιέρωσε το Δικαστήριο στην υπόθεση Francovich κ.λπ. αρκούν, δεδομένου ότι το άρθρο 189 της Συνθήκης δεν κάνει καμμία διάκριση μεταξύ μη μεταφοράς και εσφαλμένης μεταφοράς οδηγίας. Με άλλα λόγια, κατά την άποψη του θεσμικού οργάνου, σε αμφότερες τις περιπτώσεις εκείνο που έχει σημασία είναι η μη τήρηση, εκ μέρους του κράτους μέλους, της υποχρεώσεως αποτελέσματος την οποία επιβάλλει η οδηγία.

34. Θα ειπώ ευθύς αμέσως ότι δεν συμμερίζομαι την άποψη αυτή. Άλλωστε, δεν μου φαίνεται καν συνεπής με εκείνη που υποστήριξε το ίδιο όργανο στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-46/93 και C-48/93. Σ' αυτές τις τελευταίες — υπενθυμίζω —, η Επιτροπή υπέδειξε πράγματι την εφαρμογή, ως ελαχίστου standard, των ίδιων περιοριστικών προϋποθέσεων που έχει επεξεργαστεί το Δικαστήριο με τη σχετική προς το άρθρο 215 νομολογία του.

21 — Οι τρεις αυτές προϋποθέσεις, τις οποίες έθεσε το Δικαστήριο με την απόφαση Francovich κ.λπ. (σκέψη 40), παρατίθενται πάντως εδώ όπως τις επανέλαβε και τις συνόψισε το ίδιο το Δικαστήριο στην απόφαση της 14ης Ιουλίου 1994, υπόθεση C-91/92, Faccini Dori (Συλλογή 1994, σ. I-3325, σκέψη 27). Βλ. περαιτέρω απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1993, υπόθεση C-334/92, Wagner Miret (Συλλογή 1993, σ. I-6911, σκέψεις 22 και 23). Στην τελευταία αυτή περίπτωση, καίτοι επρόκειτο για οδηγία, την ίδια με την υπόθεση Francovich κ.λπ., που είχε μεταφερθεί στην εθνική έννομη τάξη, το πρόβλημα ετίθετο διότι, στις σχετικές εθνικές διατάξεις, δεν είχε ληφθεί υπόψη μια συγκεκριμένη κατηγορία εργαζομένων, ως προς τους οποίους, επομένως, η οδηγία δεν είχε εκτελεσθεί.

22 — Απόφαση Francovich κ.λπ., όπ.π., σκέψη 41.

23 — Η σχετική νομολογία, ή μάλλον τα κριτήρια τα οποία έχει εκπονήσει με αυτήν το Δικαστήριο, εξετάζονται, ως προς τις πλευρές που ενδιαφέρουν εδώ, στις παραγράφους 61 έως 69 των προτάσεων στις συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) και C-48/93 (Factortame III).

Και είναι μεν αληθές ότι η οδηγία επιβάλλει υποχρέωση αποτελέσματος, αφήνοντας στα κράτη μέλη περιθώρια διακριτικής ευχέρειας μόνο ως προς τον τρόπο και τα μέσα με τα οποία θα εξασφαλίσουν την υλοποίησή του. Δεν νομίζω, π.χ., ότι μπορεί ευλόγως να αρνηθεί κανείς ότι το άρθρο 30 της Συνθήκης επιβάλλει στα κράτη μέλη υποχρέωση αποτελέσματος· και όμως, η θέση της Επιτροπής σχετικώς είναι ότι, για να υπάρχει υποχρέωση του Δημοσίου προς αποζημίωση, δεν απαιτείται μόνον παράβαση, αλλά πρέπει επί πλέον αυτή να είναι βαρεία και κατάφωρη.

35. Το πρόβλημα, επομένως, δεν μπορεί να επιλυθεί μόνο βάσει του είδους της προβλεπομένης υποχρεώσεως, δηλαδή του αν πρόκειται ή όχι για υποχρέωση αποτελέσματος. Πρέπει, αντιθέτως, να γίνει δεκτό, κατά την άποψή μου, ότι, για να εντοπιστούν τα όρια της δυνατότητας να μεταφραστεί το παράνομον σε ευθύνη, αποφασιστικό στοιχείο — πέρα από τη διακριτική ευχέρεια την οποία διαθέτουν ενδεχομένως τα κράτη στον οικείο τομέα — είναι το πόσο ακριβής είναι η επιβαλλομένη υποχρέωση, ήτοι, σε τελική ανάλυση, το κατά πόσον μπορεί να εντοπιστεί με επαρκή βεβαιότητα το περιεχόμενο του δικαιώματος το οποίο προβάλλει ο ιδιώτης έναντι του εθνικού μέτρου ή της ζημιογόνου συμπεριφοράς. Αυτά είναι τα στοιχεία που — όπως εκτενώς αναπτύσσω στις προτάσεις μου επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων Brasserie du Pêcheur και Factortame III [24] — χαρακτηρίζουν μια παράβαση ως κατάφωρη και βαρειά. Αντιστρόφως, δεν έχει καμμία σημασία, για τη στοιχειοθέτηση ευθύνης του μη συμμορφωθέντος κράτους μέλους, η υπαιτιότητα νοούμενη ως υποκειμενική συνιστώσα της παράνομης συμπεριφοράς που αποδίδεται στο εν λόγω κράτος [25].

Υπ' αυτό το πρίσμα, το αν στην απόφαση Francovich δεν απαντάται καμμία διευκρίνιση των κριτηρίων που καθορίζουν το παράνομον της συμπεριφοράς του ζημιούντος ουδόλως σημαίνει ότι κάθε παράβαση του κοινοτικού δικαίου θίγουσα την περιουσιακή σφαίρα κάποιου προσώπου που κατέχει μια νομική θέση δυνάμει του παραβαινόμενου κοινοτικού κανόνα γεννά αφ' εαυτής και αυτοδικαίως δικαίωμα αποζημιώσεως [26]. Πολύ απλούστερα, στην υπόθεση εκείνη, η παράβαση ήταν κατάφωρη και βαρεία.

36. Γενικότερα, όπως διευκρίνισα ήδη με τις προτάσεις επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων Brasserie du Pêcheur και Factortame III [27], μπορεί να γίνεται λόγος για κατάφωρη και βαρεία παράβαση όταν:

α) δεν τηρούνται υποχρεώσεις έχουσες σαφές και ακριβές περιεχόμενο καθ' όλα τους τα στοιχεία·

24 — Βλ., ειδικότερα, παραγράφους 74 έως 84 των εν λόγω προτάσεων.

25 — Βλ. σχετικώς σκέψεις 85 έως 90 των ίδιων προτάσεων.

26 — Βλ., ειδικότερα, παραγράφους 55 έως 60 των προτάσεων επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) και C-48/93 (Factortame III), καθώς και σκέψη 28 των προτάσεων επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 και C-190/94 (Dillenkofer κ.λπ.)

27 — Βλ., ειδικότερα, παράγραφο 84 των εν λόγω προτάσεων.

β) η νομολογία του Δικαστηρίου έχει ήδη διευκρινίσει επαρκώς, είτε μέσω προδικαστικής ερμηνείας, είτε μέσω αποφάσεως βάσει του άρθρου 169, αμφίβολες έννομες καταστάσεις παρόμοιες ή πάντως παρεμφερείς προς την κρινομένη·

γ) η ερμηνεία των περί ων πρόκειται κοινοτικών διατάξεων, στην οποία προβαίνουν οι εθνικές αρχές μέσω της κανονιστικής τους δράσεως (ή αδρανείας), αποδεικνύεται κατάφωρα πεπλανημένη.

37. Στην υπόθεση που συζητείται εδώ, δεν νομίζω πως χωρεί αμφιβολία, εν όψει της ερμηνείας που δόθηκε στο άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, για το ότι ο τρόπος με τον οποίο το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος το μετέφερε στην έννομη τάξη του δεν μπορεί να οριστεί ως κατάφωρα πεπλανημένος. Επομένως, το ότι το Ηνωμένο Βασίλειο όρισε το ίδιο τις υπηρεσίες που αποκλείονται από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, δυνάμει μιας διάταξεως (του άρθρου 8, παράγραφος 1), το περιεχόμενο της οποίας κάθε άλλο παρά μπορεί να χαρακτηρισθεί σαφές και μονοσήμαντο, με άγει στο συμπέρασμα ότι δεν πρόκειται εδώ για κατάφωρη και βαρεία παράβαση.

Η περίπτωση Francovich, από την άποψη αυτή, ήταν αναμφισβήτητα διαφορετική. Το εμπλεκόμενο κράτος μέλος δεν είχε καν μεταφέρει την επίμαχη οδηγία εντός της τασσομένης προθεσμίας, ως προς την οποία ασφαλώς δεν είχε κανένα περιθώριο διακριτικής ευχέρειας· αυτή δε ακριβώς η πλευρά καθιστά εκείνη την παράβαση αφ' εαυτής βαρεία και κατάφωρη [28].

38. Όσο για εκείνο που επίσης τονίστηκε κατά την παρούσα διαδικασία, ότι με μια τέτοια θεώρηση θα «ενθαρρύνονταν» τελικά μεταφορές ναι μεν εμπρόθεσμες, αλλά όλως εσφαλμένες, αρκεί να σημειωθεί ότι η υποδεικνυόμενη εδώ λύση είναι τέτοια που αποφεύγει τις καταχρήσεις εκ μέρους των κρατών μελών, που πρέπει άλλωστε να θεωρηθούν μάλλον απίθανες. Παραμένει, πράγματι, γεγονός ότι, σε περίπτωση μεταφοράς οδηγιών κατάφωρα εσφαλμένων ή — αν προτιμάται — σαφών και μονοσημάντων κανόνων που μεταφέρονται κατά τρόπο εσφαλμένο, επιβάλλεται, ούτως ή άλλως, το συμπέρασμα ότι υπάρχει βαρειά και κατάφωρη παράβαση, στοιχειοθετούσα δηλαδή αστική ευθύνη του οικείου κράτους μέλους.

Με την επιφύλαξη της εκτιμήσεως στην οποία θα προβεί επί της υποθέσεως το εθνικό δικαστήριο βάσει των κριτηρίων που θα εξειδικευτούν εδώ, θεωρώ τελικά ότι η παράβαση του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας, υπό τους όρους που περιγράφηκαν ανωτέρω, δεν συνιστά βαρεία και κατάφωρη παράβαση και, επομένως, δεν είναι ικανή να στοιχειοθετήσει αστική ευθύνη του ενδιαφερομένου κράτους μέλους έναντι του αναθέτοντος φορέα για τις ζημίες που τυχόν του προκάλεσε η μη ορθή εκτέλεση της εν λόγω διατάξεως.

28 — Βλ., σχετικώς, παράγραφο 81 των προτάσεων επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων C-46/93 (Brasserie du Pêcheur) και C-48/93 (Factortame III), καθώς και τις προτάσεις επί των συνεκδικαζομένων υποθέσεων C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 και C-190/94 (Dillenkofer κ.λπ.), οι οποίες συμπίπτουν, ως προς την άποψη που εξετάζεται εδώ, με την υπόθεση Francovich κ.λπ.

Συμπέρασμα

39. Με γνώμονα τις προηγηθείσες σκέψεις, προτείνω, επομένως, στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα ερωτήματα του παραπέμποντος δικαστηρίου:

«1) Το άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ έχει την έννοια ότι τις παρεχομένες από κάθε αναθέτοντα φορέα τηλεπικοινωνιακές υπηρεσίες, επί των οποίων έχει ή δεν έχει εφαρμογή ο προβλεπόμενος στο άρθρο αυτό αποκλεισμός, πρέπει να προσδιορίζουν οι ίδιοι οι αναθέτοντες φορείς.

2) Η περιεχόμενη στο άρθρο 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ έκφραση "οσάκις άλλοι φορείς είναι ελεύθεροι να παρέχουν τις αυτές υπηρεσίες στην αυτή γεωγραφική περιοχή και υπό τις ίδιες κατ' ουσίαν συνθήκες" έχει την έννοια ότι πρέπει όχι μόνο να επιτρέπεται τυπικά στους εν λόγω φορείς να δρούν στην οικεία αγορά υπηρεσιών, η πρόσβαση στην οποία δεν περιορίζεται διά νόμου, αλλά και να είναι πράγματι σε θέση να παρέχουν τις περί ων πρόκειται υπηρεσίες υπό τις ίδιες συνθήκες με τον αναθέτοντα φορέα.

Η απόφαση που αναγνωρίζει αν ορισμένες υπηρεσίες μπορούν ή όχι να εξαιρεθούν, με γνώμονα τις πραγματικές και νομικές προϋποθέσεις του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ, πρέπει να λαμβάνει υπόψη όλα τα χαρακτηριστικά των καταλαμβανομένων υπηρεσιών, την ύπαρξη ή μη υποκαταστάτων υπηρεσιών, το τιμολογιακό καθεστώς, τη θέση των ανταγωνιστών στην αγορά, καθώς και την ενδεχόμενη ύπαρξη νομικών υποχρεώσεων.

3) Το ενδιαφερόμενο κράτος μέλος δεν υποχρεούται να αποκαταστήσει τις ζημίες που ενδεχομένως υπέστη ένας αναθέτων φορέας λόγω μη ορθής μεταφοράς του άρθρου 8, παράγραφος 1, της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ, διότι εν προκειμένω η παράβαση δεν μπορεί να χαρακτηρισθεί κατάφωρη και βαρεία.»