JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS GIUSEPPE TESAURO

28 päivänä marraskuuta 1995 *

1. High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Courtin yhteisöjen tuomioistuimelle esittämät ennakkoratkaisukysymykset koskevat vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelystä 17 päivänä syyskuuta 1990 annetun neuvoston direktiivin 90/531/ETY (jäljempänä direktiivi) 8 artiklan 1 kohdan tulkintaa [1].

Erityisesti kansallinen tuomioistuin pyrkii selvittämään kyseisen säännöksen oikean tulkinnan, ja sen, että jos jäsenvaltion lainsäätäjä on pannut direktiivin virheellisesti täytäntöön, täyttyvätkö edellytykset sille, että vahingon kärsinyt yritys voi vaatia jäsenvaltiolta tästä korvausta. [2]

Asiaa koskevat yhteisön ja kansalliset säädökset

2. Direktiivin 13. perustelukappaleen mukaan direktiiviä ei sovelleta "sellaisten yksiköiden toimintaan, jotka joko eivät ole vesi- ja energiahuollon, kuljetuspalvelujen tai teletoiminnan alojen yksiköitä taikka jotka siitä huolimatta, että ne ovat näiden alojen yksiköitä, ovat kuitenkin suoraan rajoittamattomilla markkinoilla vallitsevien kilpailuvoimien vaikutuspiirissä".

Yhteisöjen tuomioistuimen tulkintaa pyydetään direktiivin 8 artiklan 1 kohdasta, jossa säädetään poikkeuksesta direktiivin säännöksiin, ja kyseisessä säännöksessä direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jätetään sopimukset, jotka koskevat hankintoja telepalvelujen tarjoamiseksi, jos kyseisellä alalla on kilpailua. Tarkemmin 8 artiklassa säädetään seuraavaa:

"1. Tätä direktiiviä ei sovelleta sopimuksiin, joita 2 artiklan 2 kohdan d alakohdassa tarkoitettua toimintaa harjoittavat hankintayksiköt tekevät hankinnoista, jotka on tarkoitettu yksinomaan telepalvelun tai -palvelujen tarjoamiseksi, jos muilla yksiköillä on oikeus tarjota samoja palveluja samalla maantieteellisellä alueella ja olennaisesti samoilla ehdoilla.

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 297, s. 1.

2 — Tämän viimeisen näkökannan osalta esillä oleva asia liittyy siten yhdistettyihin asioihin Brasserie du pêcheur ja Factortame (vireillä olevat yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93) samoin kuin yhdistettyihin asioihin Dillenkofer ym. (vireillä olevat yhdistetyt asiat C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 ja C-190/94), joissa myös esitän ratkaisuehdotukseni tänään.

2. Hankintayksiköiden on ilmoitettava komissiolle sen pyynnöstä sellaiset palvelut, joiden ne katsovat 1 kohdan mukaan jäävän soveltamisalan ulkopuolelle. Komissio voi antaa tiedoksi yleisölle luettelot palveluista, joiden se katsoo olevan edellä säädetyn mukaan soveltamisalan ulkopuolella, julkaisemalla ne määräajoin *Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä.* Näin tehdessään komissio ottaa huomioon kaikki kaupallisesti arkaluontoiset näkökohdat, joista hankintayksiköt ovat tietoja antaessaan huomauttaneet."

3. Edellä mainitussa 2 artiklan 2 kohdan d alakohdassa mainitaan niiden toimintojen joukossa, joihin direktiiviä sovelletaan, "yleisten televerkkojen rakentaminen tai ylläpito taikka yhden tai useamman yleisen telepalvelumuodon tarjoaminen". Direktiivin 2 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan direktiiviä sovelletaan myös hankintayksiköihin, "joiden, jos ne eivät ole viranomaisia tai julkisia yrityksiä, toimintaan kuuluu jokin 2 kohdassa tarkoitettu toiminta tai mikä tahansa niiden yhdistelmä ja jotka toimivat jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeudella". Saman 2 artiklan 3 kohdan a alakohdassa täsmennetään lisäksi 1 kohdan b alakohdan soveltamiseksi, että hankintayksiköllä katsotaan olevan erityis- tai yksinoikeudet erityisesti, jos "edellä 2 kohdassa tarkoitettujen verkkojen tai tilojen rakentamista varten sillä on oikeus turvautua maa-alan pakkolunastus- tai käyttöönottomenettelyyn tai sijoittaa verkkoon kuuluvia laitteita yleiselle tielle tai sen viereen yläpuolelle tai maan alle". Direktiivin 2 artiklan 6 kohdan mukaan "liitteissä I—X lueteltujen hankintayksiköiden on oltava edellä säädettyjen vaatimusten mukaisia". Liitteessä X, joka koskee nimenomaisesti "televerkkojen ylläpitoa tai telepalvelujen tarjoamista", mainitaan erityisesti Yhdistyneen kuningaskunnan osalta British Telecommunications plc (jäljempänä kantaja), Mercury Communications Ltd (jäljempänä Mercury) ja City of Kingston upon Hull (jäljempänä Hull plc).

Lopuksi on huomautettava, että direktiivin 33 artiklan 1 kohdan d alakohdan mukaisesti hankintayksiköiden on säilytettävä jokaisesta sopimuksesta riittävät tiedot, joiden avulla ne voivat myöhemmin perustella erityisesti II, III ja IV osaston (säännökset, jotka koskevat hankintasopimusten tekemisessä noudatettavia edellytyksiä ja menettelyjä) säännösten soveltamatta jättämistä I osastossa säädettyjen poikkeusten nojalla koskevat päätöksensä, ja näiden poikkeusten joukossa on esillä olevassa asiassa merkityksellinen 8 artiklan 1 kohdan mukainen poikkeus.

4. Yhdistynyt kuningaskunta pani direktiivin täytäntöön antamalla säädöksen "Utilities Supply and Works Contracts Regulations 1992". Erityisesti ne direktiivin säännökset, joissa rajoitetaan sen soveltamista 13. perustelukappaleen mukaisesti vain niihin tilanteisiin, joissa hankintasopimuksilla pyritään yksinomaan takaamaan se, että hankintayksikkö voi harjoittaa jotain direktiivissä luetelluista toiminnoista, on täytäntöönpantu kyseisessä kansallisen säädöksen 5 pykälässä ja 6 pykälän a momentissa.

Tämän säädöksen 7 pykälän 1 momentissa, jolla pyritään panemaan täytäntöön direktiivin 8 artiklan 1 kohta, säädetään sitä vastoin erityisesti teletoiminta-alaan sovellettavuutta koskevista poikkeuksista, ja siten kantaja on riitauttanut tämän säännöksen. Kyseisen säännöksen mukaan "tätä asetusta ei sovelleta tarjouspyyntöihin, kun liitteessä 2 täsmennetty yksikkö tekee sopimuksia vain siinä tarkoituksessa, että yksikkö voi tarjota yhtä tai useampaa telepalvelua, jotka on täsmennetty liitteen 2 siinä osassa, jossa tämä yksikkö on mainittu".

Edellä mainittu liite 2 jakautuu kahteen osaan. Osa A koskee kaikkia muita toimiluvan saaneita yleisten telepalveluiden suorittajia paitsi kantajaa ja Hull plc:tä. Näiden toimijoiden osalta soveltamisalan ulkopuolelle jääviäpalveluita ovat nimenomaisesti "kaikki yleiset telepalvelut". Sitä vastoin osa B koskee ainoastaan kantajaa ja Hull plc:tä, joiden osalta tarkoitetut palvelut ovat "kaikki yleiset telepalvelut, paitsi jäljempänä mainitut palvelut, kun niitä tarjotaan sillä maantieteellisellä alueella, jolla palvelun suorittajalla on oikeus toimia yleisenä teletoiminnan harjoittajana: peruspuhelinliikennepalvelut, perusdatasiirtopalvelut, yksityisten piirien ja merialuetta koskevien palvelujen tarjoaminen".

Saman säädöksen 7 pykälän 2 momentissa lisätään vielä, että liitteessä 2 tarkoitetun palvelun suorittajan on annettava ministeriön pyynnöstä sille kertomus, joka on lähetettävä myöhemmin komissiolle ja jossa kuvataan tällaisen suorittajan tarjoamat yleiset telepalvelut, joiden se katsoo kuuluvan tämän suorittajan mainitsevassa liitteessä 2 tarkoitettuihin palveluihin. Tällä säännöksellä pannaan siten täytäntöön direktiivin 8 artiklan 2 kohta.

On muistutettava vielä, että direktiivin 33 artiklan mukaisesti kyseisen kansallisen säädöksen 25 pykälän 1 kohdassa säädetään, että jos hankintayksikkö päättää olla soveltamatta soveltamisalan ulkopuolelle jääviä toimintoja koskevia säännöksiä, joita tarkoitetaan erityisesti mainitun säädöksen 7 pykälässä, sen on esitettävä tällaisen päätöksen perustelemiseksi asianmukaiset ja riittävät tiedot sellaisten hankintasopimusten osalta, jotka on tehty noudattaen eri menettelyä kuin hankintasopimuksia koskevassa järjestelmässä on säädetty.

Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

5. Kantaja on yhtiö, joka perustettiin 1.4.1984 vuoden 1984 *British Telecommunications Act*in nojalla (vuoden 1984 teletoimintalaki). Sille siirrettiin sekä omaisuus että kaikki oikeudet ja velvoitteet aikaisemmalta julkisoikeudelliselta yhtiöltä, jonka nimi oli myös British Telecommunications, joka itse seurasi vuoden 1981 *British Telecommunications Act*in nojalla Post Officea, jolla oli ollut siihen asti teletoimintajärjestelmien hallinnon yksinoikeus.

Vuoden 1984 teletoimintalaissa säädetään, että jokaisen, joka monopolin poistamisen seurauksena aikoo vastata teletoimintajärjestelmän hoidosta Yhdistyneessä kuningaskunnassa, on hankittava toimilupa, jossa luetellaan tyhjentävästi ne toiminnat, joiden samanaikaiseen harjoittamiseen lupa annetaan. Tämän säännöksen mukaisesti Secretary of State for Trade and Industry antoi kantajalle kesäkuussa 1984 toimiluvan 25 vuodeksi. Tässä toimiluvassa, jossa kantajaa luonnehditaan "toimiluvan saaneeksi yleisten telepalvelujen suorittajaksi", kantajalle annetaan oikeus hoitaa yleisiä teletoimintajärjestelmiä koko Yhdistyneen kuningaskunnan alueella sitä maantieteellistä aluetta lukuun ottamatta, jolla Hull plc:lle on myönnetty toimilupa. Erityisesti sen on tarjottava puhelinpalveluja jokaiselle, joka esittää tällaisen hakemuksen riippumatta siitä, onko hakemuksia riittävästi kattamaan sille aiheutuneet kustannukset. Lisäksi kantaja on luvanhaltijoista ainoa, jonka hintojen muutoksia säännellään (price cap). Tarkennan vielä, että valtio oli heinäkuuhun 1993 mennessä luovuttanut kasvavassa määrin jäljellä olevia BT:n osakkeitaan.

6. Vuoden 1984 teletoimintalain mahdollistaman markkinoiden merkittävän avautumisen seurauksena myönnettiin yli 600 toimilupaa alan yksittäisiin toimintoihin ja noin 110 "yleisen telepalvelun suorittajan toimilupaa". Näiden toimilupien sisältö vaihteli kuitenkin huomattavasti. Itse asiassa kiinteitä yhteyksiä edellyttävien signaalcihin perustuvien telepalvelujen alalla (joihin kuuluu puhelinliikenne kiinteiden liittymien välillä) Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus antoi tarvittavat toimiluvat ainoastaan kantajalle ja Mercurylle, ja viimeksi mainitulle annettiin erityisesti oikeus liittyä kantajan teletoimintajärjestelmiin. Siten kiinteiden yhteyksien erityisalalle syntyi duopoli.

Duopolia koskevasta politiikasta luovuttiin sittemmin 1990-luvun alussa myös tällä alalla tällä kertaa täysin avointa kilpailua suosivan politiikan hyväksi. Siten kaikkia yksityisten yritysten esittämiä lupahakemuksia, jotka täyttivät objektiiviset ja avoimet kriteerit, alettiin arvioida niiden hyväksymistä puoltavan yleisen olettaman perusteella, ellei ollut olemassa "erityisiä syitä" niiden hylkäämiseen. Vuoden 1984 laissa otettiin huomioon tarve turvata näin monimutkaisen, useita toimiluvan saaneita yrityksiä käsittävän järjestelmän toiminta, ja kyseisessä laissa velvoitettiin "toimiluvan saaneet yleisten telepalvelujen suorittajat" sallimaan se, että niiden verkkoihin yhdistetään muiden toimiluvansaajien pyynnöstä niiden hoitamat järjestelmät. Siten yrityksen asiakkaat voivat olla yhteydessä muiden toimiluvansaajien hoitamiin verkkoihin ja siten loppujen lopuksi pitää yhteyttä sellaisten käyttäjien kanssa, jotka hyödyntävät näiden muiden toimiluvansaajien tarjoamia palveluja.

7. Kuten olen jo osoittanut, direktiivin täytäntöönpanevassa kansallisessa säädöksessä suljetaan direktiivin noudattamista koskevan

velvoitteen ulkopuolelle melkein kaikki alan toimijat, mukaan luettuna Mercury, joka kuitenkin mainitaan direktiivin liitteessä X, siltä osin kuin kysymyksessä ovat sopimukset, joilla pyritään yksinomaan mahdollistamaan telepalvelujen tarjonta. Ainoastaan kantajaan ja Hull plc:hen sovelletaan sitä vastoin direktiivin säännöksiä, joskin vain peruspuhelinliikennepalveluiden, perusdatasiirtopalveluiden, yksityisten piirien ja merialuetta koskevien palveluiden tarjoamisen osalta.

Kantaja on riitauttanut nimenomaan nämä direktiivin täytäntöönpanosäännökset kansallisessa tuomioistuimessa. Kantaja katsoo itse asiassa, että Yhdistyneen kuningaskunnan ei olisi pitänyt itse määritellä palveluja ja toimijoita, jotka jäävät direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, koska tämä tehtävä kuuluu direktiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaisesti hankintayksiköille itselleen. Kantaja vaatii myös korvausta niistä vahingoista, joita se katsoo kärsineensä kyseisen säännöksen virheellisen täytäntöönpanon vuoksi.

8. Kansallinen tuomioistuin päätti käsiteltävänä olevan riita-asian ratkaisemiseksi esittää yhteisöjen tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön. Kysymykset ovat seuraavat:

"1) Merkitseekö direktiivin 90/531/ETY oikea tulkinta sitä, että jäsenvaltio voi vapaasti perustamissopimuksen 189 artiklassa sille annetun harkintavallan nojalla määrätä itse tämän direktiivin 8 artiklan 1 kohdan täytäntöönpanon yhteydessä, mitkä kunkin hankintayksikön tarjoamat telepalvelut kuuluvat tämän artiklan poikkeuksen soveltamisalaan ja mitkä jäävät poikkeuksen soveltamisalan ulkopuolelle?

2) a) Sovelletaanko direktiivin 8 artiklan 1 kohdan ilmaisua 'jos muilla yksiköillä on oikeus tarjota samoja palveluja samalla maantieteellisellä alueella ja olennaisesti samoilla ehdoilla' ainoastaan 'oikeuteen' ja ehtoihin, joista on säädetty lailla tai asetuksella?

b) Jos kysymykseen 2 a annetaan kielteinen vastaus:

i) mitkä ovat ne muut alueet, joihin näillä ilmaisuilla viitataan; ja

ii) onko hankintayksikön asemalla tiettyä teletoimintapalvelua koskevilla markkinoilla merkitystä tämän seikan osalta; ja

iii) jos tällä asemalla on merkitystä, missä määrin ja missä olosuhteissa se voi olla ratkaiseva?

c) Vaikuttaako edellä b alakohdassa mainittuihin kysymyksiin ii ja iii annettaviin vastauksiin se, että yksikölle on säädetty asetuksella rajoituksia, ja jos näin on, niin missä määrin se vaikuttaa?

3. Mikäli kysymykseen 1 vastataan myöntävästi:

a) Kuinka hankintayksikön ja 8 artiklan 1 kohdan täytäntöönpanosta vastaavien kansallisten viranomaisten välistä mahdollista riita-asiaa käsittelevä kansallinen tuomioistuin voi varmistua siitä, että direktiivin 8 artiklan 1 kohdan poikkeusta koskevia edellytyksiä sovelletaan oikein, ja erityisesti, onko tuomioistuimen korvattava 8 artiklan 1 kohdan poikkeuksen soveltumista koskeva, mainitun artiklan täytäntöönpanosta vastaavien kansallisten viranomaisten arviointi omalla arvioinnillaan;

b) Onko direktiiviä 90/531/ETY rikottu tai yhteisön oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita, erityisesti oikeusvarmuuden periaatetta, loukattu, jos kansallinen tuomioistuin arvioi, että 8 artiklan 1 kohdan täytäntöönpanosta vastaavien kansallisten viranomaisten määritelmät tietyistä telepalveluista sen päättämiseksi, kuuluuko tietty palvelu poikkeuksen alaan, ovat sellaisia, että hankintayksikön on mahdotonta varmistua siitä, kuuluuko tietty palvelu mainitun määritelmän alaan?

c) Voiko jäsenvaltio tiettyjä teletoimintapalveluja määritellessään hyväksyä määritelmiä, jotka perustuvat tietyn palvelun suorittamista koskevien teknisten menetelmien kuvaamiseen sen sijaan, että kuvattaisiin itse palvelua?

4. Jos jäsenvaltio on pannut neuvoston direktiivin 90/531/ETY 8 artiklan 1 kohdan virheellisesti täytäntöön, onko tämän jäsenvaltion yhteisön oikeuden mukaan korvattava hankintayksikölle tästä virheestä sille aiheutuneet vahingot, ja jos näin on, millä edellytyksillä tällainen velvollisuus syntyy?"

Ensimmäinen kysymys

9. Ensimmäisessä kysymyksessä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisua pyydetään siitä, voivatko jäsenvaltiot perustamissopimuksen 189 artiklassa niille annetun harkintavaltansa nojalla direktiivin täytäntöönpanon yhteydessä määritellä ja yksilöidä ne telepalvelut, jotka voidaan direktiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaan jättää direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle tiettyjen edellytysten täyttyessä, vai onko hankintayksiköiden tehtävä tämä määritteleminen itse.

Tämän ratkaisemiseksi on asianmukaista viitata ennen kaikkea kyseisen säännöksen sanamuotoon, asiayhteyteen ja tarkoitukseen.

10. Direktiivin 8 artiklan 1 kohdan sanamuodosta ei käy ilmi mitään, mikä vahvistaisi väitteen, jonka mukaan jäsenvaltiot voisivat itse päättää direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävät palvelut ja toimijat. Kyseisessä säännöksessä rajoitutaan itse asiassa vain jättämään direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sopimukset, joita hankintayksiköt tekevät hankinnoista, joilla on yksinomaan tarkoitus mahdollistaa niille telepalvelun tai -palvelujen tarjoaminen, jos muilla yksiköillä on oikeus tarjota samoja palveluja samoilla ehdoilla.

Koska jäsenvaltioihin ei viitata mitenkään, tämä näyttäisi puoltavan sitä väitettä, että ainoina säännöksessä mainittuina hankintayksiköiden on itse määriteltävä soveltamisalan ulkopuolelle jäävät sopimukset. Ainakin ensi näkemältä tätä ratkaisua puoltaa se, että muissa myös direktiivin I osastoon sisältyvissä säännöksissä, jotka koskevat sallittuja poikkeuksia, säädetään nimenomaisesti ja tarkasti jäsenvaltioiden tehtävästä sellaisten sopimusten määrittelemisessä, joihin kyseisiä poikkeuksia sovelletaan. [3]

11. Tähän on lisättävä, että direktiivin 8 artiklan 2 kohdan mukaan hankintayksiköiden on ilmoitettava komissiolle sen pyynnöstä sellaiset palvelut, joiden "ne katsovat 1 kohdan mukaan jäävän soveltamisalan ulkopuolelle". Tämän jälkeen komissio julkaisee *Euroopan yhteisöjen virallisen lehden* C-sarjassa ne palvelut, joiden se "katsoo olevan soveltamisalan ulkopuolella", ja tämä tapahtuu vain tiedonantotarkoituksessa.

Kuten Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus katsoo, jos jäsenvaltioiden olisi määriteltävä ne palvelut, joiden on katsottava jäävän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle sen 8 artiklan 1 kohdan mukaisesti, ei olisi kuitenkaan helposti ymmärrettävissä, miksi saman 8 artiklan 2 kohdan mukaan hankintayksiköiden on jäsenvaltioiden asemasta ilmoitettava ne palvelut, joiden ne katsovat jäävän

3 — Ks. erityisesti 3 ja 10 artikla.

soveltamisalan ulkopuolelle. Ellei haluta katsoa, että kysymyksessä on täysin hyödytön säännös, on itse asiassa myönnettävä, että 8 artiklan 2 kohdalla on merkitystä vain siltä osin kuin hankintayksiköt itse päättävät tarjoamistaan palveluista ne, jotka voivat jäädä 8 artiklan 1 kohdan mukaisesti direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

12. Tätä näkemystä vahvistaa myös direktiivin 33 artikla, jonka mukaan hankintayksiköt säilyttävät jokaisesta sopimuksesta "tiedot — — joiden avulla ne voivat myöhemmin perustella päätöksensä, jotka koskevat — — d) II, III ja IV osaston säännösten soveltamatta jättämistä I osastossa säädettyjen poikkeusten nojalla".

Juuri lainaamastani säännöksestä käy selvästi ilmi, että yhteisön lainsäätäjä on kansallisilla säännöksillä halunnut tarkoittaa suoraan hankintayksikköjä uskoen niille vastuun direktiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaisesti tehdyistä soveltamisalan ulkopuolelle jäämistä koskevista päätöksistä samoin kuin näyttövastuun siitä, että edellytykset ovat täyttyneet.

13. Kaikki nämä seikat huomioon ottaen on muistutettava, että yhteisöjen tuomioistuimen asiaa koskevan vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksen 189 artiklan kolmannessa kohdassa jäsenvaltioille annettu vapaus valita muoto ja keinot direktiivin täytäntöönpanemiseksi "ei kuitenkaan poista jokaisen jäsenvaltion, jolle direktiivi on osoitettu, velvoitetta toteuttaa kansallisessa oikeusjärjestyksessään kaikki tarpeelliset toimenpiteet direktiivin täyden oikeusvaikutuksen varmistamiseksi ja direktiivin päämäärän mukaisesti". [4] Tämä tarkoittaa sitä, että jäsenvaltioiden on toteutettava kaikki tarpeelliset toimenpiteet direktiivin säännösten täyden oikeusvaikutuksen takaamiseksi ja niiden on siten turvattava direktiivin säännösten mukainen lopputulos. On lisättävä, kuten yhteisöjen tuomioistuin on itse tarkentanut, että direktiivin säännökset on pantava täytäntöön "kiistattoman velvoittavasti — — riittävän täsmällisesti ja selvästi — —, jotta oikeusvarmuuden vaatimus täyttyy". [5]

Nämä toteamukset tarkoittavat aivan selvästi yhtäältä sitä, että direktiivin täytäntöönpanossa jäsenvaltioille annettua harkintavaltaa ei voida kuitenkaan käyttää tavalla, jolla vaarannettaisiin kyseisen direktiivin päämäärä, ja toisaalta sitä, että lopputulos on tärkeintä, joten direktiivin täytäntöönpanon on katsottava tapahtuneen oikein, kun täytäntöönpano mahdollistaa direktiivin päämäärän saavuttamisen, vaikka sen kansallisessa täytäntöönpanosäädöksessä ei toisteta sanatarkasti direktiivin säännöksiä [6].

4 — Asia 14/83, Von Colson ja Kamann, tuomio 10.4.1984 (Kok. 1984, s. 1891, 15 kohta).

5 — Asia C-59/89, komissio v. Saksa, tuomio 30.5.1991 (Kok. 1991, s. I-2607, 24 kohta).

6 — Ks. esim. asia 363/85, komissio v. Italia, tuomio 9.4.1987 (Kok. 1987, s. 1733).

14. Esillä olevassa asiassa tämä tarkoittaa sitä, että vaikka kyseisen säännöksen sanamuoto ja siihen liittyvä asiayhteys tukevat sitä päätelmää, että hankintayksiköiden on itse ratkaistava tarjoamistaan palveluista ne, joiden on katsottava jäävän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, on kuitenkin selvitettävä, varmistetaanko Yhdistyneen kuningaskunnan toteuttamilla täytäntöönpanotoimilla joka tapauksessa direktiivin tarkoituksen ja erityisesti sen 8 artiklan 1 kohdan tarkoituksen toteutuminen.

Katson, että tähän kysymykseen annettava vastaus voi olla vain kielteinen. "Soveltamisalan ulkopuolelle jäävien" palveluiden määrittäminen ennakolta edellä mainitulla tavalla on mielestäni vastoin kyseisen säännöksen tarkoitusta. Tämä johtuu erityisesti siitä, että tällaisessa määrittelyssä, joka kuvaa jäsenvaltiossa tietyllä hetkellä vallitsevaa tilannetta, ei oteta huomioon kyseisen alan mahdollista kehitystä eikä sitä, että soveltamisalan ulkopuolelle jäävät palvelut voivat vaihdella saman toimijan osalta. Samalla tällainen menettely estää komissiota harjoittamasta direktiivissä sille tässä asiassa annettua valvontavaltaa.

15. Vaikkakin on itse asiassa totta, että hankintayksiköt ilmoittavat komissiolle sen pyynnöstä sellaiset sopimukset, joiden ne katsovat jäävän soveltamisalan ulkopuolelle, ja komissio julkaisee ne tiedonantotarkoituksessa, on myös totta, että näin julkaistuun luetteloon kuuluvat ainoastaan ne palvelut, joiden komissio itse "katsoo jäävän soveltamisalan ulkopuolelle". Tämä merkitsee sitä, että tämän toimielimen on varmistettava, täyttävätkö hankintayksiköiden ilmoittamat palvelut todella 8 artiklan 1 kohdan mukaiset edellytykset, jotta ne voivat jäädä soveltamisalan ulkopuolelle.

On kuitenkin aivan ilmeistä, että Yhdistyneen kuningaskunnan toteuttaman direktiivin täytäntöönpanon vuoksi komissio ei voi varmistaa tällä tavoin edellytysten täyttymistä, koska hankintayksiköiden toimivaltaisten kansallisten viranomaisten välityksellä sille toimittamien luetteloiden [7] on välttämättä oltava yhtäpitäviä kyseisen kansallisen säädöksen liitteessä 2 tarkoitettujen luettelojen kanssa. Siten direktiivin 8 artiklan 2 kohdassa komissiolle säädettyä valvontatehtävää ei ole otettu huomioon Yhdistyneen kuningaskunnan toimijoiden ja palvelujen osalta.

16. Puolustaessaan menettelyään panna direktiivi täytäntöön Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus katsoi kuitenkin, ettei olisi ollut asianmukaista jättää hankintayksiköille valtaa määritellä soveltamisalan ulkopuolelle jääviä sopimuksia koska tämä olisi varsin todennäköisesti johtanut erilaisiin näkemyksiin samanlaisissa tapauksissa ja vaikuttanut korjaamattomasti oikeusvarmuuden vaatimukseen.

7 — Ks. direktiivin täytäntöönpanevan kansallisen säädöksen 7 pykälän 2 momentti.

Rajoitun tässä suhteessa huomauttamaan, että direktiivissä, sellaisena kuin sitä on tulkittu esillä olevassa ratkaisuehdotuksessa, säädetyn järjestelmän toimivuus on riittävästi turvattu direktiivissä komissiolle annetun valvontavallan ansiosta, myös ennen kaikkea sellaisten mahdollisten väärinkäytösten osalta, joihin Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on vedonnut. Lisään tähän, että koska hankintayksiköt tekevät jäsenvaltioiden sijasta ne soveltamisalan ulkopuolelle jäämistä koskevat päätökset, ne voidaan riitauttaa käytettävissä olevia muutoksenhakukeinoja koskevan direktiivin 92/13/ETY [8] täytäntöönpanevien kansallisten säännösten mukaisesti. Sen 1 artiklan nojalla direktiiviä sovelletaankin itse asiassa "hankintayksiköiden tekemiin päätöksiin".

17. Lopuksi haluan huomauttaa, että edeltävästä direktiivin 8 artiklan 1 kohtaa koskevasta tulkinnastani käy selvästi ilmi, että kysymyksessä on säännös, jolla yksityisille, tässä tapauksessa hankintayksiköille, annetaan oikeuksia, joihin ne voivat vedota suoraan kansallisessa tuomioistuimessa, ja että kysymyksessä on siten säännös, jolla on välitön oikeusvaikutus. Tältä kannalta katsottuna on myönnettävä, että kansallisen lainsäätäjän etukäteen tekemä yksityiskohtainen soveltamisalan ulkopuolelle jääviä palveluita koskeva määritelmä on välttämättä direktiivin tarkoituksen vastainen.

8 — Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1992 annettu neuvoston direktiivi 92/13/ETY (EYVL L 76, s. 14).

Loppujen lopuksi katson, että perustamissopimuksen 189 artiklan nojalla jäsenvaltioiden on täytäntöönpantava direktiivin 8 artiklan 1 kohta sillä tavoin, että hankintayksiköt voivat itse soveltaa kyseisessä säännöksessä määriteltyjä kriteereitä ja päättää, mitkä niiden tarjoamista telepalveluista on jätettävä direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

Toinen kysymys

18. Toisen kysymyksen a alakohdassa kansallinen tuomioistuin pyytää yhteisöjen tuomioistuinta täsmentämään, onko direktiivin 8 artiklan 1 kohdan ilmaisua "jos muilla yksiköillä on oikeus tarjota samoja palveluja samalla maantieteellisellä alueella ja olennaisesti samoilla ehdoilla" tulkittava siten, että hankintayksiköiden kyseinen oikeus ja kyseiset ehdot ovat lainsäädännössä tai hallintotoimin vahvistettuja.

Asiallisesti on siten ratkaistava, onko oikeus tarjota palveluja samalla "maantieteellisellä alueella" ja edellytys "olennaisesti samoilla ehdoilla" vahvistettava vain lainsäädännössä, kuten kantaja katsoo, vai onko niiden toteuduttava myös tosiasiallisesti, jotta ne voisivat jäädä direktiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaisesti soveltamisalan ulkopuolelle.

19. On melkein tarpeetonta huomauttaa, että ensin mainitussa tapauksessa riittää, että laeilla ja asetuksilla taataan vapaa kilpailu kyseisellä alalla. Toisin sanoen mahdolliset olemassa olevat vapaan kilpailun estävät säännökset, joissa joko annetaan erikois- tai yksinoikeuksia tai millä tahansa muulla tavalla tehdään markkinoille pääsy mahdottomaksi tai vaikeaksi, on poistettava.

Tämä on kantajan väite, jonka tueksi se esittää, että direktiivi on osoitettu myös siinä tarkoitetuilla aloilla toimintaa harjoittavien viranomaisten ja julkisoikeudellisten yritysten lisäksi yksiköille, joiden toimintaa varten jäsenvaltioiden toimivaltaiset viranomaiset ovat myöntäneet eritys- tai yksinoikeuksia. Kantajan mukaan tällaisen kohteen laajentamisen tarkoitus perustuu nimenomaan siihen olettamukseen, että tällaisten oikeuksien myöntämisen vaikutuksesta kilpailu poistetaan markkinoilta ja luodaan "rajoitetut" markkinat. Tästä seuraa kantajan mukaan, että tällaisten erityis- ja yksinoikeuksien poistamiseksi annetun kansallisen säädöksen jälkeen, kuten brittiläisessä järjestelmässä säädetyn vuoden 1984 *British Telecommunications Act*in jälkeen, direktiiviä ei enää tarvitse soveltaa siltä osin kuin 8 artiklan 1 kohdassa on säädetty soveltamisalan ulkopuolelle jäämisestä. Itse asiassa kyseiset markkinat eivät ole direktiivin 2 artiklan 3 kohdassa tarkoitettuja "rajoitettuja" markkinoita, vaan vapautetut markkinat, toisin sanoen markkinat ovat avoimet useiden toimijoiden väliselle kilpailulle.

20. Kyseinen väite ei ole hyväksyttävissä. Ennen kaikkea kyseisen säännöksen sanamuodosta ei käy ilmi, että säännös koskisi ainoastaan laeilla tai asetuksilla toteutettuja esteitä. Muiden hankintayksiköiden oikeus tarjota samoja palveluja olennaisesti samoin ehdoin on ilmaistu itse asiassa yleisin käsittein eikä asia voisikaan olla toisin, ottaen huomioon kyseisen säännöksen tarkoituksen ja järjestelmän kokonaisuutena tarkasteltuna. Lisäksi direktiivin 13. perustelukappaleessa, johon olen viitannut useasti, vakuutetaan nimenomaisesti, että direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäämisen edellytyksenä on se, että kyseisten hankintayksiköiden toiminta on *"suoraan rajoittamattomilla markkinoilla vallitsevien kilpailuvoimien vaikutuspiirissä"* [9].

Loppujen lopuksi se ei riitä, ettei markkinoille pääsyä ole kielletty lailla, vaan kilpailun on myös oltava tehokasta. Siten direktiivin 8 artiklan 1 kohdan edellytyksiä on tulkittava siten, että ne on täytettävä sekä lainsäädännössä että tosiasiallisesti. Ensimmäinen edellytys täyttyy, kun myös muut yritykset kuin kyseinen hankintayksikkö voivat toimia kyseisiä palveluja koskevilla markkinoilla, joille pääsyä ei ole rajoitettu lailla. Sitä vastoin voidaan katsoa, että toinen edellytys täyttyy, kun kyseiset yritykset voivat sekä muodollisesti että myös *tosiasialli-*

9 — Kursivointi kirjoittajan.

sesti tarjota kyseisiä palveluja samoin ehdoin kuin hankintayksikkö.

21. Loppujen lopuksi tarkasteltavaa ilmaisua on tulkittava siten, että siinä viitataan useisiin teknis- ja taloudellisluontoisiin seikkoihin oikeudellisten seikkojen lisäksi. Siten palvelujen tarjoamisen "oikeuden" on oltava todellinen eikä potentiaalinen eli ainoastaan teoriassa mahdollinen. Itse asiassa tässä viimeisessä tapauksessa hankintayksikkö on ainoa, joka voisi todella toimia kyseisillä markkinoilla.

Jos hankintayksikkö katsoo, että siihen ei voida soveltaa direktiivin säännöksiä, sen on siten näytettävä toteen 8 ja 33 artiklan perusteella, että myös toiset toimijat voivat harjoittaa samoja toimintoja "olennaisesti samoilla ehdoilla".

22. Toisen kysymyksensä b ja c alakohdassa kansallinen tuomioistuin kysyy yhteisöjen tuomioistuimelta lisäksi, mitä seikkoja on otettava huomioon arvioitaessa, onko teletoimintamarkkinoilla tehokasta kilpailua tietyn palvelun osalta.

Erityisesti kansallinen tuomioistuin kysyy, että sellaisessa tilanteessa, jossa markkinatilannetta on arvioitava myös tosiseikkojen perusteella, onko kyseisen hankintayksikön mahdollisella määräävällä asemalla tiettyä telepalvelua koskevilla markkinoilla merkitystä tällaisena tosiseikkana; millainen tämän määräävän aseman on oltava, jotta se olisi tämän asian kannalta ratkaiseva, ja lopuksi, onko sillä merkitystä, että hankintayksikölle on annettu erityisiä hallinnollisia velvoitteita.

23. Kantaja kiistää ennen kaikkea sen, että sillä olisi määräävä asema markkinoilla [10], esittäen useita seikkoja sen tueksi, että kilpailu on todellista kyseisen alan monen toiminnon osalta. Toiseksi yhtäältä kantaja kiistää väitteen, jonka mukaan pelkästään määräävä asema olisi ratkaiseva julkisia hankintoja koskevan direktiivin kannalta; toisaalta se kiistää, että tällaisen aseman olemassaolo voitaisiin todeta ainoastaan markkinaosuuksia arvioimalla.

Kantajan mukaan sen markkina-aseman arvioimiseksi on otettava huomioon muita seikkoja kuin edellä mainitut: erityisesti on otettava huomioon sen noudatettavat

10 — Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on toista mieltä. Ranskan hallituksen esittämistä huomautuksista, joita ei ole kiistetty, käy sitä paitsi ilmi, että kiinteiden yhteyksien markkinat ovat jakautuneet seuraavasti: kantaja 90 %, Mercury 7 % ja muut toimijat 3 %.

lakisääteiset velvoitteet [11]; tällaiset velvoitteet eivät sido suurinta osaa muista toimiluvan haltijoista.

24. Katson, että yhteisöjen tuomioistuimella ei ole tässä yhteydessä toimivaltaa eikä keinoja arvioida, ovatko käsiteltävänä olevassa asiassa todella kaikki ne tosiseikat ja oikeudelliset seikat, jotka takaisivat direktiivin 8 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun poikkeuksen täyden soveltamisen. Itse asiassa kansallisen tuomioistuimen on tehtävä tämä arviointi, ja useimmissa tapauksissa tämä tehtävä tarkoittaa juuri sitä tutkimusta, joka kyseisen säännöksen mukaan on hankintayksiköiden tehtävänä ja lopullisesti komission tehtävänä sen valvonnan yhteydessä.

Siten riittää, että huomautan, että päätös siitä, voivatko määrätyt palvelut jäädä soveltamisalan ulkopuolelle direktiivin 8 artiklan 1 kohdan (tosiseikkoja ja oikeusseikkoja koskevien) edellytysten mukaisesti, on tehtävä tapauskohtaisesti. Tässä tarkoituksessa on erityisesti otettava huomioon kyseisten palvelujen kaikki piirteet, korvaavien palvelujen olemassaolo, hintaehdot, kilpailijoiden asema markkinoilla, edellä kuvattujen kaltaisten lakisääteisten velvoitteiden olemassaolo, samoin kuin jokainen muu edellytys, joka osoittautuu käytännössä asiaankuuluvaksi.

Kolmas kysymys

25. Kolmannessa kysymyksessä, joka jakautuu kolmeen alakohtaan, yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisua pyydetään pääasiallisesti kansallisen tuomioistuimen roolista, kun kansallista tuomioistuinta pyydetään arvioimaan kansallisten viranomaisten suorittaman direktiivin 8 artiklan 1 kohdan edellytysten soveltamisen asianmukaisuutta, ja erityisesti tapauksessa, jossa on kysymys hankintayksikön ja kansallisten viranomaisten välisestä riita-asiasta, kun riita-asia koskee kyseisen säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle jäämistä koskevien edellytysten oikeaa soveltamista, samoin kuin tilanteesta, jossa kansallinen tuomioistuin päätyy sellaiseen ratkaisuun, että edellä mainitut edellytykset on määritetty sellaisella tavalla, että hankintayksikön ei ole mahdollista ratkaista, jääkö tietty palvelu soveltamisalan ulkopuolelle.

Ilmiselvästi kansallinen tuomioistuin on esittänyt tämän kysymyksen sellaisen tilanteen varalta, että yhteisöjen tuomioistuin vastaisi myöntävästi ensimmäiseen kysymykseen eli katsoisi, että jäsenvaltiot voivat itse päättää ne palvelut, joiden on katsottava jäävän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle direktiivin 8 artiklan 1 kohdan mukaisesti. Ottaen huomioon ratkaisun, johon olen päätynyt

11 — Kuten ennakkoratkaisupyyntöä koskevasta määräyksestä käy ilmi, kantajan on itse asiassa taattava jokaiselle hakemuksen tekevälle mahdollisuus liittyä sen omiin verkkoihin; sen on myös tarjottava yleisiä palveluja, toisin sanoen puhelinpalveluja missä tahansa Yhdistyneen kuningaskunnan alueella, vaikka hakemus ei yksinään riittäisi kattamaan sen kustannuksia; lopuksi se on ainoa toimiluvan haltijoista, jonka on noudatettava price cap -sääntöä, jonka mukaan sen hintoja voidaan muuttaa ainoastaan laissa säädetyissä tapauksissa ja rajoissa.

tässä suhteessa, katson, että tähän kysymykseen vastaaminen on tarpeetonta.

Neljäs kysymys

26. Neljännessä kysymyksessä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi asetetaan jälleen ongelma, joka koskee valtion vastuuta ja korvausvelvollisuutta yksityisiä kohtaan, jotka ovat kärsineet vahinkoa yhteisön oikeuden rikkomisen vuoksi, mikä on varsinaisesti yhdistettyjen asioiden Brasserie du pêcheur ja Factortame [12] samoin kuin asian Dillenkofer ym. [13], joissa esitän ratkaisuehdotukseni tänään, ydin. Muistutan, että ensin mainitussa asiassa rikkominen, josta valtiota syytetään, aiheutuu perustamissopimuksen määräysten vastaisen kansallisen lainsäädännön soveltamisesta; jälkimmäisessä asiassa kysymyksessä on sitä vastoin, kuten yhdistetyissä asioissa Francovich ym. [14], direktiivin säädetyssä määräajassa tapahtuva täytäntöönpanon laiminlyönti.

Esillä olevassa asiassa kysymyksessä on sama ongelma eri asiayhteydessä: direktiivin säännösten virheellinen täytäntöönpano, joka on kuitenkin toteutettu määräajassa. [15] Kantaja vaatii itse asiassa korvausta niistä vahingoista, joita se väittää itselleen aiheutuneen direktiivin 8 artiklan 1 kohdan virheellisen täytäntöönpanon vuoksi. Se tarkoittaa näillä vahingoilla lisäkustannuksia, joita on aiheutunut mukautumisesta direktiivin täytäntöönpanevaan (virheelliseen) kansalliseen lainsäädäntöön, jonka vuoksi kantaja ei ole myöskään pystynyt tekemään kannattavia liiketoimia, samoin kuin kaupallista haittaa ja heikentynyttä kilpailua vain sitä koskevan velvoitteen vuoksi julkaista *Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä* tavaranhankintasopimuksia koskevat suunnitelmat. [16]

27. Myös tässä tilanteessa, kuten edeltävässä kohdassa mainituissa tilanteissa, lähtökohtana on pidettävä yhdistetyissä asioissa Francovich ym. annettua tuomiota, jossa yhteisöjen tuomioistuin, kuten hyvin muistetaan, katsoi valtion olevan korvausvelvollinen direktiivin täytäntöönpanon laiminlyömi-

12 — Mainittu alaviitteessä 2.

13 — Mainittu alaviitteessä 2.

14 — Yhdistetyt asiat C-6/90 ja C-9/90, Francovich ym., tuomio 19.11.1991 (Kok. 1991, s. I-5357).

15 — Toisin kuin edellä mainitussa asiassa Factortame (C-48/93, jäljempänä Factortame III), jossa yhteisön oikeuden rikkominen johtui lainsäätäjästä, esillä olevassa asiassa direktiivin täytäntöönpanevat säännökset ovat toimeenpanovallan antamia säännöksiä. Koska Englannin oikeuskäytännössä asetetaan erittäin ankarat edellytykset lainsäädäntötoimista aiheutuvan valtion taloudellisen vastuun syntymiseksi on kuitenkin jopa tällaisessa tapauksessa erittäin vaikeaa myöntää yksityiselle oikeutta saada korvausta vahingoista, joita hänelle on aiheutunut yhteisön oikeuden rikkomisen seurauksena. Ks. valtion vastuuta viranomaisten lainsäädäntötoimista koskevasta kansallisesta oikeuskäytännöstä, erityisesti siltä osin kuin korvaus myönnetään Englannin järjestelmän mukaisesti, edellä mainittuun asiaan liittyvän ratkaisuehdotukseni 7 kohta.

16 — Kantaja pyysi myös kansalliselta tuomioistuimelta välitoimena kiistanalaisten kansallisten säännösten soveltamisen keskeyttämistä, mutta tätä välitoimea ei myönnetty.

sestä ja täsmensi tällaisen tapauksen osalta riittävät edellytykset sille, että yksityisille syntyy oikeus korvaukseen.

Esillä olevassa asiassa on siten selvitettävä: a) ulottuuko valtion korvausvastuuta koskeva periaate tilanteeseen, jossa direktiivi on täytäntöönpantu ajoissa mutta virheellisesti; b) ovatko yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa Francovich ym. vahvistamat edellytykset riittävät jäsenvaltion korvausvelvollisuuden syntymiseksi myös esillä olevan asian kaltaisessa tilanteessa, vai onko joitakin muita edellytyksiä huomioitava; c) ovatko edellytykset täyttyneet esillä olevassa asiassa.

28. Ottaen huomioon että olen laajasti käsitellyt tiettyjä näkökohtia yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III esittämässäni ratkaisuehdotuksessa, katson siten soveliaaksi viitata tähän ratkaisuehdotukseen tarvittavien yksityiskohtien osalta. Sen vuoksi teen esillä olevassa asiassa vain muutamia lyhyitä ja olennaisia yleisluontoisia huomautuksia ja tutkin lyhyesti vain esillä olevan asian erityispiirteitä.

29. Huomautan aluksi, että vahingonkorvausvelvollisuutta ei voida rajoittaa vain tapauksiin, joissa direktiivien täytäntöönpano on laiminlyöty, vaan se on sitä vastoin ulotettava esillä olevan asian kaltaiseen tilanteeseen, jossa yksityisen kärsimä vahinko johtuu direktiivin täytäntöönpanevan kansallisen säännöksen soveltamisesta ja jossa tämä täytäntöönpanosäännös osoittautuu virheelliseksi, jolloin säännös olisi voitu riitauttaa suoraan kansallisessa tuomioistuimessa. Toisin sanoen se seikka, että yksityinen voisi tällaisessa tapauksessa saada oikeussuojaa kansallisessa tuomioistuimessa, ei merkitse sitä, että rahallisen korvauksen mahdollisuus on poissuljettu. [17]

Erityisesti tässä suhteessa huomautan, että yhdistetyissä asioissa Francovich ym. antamassaan tuomiossa [18] yhteisöjen tuomioistuin muistuttaessaan yhteisön järjestelmän perustavanlaatuisista piirteistä, katsoi, että "periaate, jonka mukaan valtio vastaa yhteisön oikeutta rikkomalla yksityisille aiheuttamistaan vahingoista, on erottamaton osa perustamissopimuksella luotua järjestelmää" (35 kohta). Kysymyksessä on selvästikin yleisluontoinen ja periaatteellinen ratkaisu, joka soveltuu kaikkiin yhteisön oikeuden rikkomistilanteisiin eikä vain direktiivien täytäntöönpanon laiminlyöntiä koskeviin tilanteisiin. [19] Tämän viimeksi mainitun tapauksen osalta yhteisöjen tuomioistuin ainoastaan täsmensi, että oikeus korvaukseen on "erittäin välttämätön", koska yksityisellä ei muuten olisi mitään suojaa huolimatta direktiivissä hänelle myönnetyistä oikeuksista. Tämä täsmennys ei kuitenkaan sulje pois velvollisuutta korvata muista rikkomisista aiheutuneita vahinkoja, varsinkaan

17 — Ks. näiden näkökantojen osalta yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III esitetyn ratkaisuehdotuksen 23—34 kohta.

18 — Yhdistettyihin asioihin Francovich ym. liittyvien erityisten näkökohtien osalta samoin kuin tästä tuomiosta johdetun laiminlyöntiin syyllistyneen jäsenvaltion vastuuta ja vahingonkorvausvelvollisuutta koskevan periaatteen perustan ja ulottuvuuden osalta viittaan yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III antamaani ratkaisuehdotukseen, erityisesti 15—22 kohtaan.

19 — Ks. erityisesti kyseisen tuomion 33, 35 ja 37 kohta.

kun yhteisöjen tuomioistuin on itse katsonut, että edellytykset, joiden täyttyessä syntyy oikeus saada korvausta, riippuvat siitä, millaisesta *yhteisön oikeuden rikkomisesta* vahinkoa on aiheutunut (38 kohta).

30. Sitä paitsi, kuten olen korostanut yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III antamassani ratkaisuehdotuksessa, oikeusnormien vastaisen toimen kumoaminen tai ylemmäntasoisen oikeusnormin kanssa ristiriidassa olevan lain soveltamatta jättäminen ei välttämättä tietyissä tapauksissa riitä. Jotta suoja olisi todellista ja tehokasta, myös loukatun oikeuden taloudellisen sisällön palauttaminen entiselleen eli vahingon korvaamisen varmistaminen voi olla tarpeen.

Valtion korvausvastuuta koskevaa periaatetta on sovellettava sekä aineellisen suojan vaihtoehtona että sitä täydentävänä ratkaisuna; toisin sanoen periaatetta on sovellettava sekä sellaisten säännösten rikkomiseen, joilla ei ole välitöntä oikeusvaikutusta, eli joihin ei voida vedota suoraan kansallisissa tuomioistuimissa, että sellaisten säännösten rikkomiseen, joihin vetoaminen on kansallisissa tuomioistuimissa mahdollista. [20] Tämä koskee myös sellaista tilannetta, jossa direktiivi on täytäntöönpantu virheellisesti, kuten esillä olevassa asiassa.

20 — Tällainen ratkaisu annettiin asiassa C-188/89, Foster ym., 12.7.1990 annetussa tuomiossa (Kok. 1990, s. I-3313, 22 kohta), jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että direktiivin 76/207/ETY 5 artiklan 1 kohtaan, jolla on välitön oikeusvaikutus, "voidaan vedota vahingonkorvauksen saamiseksi sellaista toimielintä vastaan", joka vastaa julkisesta palvelusta.

31. Valtion korvausvastuuta koskevien edellytysten osalta on ennen kaikkea muistutettava, kuten olen huomauttanut edellä useasti mainitsemassani ratkaisuehdotuksessa, että taloudellisen suojan takaamiseksi kaikissa jäsenvaltioissa, ellei samalla tavalla niin ainakin yhdenmukaisesti, on välttämätöntä, että yhteisön oikeudessa itsessään määritetään vähimmäisedellytykset korvauksen saamiseksi ja erityisesti ne perusteet, joiden mukaan nämä edellytykset on todettava, samoin kuin "yhteisön oikeuden mukaiset" rajat "kansallisille" korvausta koskeville sekä menettelyllisille että muille edellytyksille.

Tämä on sitä paitsi yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu sen yhdistetyissä asioissa Francovich ym. antamassa tuomiossa, vaikka ratkaisuun sisältyykin tiettyjä kyseiseen asiaan liittyviä erityispiirteitä. Ei ole mitään syytä katsoa, että tätä ratkaisua sovellettaisiin ainoastaan tapaukseen, jossa direktiivin täytäntöönpano on laiminlyöty, mutta ei silloin, kun on rikottu säännöksiä, joilla on välitön oikeusvaikutus tai silloin, kun direktiivi on pantu virheellisesti täytäntöön.

32. On muistutettava, että yhdistetyissä asioissa Francovich ym. antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin totesi valtion olevan vastuussa, jos seuraavat kolme edellytystä ovat täyttyneet: "Direktiivissä säädettyyn tulokseen on sisällytettävä oikeuksien myöntäminen yksityisille. Kyseisten oikeuksien sisältö on oltava yksilöitävissä direktiivin säännösten perusteella. Aiheutuneen vahingon on oltava syy-yhteydessä valtion

velvoitteen rikkomiseen". [21] Yhteisöjen tuomioistuin täsmensi lisäksi, että nämä edellytykset ovat "riittäviä synnyttämään yksityisille oikeuden korvaukseen, joka perustuu suoraan yhteisön oikeuteen". [22] Direktiivin täytäntöönpanon laiminlyönnistä vastuussa oleva jäsenvaltio joutuu siten jokaisessa tapauksessa korvaamaan yksityisen kärsimän vahingon, kunhan vain yhteisöjen tuomioistuimen vahvistamat edellytykset ovat täyttyneet.

Onko tällainen ratkaisu oikea myös nyt esillä olevassa tilanteessa, jossa kysymys ei ole direktiivin määräajassa tapahtuneen täytäntöönpanon laiminlyönnistä määräajassa, vaan "virheellisestä täytäntöönpanosta"? Toisin sanoen ovatko *riittävät edellytykset* laiminlyöntiin syyllistyneen jäsenvaltion korvausvelvollisuuden syntymiseksi näissä kahdessa kysymyksessä olevassa kahdessa tilanteessa samat vai erilaiset?

33. Tässä suhteessa esillä olevan oikeudenkäynnin kuluessa esitetyt vastaukset ovat olleet hyvin erilaisia. Useimpien huomautuksia esittäneiden hallitusten mukaan yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa Francovich ym. esittämät edellytykset eivät riitä valtion vastuun syntymiseksi. Sitä vastoin niiden mielestä on tärkeää, että yhteisön toimielinten sopimussuhteen ulkopuoliseen vastuuseen sovellettavat edellytykset täyttyvät [23]: vaihtoehtoisesti valtion vastuuseen olisi liitettävä tuottamusta koskeva edellytys.

Komissio on eri mieltä ja katsoo, että yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa Francovich ym. esittämät edellytykset ovat riittävät, koska perustamissopimuksen 189 artiklassa ei tehdä eroa direktiivin täytäntöönpanon laiminlyönnin ja virheellisen täytäntöönpanon välillä. Toisin sanoen tämän toimielimen mukaan ratkaisevaa molemmissa tapauksissa on se, että jäsenvaltio ei ole täyttänyt direktiivissä sille asetettua tietyn päämäärän saavuttamista koskevaa velvoitetta.

34. Totean heti, etten ole samaa mieltä. Sitä paitsi tämä käsitys ei mielestäni ole yhdenmukainen saman toimielimen yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III esittämän katsantokannan kanssa. Muistutan, että viimeksi mainituissa asioissa komissio itse asiassa ehdotti noudattamaan vähimmäisvaatimuksena samoja rajoittavia edellytyksiä, joita yhteisöjen tuomioistuin on kehittänyt perustamissopimuksen 215 artiklaa koskevassa oikeuskäytännössään.

21 — Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Francovich ym. antamassaan tuomiossa (tuomion 40 kohta) yksilöimät kyseiset kolme edellytystä on kuitenkin sanamuodoltaan esitetty tässä yhteydessä sellaisina, kuin yhteisöjen tuomioistuin ne vahvisti ja tiivisti ne asiassa C-91/92, Faccini Dori, 14.7.1994 antamassaan tuomiossa (Kok. 1994, s. I-3325, 27 kohta). Ks. myös asia C-334/92, Wagner Miret, tuomio 16.12.1993 (Kok. 1993, s. I-6911, 22 ja 23 kohta). Tässä viimeksi mainitussa tapauksessa, vaikka kysymyksessä oli sama direktiivi kuin asiassa Francovich ym., ja kyseinen direktiivi oli jo saatettu osaksi kansallista oikeusjärjestystä, ongelmana oli se, että kansallisissa oikeuksia luovissa säädöksissä ei otettu huomioon tiettyä työntekijäryhmää, joiden osalta direktiiviä ei näin ollut pantu täytäntöön.

22 — Em. yhdistetyt asiat Francovich ym., tuomion 41 kohta.

23 — Kyseistä oikeuskäytäntöä tai pikemminkin yhteisöjen tuomioistuimen luomia sitä koskevia edellytyksiä käsitellään esillä olevan asian kannalta merkityksellisten näkökohtien osalta yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III annetun ratkaisuehdotuksen 61—69 kohdassa.

Vaikka onkin totta, että direktiivissä säädetään saavutettavaa päämäärää koskevasta velvoitteesta ja jätetään jäsenvaltioiden harkintavaltaan ainoastaan muoto ja keinot direktiivin täytäntöönpanon turvaamiseksi, katson, että tämä on kuitenkin yhteinen piirre usealle yhteisön määräykselle ja säännökselle. Mielestäni ei esimerkiksi voida oikeutetusti kieltää sitä, että perustamissopimuksen 30 artiklassa asetetaan jäsenvaltioille velvoite saavutettavan päämäärän osalta; kuitenkin komission kanta on tältä osin sellainen, että jotta valtio olisi korvausvelvollinen, edellytetään sekä rikkomista ja tämän rikkomisen on oltava lisäksi vakava ja selvä.

35. Ongelmaa ei voida siten ratkaista pelkästään säädetyn tietyntyyppisen velvoitteen luonteen perusteella ja erityisesti sen perusteella, onko kyseessä velvoite saavuttaa tietty päämäärä. Mielestäni on sitä vastoin todettava, että jotta voitaisiin löytää rajat oikeusnormien vastaisuuden muuntamiseksi vastuuksi, on ratkaisevaa selvittää, onko jäsenvaltioilla lisäksi mahdollisesti harkintavaltaa kyseisellä alueella ja onko asetettu velvollisuus jollain tavoin täsmennetty, jolloin on mahdollista yksilöidä riittävän tarkasti sen oikeuden sisältö, johon yksityinen tietyssä tilanteessa vetoaa. Kuten olen seikkaperäisesti osoittanut yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III antamassani ratkaisuehdotuksessa [24], nämä ovat sellaisia seikkoja, jotka tekevät rikkomisesta selvän ja vakavan. Tuottamuksella, jolla tarkoitetaan jäsenvaltion lainvastaiseksi väitetyn toiminnan subjektiivista osatekijää, ei sitä vastoin ole mitään merkitystä laiminlyönnin tehneen jäsenvaltion vastuun syntymiseksi. [25]

Vaikka yhdistetyissä asioissa Francovich ym. annetussa tuomiossa ei millään tavoin tarkenneta niitä edellytyksiä, joiden avulla voidaan määritellä vahingon aiheuttajan toiminnan lainvastaisuus, ei tämä sen vuoksi merkitse sitä, että jokainen yhteisön oikeuden rikkominen, joka vaikuttaa sellaisen oikeussubjektin varallisuusasemaan, jonka oikeudellinen asema perustuu rikottuun yhteisön oikeuden säännökseen, sisältää itsessään ja automaattisesti oikeuden vahingonkorvaukseen. [26] Sanoakseni asian paljon yksinkertaisemmin, tässä asiassa oli todella kysymyksessä selvä ja vakava rikkominen.

36. Yleisemmin, kuten olen jo täsmentänyt yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III antamassani ratkaisuehdotuksessa, [27] kysymyksessä on selvä ja vakava rikkominen, kun:

a) sisällöltään kaikilta osin selkeitä ja täsmällisiä velvoitteita ei ole noudatettu;

24 — Ks. erityisesti mainitun ratkaisuehdotuksen 74—84 kohta.

25 — Ks. tältä osin saman ratkaisuehdotuksen 85—90 kohta.

26 — Ks. erityisesti yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III annetun ratkaisuehdotuksen 55—60 kohta, samoin kuin yhdistetyissä asioissa Dillenkofer ym. annetun ratkaisuehdotuksen 28 kohta.

27 — Ks. erityisesti mainitun ratkaisuehdotuksen 84 kohta.

b) yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on jo selvitetty riittävästi joko ennakkoratkaisuihin liittyvän tulkinnan tai 169 artiklan mukaisten tuomioiden kautta samanlaisia tai ainakin samankaltaisia oikeudellisia tilanteita kuin kyseisessä tapauksessa;

c) lainsäädäntötoimesta (tai sen laiminlyönnistä) vastaavien kansallisten viranomaisten tulkinta yhteisön oikeusnormista on selvästi virheellinen.

37. Ottaen huomioon direktiivin 8 artiklan 1 kohdan tulkinnan, esillä olevassa tilanteessa ei mielestäni ole mitään epäselvyyttä, että asianomaisen jäsenvaltion suorittamaa direktiivin täytäntöönpanoa ei voida katsoa selvästi virheelliseksi. Sen seikan vuoksi, että Yhdistynyt kuningaskunta määritteli itse ne palvelut, jotka jäävät sisällöltään kaikkea muuta kuin selkeän ja yksiselitteisen direktiivin säännöksen mukaisesti (8 artiklan 1 kohta) direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, totean, että esillä olevassa tapauksessa kysymyksessä ei ole selvä ja vakava rikkominen.

Tältä osin asia Francovich oli epäilyksettä erilainen. Asianomainen jäsenvaltio ei ollut ollenkaan täytäntöönpannut kyseistä direktiiviä säädetyssä määräajassa, ja tämän määräajan suhteen sillä ei todellakaan ollut mitään harkintavaltaa; nimenomaan tämän seikan vuoksi rikkominen oli vakava ja selvä. [28]

38. Sen seikan osalta, jota on myös korostettu esillä olevan oikeudenkäynnin kuluessa, että tällainen näkökanta johtaisi "edistämään" sellaista täytäntöönpanoa, joka kylläkin tapahtuu ajoissa, mutta on täysin virheellinen, on riittävää todeta, että ratkaisu, jota ehdotan, saattaa ehkäistä jäsenvaltioiden väärinkäytöksiä, joiden muutenkin voidaan katsoa olevan epätodennäköisiä. Näin ollen täytäntöönpanon ollessa selvästi virheellinen, tai toisin sanoen täytäntöönpantaessa virheellisesti selkeitä ja yksiselitteisiä säännöksiä, on kuitenkin todettava, että rikkominen on selvä ja vakava, jotta kyseisen jäsenvaltion vahingonkorvausvelvollisuus syntyisi.

Sillä varauksella, että kansallisen tuomioistuimen on tehtävä arviointinsa täsmentämieni kriteereiden perusteella, katson lopuksi, että direktiivin 8 artiklan 1 kohdan rikkominen ei ole edellä esitetyllä tavalla selvä ja vakava eikä sen perusteella synny jäsenvaltiolle velvollisuutta korvata hankintayksikölle niitä vahinkoja, joita tämä hankintayksikkö on mahdollisesti kärsinyt kyseisen säännöksen virheellisen täytäntöönpanon vuoksi.

28 — Ks. erityisesti yhdistetyissä asioissa Brasserie du pêcheur ja Factortame III annetun ratkaisuehdotuksen 81 kohta, samoin kuin yhdistetyissä asioissa Dillenkofer ym. annettu ratkaisuehdotus, jotka vastaavat, siltä osin kuin se on merkityksellistä esillä olevassa asiassa, tilannetta asiassa Francovich ym.

Ratkaisuehdotus

39. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen kysymyksiin seuraavasti:

"1) Direktiivin 90/531/ETY 8 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että hankintayksiköiden on itse päätettävä tarjoamistaan telepalveluista ne, jotka jäävät mainitun artiklan mukaisesti direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle.

2) Direktiivin 90/531/ETY 8 artiklan 1 kohdan edellytystä, jonka mukaan 'muilla yksiköillä on oikeus tarjota samoja palveluja samalla maantieteellisellä alueella ja olennaisesti samoilla ehdoilla' on tulkittava siten, että kyseisten muiden yksiköiden on voitava muodollisesti toimia kyseisiä palveluja koskevilla markkinoilla, joille pääsyä ei ole rajoitettu lailla ja että niiden on voitava myös tosiasiallisesti tarjota kyseisiä palveluja samoin ehdoin kuin hankintayksikkö. Päätös siitä, voivatko määrätyt palvelut jäädä soveltamisalan ulkopuolelle direktiivin 90/531/ETY 8 artiklan 1 kohdan tosiseikkoja ja oikeusseikkoja koskevien edellytyksien mukaisesti, on tehtävä ottaen huomioon kyseisten palvelujen kaikki piirteet, korvaavien palvelujen olemassaolo, hintaehdot, kilpailijoiden asema markkinoilla ja mahdollisten lakisääteisten velvoitteiden olemassaolo.

3) Direktiivin 90/531/ETY 8 artiklan 1 kohdan virheellisestä täytäntöönpanosta johtuva rikkominen ei ole tässä tapauksessa selvä ja vakava eikä asianomainen jäsenvaltio ole sen perusteella velvollinen korvaamaan hankintayksikölle niitä vahinkoja, joita tämä hankintayksikkö on mahdollisesti kärsinyt kyseisen säännöksen virheellisen täytäntöönpanon vuoksi."