ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
L. A. GEELHOED
της 13ης Δεκεμβρίου 2001 [1]

I — Εισαγωγή

1. Το αυστριακό Verwaltungsgerichtshof υπέβαλε στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα.

2. Το πρώτο ερώτημα αφορά την ερμηνεία του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ της 28ης Ιουνίου 1990, για τη δημιουργία της εσωτερικής αγοράς στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών μέσω της εφαρμογής της παροχής ανοικτού δικτύου [2], που τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 6ης Οκτωβρίου 1997 [3]. Ειδικότερα, το ερώτημα του Verwaltungsgerichtshof αφορά το άμεσο αποτέλεσμα της εν λόγω διατάξεως η οποία παρέχει σε ορισμένα πρόσωπα το δικαίωμα να προσφεύγουν σε ανεξάρτητο φορέα.

3. Το δεύτερο ερώτημα αφορά την ερμηνεία του άρθρου 82 ΕΚ, του άρθρου 86 ΕΚ και του άρθρου 2 της οδηγίας 96/2/ΕΚ της Επιτροπής, της 16ης Ιανουαρίου 1996, για τροποποίηση της οδηγίας 90/388/ΕΟΚ όσον αφορά τις κινητές και προσωπικές επικοινωνίες [4], και των άρθρων 9 και 11 της οδηγίας 97/13/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 10ης Απριλίου 1997, σχετικά με κοινό πλαίσιο γενικών και ειδικών αδειών στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών [5]. Πρόκειται για τον σύννομο χαρακτήρα ορισμένων παραχωρήσεων συμπληρωματικών συχνοτήτων του προτύπου DCS 1800. Το πρότυπο DCS 1800 είναι από τα υφιστάμενα συστήματα τηλεφωνίας GSM. Στο δεύτερο αυτό ερώτημα του παραπέμποντος δικαστηρίου πρέπει να δοθεί απάντηση μόνον εφόσον γίνει δεκτό ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 παράγει άμεσο αποτέλεσμα.

II — Το νομικό πλαίσιο

Το κοινοτικό δίκαιο

4. Στο άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 προβλέπονται τα εξής:

«3. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι, σε εθνικό επίπεδο, υπάρχουν κατάλληλοι

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ολλανδική.

2 — ΕΕ L 192, σ. 1. Κάθε αναφορά στην εν λόγω οδηγία παραπέμπει στο κείμενό της όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ.

3 — ΕΕ L 295, σ. 23.

4 — ΕΕ L 20, σ. 59.

5 — ΕΕ L 117, σ. 15.

μηχανισμοί βάσει των οποίων ένα μέρος που θίγεται από την απόφαση της εθνικής κανονιστικής αρχής έχει δικαίωμα να προσφεύγει σε φορέα ανεξάρτητο των εμπλεκομένων μερών.»

5. Το άρθρο 2, παράγραφοι 3 και 4, της οδηγίας 96/2, στο οποίο αναφέρεται το δεύτερο ερώτημα του παραπέμποντος δικαστηρίου, ορίζει τα εξής [6]:

«3. Τα κράτη μέλη δεν περιορίζουν το συνδυασμό κινητών τεχνολογιών ή συστημάτων, ιδιαίτερα σε περίπτωση πολυπρότυπων συσκευών. Τα κράτη μέλη, όταν επεκτείνουν τις υφιστάμενες άδειες προκειμένου να καλύπτουν τέτοιους συνδυασμούς εξασφαλίζουν ότι η επέκταση αυτή δικαιολογείται σύμφωνα με τις διατάξεις της παραγράφου 4.

4. Τα κράτη μέλη, οσάκις παρίσταται ανάγκη, λαμβάνουν μέτρα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου έχοντας υπόψη την απαίτηση να εξασφαλιστεί αποτελεσματικός ανταγωνισμός μεταξύ φορέων οι οποίοι λειτουργούν ανταγωνιστικά στις σχετικές αγορές.»

6 — Κατά την παρουσίαση του νομικού πλαισίου παραθέτω ορισμένες διατάξεις τις οποίες αφορά το δεύτερο ερώτημα, μολογότι, όπως θα φανεί στη συνέχεια, δεν θα απαντήσω στο δεύτερο αυτό ερώτημα. Οι διατάξεις αυτές δίνουν μια καλή εικόνα του νομικού συστήματος και επέλεξα να τις παραθέσω στο σημείο αυτό προς διευκρίνιση των σκέψεων που θα εκθέσω σε σχέση με το πρώτο ερώτημα.

6. Στην όγδοη αιτιολογική σκέψη του προοιμίου της οδηγίας 96/2 αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι:

«στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να ληφθεί καταλλήλως υπόψη η ανάγκη προώθησης των επενδύσεων εκ μέρους των νεοεισερχόμενων στους εν λόγω κλάδους· [...] τα κράτη μέλη πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να απέχουν από τη χορήγηση άδειας σε υφιστάμενους φορείς, π.χ. σε φορείς του συστήματος GSM που είναι ήδη παρόντες στο έδαφός τους, εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι με τον τρόπο αυτό καταργείται ο αποτελεσματικός ανταγωνισμός, ιδίως με την επέκταση δεσπόζουσας θέσης· [...] ειδικότερα, στην περίπτωση που ένα κράτος μέλος χορηγεί ή έχει χορηγήσει άδειες DCS 1800, η χορήγηση νέων ή πρόσθετων αδειών για υφιστάμενους φορείς GSM ή DCS 1800 μπορεί να γίνει μόνο υπό όρους που να εξασφαλίζουν αποτελεσματικό ανταγωνισμό».

Στη δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη αναφέρεται ότι:

«Στους τομείς των κινητών και προσωπικών συστημάτων επικοινωνίας οι ραδιοσυχνότητες αποτελούν σημαντική πηγή δυσχερειών. Η διάθεση ραδιοσυχνοτήτων για συστήματα κινητής και προσωπικής επικοινωνίας εκ μέρους κρατών μελών με κριτήρια, τα οποία δεν είναι αντικειμενικά ή διαφανή και προκαλούν διακρίσεις, αποτελούν περιορισμούς, οι οποίοι δεν συμβιβάζονται με τις διατάξεις του άρθρου 90 σε συνδυασμό με το άρθρο 59 της Συνθήκης, στο βαθμό όπου οι φορείς από άλλα κράτη μέλη βρί-

σκονται σε μειονεκτική θέση όσον αφορά τις εν λόγω διαδικασίες χορήγησης αδειών. Η ανάπτυξη αποτελεσματικού ανταγωνισμού στον τομέα των τηλεπικοινωνιών μπορεί να αποτελεί αντικειμενική αιτία για άρνηση διάθεσης ραδιοσυχνοτήτων σε φορείς που ήδη κατέχουν δεσπόζουσα θέση στη γεωγραφική αγορά».

7. Στο άρθρο 9, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13 ορίζονται τα εξής:

«2. Όταν ένα κράτος μέλος σκοπεύει να χορηγήσει ειδικές άδειες:

— τις χορηγεί μέσω ανοικτών, αμερόληπτων και διαφανών διαδικασιών και, για τον σκοπό αυτόν, όλοι οι αιτούντες υπόκεινται στις ίδιες διαδικασίες, εκτός εάν συντρέχει αντικειμενικός λόγος διαφοροποίησης, και

— θέτει εύλογα χρονικά όρια· μεταξύ άλλων, ανακοινώνει στον αιτούντα το συντομότερο δυνατόν την απόφαση επί της αιτήσεώς του και το αργότερο έξι εβδομάδες από την παραλαβή της. Στις διατάξεις εφαρμογής της παρούσας οδηγίας τα κράτη μέλη μπορούν να αυξήσουν την προθεσμία έως τέσσερις μήνες σε αντικειμενικώς δικαιολογημένες περιπτώσεις που ορίζονται ρητά στις εν λόγω διατάξεις [...]».

8. Στο άρθρο 11 της ίδιας οδηγίας ορίζονται τα εξής:

«1. Τα κράτη μέλη εξασφαλίζουν ότι τα τέλη που επιβάλλονται σε επιχειρήσεις ως μέρος των διαδικασιών χορήγησης αδειών αποσκοπούν αποκλειστικά στην κάλυψη των διοικητικών δαπανών που συνεπάγεται η έκδοση, διαχείριση, έλεγχος και εκτέλεση της εκάστοτε ειδικής αδείας. Τα τέλη των ειδικών αδειών είναι ανάλογα προς τις σχετικές εργασίες και δημοσιεύονται κατά ενδεδειγμένο και επαρκώς λεπτομερή τρόπο ώστε οι εν λόγω πληροφορίες να είναι ευχερώς προσιτές.

2. Παρά τις διατάξεις της παραγράφου 1, όταν χρησιμοποιούνται πόροι εν ανεπαρκεία, τα κράτη μέλη μπορούν να επιτρέψουν στις εθνικές κανονιστικές αρχές τους να επιβάλλουν πρόσθετα τέλη που αντανακλούν την ανάγκη βελτίστης χρήσης των πόρων αυτών. Τα τέλη δεν εισάγουν διακρίσεις ενώ δι' αυτών λαμβάνεται ιδίως υπόψιν η ανάγκη παροχής κινήτρων ανάπτυξης καινοτόμων υπηρεσιών και του ανταγωνισμού.»

Το εθνικό δίκαιο

9. Ο Telekommunikationsgesetz [7] ορίζει ότι η κατανομή των συχνοτήτων που προβλέπεται στο πλαίσιο της δημιουργίας δημοσίων υπηρεσιών κινητών τηλεπικοινωνιών γίνεται σύμφωνα με τη διαδικασία παραχωρήσεως των άρθρων 22 επ. Η εθνική κανονιστική αρχή παραχωρεί τη συχνότητα στον υποψήφιο που προσφέρει την πλέον αποτελεσματική χρησιμοποίηση των συχνοτήτων, πράγμα που κρίνεται με βάση το ύψος της προτεινομένης αποζημιώσεως για τη χρησιμοποίηση αυτή. Η παραχώρηση πραγματοποιείται με την τήρηση μιας ανοικτής, δίκαιης και αμερόληπτης διαδικασίας, που βασίζεται στη δημόσια πρόσκληση για υποβολή προσφορών. Η χορήγηση νέων συχνοτήτων σε δικαιούχο που παρέχει την ίδια υπηρεσία αποτελεί επέκταση της υφισταμένης παραχωρήσεως. Η επέκταση αυτή πραγματοποιείται με τους ίδιους όρους που ισχύουν για το υφιστάμενο δικαίωμα. Σε περίπτωση απουσίας ειδικής σχετικής ρυθμίσεως στους όρους παραχώρησης, ακολουθείται η συνήθης διαδικασία.

10. Ως εθνική κανονιστική αρχή ορίστηκε η Telekom-Control-Kommission [8]. Είναι ιδίως αρμόδια για τη χορήγηση και την ανάκληση των παραχωρήσεων. Επίσης οφείλει να παρέχει τη συναίνεσή της σε περίπτωση μεταβιβάσεως ή τροποποιήσεως των παραχωρήσεων. Η Telekom-Control-Kommission ιδρύθηκε διά νόμου και αποτελεί ανεξάρτητο συλλογικό όργανο. Απαρτίζεται από τρία μέλη, τα οποία διορίζονται από την ομοσπονδιακή κυβέρνηση. Το ένα από τα τρία μέλη πρέπει να είναι δικαστικός λειτουργός. Η Επιτροπή αποφαίνεται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό.

11. Σύμφωνα με το άρθρο 144, παράγραφος 1, του Bundes-Verfassungsgesetz (ομοσπονδιακό Σύνταγμα, στο εξής: B-Vg), το Verfassungsgerichtshof (συνταγματικό δικαστήριο) είναι αρμόδιο για την εκδίκαση των προσφυγών κατά των αποφάσεων της Telekom-Control-Kommission. Ωστόσο, ο έλεγχος που μπορεί να ασκήσει το εν λόγω δικαστήριο είναι περιορισμένος, δεδομένου ότι ασκείται μόνο σχετικά με προσβολή δικαιώματος που εξασφαλίζεται από το Σύνταγμα ή παραβίαση δικαιώματος συνεπεία εφαρμογής διατάγματος που αντίκειται σε νόμο, αντισυνταγματικού νόμου ή παράνομης διεθνούς συμβάσεως.

12. Το εφαρμοστέο στην υπόθεση που εκκρεμεί ενώπιον του παραπέμποντος δικαστηρίου αυστριακό δίκαιο δεν προβλέπει δυνατότητα ασκήσεως ενδίκων μέσων για λόγους πέραν των προαναφερθέντων. Τα ζητήματα επί των οποίων αναφέρεται η Telekom-Control-Kommission αποκλείονται της δικαιοδοσίας του Verwaltungsgerichtshof. Κατά το άρθρο 133, σημείο 4, του B-Vg, το εν λόγω δικαστήριο δεν είναι αρμόδιο να επιλαμβάνεται προσφυγών κατά αποφάσεων που εκδίδονται σε πρώτο και τελευταίο βαθμό από άλλο συλλογικό όργανο του οποίου ένα τουλάχιστον μέλος είναι δικαστικός λειτουργός, με την επιφύλαξη αντίθετης ρητής διατάξεως που προβλέπει δικαίωμα προσφυγής ενώπιόν του. Καμία ρητή αντίθετη διάταξη δεν προβλέπει τη δυνατότητα προσφυγής κατά των αποφάσεων της Telekom-Control-Kommission, η οποία μπορεί να θεωρηθεί ως συλλογικό όργανο κατά την έννοια του άρθρου 133, σημείο 4, του B-Vg.

7 — Νόμος περί τηλεπικοινωνιών, BGBl 1997 I, αριθ. 100.

8 — Η Telekom-Control-Kommission δεν έχει αρμοδιότητα σχετικά με ορισμένα ζητήματα που δεν ενδιαφέρουν εν προκειμένω και για τα οποία ως εθνική κανονιστική αρχή έχει οριστεί η Telekom-Control GmbH.

13. Η εθνική αυστριακή νομοθεσία τροποποιήθηκε εν τω μεταξύ. Από 1ης Ιουλίου 2000, το Verwaltungsgerichtshof είναι αρμόδιο να επιλαμβάνεται προσφυγών με τις οποίες προσβάλλονται αποφάσεις της Telekom-Control -Kommission. Εξάλλου, κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η Επιτροπή δήλωσε ότι για τον λόγο αυτό δεν άσκησε αγωγή λόγω παραβάσεως κατά της Αυστριακής Δημοκρατίας.

14. Στο άρθρο 125, παράγραφος 3, του Telekommunikationsgesetz περιέχονται στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δοθεί απάντηση στο δεύτερο ερώτημα του παραπέμποντος Δικαστηρίου. Η εν λόγω διάταξη έχει ως εξής:

«Εφόσον παρίσταται ανάγκη, η διοίκηση μπορεί να χορηγήσει στους ήδη κατόχους αδειών για την παροχή υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας κατ' αποκλειστικότητα πρόσθετες συχνότητες έως και 5 MHz για τον καθένα, από τη ζώνη συχνοτήτων που έχει προκαθοριστεί για χρήση από σύστημα DCS 1800, εφόσον έχουν παρέλθει τρία έτη αφότου παραχωρήθηκε στον αιτούντα άδεια για το σύστημα DCS 1800 στο πλαίσιο της διαδικασίας υποβολής προσφορών για το έτος 1997. Πριν από τη συμπλήρωση της εν λόγω τριετίας, πρόσθετες συχνότητες στο σύστημα DCS 1800 μπορούν να παραχωρηθούν στους ήδη κατέχοντες άδεια μόνον εφόσον αποδειχθεί ότι έχουν εξαντληθεί οι δυνατότητές τους για εξυπηρέτηση νέων πελατών παρά τη χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς αποδεκτών τεχνικών δυνατοτήτων.»

15. Το 1998 προστέθηκε στο άρθρο 125 του Telekommunikationsgesetz τρίτη παράγραφος σχετικά με την παραχώρηση των «υπολειπομένων συχνοτήτων του συστήματος DCS 1800» [9]. Σύμφωνα με το νέο αυτό κείμενο, όλες οι νέες παραχωρήσεις συχνοτήτων συνοδεύονται από την υποχρέωση καλύψεως του συνόλου του ομοσπονδιακού εδάφους όπως συμβαίνει και στην περίπτωση πολλών τοπικών αδειών, απαγορευομένης της χορηγήσεως αδείας για ολόκληρο το ομοσπονδιακό έδαφος σε ήδη κατόχους αδείας παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας. Οι εν λόγω κάτοχοι αδειών εκμεταλλεύσεως μπορούν μεν να ζητήσουν την παραχώρηση νέων συχνοτήτων, τις οποίες ωστόσο μπορούν να χρησιμοποιήσουν μόνο μετά την παρέλευση της τριετούς περιόδου που προβλέπεται στο άρθρο 125, παράγραφος 3, του νόμου.

III — Ιστορικό και διαδικασία

16. Με αποφάσεις του αρμοδίου υπουργού της 6ης Νοεμβρίου 1996 και της 23ης Ιουλίου 1997, χορηγήθηκε άδεια παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στη Mobilkom Austria AG (στο εξής: Mobilkom) στη ζώνη των 900 MHz για ένα φάσμα συχνοτήτων δύο φορές 8 MHz (39 διαύλους). Η Mobilkom είναι η εταιρία που διαδέχθηκε την κάτοχο του μονοπωλίου των ταχυδρομικών και τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών στην Αυστρία, την πρώην Post & Telekom Austria AG. Κάτοχος της πλειοψηφίας των μετοχών της νέας αυτής εταιρίας είναι το Δημόσιο.

9 — BGBl. 1998 I, αριθ. 98.

17. Μετά την ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής προσφορών, ο αρμόδιος υπουργός εξέδωσε τις αποφάσεις της 25ης Ιανουαρίου 1996 και της 23ης Ιουλίου 1997, με τις οποίες παραχώρησε τα ίδια δικαιώματα στην Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmBh (που έχει μετονομαστεί σε max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, στο εξής: max.mobil). Η εν λόγω εταιρία κατέβαλε το ποσό των 4 δισεκατομμυρίων αυστριακών σελινίων (ATS) ως αντίτιμο της παραχωρήσεως. Το ίδιο τίμημα υποχρεώθηκε να καταβάλει η προκάτοχος της Mobilkom στις 2 Ιουλίου 1996. Η σχετική υποχρέωση βαρύνει πλέον τη Mobilkom.

18. Μετά σχετικό διαγωνισμό, η άδεια παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας στο σύστημα DCS 1800 παραχωρήθηκε, στις 19 Αυγούστου 1997, στην Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, προσφεύγουσα στην κύρια δίκη (στο εξής: Connect Austria). Για την παραχώρηση αυτή, που καλύπτει ένα φάσμα συχνοτήτων των 16,8 MHz (84 διαύλους), η Connect Austria κατέβαλε το ποσό των 2,3 δισεκατομμυρίων ATS. Το φάσμα συχνοτήτων της προβλεπόταν να διευρυνθεί δύο φορές 22,5 MHz (112 διαύλους) μόλις ο αριθμός των πελατών της θα έφθανε τις 300 000, φθάνοντας ποσοστό καλύψεως 75 %.

19. Με απόφαση της 10ης Αυγούστου 1998, η Telekom-Control-Kommission παραχώρησε στη Mobilkom, επεκτείνοντας την άδειά της από 1ης Ιανουαρίου 1999, μια δέσμη συμπληρωματικών συχνοτήτων δύο φορές 5 MHz (24 διαύλους) από το σύστημα DCS 1800 ενόψει της παροχής υπηρεσιών κινητής τηλεφωνίας με χρήση των σταθμών που βρίσκονται στο ομόσπονδο κράτος της Βιέννης. Η αίτηση της εταιρίας για παραχώρηση μιας συμπληρωματικής δέσμης κατά δύο φορές 3,4 MHz στο σύστημα DCS 1800 απερρίφθη. Κατ' αυτής της αποφάσεως της 10ης Αυγούστου 1998, που βασίζεται στο άρθρο 225, παράγραφος 3, του Telekommunikationsgesetz, στρέφεται η προσφυγή που ασκήθηκε ενώπιον του Verwaltungsgerichtshof.

20. Το Verfassungsgerichtshof, στο οποίο προσέφυγε η Connect Austria, με την απόφασή του της 24ης Φεβρουαρίου 1999, έκρινε ότι η απόφαση της Telekom-Control-Kommission δεν παραβίασε κανένα συνταγματικό δικαίωμα της προσφεύγουσας και ότι δεν συνέτρεχε περίπτωση παραβιάσεως των δικαιωμάτων αυτών συνεπεία εφαρμογής κανονιστικής διατάξεως που αντίκειται σε νόμο. Κατά συνέπεια, απέρριψε την προσφυγή.

21. Στο σκεπτικό της αποφάσεώς του, το Verfassungsgerichtshof αναφέρθηκε στη συνέχεια στο άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 και δέχθηκε ότι, «όσον αφορά το δικαίωμα προσφυγής κατά αποφάσεως της εθνικής κανονιστικής αρχής, η εν λόγω διάταξη είναι αρκετά συγκεκριμένη για να μπορεί να εφαρμόζεται απ' ευθείας σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων [...] [10] εφόσον υφίσταται πραγματική δυνατότητα προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητης (ιεραρχικά ανώτερης) αρχής». Η οδηγία δεν προσδιορίζει ποια εθνική αρχή είναι αρμόδια.

10 — Το Verfassungsgerichtshof παραπέμπει στην απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 1991, C-6/90 και C-9/90, Francovich κ.λπ. (Συλλογή 1991, σ. I-5357).

22. Στη συνέχεια, το Verfassungsgerichtshof συνάγει από το άρθρο 131, παράγραφος 1, πρώτη σειρά, του B-Vg και από το άρθρο 133, σημείο 4, του B-Vg ότι, «προκειμένου για αποφάσεις οιονεί δικαιοδοτικών συλλογικών οργάνων, η προσφυγή ενώπιον του Verwaltungsgerichtshof είναι το μόνο ενδεχόμενο». Κατά το ίδιο δικαστήριο, το άρθρο 133, σημείο 4, του B-Vg φαίνεται να αποκλείει τη δυνατότητα προσφυγής ενώπιον του Verwaltungsgerichtshof. Εφόσον το Verfassungsgerichtshof υιοθετεί την άποψη ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 παράγει άμεσο αποτέλεσμα, η υπεροχή του κοινοτικού δικαίου έχει ως συνέπεια ότι το άρθρο 133, σημείο 4, του B-Vg δεν μπορεί να εφαρμόζεται σε ζητήματα που διέπονται από την εν λόγω οδηγία. Επομένως, οι προσφυγές κατά των αποφάσεων της Telekom-Control-Kommission που εκδίδονται στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων της ως εθνικής κανονιστικής αρχής είναι δυνατόν να ασκούνται ενώπιον του Verwaltungsgerichtshof.

23. Κατά το Verfassungsgerichtshof, η δυνατότητα προσφυγής ενώπιόν του δεν μπορεί να θεωρηθεί ως δικαίωμα προσφυγής κατά την έννοια του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας, καθότι η ελεγκτική δικαιοδοσία είναι περιορισμένη. Αντίθετα, ο έλεγχος της νομιμότητας των πράξεων της διοικήσεως που εξασφαλίζεται από το Verwaltungsgerichtshof ανταποκρίνεται στις επιταγές του κοινοτικού δικαίου.

24. Με βάση το σκεπτικό αυτό, το Verfassungsgerichtshof παρέπεμψε, με έγγραφο της 3ης Μαρτίου 1999, την υπόθεση στο Verwaltungsgerichsthof, σύμφωνα με το άρθρο 144, παράγραφος 3, του B-Vg.

Τα προδικαστικά ερωτήματα

25. Με διάταξη της 24ης Νοεμβρίου 1999, το Verwaltungsgerichtshof υπέβαλε στο Δικαστήριο αίτηση για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, η οποία περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 2 Δεκεμβρίου 1999. Το παραπέμπον δικαστήριο ζητεί απάντηση στα ακόλουθα ερωτήματα:

«1) Έχει το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ του Συμβουλίου, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, την έννοια ότι η διάταξη αυτή παράγει άμεσα αποτελέσματα, υπό την έννοια ότι, αποκλείοντας την εφαρμογή αντίθετης διατάξεως της εθνικής νομοθεσίας περί αρμοδιότητας, προσδιορίζει την αρμοδιότητα υφιστάμενου σε εθνικό επίπεδο "ανεξάρτητου οργάνου", όσον αφορά την εφαρμογή ενός "κατάλληλου μηχανισμού" αναφορικά με την προσφυγή του θιγομένου μέρους κατά αποφάσεως της εθνικής κανονιστικής αρχής;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα:

Έχουν τα άρθρα 82 και 86, παράγραφος 1, ΕΚ, τα άρθρα 2, παράγραφος 3, και 4 της οδηγίας 96/2/ΕΚ της Επιτροπής, καθώς και το άρθρο 9, παράγραφος 2 και το άρθρο 11, παράγραφος 2, της οδηγίας 97/13/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, ή οι λοιπές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου την έννοια ότι απαγορεύουν εθνική κανονιστική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι πρέπει να χορηγούνται, σε όσους έχουν ήδη άδεια παροχής αποκλειστικών τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών ψηφιακής κινητής

τηλεφωνίας πριν από την πάροδο τριών ετών από της ενάρξεως ισχύος της αποφάσεως περί παροχής αδείας για πρότυπο DCS 1 800 κατά το έτος 1997, συμπληρωματικές συχνότητες του προτύπου DCS 1 800, στην περίπτωση που διαπιστώνεται ότι εξαντλήθηκε η ικανότητά τους, παρά τη χρησιμοποίηση όλων των οικονομικώς δυνατών τεχνικών μέσων, όταν οι συμπληρωματικές αυτές συχνότητες μπορούν να χορηγηθούν χωρίς να απαιτηθεί η καταβολή ειδικού ποσού ακόμα και προς δημόσια επιχείρηση η οποία κατέχει δεσπόζουσα θέση στην αγορά συχνοτήτων των 900 MHz;» [11]

26. Η προσφεύγουσα της κύριας δίκης, Connect Austria, η καθής της κύριας δίκης Telekom-Control-Kommission, καθώς και η Mobilkom, η Αυστριακή Κυβέρνηση, η Σουηδική Κυβέρνηση και η Επιτροπή κατέθεσαν στο Δικαστήριο γραπτές παρατηρήσεις. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 11ης Οκτωβρίου 2001, όλα τα μέρη, πλην της Σουηδικής Κυβερνήσεως, διατύπωσαν προφορικές παρατηρήσεις.

IV — Το πρώτο ερώτημα

Οι γραπτές παρατηρήσεις

27. Η Connect Austria συνάγει την ύπαρξη αρμοδιότητας του Verwaltungsgerichtshof από την υπεροχή του κοινοτικού δικαίου, εκτιμώντας ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 καθιστά ανενεργό το άρθρο 133, παράγραφος 4, του B-Vg. Η Connect Austria επισήμανε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι το Verwaltungsgerichsthof είναι το ανώτατο διοικητικό δικαστήριο, με γενική αρμοδιότητα, όσον αφορά τον δικαστικό έλεγχο της αυστριακής διοικήσεως. Είναι γενικώς παραδεκτό ότι κανένα άλλο δικαστήριο δεν είναι αρμόδιο για την εκδίκαση των διαφορών στην κύρια δίκη: άλλωστε δεν είναι νοητή η ύπαρξη συγκρούσεως αρμοδιοτήτων.

28. Η Mobilkom συμμερίζεται την άποψη αυτή και φρονεί ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν έχει καμία σχέση με την παρούσα υπόθεση. Με την εν λόγω διάταξη παρέχεται στις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον τομέα των τηλεπικοινωνιών δικαίωμα προσφυγής κατά των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής που απευθύνονται σ' αυτούς και αφορούν την πρόσβαση στα δίκτυα και στη διασύνδεση. Η διάταξη αυτή δεν παρέχει προστασία από άποψη δικαίου του ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα οι ενδιαφερόμενοι τρίτοι να μη μπορούν να θεμελιώσουν σ' αυτή κανένα δικαίωμα προσφυγής. Επομένως, η Mobilkom προτείνει στο Δικαστήριο να αναδιατυπώσει το ερώτημα που του υποβλήθηκε.

29. Τόσο η Αυστριακή όσο και η Σουηδική Κυβέρνηση εκτιμούν ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας δεν παράγει άμεσο αποτέλεσμα διότι το περιεχόμενό του δεν είναι ούτε απαλλαγμένο όρων ούτε αρκετά συγκεκριμένο όπως απαιτεί η πάγια νομολογία του Δικαστηρίου. Κατά συνέπεια, τα κράτη μέλη έχουν την υποχρέωση να λάβουν συμπληρωματικά μέτρα. Οφείλουν

11 — Υποσημείωση άνευ αντικειμένου στην ελληνική μετάφραση.

να καθορίσουν την αρμόδια αρχή και τη διαδικασία λειτουργίας της. Η Σουηδική Κυβέρνηση, η οποία επικαλείται σχετικώς την απόφαση Dorsch Consult [12], τονίζει ότι εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να καθορίσει το αρμόδιο δικαστικό όργανο και ότι το Δικαστήριο δεν μπορεί να παρέμβει στη διαδικασία αυτή.

30. Η Αυστριακή Κυβέρνηση προσθέτει ότι η αρμοδιότητα του Verfassungsgerichtshof ανταποκρίνεται τόσο στη γενική αρχή της πραγματικής έννομης προστασίας όσο και στις επιταγές του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, διευκρίνισε τη θέση της ως εξής: Η Telekom-Control-Kommission πρέπει να θεωρηθεί δικαστήριο κατά την έννοια του άρθρου 234 ΕΚ, γεγονός που της επιβάλλει την υποχρέωση να υποβάλει προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο οσάκις αποφαίνεται σε τελευταίο βαθμό και ανακύπτει ενώπιόν του ζήτημα κοινοτικού δικαίου. Εφόσον δεν το πράξει, ευθύνεται, κατά το αυστριακό δίκαιο, για παραβίαση συνταγματικού δικαιώματος, για την οποία μπορεί να ασκηθεί αναίρεση ενώπιον του Verfassungsgerichtshof.

31. Η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ έχει το ίδιο περιεχόμενο με το άρθρο 41, παράγραφος 1, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για το συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών [13], την οποία αφορούσε η υπόθεση Dorsch Consult. Κατά την Επιτροπή, το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 παράγει άμεσα αποτελέσματα, καθότι παρέχει δικαίωμα ασκήσεως ενδίκου βοηθήματος στους ιδιώτες. Αντίθετα, όσον αφορά τη διαδικασία, δεν παράγει άμεσα αποτελέσματα, έτσι ώστε να εναπόκειται στα εθνικά νομοθετικά όργανα να καθορίσουν ενώπιον ποιας αρχής πρέπει να ασκείται το εν λόγω ένδικο βοήθημα. Ωστόσο, η ανάγκη ερμηνείας σύμφωνης με την οδηγία και πραγματικής προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών επιβάλλει στις εθνικές αρχές, όπως το Verwaltungsgerichtshof εν προκειμένω, την υποχρέωση να ελέγχουν αν πράγματι υφίσταται δικαίωμα προσφυγής κατά των αποφάσεων της κανονιστικής αρχής στον τομέα των τηλεπικοινωνιών. Στην περίπτωση που δεν τους παρέχεται ένα τέτοιο δικαίωμα, σύμφωνα με τις επιταγές της οδηγίας 90/387, οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να ζητήσουν αποζημίωση από το κράτος μέλος που δεν μετέφερε εγκαίρως στο εσωτερικό δίκαιο τις διατάξεις της οδηγίας [14].

32. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν έχει μεταφερθεί σωστά στην αυστριακή νομοθεσία, δεδομένου ότι η εν λόγω νομοθεσία δεν αναθέτει σε καμία ανεξάρτητη αρχή τον έλεγχο της νομιμότητας των αποφάσεων της εθνικής κανονιστικής αρχής.

12 — Απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 1997, C-54/96 (Συλλογή 1997, σ. I-4961).

13 — ΕΕ L 209, σ. 1.

14 — Βλ. απόφαση της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-111/97, EvoBus Austria (Συλλογή 1998, σ. I-5411, σκέψη 22 και διατακτικό).

Η απόφαση Dorsch Consult

33. Ορθώς, πολλά από τα μέρη που κατέθεσαν παρατηρήσεις συνέκριναν την παρούσα υπόθεση με την υπόθεση Dorsch Consult, η οποία αφορούσε το ζήτημα αν μια διάταξη οδηγίας και, στη συγκεκριμένη περίπτωση, η οδηγία 92/50, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών [15], μπορεί να παραγάγει άμεσα αποτελέσματα αν δεν έχει μεταφερθεί εμπροθέσμως στο εσωτερικό δίκαιο. Επρόκειτο ειδικότερα για το ζήτημα αν οι αρχές που έχουν οριστεί από τα κράτη μέλη για την εξέταση προσφυγών στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και προμηθειών είναι επίσης αρμόδιες να επιλαμβάνονται των προσφυγών που αφορούν τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, παρά το ότι ο εθνικός νομοθέτης δεν τους έχει αναγνωρίσει ρητώς την αρμοδιότητα αυτή. Το Δικαστήριο υιοθέτησε την ακόλουθη συλλογιστική [16].

34. Το Δικαστήριο εξετάζει κατ' αρχάς την εν γένει θέσπιση της κατάλληλης διαδικασίας σε δίκες που αφορούν δικαιώματα ιδιωτών απορρέοντα από την κοινοτική έννομη τάξη. Διαπιστώνει ότι δεν εμπίπτει στη δικαιοδοσία του να παρεμβαίνει στην επίλυση των ζητημάτων αρμοδιότητας που ενδέχεται να ανακύπτουν, σε επίπεδο εθνικής δικαστηριακής οργάνωσης, από τον χαρακτηρισμό και την κατάταξη ορισμένων νομικών καταστάσεων που θεμελιώνονται στο κοινοτικό δίκαιο. Εναπόκειται στην έννομη τάξη κάθε κράτους μέλους να ορίσει το δικαστήριο που είναι αρμόδιο για την επίλυση των διαφορών που αφορούν δικαιώματα ιδιωτών απορρέοντα από την κοινοτική έννομη τάξη. Επομένως, το ζήτημα της κατανομής των αρμοδιοτήτων μεταξύ των εθνικών δικαστηρίων υπάγεται στη δικαιοδοσία των κρατών μελών τα οποία, σε κάθε περίπτωση, έχουν την υποχρέωση να εξασφαλίζουν την ουσιαστική προστασία των δικαιωμάτων των πολιτών.

35. Το Δικαστήριο αναφέρεται στη συνέχεια στην οδηγία 92/50. Μολονότι η οδηγία αυτή επιβάλλει στα κράτη μέλη την υποχρέωση να λάβουν τα αναγκαία μέτρα για να διασφαλίσουν την άσκηση αποτελεσματικών προσφυγών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών, δεν αναφέρει ούτε ποιες εθνικές αρχές πρέπει να είναι αρμόδιες ούτε ότι πρέπει να πρόκειται για τις αρχές εκείνες που έχουν οριστεί από τα κράτη μέλη ως αρμόδιες στον τομέα των συμβάσεων δημοσίων έργων και κρατικών προμηθειών.

36. Όσον αφορά τις συνέπειες της εκπρόθεσμης μεταφοράς της οδηγίας 92/50 στο εσωτερικό δίκαιο, το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι οι υποχρεώσεις που συνεπάγεται μια οδηγία για ένα κράτος μέλος επιβάλλονται σε όλες τις αρχές που ασκούν δημόσια εξουσία, συμπεριλαμβανομένων των δικαστηρίων, στο πλαίσιο των αρμοδιοτήτων τους. Το αυτό ισχύει και για την υποχρέωση ερμηνείας των διατάξεων του εθνικού δικαίου σύμφωνης με την οδηγία.

37. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι, υπό ορισμένες προϋποθέσεις, οι πολίτες έχουν το δικαίωμα να επικαλούνται ενώπιον των δικαστικών αρχών μια οδηγία κατά του κράτους μέλους που παραβαίνει τις υποχρεώσεις του, χωρίς η ελάχιστη αυτή εγγύηση να χρησιμεύσει ως δικαιολογία σε ένα κράτος μέλος προκειμένου αυτό να απαλλαγεί από την υποχρέωσή του να λάβει εγκαίρως τα κατάλληλα σε σχέση με το αντικείμενο κάθε οδηγίας μέτρα. Αν οι εθνικές διατάξεις δεν μπορούν να ερμηνευθούν κατά τρόπο σύμ-

15 — Βλ. σημείο 31 ανωτέρω.

16 — Σκέψεις 40 επ. της αποφάσεως. Το Δικαστήριο υιοθέτησε το ίδιο σκεπτικό και στην απόφαση EvoBus Austria (βλ. υποσημείωση 14).

φωνο προς την οδηγία, οι ενδιαφερόμενοι μπορούν να ζητήσουν, ακολουθώντας τις κατάλληλες διαδικασίες του εθνικού δικαίου, την αποκατάσταση της ζημίας που υπέστησαν λόγω μη μεταφοράς της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο εντός της ταχθείσας προθεσμίας.

38. Στηριζόμενο στις σκέψεις αυτές, το Δικαστήριο απαντά, στο προδικαστικό ερώτημα που του υποβλήθηκε στο πλαίσιο της εν λόγω υποθέσεως, ότι από την οδηγία 92/50 δεν συνάγεται ότι, «ελλείψει μεταφοράς της οδηγίας 92/50 στο εσωτερικό δίκαιο κατά τη λήξη της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας, το άρθρο 41 της οδηγίας αυτής δεν έχει την έννοια ότι οι αρχές των κρατών μελών που είναι αρμόδιες να εκδικάζουν τις προσφυγές που αφορούν τις διαδικασίες συνάψεως συμβάσεων δημοσίων έργων και κρατικών προμηθειών είναι επίσης αρμόδιες για τις προσφυγές που αφορούν τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών. Ωστόσο, οι επιταγές περί ερμηνείας του εθνικού δικαίου κατά τρόπο σύμφωνο προς την οδηγία 92/50 και περί αποτελεσματικής προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών επιβάλλουν στο εθνικό δικαστήριο την υποχρέωση να ελέγχει αν οι κρίσιμες διατάξεις του εθνικού δικαίου επιτρέπουν να αναγνωρίζεται στους ιδιώτες δικαίωμα προσφυγής στον τομέα της συνάψεως δημοσίων συμβάσεων παροχής υπηρεσιών. Υπό περιστάσεις όπως αυτές της προκειμένης υποθέσεως, το εθνικό δικαστήριο υποχρεούται, ειδικότερα, να διερευνά αν το εν λόγω δικαίωμα προσφυγής μπορεί να ασκείται ενώπιον ακριβώς των αρχών εκείνων που είναι αρμόδιες για τις προσφυγές στον τομέα της συνάψεως συμβάσεων κρατικών προμηθειών και δημοσίων έργων» [17].

17 — Απόφαση Dorsch Consult, σκέψη 46.

39. Εν ολίγοις, οσάκις μια οδηγία δεν έχει μεταφερθεί στο εθνικό δίκαιο, οι πολίτες δεν μπορούν να θεμελιώσουν δικαίωμα προσφυγής απ' ευθείας στο κοινοτικό δίκαιο, ενώ ένα τέτοιο δικαίωμα μπορεί ενδεχομένως να συναχθεί από τη σύμφωνη προς την οδηγία ερμηνεία του εθνικού δικαίου, αρμόδιο όμως να προβεί στη συναγωγή αυτή είναι το εθνικό δικαστήριο. Κατά συνέπεια, το Δικαστήριο προτείνει την αναζήτηση του ενδεδειγμένου μέτρου στο εθνικό δίκαιο.

Εκτίμηση

40. Φρονώ ότι το Δικαστήριο μπορεί εν προκειμένω να βασιστεί στη συλλογιστική και στην εκτίμηση που υιοθέτησε στην υπόθεση Dorsch Consult. Για να τις εφαρμόσει στην παρούσα υπόθεση ενδείκνυται να ακολουθήσει τρία στάδια.

41. Στο πρώτο στάδιο το Δικαστήριο θα πρέπει να διαπιστώσει ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν μεταφέρθηκε σωστά στο αυστριακό δίκαιο. Αρκεί σχετικώς να παραπέμψω στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με το άρθρο 249 της Συνθήκης ΕΟΚ, όπου γίνεται δεκτό ότι κάθε κράτος μέλος υποχρεούται, στο πλαίσιο της εσωτερικής έννομης τάξεως, να λαμβάνει όλα τα απαραίτητα μέτρα για την εξασφάλιση της πλήρους εφαρμογής μιας οδηγίας σύμφωνα με τους επιδιωκόμενους απ' αυτήν σκοπούς.

42. Η οδηγία 90/387 εντάσσεται σε ένα σύνολο κοινοτικών μέτρων που υιοθετήθηκαν κατά τη διάρκεια της δεκαετίας του '90 με σκοπό την ελευθέρωση του τομέα των τηλεπικοινωνιών. Σε πολλές περιπτώσεις χρειάστηκε να θεσπιστούν λεπτομερείς ρυθμίσεις προκειμένου να εξασφαλιστεί σε νεοεισερχομένους η πραγματική δυνατότητα προσβάσεως σε μια αγορά που μέχρι τότε βρισκόταν στα χέρια μονοπωλίων. Ένα μεγάλο μέρος των ρυθμίσεων αυτών χαρακτηρίζονται από το γεγονός ότι επιβάλλουν στα πρώην μονοπώλια υποχρεώσεις που μπορούν να αφορούν τους νεοαφικνούμενους στην αγορά. Στο σημείο αυτό μπορούν να αναφερθούν, π.χ., οι αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας 96/2 [18]. Προκειμένου να ενθαρρυνθούν νέες επιχειρήσεις να επενδύσουν στο τμήμα αυτό της αγοράς, χρειάστηκε σε μερικές περιπτώσεις να προβλεφθεί ακόμη και η αδυναμία λήψεως αδειών για δραστηριοποίηση στο σύστημα DCS 1800. Με βάση τη λογική αυτή, το άρθρο 125 του Telekommunikationsgesetz στην Αυστρία προέβλεψε ότι οι ήδη δραστηριοποιούμενες στον χώρο εταιρίες, η Mobilkom και η max.mobil, μπορούσαν να λάβουν άδεια για συχνότητες στο σύστημα DCS 1800 μόνον υπό εξαιρετικά αυστηρές προϋποθέσεις. Ο νομικός αυτός περιορισμός αποσκοπούσε στην εξασφάλιση πραγματικής πρόσβασης νέων επιχειρήσεων, όπως η Connect Austria, στην αυστριακή αγορά των GSM.

43. Ένα τέτοιο καθεστώς που σκοπό έχει να εξαλείψει τις ανισότητες μεταξύ — εν δυνάμει — επιχειρηματιών της αγοράς πρέπει όχι μόνο να χαρακτηρίζεται από ρυθμίσεις που εξασφαλίζουν πραγματικές ισορροπίες, αλλά και από αποτελεσματική και ισόρροπη εφαρμογή τους.

18 — Αιτιολογικές σκέψεις τις οποίες παρέθεσα ήδη στο σημείο 6 ανωτέρω.

44. Οι εθνικές κανονιστικές αρχές διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο στο πλαίσιο αυτό. Όπως συνάγεται κυρίως από την ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, οι παρεμβάσεις τους πρέπει να διαπνέονται από ανεξαρτησία και αμεροληψία. Οι αρχές αυτές πρέπει να είναι ανεξάρτητες όχι μόνον από τους φορείς που δραστηριοποιούνται στην αγορά, αλλά και από τις υπηρεσίες της κεντρικής εξουσίας, οσάκις αυτό επιβάλλεται συνεπεία των οικονομικών συμφερόντων που διατηρούν συχνά τα κράτη στα πρώην μονοπώλια. Μια τέτοια ανεξάρτητη αρχή — που κατ' ουσίαν απαρτίζεται από εμπειρογνώμονες και υπόκειται σε κοινοβουλευτικό έλεγχο στην καλύτερη περίπτωση κατά έμμεσο τρόπο — δεν μπορεί να ανταποκρίνεται στις επιταγές του κράτους δικαίου αν οι αποφάσεις της δεν είναι δυνατόν να υποβληθούν σε δικαστικό έλεγχο. Στο πλαίσιο αυτό εντάσσεται κατά τη γνώμη μου το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, σύμφωνα με το οποίο πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα «σε ένα μέρος που θίγεται από την απόφαση της εθνικής κανονιστικής αρχής να μπορεί να προσφεύγει σε όργανο ανεξάρτητο».

45. Οι εθνικές κανονιστικές αρχές, όπως η Telekom-Control-Kommission, έχουν κατ' ουσίαν διοικητικές αρμοδιότητες που τους έχουν εκχωρηθεί από την κεντρική κρατική εξουσία. Το κύριο έργο τους συνίσταται στη χορήγηση αδειών. Για τον λόγο αυτό, πρέπει να θεωρούνται διοικητικά όργανα τα οποία επομένως, σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την Αυστριακή Κυβέρνηση, δεν έχουν καμία δικαστική αρμοδιότητα. Η χορήγηση αδειών ασφαλώς δεν αποτελεί δραστηριότητα πληρούσα τις προϋποθέσεις

από τις οποίες το Δικαστήριο εξαρτά τη δυνατότητα υποβολής σ' αυτό προδικαστικών ερωτημάτων σύμφωνα με το άρθρο 234 ΕΚ. Παραπέμπω σχετικώς στην πρόσφατη απόφαση Salzmann [19], από την οποία προκύπτει ότι τα εθνικά δικαστήρια μπορούν να υποβάλουν προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο μόνο σε περίπτωση που εκκρεμεί ενώπιόν τους διαφορά και καλούνται να αποφανθούν στο πλαίσιο διαδικασίας η οποία πρόκειται να καταλήξει στην έκδοση αποφάσεως δικαιοδοτικού χαρακτήρα.

46. Επομένως, είναι προφανώς εσφαλμένος ο ισχυρισμός της Αυστριακής Κυβερνήσεως σύμφωνα με τον οποίο οι εθνικές κανονιστικές αρχές μπορούν να υποβάλουν οι ίδιες προδικαστικά ερωτήματα στο Δικαστήριο. Επισημαίνω εκ περισσού ότι, ακόμα και αν το Δικαστήριο συντασσόταν με την άποψη της Αυστριακής Κυβερνήσεως, αυτό δεν θα σήμαινε ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387. Πράγματι, σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, οι αποφάσεις της κανονιστικής αρχής πρέπει να υπόκεινται σε προσφυγή. Όπως δε προκύπτει από το γράμμα της οδηγίας, η κανονιστική αρχή δεν μπορεί να αποτελεί η ίδια την αρχή που επιλαμβάνεται των προσφυγών κατά των δικών της αποφάσεων.

47. Κατά τη γνώμη μου, το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής αποτελεί αναγκαίο στοιχείο του συστήματος που θεσπίζει η οδηγία και, γενικότερα, του καθεστώτος ελευθερώσεως που έχει καθιερωθεί με τη νομοθεσία περί τηλεπικοινωνιών. Ανεξαρτήτως του ότι όλες οι διατάξεις των κοινοτικών οδηγιών πρέπει να μεταφέρονται κατά τρόπο ακριβή και πλήρη, από όλα τα προεκτεθέντα συνάγεται ότι το δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής δεν μπορεί να ερμηνεύεται συσταλτικά. Θεωρώ απαράδεκτο να περιορίζεται η έκταση αυτού του δικαιώματος ή ακόμα και ο αριθμός των κατηγοριών αποφάσεων κατά των οποίων μπορεί να ασκηθεί προσφυγή.

48. Άλλωστε, δεν ενετόπισα, ούτε στο κείμενο της οδηγίας ούτε στις αιτιολογικές της σκέψεις, το παραμικρό στοιχείο στο οποίο θα μπορούσε να θεμελιωθεί το επιχείρημα της Mobilkom σύμφωνα με το οποίο το άρθρο 5α, παράγραφος 3, δεν αφορά τις διαφορές που έχουν σχέση με την παραχώρηση συχνοτήτων από την Telekom-Control Kommission. Το άρθρο 5α αποτελεί διάταξη γενικού χαρακτήρα και σκοπό έχει να εξασφαλίσει ότι οι εθνικές κανονιστικές αρχές εκδίδουν τις αποφάσεις τους τηρώντας τις αναγκαίες εγγυήσεις. Δεν είναι νοητό οι ενδιαφερόμενοι τρίτοι που θίγονται ευθέως από τις αποφάσεις να μη μπορούν να τις προσβάλλουν. Αυτό ισχύει κατά μείζονα λόγο επειδή το άρθρο 5α, παράγραφος 3, αποσκοπεί ακριβώς στην προστασία και των συμφερόντων των νεοεισερχομένων στην αγορά όπως είναι η Connect Austria.

49. Ο περιορισμένος έλεγχος που αναθέτει στο Verfassungsgerichtshof η αυστριακή

19 — Απόφαση της 14ης Ιουνίου 2001, C-178/99 (Συλλογή 2001, σ. I-4421, σκέψεις 13 και 14).

εθνική νομοθεσία επίσης δεν ανταποκρίνεται, κατά τη γνώμη μου, στις επιταγές της διατάξεως περί του δικαιώματος ασκήσεως προσφυγής, επειδή, κατ' εμέ είναι προφανές ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, προβλέπει πλήρες δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής. Κάθε λόγος ελλείψεως νομιμότητας της αποφάσεως πρέπει να μπορεί να προβληθεί.

50. Κατόπιν των προεκτεθέντων, είναι κατά τη γνώμη μου σαφές ότι η Αυστριακή Δημοκρατία δεν μετέφερε σωστά στο εσωτερικό δίκαιο το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387, καθότι στη νομοθεσία της δεν προβλέπεται δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής σύμφωνα με τις επιταγές της οδηγίας κατά (ορισμένων) αποφάσεων της Telekom-Control-Kommission.

51. Το δεύτερο στάδιο της εφαρμογής του νομολογιακού δεδομένου της Dorsch Consult στην παρούσα περίπτωση αφορά το άμεσο αποτέλεσμα του άρθρου 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας. Από την απόφαση Dorsch Consult συνάγω ότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, δεν μπορεί να παραγάγει τέτοιο αποτέλεσμα. Η κατανομή των αρμοδιοτήτων των δικαστηρίων εμπίπτει στη δικαιοδοσία των κρατών μελών. Εναπόκειται στα κράτη μέλη — και όχι στον κοινοτικό νομοθέτη — να ορίσουν το αρμόδιο δικαστήριο. Έτσι, έχει κατανείμει τους ρόλους μεταξύ της Κοινότητας και των κρατών μελών ο νομοθέτης στον τομέα της δικαστικής προστασίας. Το κοινοτικό δίκαιο μπορεί να επιβάλλει ουσιαστικούς όρους στον τομέα αυτό, συχνά δε κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής. Στη συνέχεια, εναπόκειται στα κράτη μέλη να εξασφαλίσουν συγκεκριμένα τη δικαστική προστασία στο εσωτερικό του εθνικού δικαστικού συστήματος. Αυτό είναι το πλαίσιο στο οποίο τοποθετώ την επισήμανση της Επιτροπής, σύμφωνα με την οποία το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 παράγει άμεσα αποτελέσματα από πλευράς περιεχομένου, αλλά όχι και σε επίπεδο διαδικασίας.

52. Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγω και με βάση την ανάλυση της νομολογίας του Δικαστηρίου σχετικά με το άμεσο αποτέλεσμα. Όταν μια οδηγία δεν έχει μεταφερθεί στο εσωτερικό δίκαιο, οι ιδιώτες μπορούν να αντιτάξουν στα κράτη μέλη μόνον εκείνες τις διατάξεις της που δεν υπόκεινται σε όρους και είναι αρκετά συγκεκριμένες. Σε αντίθεση με την Επιτροπή, θεωρώ ότι, και αν ακόμα το περιεχόμενο του άρθρου 5, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν συνοδεύεται πράγματι από όρους και είναι αρκετά συγκεκριμένο, τα στοιχεία αυτά δεν αρκούν για να μπορούν οι πολίτες να επικαλούνται τις διατάξεις αυτές ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων. Σε κάθε περίπτωση, ο εθνικός νομοθέτης πρέπει να παρέμβει και να ορίσει το αρμόδιο για την εκδίκαση των προσφυγών δικαστήριο.

53. Η εκτίμηση αυτή συνάδει και με την πρόσφατη απόφαση Gharehveran [20], όπου το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι ένας εργαζόμενος μπορεί να στραφεί κατά του κράτους μέλους, στη νομοθεσία του οποίου υπάγεται, όταν η νομοθεσία αυτή, κατά παράβαση της οδηγίας, αποκλείει την υπαγωγή του στην κατηγορία των δικαιούχων συγκεκριμένης καταβολής. Το Δικαστήριο στηρίχθηκε στο

20 — Απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-441/99 (Συλλογή 2001, σ. I-7687).

γεγονός ότι το κράτος μέλος για το οποίο επρόκειτο δεν μπορούσε να επικαλεστεί την ύπαρξη οποιασδήποτε διακριτικής ευχέρειας. Στην παρούσα περίπτωση δεν ισχύει το ίδιο: ο καθορισμός του αρμόδιου δικαστηρίου εμπίπτει ρητώς στο πεδίο της διακριτικής ευχέρειας του κράτους μέλους.

54. Το τρίτο στάδιο αφορά το ζήτημα αν η σύμφωνη με την οδηγία ερμηνεία των εθνικών διατάξεων μπορεί να οδηγήσει σε λύση. Σύμφωνα με την αρχή που εφαρμόζεται συχνά από το Δικαστήριο [21], το εθνικό δικαστήριο που καλείται να ερμηνεύσει το εθνικό δίκαιο υποχρεούται να λάβει κατά το μέτρο του δυνατού υπόψη το γράμμα και τους σκοπούς της οδηγίας προκειμένου να επιτύχει το επιδιωκόμενο από την οδηγία αποτέλεσμα και με τον τρόπο αυτό να συμμορφωθεί με το άρθρο 249, τρίτο εδάφιο, ΕΚ.

55. Ωστόσο, η σύμφωνη με την οδηγία ερμηνεία της εθνικής ρυθμίσεως δεν οδηγεί κατά τη γνώμη μου σε λύση στην προκειμένη περίπτωση. Ειδικότερα, το καθεστώς που καθιερώνει το αυστριακό Σύνταγμα είναι απολύτως σαφές και δεν αφήνει περιθώρια για ερμηνεία. Σύμφωνα με το εθνικό δίκαιο, το αυστριακό Verwaltungsgerichtshof έχει αρμοδιότητα μόνο στην περίπτωση που ο νομοθέτης έχει θεσπίσει δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής ενώπιόν του. Καμία ερμηνεία, όσο σύμφωνη και αν είναι με την οδηγία, δεν μπορεί να μεταβάλει την κατάσταση αυτή. Στο δεδομένο αυτό προστίθεται το γεγονός ότι, σε επίπεδο εθνικού δικαίου, αποφάσεις της Telekom-Control-Kommission απέκτησαν ισχύ δεδικασμένου σε δεδομένη στιγμή και το να δημιουργηθεί δυνατότητα ασκήσεως προσφυγής — contra legem! — με βάση ερμηνεία σύμφωνη με την οδηγία θα επέφερε σοβαρό πλήγμα στην ασφάλεια δικαίου των άλλων ενδιαφερομένων μερών.

56. Η θέση την οποία υιοθέτησε το Δικαστήριο στην υπόθεση Dorsch Consult δεν κλονίζει την πεποίθησή μου. Το Δικαστήριο στην υπόθεση αυτή αποφάνθηκε ότι το εθνικό δικαστήριο πρέπει να ερευνά το ζήτημα της αρμοδιότητάς του κατά το εσωτερικό δίκαιο οσάκις ιδίως πρόκειται για δικαστήρια που καλούνται να εκδικάσουν διαφορές που παρουσιάζουν πολλές ομοιότητες.

57. Και στο σημείο αυτό η παρούσα υπόθεση έχει κοινά στοιχεία με την υπόθεση Dorsch Consult. Και στις δύο υποθέσεις υπάρχει εθνικό δικαστήριο στο οποίο μπορεί προφανώς να ανατεθεί η επίμαχη αρμοδιότητα. Η αναγνώριση της αρμοδιότητας αυτής δεν θα διακύβευε την οργάνωση του εθνικού δικαστικού συστήματος σε καμία από τις δύο περιπτώσεις ούτε θα έθετε ζητήματα αρμοδιότητας. Στην υπόθεση Dorsch Consult, είχε οριστεί συγκεκριμένο δικαστήριο για την επίλυση διαφορών εχουσών πολλά κοινά χαρακτηριστικά με τη διαφορά την οποία αφορά η κύρια υπόθεση· στην παρούσα υπόθεση, πρόκειται για ένα είδος διαφοράς που υπάγεται ως εκ της φύσεώς της στην αρμοδιότητα του αυστριακού Verwaltungs-

21 — Βλ., π.χ., την απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-106/89, Marleasing (Συλλογή 1990, σ. I-4135, σκέψη 8).

gerichtshof, αλλά, για λόγους ξένους προς την οδηγία, εξαιρέθηκε της αρμοδιότητάς του.

58. Η λύση που υιοθέτησε το Δικαστήριο στην απόφαση Dorsch Consult συνίσταται κατ' ουσία στην υπόδειξη προς το παραπέμπον δικαστήριο να εξετάσει αν μπορεί να στηρίξει την αρμοδιότητά του σε σύμφωνη με την οδηγία ερμηνεία του εθνικού δικαίου. Εν προκειμένω, δεν είναι σκόπιμο να υπεισέλθω στο συμπέρασμα στο οποίο οδήγησε ή θα μπορούσε να οδηγήσει το εθνικό δικαστήριο η σχετική έρευνα στο πλαίσιο της υποθέσεως Dorsch Consult. Στην παρούσα υπόθεση, αντίθετα, φρονώ ότι μια τέτοια έρευνα δεν έχει νόημα. Η αυστριακή νομοθεσία δεν αφήνει κανένα περιθώριο αμφιβολίας ως προς την αναρμοδιότητα του Verwaltungsgerichtshof. Πρόκειται για στοιχείο που δεν επιδέχεται αμφισβήτηση.

59. Φυσικά και πρόκειται πλέον για το τέταρτο και τελευταίο στάδιο, κάθε ενδιαφερόμενο μέρος που ενδεχομένως υπέστη ζημία συνεπεία της κακής μεταφοράς του άρθρου 5α της οδηγίας 90/387 στο αυστριακό δίκαιο δικαιούται να επικαλεστεί τις διατάξεις της οδηγίας και να ζητήσει αποζημίωση από τη Δημοκρατία της Αυστρίας. Η σχετική αγωγή θα μπορούσε, κατά τη γνώμη μου, να γεννήσει υποχρέωση αποζημιώσεως του ενδιαφερομένου[22], σε καμία όμως περίπτωση δεν θα μπορούσε να δημιουργήσει υποχρέωση αναθεωρήσεως προηγουμένης αποφάσεως της Telekom-Control-Kommission.

60. Εν κατακλείδι: μολονότι το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387 δεν μεταφέρθηκε στην αυστριακή νομοθεσία, οι ιδιώτες δεν μπορούν να θεμελιώσουν δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής στο άμεσο αποτέλεσμα της διατάξεως αυτής ή στη σύμφωνη με την οδηγία ερμηνεία του εθνικού δικαίου. Το μόνο ένδικο βοήθημα που τους απομένει είναι η αγωγή αποζημιώσεως κατά του Αυστριακού Δημοσίου.

V — Το δεύτερο ερώτημα

61. Ενόψει της αρνητικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, παρέλκει η απάντηση στο δεύτερο, δεδομένου ότι το παραπέμπον δικαστήριο ζήτησε να δοθεί απάντηση στο δεύτερο ερώτημα μόνο σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο. Θεωρώ, άλλωστε, ότι κατεδείχθη επαρκώς ότι το Verwaltungsgerichtshof δεν είναι αρμόδιο να αποφανθεί επί της διαφοράς της κύριας δίκης. Κατά συνέπεια, το δεύτερο ερώτημα δεν συνδέεται πλέον με πραγματική διαφορά και, συνεπώς, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του, το Δικαστήριο δεν απαντά στα ερωτήματα που του υποβάλλονται υπό τις συνθήκες αυτές.

22 — Παραπέμπω στην πάγια νομολογία του Δικαστηρίου μετά την απόφαση Francovich κ.λπ., που παρατίθεται στην υποσημείωση 10 ανωτέρω.

VI — Συμπέρασμα

62. Ενόψει των προεκτεθέντων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα του Verwaltungsgerichtshof ως εξής:

«1) Στην περίπτωση που το άρθρο 5α, παράγραφος 3, της οδηγίας 90/387/ΕΟΚ, της 28ης Ιουνίου 1990, για τη δημιουργία της εσωτερικής αγοράς στον τομέα των τηλεπικοινωνιακών υπηρεσιών μέσω της εφαρμογής της παροχής ανοικτού δικτύου, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/51/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Οκτωβρίου 1997, δεν μεταφέρθηκε στο εθνικό δίκαιο ή δεν μεταφέρθηκε πλήρως, οι πολίτες δεν μπορούν να στηρίξουν δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής ενώπιον ανεξάρτητης αρχής απ' ευθείας στην οδηγία. Εάν η εθνική νομοθεσία αποκλείει ρητώς το εν λόγω δικαίωμα ασκήσεως προσφυγής, τέτοιο δικαίωμα δεν μπορεί να θεμελιωθεί ούτε στην αρχή μιας σύμφωνης με την οδηγία ερμηνείας.

2) Παρέλκει η απάντηση στο δεύτερο ερώτημα.»