

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 19. januar 1999 \*

1. I denne sag har Kommissionen nedlagt påstand om, at Domstolen skal fastslå, at Den Franske Republik kun delvis og mangelfuldt har gennemført Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation<sup>1</sup> (herefter »direktivet«).

ning<sup>2</sup>. Det præciserer de »beføjelser«, som i denne forbindelse skal gives de organer, der skal behandle disse sager. Artikel 2, stk. 1, overlader det i så henseende til medlemsstaterne at vælge mellem to løsninger, som er forskellige, men som svarer til hinanden med hensyn til deres praktiske virkninger<sup>3</sup>: Dels »suspension-annullation«-muligheden, som fastsat i litra a) og b) i den nævnte artikel, dels muligheden for hurtigst muligt at træffe »andre foranstaltninger«, der har til sigter at opnå det samme resultat, blandt hvilke direktivet nævner »muligheden for at kræve betaling af et bestemt beløb, såfremt overtrædelsen ikke bringes til ophør eller undgås«<sup>4</sup>.

### Direktivet

2. Direktivet, som Kommissionen gør gældende ikke er blevet gennemført korrekt, har til formål i de nationale retsordener at sørge for adgang til effektive hasteprocedurer for at foregribe eller berigtige eventuelle overtrædelser af fællesskabsreglerne om tilbudsgiv-

2 — Se femte betragtning. Artikel 1 bestemmer følgende: »1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over ordregivers beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 8, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret, for så vidt angår: a) de fremgangsmåder ved tilbudsgivning, der henhører under direktiv 90/531/EØF, og b) overholdelsen af artikel 3, stk. 2, litra a), i nævnte direktiv, når det drejer sig om de ordregivere, for hvilke denne bestemmelse finder anvendelse ...»

3 — »1. Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

enten  
a) hurtigst muligt og som hastesag at træffe midlertidige foranstaltninger, der har til formål at bringe den påståede overtrædelse til ophør eller forhindre, at der påføres de pågældende interesser anden skade, herunder foranstaltninger med henblik på at suspendere eller foranledige suspension af den pågældende udbudsprocedure eller gennemførelsen af enhver beslutning, der er truffet af ordregiveren og

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsbekendtgørelsen, den periodisk vejledende bekendtgørelse, bekendtgørelsen om anvendelse af et kvalifikationssystem, anmodningen om at afgive bud, udbuds-betingelserne eller ethvert andet dokument i forbindelse med den pågældende udbudsprocedure ...»

4 — Min fremhævelse.

\* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 76, s. 14.

Den sidstnævnte mulighed, som fastsat i artikel 2, stk. 1, litra c), er den, der er valgt af den franske lovgiver ved gennemførelsen.

3. Direktivets kapitel 2 regulerer attesteringsordningen, som også vedrører dette søgsmål. Det foreskrives heri<sup>5</sup> nærmere bestemt, at medlemsstaterne skal give ordregiverne mulighed for at »anvende en attestingsordning«, hvis væsentligste kendetegn er anført i artikel 4-7. Denne ordning gør det muligt for de pågældende ordregivere at »lade de udbudsprocedurer, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 90/531/EØF, og den praktiske anvendelse deraf undersøge med henblik på at få udstedt en attest, hvori det fastslås, at disse procedurer på det pågældende tidspunkt er i overensstemmelse med fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning og de nationale bestemmelser til gennemførelse af denne ret«<sup>6</sup>.

4. Direktivets kapitel 4 indfører en fakultativ forligsprocedure. Anmodningen om anvendelse af denne procedure kan i medfør af artikel 9 indgives af »enhver, der har eller har haft interesse i at få tildelt en kontrakt, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 90/531/EØF, og som inden for rammerne af denne udbudsprocedure anser sig for at have lidt eller at risikere at lide skade som følge af manglende overholdelse af fællesskabsretten vedrørende tilbudsgivning eller de nationale regler til gennemførelse af denne ret ...«. Ordregiveren er imidlertid ikke forpligtet til

at deltage i den nævnte procedure<sup>7</sup>. Forligsmændene har til opgave — hvis ordregiveren giver samtykke til anvendelsen af den nævnte procedure — at bestræbe sig på »så hurtigt som muligt at opnå en aftale mellem parterne under overholdelse af fællesskabsretten«<sup>8</sup> og skal underrette Kommissionen »om deres konklusioner og om ethvert resultat, som de er nået frem til«<sup>9</sup>.

5. Den frist, der er fastsat i direktivet for dets gennemførelse, udløb den 1. januar 1993.

**De franske regler fastsat med henblik på gennemførelse af direktivet**

6. Direktivet blev gennemført i fransk ret ved lov nr. 93-1416 af 29. december 1993 om fremgangsmåden ved indgåelse af visse kontrakter om leveringer og arbejder inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation<sup>10</sup>. Lovens tekst blev meddelt Kommissionen ved skrivelse af 14. januar 1994.

For at gennemføre direktivets artikel 2 har den franske lovgiver valgt den mulighed, der

5 — Jf. artikel 3.  
6 — Jf. artikel 4.

7 — Jf. artikel 10, stk. 1.  
8 — Jf. artikel 10, stk. 4.  
9 — Jf. artikel 10, stk. 5.  
10 — JORF af 1.1.1994, s. 10.

gives i artikel 2, stk. 1, litra c), som bestemmer, at retten har beføjelse til at »at kræve betaling af et bestemt beløb, såfremt overtrædelsen ikke bringes til ophør eller undgås«<sup>11</sup>.

Artikel 1 i lov nr. 93-1416 bestemmer med henblik herpå, at retsformanden for den kompetente ret eller hans fuldmægtig efter anmodning fra enhver, der har interesse i at indgå aftalen, og som vil kunne lide skade ved en tilsidesættelse af forpligtelserne, kan påbyde den, der er ansvarlig for tilsidesættelsen, at efterkomme sine forpligtelser inden for en frist, som retsformanden eller hans fuldmægtig fastsætter. Der er endvidere hjemlet udstedelse af en foreløbig tvangsbøde i det tilfælde, at overtrædelsen vedvarer. Retten kan dog »tage hensyn til denne foranstaltnings mulige virkninger for alle de berørte interesser, herunder offentlighedens interesser, og beslutte ikke at pålægge tvangsbøden, når dens negative følger vil være større end dens fordele«<sup>12</sup>. Artikel 1, stk. 4, bestemmer, at »tvangsbødens størrelse fastsættes under hensyn til den adfærd, der er udvist af den person, som påbuddet blev rettet til, og under hensyn til de vanskeligheder, han har haft i forbindelse med gennemførelsen af dette«.

Artikel 1, stk. 6, foreskriver endvidere en endelig tvangsbøde: »Hvis den konstaterede tilsidesættelse ikke bringes til ophør efter fastsættelsen af den foreløbige tvangsbøde, kan retten pålægge en endelig tvangsbøde ...«.

Tvangsbøden er, uanset om den er foreløbig eller endelig, uafhængig af en eventuel skadeserstatning. Den foreløbige eller endelige tvangsbøde kan bortfalde helt eller delvis, såfremt det godtgøres, at den manglende eller forsinkede gennemførelse af rettens påbud helt eller delvis skyldes en udefra kommende årsag<sup>13</sup>.

Artikel 4 i lov nr. 93-1416 fastsætter tilsvarende bestemmelser som dem, der fremgår af artikel 1, idet de dertil knyttede beføjelser tillægges formanden for tribunal administratif.

7. Den pågældende franske regel indeholder ingen bestemmelse, der har til formål at gennemføre direktivets artikel 2 og 3, som henholdsvis vedrører atteringsordningen og forligsproceduren.

#### Den administrative procedure

8. Ved åbningsskrivelse af 8. september 1995 meddelte Kommissionen de franske myndigheder, at de tvangsbøderegler, der var indført med lov nr. 93-1416, ikke udgjorde en korrekt gennemførelse af direktivets kapitel 1. Ifølge Kommissionen indeholdt loven ingen bestemmelser, der skulle gennemføre direkti-

11 — Min fremhævelse.

12 — Jf. artikel 1, stk. 3.

13 — Jf. artikel 1, stk. 6.

vets bestemmelser om atteringsordningen og forligsproceduren.

*Tvangsbødereglernes overensstemmelse*

Da Kommissionen ikke anså svaret fra den franske regering for tilfredsstillende, fremsendte institutionen den 8. november 1996 en begrundet udtalelse til den franske regering.

Kommissionen fandt heller ikke svaret på den begrundede udtalelse tilfredsstillende og anlagde nærværende søgsmål ved Domstolen i medfør af EF-traktatens artikel 169.

**Realiteten**

9. Kommissionen anfægter, at direktivet er gennemført korrekt i fransk ret: De tvangsbødereglere, der er indført med lov nr. 93-1416, udgør ifølge Kommissionen ikke en korrekt gennemførelse af direktivets artikel 2. Endvidere har den franske lovgiver ikke gennemført direktivets regler vedrørende atteringsordningen og forligsproceduren.

10. Ved gennemførelsen af direktivet valgte den franske lovgiver løsningen litra c), idet den valgte det, man kunne kalde fremgangsmåden med »økonomisk afskrækkelse«, i stedet for suspension-annullation-løsningen<sup>14</sup>. Lov nr. 93-1416 giver retsformanden for den kompetente retsinstans beføjelse til at pålægge den, der er ansvarlig for overtrædelsen, at efterkomme sine forpligtelser, og til at pålægge en tvangsbøde, der først er foreløbig, men dernæst endelig ved fastsættelsen<sup>15</sup>.

11. Kommissionen anfægter ikke principielt de franske myndigheders valg af at anvende mulighed litra c), men det er dens opfattelse, at lov nr. 93-1416 ikke korrekt har gennemført de i direktivet foreskrevne regler. Ifølge Kommissionen har den franske lovgiver undladt at give tvangsbødeordningen afskrækkende karakter, således som dette udtrykkeligt er foreskrevet i direktivets artikel 2, stk. 5. Kommissionen har gjort gældende, at den pågældende bestemmelse kræver, at der skal fastsættes en særlig gennemførelsesbestemmelse, hvorimod den franske lovgivning helt har overladt det til den franske rets skøn at fastsætte en bøde på et beløb, der kan sikre den afskrækkende virkning. Kommissionen gør gældende, at det er uden betydning, når det anføres, at de nationale retsinstanser under alle omstændigheder er forpligtet til at fortolke de nationale regler i lyset af det med direktivet forfulgte mål og

14 — Jf. ovenfor, punkt 2.

15 — Jf. ovenfor, punkt 6.

som følge heraf — for så vidt angår denne sag — at fastsætte bødens størrelse på et tilstrækkeligt højt niveau for at sikre bødens afskrækkende karakter. Sagsøgeren har i denne forbindelse påberåbt sig Domstolens praksis, ifølge hvilken en national retspraksis, selv hvis den fortolker de nationale bestemmelser i overensstemmelse med direktivets ånd og ordlyd, ikke er tilstrækkelig til at opfylde kravene til korrekt gennemførelse<sup>16</sup>.

Hvad er Kommissionens endelige klagepunkt? Den har nærmere bestemt gjort gældende, at lovgiver direkte burde have sikret, at tvangsbøden havde en særlig afskrækkende karakter. Tvangsbødens størrelse burde således være fastsat ved lov og ikke overlades til rettens skøn. Direktivet kræver til sin gennemførelse enten en passende bestemmelse, af hvilken det klart bør fremgå, at tvangsbødens størrelse skal kunne have den nødvendige afskrækkende virkning, eller regler, der begrænser det skøn, der gives retten ved fastlæggelsen af tvangsbødens størrelse, ved i det mindste at fastlægge et minimumsbeløb for tvangsbøden eller ved at indføre andre passende begrænsninger, som kan fastlægges i den interne retsorden til dette formål.

12. Den franske regering har i det væsentlige besvaret de ovennævnte argumenter med, at tvangsbøden efter sin natur er et afskrækkende retsmiddel. Endvidere pålægger ingen

af direktivets bestemmelser ifølge regeringens opfattelse, at der fastsættes minimumsbeløb for så vidt angår de beløb, der skal betales i henhold til artikel 2, stk. 1, litra c), eller endnu mindre, at disse beløb skal fastsættes ved lov. Tværtimod fremgik denne mulighed af det af Kommissionen fremsatte direktivforslag, men den blev ikke opretholdt i den endelige ordlyd<sup>17</sup>.

13. Det standpunkt, der er gjort gældende af Kommissionen, er overraskende. For det første er jeg ikke overbevist af argumentet om, at den franske lovgiver i forbindelse med gennemførelsen burde have specificeret, at tvangsbøden skulle være afskrækkende. En sådan præcisering ville efter min opfattelse være overflødig. Tvangsbøder har efter deres natur som hovedformål at overvinde modstanden hos den person, der er forpligtet til at overholde påbuddet, netop ved påbuddet om at betale et vist beløb for hver dag, udførelsen af den pågældende handling er forsinket. Tvangsbøder er som følge heraf et typisk tvangsmiddel til at tvinge en person til at overholde de påbud, som pålægges af retten, og deres afskrækkende funktion ligger netop i deres særlige måde at virke på. Dette er grunden til, at en udtrykkelig normativ bestemmelse, der alene skal præcisere, at tvangsbøden skal være afskrækkende, intet

16 — Jf. dom af 19.9.1996, sag C-236/95, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4459, og den i punkt 13 citerede retspraksis.

17 — Jf. artikel 11, stk. 2, i Kommissionens forslag: »Den klageinstans, der er ansvarlig for at fastsætte det kontante beløb, der skal betales i overensstemmelse med stk. 1, fastsætter et sådant beløb på et niveau, der er egnet til at afholde ordregiveren fra at begå eller fortsætte overtrædelsen. Beløbet skal mindst dække omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af et bud eller deltagelse i kontraktindgåelsesproceduren for den person, der indgiver klage. Disse omkostninger skønnes at beløbe sig til én procent af kontraktens værdi, medmindre den person, der indgiver klage, godtgør, at omkostningerne var større. Et påbud om betaling af et kontant beløb i overensstemmelse med disse bestemmelser udelukker ethvert yderligere krav fra den pågældende person om godtgørelse af de omkostninger, hvortil klageinstansen tog hensyn, da den udstedte påbuddet« (EFT 1990 C 216, s. 8; min fremhævelse).

tilføjer til dens allerede afskrækkende karakter som indirekte — og særligt effektivt — tvangsmiddel, for at rettens påbud bliver efterkommet.

14. Et andet og vanskeligere problem er, hvorvidt den franske lovgiver burde have sikret tvangsbøden afskrækkende karakter ved direkte at fastsætte tvangsbødens størrelse i gennemførelsesloven eller ved at fastsætte kriterier eller andre beregningsmetoder for at begrænse rettens skønsbeføjelse for så vidt angår fastlæggelse af dette beløb. Dette aspekt er efter min opfattelse Kommissionens centrale kritikpunkt. Artikel 2, stk. 5, bestemmer, at »det beløb, der skal betales i henhold til stk. 1, litra c), skal være stort nok til at afholde ordregiveren fra at begå en overtrædelse eller fortsætte med en overtrædelse«<sup>18</sup>. Problemet er imidlertid, hvem der skal afgøre, om dette beløb er stort nok for, at tvangsbødens afskrækkende virkning er sikret; dvs. om det skal fastsættes af retten inden for rammerne af dennes skønsbeføjelse, som den franske regering har gjort gældende, eller om den afskrækkende karakter ikke kan sikres på anden måde end ved fastlæggelse i lovgivningen af de parametre, på grundlag af hvilke retten skal fastsætte det beløb, der skal betales.

Efter min opfattelse er den løsning, som den franske lovgiver anvendte ved gennemførelsen, korrekt. Det modsatte standpunkt, som sagsøgeren har anført, har ingen støtte i ordlyden: Artikel 2, stk. 5, foreskriver ikke,

at det skal være lovgiver, og ikke retten, der skal fastsætte størrelsen af de beløb, der skal betales. Kommissionen har selv erkendt, at denne løsning ikke direkte er foreskrevet i direktivet. Det oprindelige forslag, som foreskrev en sådan løsning, blev ikke bibeholdt i den endelige tekst. Dette forhold er selvfølgelig ikke i sig selv afgørende. Det forekommer mig imidlertid, at det fremgår af en fortolkning af direktivet, at den eneste betingelse, direktivet pålægger medlemsstaterne, er, at der skal etableres en *effektiv* ordning, dvs. et system, der gør det muligt at træffe foranstaltninger hurtigst muligt for at afbøde de begåede overtrædelser, og som i øvrigt har den nødvendige afskrækkende virkning for at hindre, at der begås nye overtrædelser. For at gennemføre mulighed litra c), der er hjemlet i direktivet, er det med andre ord nødvendigt, at medlemsstaterne indfører et middel til det, man kan kalde »økonomisk afskrækkelse«, svarende til betingelsen om *effektivitet* for så vidt angår forfølgelsen af de mål, der er nævnt ovenfor.

Såfremt det forholder sig således, har den franske lovgiver gennemført direktivets artikel 2 korrekt ved at anvende en tvangsbøde, som i den franske retsorden er et af de midler, der sædvanligvis er de mest effektive til at hindre manglende overholdelse af rettens påbud<sup>19</sup>. Jeg mener ikke, at tvangsbødens afskrækkende virkning, som Kommissionen med rette insisterer på skal foreligge, nødvendigvis forudsætter, at dens størrelse fastsættes i lovgivningen i forbindelse med

18 — Min fremhævelse.

19 — Jf. f.eks. G. Couches: *Voies d'exécution*, Paris, 1994, s. 5, som fremhæver tvangsbødens indirekte, men særligt effektivt tvingende karakter.

gennemførelsen af direktivet<sup>20</sup>. Et sådant standpunkt forekommer mig at være afkræftet af erfaringen inden for de retlige ordninger, hvor tvangsbøder ofte anvendes: Der er ingen, der betvivler tvangsbødens afskrækkende virkning, selv om fastsættelsen af det beløb, der skal betales, i talrige tilfælde er overladt til rettens skøn og ikke er fastsat af lovgiver<sup>21</sup>.

15. Det er sikkert, at for at løsning litra c) — og herunder straffens faktisk afskrækkende magt — kan fungere korrekt, må den ret, der skal fastsætte det beløb, der skal betales, udøve sin beføjelse fornuftigt. Der er imidlertid her tale om et direktiv, hvis bestemmelser, selv om de vedrører den foreliggende tvist, ikke forekommer at være korrekt gennemført, hvis det ikke er tilladt retten at anvende bestemmelserne med en tilstrækkelig skønsmargen. Der kan forekomme mange forskellige typer overtrædelser. Ordre-giverens adfærd, hans gode eller onde tro,

hans velvillighed for at udbedre overtrædelser eller at afværge denne osv. kan i øvrigt også variere. Det forekommer mig imidlertid at være åbenbart, at der må tages hensyn til disse forhold ved udmålingen af de beløb, der skal betales, ved anvendelse af artikel 2, stk. 1, litra c). Den, der er bedst egnet til at foretage denne bedømmelse, kan kun være retten under udøvelse af sit skøn. Fastsættelsen af tvangsbødens størrelse i lovgivningen stemmer dårligt overens med de behov, der er forbundet med en sådan bedømmelse. Det er korrekt, at en eventuel lovbestemmelse, som gav retten mulighed for mellem en minimums- og en maksimumsgrænse at fastsætte det beløb, der skulle betales, ville medføre, at forpligtelsen til at fastsætte tvangsbøden under hensyntagen til alle sagens særlige omstændigheder var opfyldt. Denne løsning ville imidlertid med sikkerhed ikke fratage retten dens skønsmagtsbeføjelse til konkret at udmåle tvangsbøder, selv om den kun foretog dette inden for grænser fastsat af lovgiver. Disse grænser skulle i øvrigt være tilstrækkeligt vide til at sikre retten mulighed for at tage hensyn til forskellige situationer, der kan opstå. Det ville endvidere med sikkerhed ikke gøre det lettere for Domstolen at kritisere, at den nationale lovgiver udøvede sin skønsmagtsbeføjelse ved fastsættelse af de nævnte grænser i forbindelse med gennemførelsen af direktivet.

Det er på den anden side væsentligt, at det pågældende direktiv har tillagt de organer, der behandler eventuelle sager, vid mulighed for at foretage et skøn ved udøvelsen af de beføjelser, som er tillagt dem ved artikel 2. Ifølge ordlyden af artikel 2, stk. 4, gælder det: Medlemsstaterne kan foreskrive, at den ansvarlige instans, når den undersøger, om der skal træffes midlertidige foranstaltninger, kan tage hensyn til de sandsynlige følger af sådanne foranstaltninger for alle interesser,

20 — Der foreligger naturligvis også tilfælde, hvor lovgiver har fastsat præcise regler for fastsættelsen af tvangsbødens størrelse. Dette er f.eks. tilfældet i artikel 16 i Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelsen af bestemmelserne i artikel 85 og 85 (EFT 1959-1962, s. 81), som giver Kommissionen beføjelse til at pålægge »tvangsbøder på 50 til 1 000 regningsenheder daglig«, eller i Rådets forordning nr. 4064/89 af 21.12.1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s.1, berigtiget ved EFT 1990 L 257, s. 13), i hvilken fællesskabslovgiver har anvendt teknikken med at fastsætte et loft for tvangsbøden (artikel 15). Det ville imidlertid ikke være korrekt at konkludere, at tvangsbøden kun er effektiv i de tilfælde, hvor loven fastsætter et minimums- og/eller maksimumsbeløb.

21 — For så vidt angår reglen indført i belgisk ret ved en fælles lov for Benelux-landene om tvangsbøder (konvention undertegnet den 26.11.1973, *Tractatenblad*, 1974, 6) henvises til bemærkningerne i J. van Compernelle: *L'astreinte*, Bruxelles, 1992, s. 47. For så vidt angår fastsættelsen af tvangsbøden skriver forfatteren, at »retten råder over den videste skønsmagtsbeføjelse for så vidt angår fastsættelsen af beløbet ... Henset til alle de foreliggende omstændigheder, herunder debitorens adfærd og hans økonomiske formåen, fastsætter retten frit det beløb, der findes at være egnet til at lægge tilstrækkeligt pres på debitoren til at tvinge denne til at efterleve den første domfældelse ... Retten har i denne forbindelse en uindskrænket skønsmagtsbeføjelse« (min fremhævelse).

som vil kunne skades, samt til almenvellet, og beslutte *ikke at give sit samtykke hertil, når de negative følger af sådanne foranstaltninger vil være større end fordelene ...*<sup>22</sup>. Den nævnte bestemmelse ville ikke kunne begrundes, hvis det pålagdes medlemsstaterne, at de i forbindelse med gennemførelsen af direktivet skulle indføre et system, hvorved deres nationale organer blot mekanisk anvendte de løsninger, der var foreskrevet af lovgiver.

16. Kommissionen har imidlertid anført, at lov nr. 93-1416 — i den del, hvor den bestemmer, at det tilkommer retten under udøvelse af sin skønsbeføjelse at fastsætte tvangsbødens størrelse, uden at der er fastsat nogen retsregel herom — i det væsentlige overlader det til de ansvarlige retsinstanser at gennemføre direktivet korrekt. Ifølge sagsøgeren følger det heraf, at selv om man måtte finde, at den franske retsinstans anvender sin skønsbeføjelse korrekt og fortolker den nationale lovs bestemmelser i overensstemmelse med direktivets formål, ville dette ikke opfylde betingelserne for en behørig gennemførelse i henhold til Domstolens praksis. Der henvises i denne forbindelse til følgende passage i generaladvokat Léger's forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Grækenland<sup>23</sup>: »En national retspraksis, hvorefter nationale retsforskrifter fortolkes på en sådan måde, at de må antages at opfylde direktivets krav, er derfor ikke tilstrækkelig til, at disse retsforskrifter kan betragtes som gyldige foranstaltninger til gennemførelse af dette direktiv.«

Her gør der sig to sideløbende rækker betragtninger gældende. For det første er retsinstanser som alle andre statsorganer forpligtet til at fortolke den nationale ret i lyset af det med formålet forfulgte mål<sup>24</sup>. Det omtvistede direktiv er som følge heraf også rettet til den franske retsinstans. Det må fastholdes, at den del, artikel 2, stk. 5, hvori det foreskrives, at det beløb, der skal betales i medfør af stk. 1, litra c), skal være stort nok til at sikre den afskrækkende virkning, netop er rettet til retsinstanser, eftersom den præciserer arten af de beføjelser, der bør være tillagt disse.

Endvidere er det ikke min opfattelse, at det fortilfælde, Kommissionen har påberåbt sig, er relevant for denne sag. I sagen Kommissionen mod Grækenland forelå der ingen gennemførelsesbestemmelse, og den græske regerings forsvar bestod netop i at gøre gældende, at Statsrådet under alle omstændigheder ydede »tilstrækkelig retsbeskyttelse i forhold til direktivets krav«<sup>25</sup>. Som følge heraf fandt generaladvokaten og Domstolen med rette i den citerede sag, at den pågældende situation ikke var i overensstemmelse med de grundlæggende krav, som gælder for enhver gennemførelse: »Retssikkerhedshensynet og hensynet til en passende offentlig

22 — Min fremhævelse.

23 — Som nævnt ovenfor, forslagets punkt 26.

24 — Jf. dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, og af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635.

25 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 8.



bekendtgørelse»<sup>26</sup>. Den foreliggende sag er imidlertid anderledes. Direktivet er blevet gennemført ved en passende lovgivning, og det kan ikke bebrejdes de franske myndigheder, at de i gennemførelsesloven ikke har indført en bestemmelse, som ikke kræves af direktivets ordlyd, og som ikke er afgørende for at sikre, at de mål, direktivet forfølger, nås. Hvad endvidere angår kravene vedrørende retssikkerheden forekommer det mig, at disse til fulde er opfyldt, eftersom borgerne — som det bemærkes i Domstolens praksis<sup>27</sup> — er i stand til at få fuld kendskab til deres rettigheder, som de kan påberåbe sig på grundlag af direktivet. Det betyder i denne sag, at dette grundlæggende krav er opfyldt, hvis de berørte virksomheder er i stand til at få kendskab til, at der består en klageadgang, der gør det muligt at pålægge sanktioner for manglende overholdelse af fællesskabsreglerne inden for udbud, og at retten i øvrigt inden for disse rammer kan pålægge, at der betales en tvangsbøde i det tilfælde, at ordregiveren ikke efterkommer rettens påbud. Direktivet foreskriver ikke, at størrelsen af den eventuelle straf skal kendes på forhånd, og hvis man ser nærmere på spørgsmålet, modsvarer denne oplysning heller ikke noget krav om retssikkerhed. Man kan i alle tilfælde kun give denne slags forhåndsangivelser vejledende og ufuldstændigt, eftersom det pågældende beløb — af de

ovenfor anførte grunde — kan variere afhængigt af adskillige faktorer, som ikke kan kendes på forhånd.

17. Kommissionen har endvidere kritiseret lov nr. 93-1416, idet den har gjort gældende, at den tvangsbøde, som den franske lovgiver har indført for at gennemføre direktivet, afviger i forhold til de almindelige retsregler om tvangsbøder i fransk ret, og navnlig i forhold til loven fra 1991 om ændring af de civile tvangsfuldbyrdsregler<sup>28</sup>. De franske myndigheder har ifølge Kommissionen overtrådt direktivets artikel 1, stk. 2, ifølge hvilken »medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en udbudsprocedure, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler til gennemførelse af fællesskabsretten og de øvrige nationale regler«.

Der er heller ikke grundlag for at tage dette klagepunkt til følge. Som den franske regering rigtigt har bemærket, er de forhold, der er reguleret ved lov nr. 93-1416 forskellige fra dem, der henhører under lov nr. 91-650. Sidstnævnte lov har til formål at gennemføre visse forpligtelser og giver netop retten mulighed for — ud over at træffe andre foranstaltninger — at fastsætte en tvangsbøde. Lov nr. 91-650 kan som følge heraf ikke anses for *alene* at være grundlaget for gennemførelsen af det pågældende direktiv.

26 — Jf. generaladvokatens forslag til afgørelse, punkt 24. I dommens præmis 13 erindrede Domstolen om fast retspraksis, hvorefter »det af hensyn til retssikkerheden [er] særlig vigtigt, at de private retsstilling er klar og bestemt, så de sættes i stand til at få fuld kendskab til deres rettigheder og i givet fald kan håndhæve rettighederne ved de nationale domstole« (jf. i denne retning dom af 23.5.1985, sag 29/84, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 1661, præmis 23, af 9.4.1987, sag 363/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1733, præmis 7, og af 30.5.1991, sag C-59/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2607, præmis 18).

27 — Jf. den i fodnote 26 nævnte dom.

28 — Lov nr. 91-650 af 9.7.1991 (JORF af 14.7.1991, s. 9228).

Loven bemyndiger ikke retsinstansen — uanset om der er tale om en ordinær domstol eller en forvaltningsdomstol — til at intervenere under tilbudsgivningsprocedurer. Som følge heraf modsvarer udstedelsen af lov nr. 93-1416 ikke den franske lovgivers hensigt om at indføre en særlig og mindre bindende fremgangsmåde i forhold til de gældende regler inden for den nationale borgerlige retspleje. Det eneste fælles træk for de to love består i den omstændighed, at de begge hjemler anvendelse af tvangsbøder. Bortset herfra er der ingen andre ligheder mellem de to love. På grundlag heraf mener jeg ikke, at der foreligger nogen overtrædelse af artikel 1, stk. 2, som følge af den omstændighed, at den nationale lovgiver — henset til at reglerne fastsat i lov nr. 91-650 ikke fandt anvendelse — har fastsat passende gennemførelsesbestemmelser, som tager hensyn til de særlige krav, som gælder i de situationer, direktivet regulerer.

18. Endelig skal det sidste af Kommissionens klagepunkter vedrørende lov nr. 93-1416 undersøges, nemlig klagepunktet vedrørende sondringen mellem den foreløbige og den endelige tvangsbøde. Ifølge Kommissionen er den mulighed, der i henhold til den pågældende lov er tillagt retsinstanserne for først at pålægge en foreløbig straf og senere ved fastsættelsen at pålægge en endelig straf, ikke i overensstemmelse med direktivet. En sådan mulighed er efter Kommissionens opfattelse hverken foreskrevet eller hjemlet i direktivet: Fællesskabslovgiver har alene bestemt, at betalingen af dette beløb »kan gøres betinget af, at det ved en endelig afgørelse fastslås, at der er blevet begået en overtrædelse«<sup>29</sup>. Der er ingen bestemmelse — som det derimod er fastsat i den franske gennemførelseslov —

der giver retten beføjelse til at ændre dette beløbs størrelse, eller mulighed for at fastsætte beløbet under hensyntagen til den pågældende adressats adfærd. Ifølge Kommissionen indebærer dette en begrænsning af den afskrækkende virkning af den ordning, de franske myndigheder har indført.

Jeg mener ikke, at der kan gives medhold i dette standpunkt. Det er korrekt, at sondringen mellem en foreløbig tvangsbøde og en endelig tvangsbøde ikke er foreskrevet i henhold til direktivets ordlyd, men en sådan er heller ikke udtrykkeligt udelukket. Det eneste kriterium, man må have sig for øje, når det skal bedømmes, om den ordning, den nationale lovgiver har valgt ved gennemførelsen, skal ændres, er kriteriet om effektiv virkning. Det forekommer mig ikke, at den omstændighed, at der er hjemlet en foreløbig og en endelig tvangsbøde, kan have negativ indflydelse på den effektivt afskrækkende virkning. Det er min opfattelse, at det endog er det modsatte, der er tilfældet<sup>30</sup>. Den bestemmelse, ifølge hvilken retten fastsætter en endelig straf, giver retten — om man så må sige — mulighed for at holde den adfærd, som ordregiveren, der har tilsidesat sine forpligtelse, udviser, under kontrol: I tilfælde af gentagne overtrædelser, kan ordregiverens adfærd medføre, at retten forhøjer det beløb, der blev fastsat tidligere ved pålæggelsen af den foreløbige tvangsbøde. Hvad derimod angår rettens mulighed for at nedsætte tvangsbødens størrelse ved den endelige fastsættelse for at tage hensyn til den pågældende ordregivers adfærd, forekommer det mig, at denne mulighed er udtryk for en korrekt anvendelse af proportionalitetsprincip-

30 — Jf. i denne retning A. Frignagni: »La penali  di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese« i Riv. dir. civ., 1981, I, s. 511: »Muligheden for at forhøje størrelsen af tvangsbøden opfylder det førnævnte formål om lettere at overvinde skyldnerens modstand. Dette indebærer i øvrigt, at det er nødvendigt at fastsætte beløbet endeligt.«

29 — Jf. artikel 2, stk. 5.

pet<sup>31</sup>. Dette grundlæggende princip vil ikke blive respekteret, hvis retten endeligt skulle fastlægge det beløb, ordregiveren skulle betale, uden at den havde beføjelse til at tage hensyn til den pågældendes medvirken under procedurens forløb, den omstændighed, at overtrædelsen straks ophørte, samt alle dårlige forhold, som er kendetegnende for den pågældende sag.

myndigheders offentliggørelse af direktiv 92/13 i et særligt tidsskrift, der er meget udbredt blandt aktørerne inden for offentligt udbud<sup>32</sup>. Den franske regering har endvidere anført, at der endnu ikke er udpeget attestatorer, da ordregiverne endnu ikke har indgivet anmodning herom.

### Attesteringsordningen

19. Kommissionen har gjort gældende, at Den Franske Republik ikke har træffet nogen gennemførelsesforanstaltninger for så vidt angår direktivets kapitel 2, som regulerer attesteringsordningen. Den franske regering erkender, at lov nr. 93-1416 ikke indeholder bestemmelser i så henseende, men finder, at disse bestemmelser ikke var nødvendige i det foreliggende tilfælde. For at foretage en korrekt gennemførelse af direktivets kapitel er det ifølge den franske regering tilstrækkeligt, at ordregiverne bliver sat i stand til at få kendskab til muligheden for at underkaste udbudsprocedurer den pågældende attesteringsordning, der netop er fastsat ved bestemmelserne i kapitel 2. Den franske regering har gjort gældende, at et sådant kendskab er blevet formidlet ved de franske

Det af Kommissionen fremsatte klagepunkt må efter min opfattelse tages til følge. Som Kommissionen har anført, forudsætter direktivets kapitel 2, at der ved gennemførelsen fastsættes passende bestemmelser, der bl.a. skal præcisere, hvilken attesteringsordning der er valgt, fremgangsmåden for udpegelsen af attestatorer, de faglige betingelser, disse skal opfylde osv. Sådanne bestemmelser mangler helt og aldeles i lov nr. 93-1416. Det skal endvidere bemærkes, at ifølge Domstolens faste praksis skal et direktivs bestemmelser gennemføres »ved udstedelsen af utvivlsomt bindende regler, der ... konkret udgør bestemte, klare regler, der opfylder kravet om retssikkerhed«<sup>33</sup>. Medlemsstaterne skal således »for at sikre, at direktiverne retligt og ikke blot faktisk anvendes fuldt ud, skabe en præcis lovramme for det område, der er tale om«<sup>34</sup>. Offentliggørelse af direktivet i et tidsskrift — også selv om dette har mange læsere blandt dem, der beskæftiger sig med offentligt udbud — opfylder ikke i sig selv de ovenfor nævnte krav, der stilles i henhold til retspraksis.

31 — Det er efter min opfattelse ikke en tilfældighed, at artikel 15, stk. 3, i forordningen om fusionskontrol, citeret i fodnote 20, bestemmer, at »når de i artikel 3, stk. 1, litra b), omhandlede personer samt virksomhederne eller sammenlutningerne af virksomheder har efterkommet den forpligtelse, til hvis opfyldelse tvangsbøden er blevet fastsat, kan Kommissionen fastsætte tvangsbødens endelige størrelse til et mindre beløb end det, den oprindelige beslutning ville føre til« (min fremhævelse). Det forekommer mig ikke, at denne bestemmelse — som udgør en logisk anvendelse af proportionalitetsprincippet — formindsker tvangsbødens afskrækkende virkning.

32 — Den franske regering har henvist til april-maj-nummeret fra 1992 af tidsskriftet *Marchés publics*.

33 — Jf. dommen i sag C-59/89, Kommissionen mod Tyskland, nævnt i fodnote 26, præmis 24.

34 — Sammesteds, præmis 28.

### *Forligsproceduren*

20. Kommissionen har endelig gjort gældende, at de franske myndigheder ikke har gennemført de regler, der er fastsat i direktivets kapitel 4 vedrørende forligsproceduren, i fransk ret. Den franske regering bestrider ikke, at den ikke har udstedt passende gennemførelsesbestemmelser, men den har gjort gældende, at det i det foreliggende tilfælde ikke var nødvendigt at fastsætte udtrykkelige gennemførelsesbestemmelser. Ifølge den franske regering har medlemsstaterne i henhold til direktivet alene pligt til at fremsende de anmodninger om forlig, de modtager fra berørte parter, til Kommissionen<sup>35</sup>. Den har endvidere anført, at de berørte på korrekt vis er blevet oplyst om den mulighed, direktivet indebærer, for at anvende den pågældende procedure, hvilket skete ved offentliggørelsen af direktivet i det nævnte tidsskrift *Marchés publics*.

Efter min opfattelse kan de argumenter, den franske regering har fremsat, ikke tages til følge. Den begrænsede rolle, direktivets kapitel 4 tillægger medlemsstaterne i forbindelse med forligsproceduren, fritager ikke de nationale myndigheder fra pligten til at træffe foranstaltninger til at sikre, at de pågældende bestemmelser gennemføres korrekt. Dette gælder — som den franske regering har erkendt — i endnu højere grad, når gennemførelsen endvidere har til formål at give de berørte kendskab til eksistensen af en sådan procedure og mulighed for at anvende denne. Det kan — af grunde, der svarer til dem, der er anført vedrørende attesteringsordningen — ikke antages, at dette grundlæggende krav om offentlighed er opfyldt ved offentliggørelsen af direktivet i det pågældende nummer af tidsskriftet *Marchés publics*. Denne offentliggørelse opfylder som følge heraf ikke de betingelser, der er fastlagt i Domstolens praksis.

### Forslag til afgørelse

21. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen

- 1) fastslår, at Den Franske Republik har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den i henhold til artikel 13, stk. 1, i Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, idet den ikke inden for den fastsatte frist har sat de love og administrative bestemmelser i kraft, som er nødvendige for at efterkomme direktivets kapitel 2 og 4, og
- 2) tilpligter Den Franske Republik til at betale sagens omkostninger.

<sup>35</sup> — Jf. artikel 9, stk. 2.