

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
ANTONIO LA PERGOLA
της 19ης Ιανουαρίου 1999 *

1. Με την παρούσα προσφυγή η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο να αναγνωρίσει ότι η Γαλλική Δημοκρατία προέβη σε μερική μόνο, εν πάση περιπτώσει μη προσήκουσα, μεταφορά στη γαλλική έννομη τάξη της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών¹ (στο εξής: οδηγία).

Η οδηγία

2. Η οδηγία, της οποίας η μεταφορά στη γαλλική έννομη τάξη δεν είναι, κατά την Επιτροπή, η προσήκουσα, έχει ως σκοπό να διασφαλιστεί η θέσπιση από τους εθνικούς νομοθέτες ταχείων και αποτελεσματικών διαδικασιών προσφυγής για την πρόληψη και άρση ενδεχομένων παραβάσεων των κοινοτικών διατάξεων περί συνάψεως συμβάσεων². Η οδηγία προσδιορίζει τις «εξουσίες»

που πρέπει να παρασχεθούν προς τούτο στα όργανα που θα επιλαμβάνονται των εν λόγω προσφυγών. Συναφώς, το άρθρο 2, παράγραφος 1, δίδει στα κράτη μέλη την ευχέρεια επιλογής μεταξύ δύο διαφορετικών λύσεων, οι οποίες όμως είναι ισοδύναμες ως προς τα πρακτικά αποτελέσματά τους³: πρώτον, στα στοιχεία α' και β' της εν λόγω διατάξεως προβλέπεται η εναλλακτική λύση «αναστολή-ακύρωση»· δεύτερον, προβλέπεται η δυνατότητα λήψεως, το συντομότερο δυνατόν, «άλλων μέτρων» για την επίτευξη του ίδιου αποτελέσματος, μεταξύ των οποίων αναφέρεται η δυνατότητα «να εκδίδεται εντολή πληρωμής καθορισμένου ποσού στην περίπτωση κατά την οποία η παράβαση δεν επαγορεύθηκε ή δεν αποτράπηκε»⁴. Η τελευταία αυτή εναλλακτική λύση, στην οποία αναφέρεται το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοι-

3 — Η λέγόμενη εναλλακτική λύση «αναστολή-ακύρωση» προβλέπεται στο άρθρο 2 ως εξής:

«1. Τα κράτη μέλη μεριμνούν ώστε τα μέτρα που λαμβάνουν όσον αφορά τις προσφυγές που αναφέρονται στο άρθρο 1 να προβλέπουν τις εξουσίες προκειμένου:

είτε

α) να λαμβάνονται, το συντομότερο και με διαδικασίες ασφαλιστικών μέτρων, προσωρινά μέτρα για τη θεραπεία της προβληθείσας παραβάσεως ή την αποτροπή περαιτέρω ζημίας των υιοθεμένων συμπεριφορών, συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν ή εξασφαλίζουν την αναστολή της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης ή της εκτέλεσης κάθε απόφασης που έχει ληφθεί από τον αναθέτοντα φορέα, και

β) να ακιρώνονται οι παράνομες αποφάσεις ή να εξασφαλίζεται η ακύρωσή τους, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας κατάγγησης των τεχνικών, οικονομικών ή χρηματοδοτικών προδιαγραφών που εισάγουν διακρίσεις και που περιέχονται στη διακήρυξη της δημοπρασίας, στην ενδεικτική περιοδική διακήρυξη, στη διακήρυξη σχετικά με την ύπαρξη συστήματος προεπιλογής, στην προδίκληση υποβολής προφορών, στη συγγραφή υποχρεώσεων ή σε οποιοδήποτε άλλο έγγραφο που έχει σχέση με την εν λόγω διαδικασία σύναψης της σύμβασης, (...).»

4 — Η υπογράμμιση δική μου.

* Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

1 — ΕΕ L 76, σ. 14.

2 — Βλ. την πέμπτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας. Το άρθρο 1 της οδηγίας προβλέπει τα εξής: «1. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για να εξασφαλίσουν ότι κατά των αποφάσεων που λαμβάνουν οι αναθέτοντες φορείς είναι δυνατόν να ασκηθούν προσφυγές αποτελεσματικές και, ιδιαιτέρως, με όσο το δυνατόν ταχύτερες διαδικασίες, υπό τις προϋποθέσεις που ορίζονται από τα επόμενα άρθρα, και ιδίως από το άρθρο 2, παράγραφος 8, λόγω του ότι οι αποφάσεις αυτές παραβιάζουν είτε την κοινοτική νομοθεσία τη σχετική με τη σύναψη συμβάσεων είτε τους εθνικούς κανόνες εφαρμογής της νομοθεσίας αυτής όσον αφορά: α) τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που εμπύκνουν στο πεδίο της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ και β) την τήρηση του άρθρου 3, παράγραφος 2, στοιχείο α', της εν λόγω οδηγίας, για τους αναθέτοντες φορείς στους οποίους εφαρμόζεται η διάταξη αυτή (...).»

χείο γ', επελέγη από τον Γάλλο νομοθέτη κατά τη μεταφορά της οδηγίας στη γαλλική έννομη τάξη.

3. Το δεύτερο κεφάλαιο της οδηγίας ρυθμίζει το σύστημα πιστοποίησης και αποτελεί και αυτό αντικείμενο της παρούσας προσφυγής. Βασικά προβλέπει ⁵ ότι τα κράτη μέλη δίδουν στους αναθέτοντες φορείς τη δυνατότητα «να προσφεύγουν σε μια διαπιστωτική διαδικασία», τα κύρια χαρακτηριστικά της οποίας εκτίθενται στα άρθρα 4 έως 7. Σύμφωνα με τη διαδικασία αυτή, οι εν λόγω φορείς «μπορούν να ζητούν κατά περιόδους να υποβάλλονται σε διαπίστωση οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων που εμπíπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ, καθώς και η πρακτική εφαρμογή τους, προκειμένου να τους χορηγείται βεβαίωση ότι, κατά τη στιγμή αυτή, οι προαναφερόμενες διαδικασίες είναι σύμφωνες με την κοινοτική νομοθεσία τη σχετική με τη σύναψη συμβάσεων καθώς και με τους εθνικούς κανόνες εφαρμογής της νομοθεσίας αυτής» ⁶.

4. Το κεφάλαιο 4 της οδηγίας καθιερώνει ένα σύστημα συμβιβασμού. Κατά το άρθρο 9, η διαδικασία αυτή μπορεί να κινήσει «κάθε πρόσωπο που έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί μια σύμβαση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 90/531/ΕΟΚ και το οποίο κρίνει ότι, στα πλαίσια της διαδικασίας σύναψης της εν λόγω σύμβασης, υπέστη ή υπάρχει κίνδυνος να υποστεί βλάβη λόγω μη τήρησης της κοινοτικής νομοθεσίας της σχετικής με τη σύναψη συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων εφαρμογής της νομοθεσίας αυτής (...)». Ο αναθέτων φορέας πάντως δεν υπέχει υποχρέωση συμμετοχής στην εν λόγω διαδι-

κασία ⁷. Το έργο των διαιτητών — υπό την προϋπόθεση ότι ο αναθέτων φορέας έχει συγκατατεθεί για την κίνηση της εν λόγω διαδικασίας — είναι η επίτευξη «το συντομότερο συμφωνίας μεταξύ των μερών, συμφώνως προς το κοινοτικό δίκαιο» ⁸ και η ενημέρωση της Επιτροπής «για τα πορίσματα και για τα αποτελέσματα στα οποία κατέληξαν» ⁹.

5. Η προθεσμία για τη μεταφορά της οδηγίας στα εθνικά δίκαια έληξε την 1η Ιανουαρίου 1993.

Η γαλλική νομοθεσία για τη μεταφορά της οδηγίας

6. Η οδηγία μεταφέρθηκε στη γαλλική νομοθεσία με τον νόμο 93-1416, της 29ης Δεκεμβρίου 1993, περί των προσφυγών όσον αφορά τη σύναψη ορισμένων συμβάσεων προμηθειών και συμβάσεων έργου στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών ¹⁰. Το κείμενο του νόμου κοινοποιήθηκε στην Επιτροπή με έγγραφο της 14ης Ιανουαρίου 1994.

Κατά τη μεταφορά του άρθρου 2 της οδηγίας στο γαλλικό δίκαιο, ο Γάλλος νομοθέτης

7 — Βλ. άρθρο 10, παράγραφος 1.

8 — Βλ. άρθρο 10, παράγραφος 4.

9 — Βλ. άρθρο 10, παράγραφος 5.

10 — *JORF* (Εφημερίδα της Κυβερνήσεως της Γαλλικής Δημοκρατίας), της 1ης Ιανουαρίου 1994, σ. 10.

5 — Βλ. άρθρο 3.

6 — Βλ. άρθρο 4.

επέλεξε την προβλεπόμενη στην παράγραφο 1, στοιχείο γ', εναλλακτική λύση, η οποία προβλέπει ότι στο δικαστήριο πρέπει να απονέμεται η εξουσία να εκδίδει «εντολή πληρωμής καθορισμένου ποσού στην περίπτωση κατά την οποία η παράβαση δεν επανορθώθηκε ή δεν αποτράπηκε»¹¹.

Προς τούτο, το άρθρο 1 του νόμου 93-1416 προβλέπει ότι, κατόπιν αιτήσεως οποιουδήποτε έχει συμφέρον για τη σύναψη της συμβάσεως και ενδέχεται να θιγεί από την παράβαση που έχει τελέσει ο αναθέτων φορέας, ο πρόεδρος του αρμόδιου δικαστηρίου μπορεί να διατάξει τον παραβάτη να συμμορφωθεί προς τις υποχρεώσεις του και του τάσσει συναφώς προθεσμία για τη συμμόρφωσή του. Μπορεί επίσης να επιβάλει προσωρινή χρηματική ποινή (*astreinte provisoire*) από την ημερομηνία λήξεως της προθεσμίας. Ο δικαστής μπορεί πάντως «να συνεκτιμήσει τις πιθανές συνέπειες του μέτρου αυτού για όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να θιγούν, και κυρίως για το δημόσιο συμφέρον, και να αποφασίσει να μη λάβει το εν λόγω μέτρο, εάν οι αρνητικές συνέπειές του ενδέχεται να υπερβούν τις θετικές»¹². Η τέταρτη παράγραφος αυτού του άρθρου 1 ορίζει ότι «το ποσό της προσωρινής χρηματικής ποινής εκκαθαρίζεται ενόψει της συμπεριφοράς του υποχρέου προς συμμόρφωση και των δυσχερειών που αντιμετώπισε κατά τη συμμόρφωση αυτή».

Στη συνέχεια, στην έκτη παράγραφο του άρθρου 1, προβλέπεται η επιβολή οριστικής χρηματικής ποινής (*astreinte définitive*): «αν κατά την εκκαθάριση της προσωρινής χρηματικής ποινής δεν έχει αρθεί η διαπιστωθείσα παράβαση, το δικαστήριο μπορεί να επιβάλει οριστική χρηματική ποινή (...)».

Η χρηματική ποινή, είτε προσωρινή είτε οριστική, είναι ανεξάρτητη της αποζημιώσεως και ανακαλείται, εν όλω ή εν μέρει, αν αποδειχθεί ότι η μη συμμόρφωση ή η καθυστερημένη συμμόρφωση προς τη δικαστική απόφαση οφείλεται σε λόγους ανεξάρτητους της θελήσεως του υποχρέου¹³.

Το άρθρο 4 του νόμου 93-1416 περιέχει διατάξεις των οποίων το περιεχόμενο είναι ανάλογο με το περιεχόμενο του άρθρου 1, με τη διαφορά ότι οι σχετικές εξουσίες απονέμονται στον πρόεδρο του διοικητικού πρωτοδικείου.

7. Η εν λόγω γαλλική ρύθμιση δεν περιέχει καμία ειδική διάταξη για τη μεταφορά στη γαλλική νομοθεσία των κεφαλαίων 2 και 3 της οδηγίας, τα οποία αφορούν το σύστημα πιστοποίησης και τη διαδικασία συμβιβασμού αντιστοίχως.

Η διαδικασία πριν από την άσκηση της προσφυγής

8. Με έγγραφο οχλήσεως της 8ης Σεπτεμβρίου 1995, η Επιτροπή πληροφόρησε τις γαλλικές αρχές ότι το σύστημα της χρηματικής ποινής που προέβλεπε ο νόμος 93-1416 δεν αποτελούσε προσήκουσα μεταφορά στη γαλλική έννομη τάξη του πρώτου κεφαλαίου της οδηγίας· επιπλέον, κατά την Επιτροπή, στον εν λόγω νόμο δεν υπήρχε καμία διάταξη για τη μεταφορά στη γαλλική νομοθεσία των διατάξεων της οδηγίας περί του συστήματος

11 — Η υπογράμμιση δική μου.

12 — Βλ. άρθρο 1, τρίτη παράγραφος (κατ' ελεύθερη μετάφραση).

13 — Βλ. άρθρο 1, έβδομη παράγραφος.

πιστοποιήσεως και περί της διαδικασίας συμβιβασμού.

Στις 8 Νοεμβρίου 1996 η Επιτροπή, κρίνοντας ότι η απάντηση των γαλλικών αρχών δεν ήταν ικανοποιητική, απέστειλε στη Γαλλική Κυβέρνηση αιτιολογημένη γνώμη.

Δεδομένου ότι ούτε η απάντηση στην αιτιολογημένη γνώμη κρίθηκε ικανοποιητική από την Επιτροπή, το κοινοτικό αυτό όργανο άσκησε ενώπιον του Δικαστηρίου την παρούσα προσφυγή βάσει του άρθρου 169 της Συνθήκης.

Επί της ουσίας

9. Το προσφεύγον κοινοτικό όργανο αμφισβητεί την ορθότητα της μεταφοράς της οδηγίας στο γαλλικό δίκαιο από πολλές απόψεις: κατά την Επιτροπή, το σύστημα των χρηματικών ποινών, το οποίο θεσπίστηκε με τον νόμο 93-1416, δεν συνιστά προσήκουσα μεταφορά του άρθρου 2 της οδηγίας· επιπλέον, ο Γάλλος νομοθέτης δεν έλαβε μέτρα μεταφοράς των διατάξεων της οδηγίας που αφορούν το σύστημα πιστοποιήσεως και τη διαδικασία συμβιβασμού.

Επί του ζητήματος κατά πόσον το σύστημα των χρηματικών ποινών είναι το ενδεδειγμένο

10. Η Γαλλία επέλεξε, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στην εσωτερική της έννομη τάξη, τη λύση που προβλέπεται στο στοιχείο γ', δηλαδή επέλεξε την οδό των «οικονομικών μέτρων αποτροπής» και όχι την αναστολή-ακύρωση¹⁴. Ο νόμος 93-1416 παρέχει δηλαδή στον πρόεδρο του αρμόδιου δικαστηρίου την εξουσία να διατάσσει τον παραβάτη να συμμορφωθεί προς τις υποχρεώσεις του, καθώς και την εξουσία επιβολής χρηματικής ποινής, η οποία σε πρώτη φάση έχει προσωρινό χαρακτήρα και στη συνέχεια μπορεί, κατά τον χρόνο της εκκαθαρίσεως, να καταστεί οριστική¹⁵.

11. Η Επιτροπή δεν αμφισβητεί κατ' αρχήν το δικαίωμα των γαλλικών αρχών να επιλέξουν τη λεγόμενη επιλεκτική λύση γ', αλλά φρονεί ότι ο νόμος 93-1416 δεν μετέφερε προσηκόντως στη γαλλική νομοθεσία τις σχετικές διατάξεις της οδηγίας. Κατά την Επιτροπή δηλαδή, ο Γάλλος νομοθέτης παρέλειψε να προσδώσει στον μηχανισμό των χρηματικών ποινών τον ενδεδειγμένο αποτρεπτικό χαρακτήρα, όπως προβλέπει ρητά το άρθρο 2, παράγραφος 5, της οδηγίας. Ειδικότερα, το προσφεύγον κοινοτικό όργανο υποστηρίζει ότι ήταν αναγκαίο να θεσπιστεί στο γαλλικό δίκαιο ειδική περί αυτού διάταξη, ενώ ο Γάλλος νομοθέτης παρέσχε στο δικαστήριο πλήρη διακριτική ευχέρεια για τον καθορισμό της ποινής σε τέτοιο ύψος, ώστε να διασφαλίζεται ο αποτρεπτικός χαρακτήρας του. Συναφώς δεν είναι πειστικό — συνεχίζει η Επιτροπή — το επιχείρημα ότι τα εθνικά δικαστήρια είναι οπωσδήποτε υποχρεωμένα να ερμηνεύουν τους κανόνες του εσωτερικού δικαίου λαμβάνοντας υπόψη τους σκοπούς της οδηγίας και επομένως — όσον

14 — Βλ. ανωτέρω, σημείο 2.

15 — Βλ. ανωτέρω, σημείο 6.

αφορά την παρούσα υπόθεση — να καθορίζουν το ύψος της χρηματικής ποινής σε αρκετά υψηλό επίπεδο, ώστε να διασφαλίζεται ο αποτρεπτικός χαρακτήρας του. Η προσφεύγουσα υπενθυμίζει τη σχετική νομολογία του Δικαστηρίου, κατά την οποία η νομολογία των εθνικών δικαστηρίων, έστω και αν είναι σύμφωνη προς το γράμμα και το πνεύμα μιας οδηγίας, δεν αρκεί για να πληρούνται οι προϋποθέσεις προσήκουσας μεταφοράς της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο ¹⁶.

Ποια είναι τελικά η άποψη της Επιτροπής; Η Επιτροπή θεωρεί ότι ο ιδιαίτερα αποτρεπτικός χαρακτήρας της χρηματικής ποινής έπρεπε να διασφαλιστεί άμεσα από τον νομοθέτη. Το ύψος της επομένως έπρεπε να καθοριστεί με νόμο και να μην αφεθεί στη διακριτική ευχέρεια του δικαστηρίου. Εν πάση περιπτώσει, έπρεπε, κατά την ενσωμάτωση των διατάξεων της οδηγίας στις νομοθετικές διατάξεις του εσωτερικού δικαίου, είτε να προβλεφθεί ειδική διάταξη από την οποία να προκύπτει σαφώς ότι το ύψος της χρηματικής ποινής είναι το ενδεδειγμένο για την παραγωγή του αναγκαίου αποτρεπτικού αποτελέσματος είτε να θεσπιστούν οι κατάλληλες διατάξεις για τον περιορισμό της διακριτικής ευχέρειας που παρέχεται στο δικαστήριο για τον καθορισμό του ύψους αυτού, διατάξεις δηλαδή που να προβλέπουν τουλάχιστον ένα ελάχιστο ποσό για τη χρηματική ποινή ή να επιβάλλουν κάποιον άλλο ενδεδειγμένο περιορισμό σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία.

12. Στα ανωτέρω επιχειρήματα η καθής κυβέρνηση απαντά κατ' ουσίαν ότι η χρηματική ποινή έχει εξ ορισμού αποτρεπτικό χαρακτήρα. Επιπλέον, κατά την καθής κυβέρνη-

ση, καμία διάταξη της οδηγίας δεν επιβάλλει τον καθορισμό κατώτατων ορίων για τα ποσά που πρέπει να καταβάλλονται κατά το άρθρο 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ', ούτε τον εκ των προτέρων καθορισμό του ύψους των ποσών αυτών με νόμο. Η δυνατότητα αυτή προβλεπόταν βέβαια στην πρόταση οδηγίας που είχε υποβάλει η Επιτροπή, αλλά δεν περιελήφθη στο τελικό κείμενο ¹⁷.

13. Η άποψη της Επιτροπής μου δημιουργεί πολλά ερωτηματικά. Πρώτον, δεν με πείθει το επιχείρημα ότι ο Γάλλος νομοθέτης έπρεπε, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο γαλλικό δίκαιο, να ορίσει ότι η χρηματική ποινή πρέπει να έχει αποτρεπτικό χαρακτήρα. Κάτι τέτοιο θα ήταν, κατά τη γνώμη μου, τελειώς περιττό. Η χρηματική ποινή έχει εξ ορισμού τον σκοπό να κάμψει την αντίσταση του δύστροπου παραβάτη, χάρη ακριβώς στην επιβολή της υποχρέωσης καταβολής ορισμένου χρηματικού ποσού για κάθε ημέρα καθυστέρησης της εκτέλεσής της οφειλομένης παροχής. Η χρηματική ποινή αποτελεί συνεπώς το χαρακτηριστικότερο μέσο εξαναγκασμού του υποχρέου να συμμορφωθεί προς τις επιταγές του δικαστηρίου και η αποτρεπτική λειτουργία της συνίσταται ακριβώς στις ιδιαιτερότητες του τρόπου επιβολής της. Αυτός είναι ο λόγος για τον οποίο η ρητή νομοθετική διάταξη που θα όριζε απλώς ότι η χρηματική ποινή πρέπει να έχει αποτρεπτικό χαρακτήρα δεν θα προσέθετε τίποτε στην εξ ορισμού αποτρεπτική φύση του εν λόγω θεσμού, ο

17 — Βλ. άρθρο 11, παράγραφος 2, της πρότασης της Επιτροπής: «Το σύμφωνα με την παράγραφο 1 καταβλητέο ποσό ορίζεται από την αρμόδια για την παροχή ένομινης προστασίας αρχή σε επίπεδο που να αποτρέπει τον αναθέτοντα φορέα από το να διαπράξει ή να συνεχίσει την παράβαση. Το ποσό θα καλύπτει τουλάχιστον τα έξοδα για την προετοιμασία της προσφοράς ή τη συμμετοχή του προσφεύγοντος προσώπου στη διαδικασία ανάληψης. Το ποσό των εξόδων αυτών θεωρείται ότι ανέρχεται στο ένα τοις εκατό της αξίας της σύμβασης, εκτός εάν το πρόσωπο που ασκεί την προσφυγή αποδείξει ότι τα έξοδα αυτά είναι μεγαλύτερα. Η έκδοση εντολής πληρωμής χρηματικού ποσού σύμφωνα με τη διάταξη αυτή αποκλείει οποιαδήποτε περαιτέρω απαίτηση του ενδιαφερομένου για την ανάκτηση των εξόδων που έχουν ληφθεί υπόψη από την αρμόδια για την παροχή ένομινης προστασίας αρχή κατά την έκδοση της απόφασης» (ΕΕ 1990, C 216, σ. 8· η υπογράμμιση δική μου).

16 — Βλ. απόφαση της 19ης Σεπτεμβρίου 1996, C-236/95, Επιτροπή κατά Ελλάδος (Συλλογή 1996, α. 1-4459), καθώς και τη νομολογία που παρατίθεται στη σκέψη 13 της εν λόγω απόφασης.

οποίος συνιστά μέτρο έμμεσου — και ιδιαίτερα αποτελεσματικού — εξαναγκασμού σε συμμόρφωση προς τις επιταγές του δικαστηρίου.

14. Τελείως διαφορετικό — και πολύ πιο λεπτό — είναι το πρόβλημα αν ο Γάλλος νομοθέτης έπρεπε να διασφαλίσει τον αποτρεπτικό χαρακτήρα της χρηματικής ποινής καθορίζοντας άμεσα το ύψος της με τον νόμο περί μεταφοράς της οδηγίας ή προσδιορίζοντας ορισμένα κριτήρια ή άλλους τρόπους υπολογισμού της, προκειμένου να περιορίσει τη διακριτική εξουσία του δικαστηρίου κατά τον καθορισμό του ύψους αυτού. Αυτή είναι, κατά τη γνώμη μου, η ουσία της αιτιάσεως της Επιτροπής. Το άρθρο 2, παράγραφος 5, ορίζει συγκεκριμένα ότι «το ποσό που καταβάλλεται σύμφωνα με την παράγραφο 1, στοιχείο γ', πρέπει να καθορίζεται σε αρκετά υψηλό επίπεδο ώστε να αποτρέπει τον αναθέτοντα φορέα από τη διάπραξη παράβασης ή την εμμονή σε παράβαση»¹⁸. Το όλο πρόβλημα όμως συνίσταται στο να προσδιοριστεί ποιος πρέπει «να καθορίζει» το ποσό αυτό, προκειμένου να διασφαλίζεται ο αποτρεπτικός χαρακτήρας του: ο δικαστής, κατά την άσκηση της διακριτικής εξουσίας του, όπως υποστηρίζει η Γαλλική Κυβέρνηση; Ή μπορεί το αποτρεπτικό αποτέλεσμα να διασφαλίζεται με άλλους τρόπους, πέρα από τον εκ των προτέρων καθορισμό με νόμο των κριτηρίων βάσει των οποίων το δικαστήριο θα καθορίσει το οφειλόμενο ποσό;

Κατά τη γνώμη μου, ορθή είναι η πρώτη λύση, την οποία επέλεξε και ο Γάλλος νομοθέτης κατά τη μεταφορά της οδηγίας στη γαλλική έννομη τάξη. Η αντίθετη άποψη, που υποστηρίζεται από την προσφεύγουσα, δεν βρίσκει κανένα έρεισμα στο γράμμα της οδηγίας: συγκεκριμένα, το άρθρο 2, παράγραφος

5, δεν επιβάλλει την υποχρέωση καθορισμού των καταβλητέων ποσών από τον νομοθέτη αντί από τον δικαστή. Εξάλλου, η ίδια η Επιτροπή αναγνωρίζει ότι η οδηγία δεν επιβάλλει άμεσα την επιλογή της λύσεως αυτής. Πρέπει μάλιστα να ληφθεί υπόψη ότι η λύση αυτή, την οποία προέβλεπε η αρχική πρόταση, δεν περιελήφθη στο τελικό κείμενο. Βέβαια, αυτό το στοιχείο δεν έχει καθαντό αποφασιστική σημασία. Εντούτοις, νομίζω ότι από την ερμηνεία της οδηγίας προκύπτει σαφώς ότι η μόνη απαρέγκλιτη υποχρέωση την οποία επιβάλλει η οδηγία στα κράτη μέλη κατά τη μεταφορά της στα εθνικά δίκαια είναι να θεσπιστεί ένα αποτελεσματικό σύστημα: δηλαδή ένας μηχανισμός που να επιτρέπει την κατά το δυνατόν ταχεία άρση των παραβάσεων και να έχει, επιπλέον, το αναγκαίο αποτρεπτικό αποτέλεσμα ως προς τη διάπραξη νέων παραβάσεων. Με άλλα λόγια, αυτό που έχει σημασία για την προσήκουσα μεταφορά στο εθνικό δίκαιο της εναλλακτικής λύσεως γ' που προβλέπει η οδηγία είναι να θεσπίσουν τα κράτη μέλη ένα μηχανισμό «οικονομικών μέτρων αποτροπής» που να πληροί τις προϋποθέσεις αποτελεσματικότητας σε σχέση με την επίτευξη των ανωτέρω εκτεθέντων σκοπών.

Αν η άποψή μου είναι ορθή, τότε ο Γάλλος νομοθέτης μετέφερε προσηκόντως το άρθρο 2 της οδηγίας στο γαλλικό δίκαιο, καθόσον προέβλεψε την εφαρμογή του θεσμού της χρηματικής ποινής, ο οποίος αποτελεί εκ παραδόσεως, στη γαλλική έννομη τάξη, ένα από τα αποτελεσματικότερα μέσα προλήψεως της μη συμμορφώσεως προς τις επιταγές του δικαστή¹⁹. Άλλωστε, δεν νομίζω ότι η αποτελεσματικότητα της χρηματικής ποινής ως αποτρεπτικού μέτρου, επί της οποίας ορθώς επιμένει η Επιτροπή, εξαρτάται κατ' ανάγκη από τον προκαθορισμό του ύψους της κατά τη μεταφορά της οδηγίας στην εσωτερική

18 — Η υπογράμμιση δική μου.

19 — Βλ., π.χ., G. Couchez: *Voies d'exécution*, Παρίσι 1994, σ. 5, ο οποίος τονίζει τον έμμεσο, αλλά ιδιαίτερα αποτελεσματικό, καταναγκαστικό χαρακτήρα του εν λόγω θεσμού.

έννομη τάξη²⁰. Νομίζω μάλιστα ότι η υποθετική αυτή εξάρτηση διαψεύδεται στην πράξη, αν ληφθεί υπόψη η πείρα που έχει αποκτηθεί εντός των νομικών συστημάτων στα οποία είναι συχνή η εφαρμογή του θεσμού της χρηματικής ποινής: κανείς δεν αμφιβάλλει για την αποτρεπτική αποτελεσματικότητα του εν λόγω θεσμού, μολονότι σε πολλές περιπτώσεις ο καθορισμός του ύψους του καταβλητέου ποσού επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του δικαστηρίου και δεν έχει προβλεφθεί νομοθετικά²¹.

15. Είναι βέβαιο ότι με τον τρόπο αυτό η ορθή λειτουργία της «εναλλακτικής λύσεως γ'» — και ιδίως του πραγματικού αποτρεπτικού αποτελέσματος της χρηματικής ποινής — εξαρτάται από τη σώφρονα άσκηση της διακριτικής εξουσίας εκ μέρους του δικαστηρίου που καλείται να προσδιορίσει το οφειλόμενο ποσό. Οι επίμαχες διατάξεις όμως της οδηγίας την οποία αφορά η παρούσα υπόθεση δεν μπορούν να θεωρηθούν, κατά τη γνώμη μου, ως προσηκόντως μεταφερθείσες στο εσωτερικό δίκαιο, αν δεν παρέχεται στα δικαστήρια ευρύ περιθώριο διακριτικής εξουσίας κατά την εφαρμογή τους. Η φύση των παρα-

βάσεων μπορεί όντως να ποικίλλει τα μέγιστα. Επιπλέον, ενδέχεται να ποικίλουν επίσης η στάση του αναθέτοντος φορέα, η καλή του πίστη ή η καλοπιστία του, οι προσπάθειες του προς επανορθωση ή αποτροπή της παραβάσεως κ.ο.κ. Νομίζω ότι είναι προφανές ότι αυτοί οι παράγοντες πρέπει οπωσδήποτε να λαμβάνονται υπόψη κατά τον καθορισμό του ύψους του καταβλητέου ποσού, υπό την έννοια του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο γ'. Και το πιο κατάλληλο όργανο να προβεί στην αξιολόγηση αυτή δεν μπορεί να είναι παρά το δικαστήριο κατά την άσκηση της διακριτικής εξουσίας του. Ο εκ των προτέρων νομοθετικός προσδιορισμός του ύψους της χρηματικής ποινής δεν θα εξυπηρετούσε την έκδοση μιας τέτοιας δικαστικής αποφάσεως. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η ύπαρξη νομοθετικής διατάξεως που θα παρείχε στον δικαστή την ευχέρεια να προσδιορίζει το οφειλόμενο ποσό μεταξύ ενός κατωτάτου και ενός ανωτάτου ορίου θα ανταποκρινόταν στην ανάγκη εκκαθαρίσεως της χρηματικής ποινής λαμβανομένων υπόψη όλων των ιδιαίτερων στοιχείων της συγκεκριμένης περιπτώσεως. Αυτή η λύση όμως είναι βέβαιο ότι δεν θα καταργούσε τη διακριτική ευχέρεια του δικαστηρίου να προσδιορίζει, σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, το ύψος της χρηματικής ποινής, εντός των ορίων έστω που θα είχε προκαθορίσει ο νομοθέτης. Εξάλλου, τα όρια αυτά θα έπρεπε να είναι τόσο ευρέα, ώστε το δικαστήριο να έχει οπωσδήποτε τη δυνατότητα να λαμβάνει υπόψη τις διάφορες περιπτώσεις που θα μπορούσαν να ανακύψουν. Ούτε βέβαια θα ήταν εύκολο για το Δικαστήριο να ελέγχει την εκ μέρους του εθνικού νομοθέτη άσκηση της διακριτικής ευχέρειάς του ως προς τον καθορισμό των ορίων αυτών κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εθνικό δίκαιο.

Εξάλλου, έχει σημασία το γεγονός ότι η ίδια η οδηγία έχει παράσχει στα όργανα που επιλαμβάνονται των προσφυγών ευρέα περιθώρια διακριτικής ευχέρειας κατά την άσκηση των εξουσιών που τους απονέμει το άρθρο 2. Η παράγραφος 4 του άρθρου αυτού προ-

20 — Φυσικά δεν λείπουν οι περιπτώσεις στις οποίες ο νομοθέτης έχει θεσπίσει λεπτομερείς διατάξεις για τον προσδιορισμό του ύψους της χρηματικής ποινής. Συναφώς θα ήθελα να αναφερθώ π.χ. στο άρθρο 16 του κανονισμού 17 του Συμβουλίου, της 6ης Φεβρουαρίου 1962, πρώτου κανονισμού εφαρμογής των άρθρων 85 και 86 της Συνθήκης (ΕΕ ειδ. έκδ. 08/001, σ. 25), το οποίο παρήγει στην Επιτροπή την εξουσία να επιβάλλει «χρηματικές ποινές ύψους πενήντα μέχρι χιλίων λογιστικών μονάδων ανά ημέρα καθυστέρησης», ή στον κανονισμό (ΕΟΚ) 4064/89 του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1989, για τον έλεγχο των συγκεντρώσεων μεταξύ επιχειρήσεων (ΕΕ L 395, σ. 1), στον οποίο ο κοινοτικός νομοθέτης ακολούθησε την τεχνική του καθορισμού ενός ανωτάτου ορίου για τη χρηματική ποινή (άρθρο 15). Από τα ανωτέρω όμως δεν θα πρέπει να συναχθεί ότι η χρηματική ποινή είναι αποτελεσματική μόνον όταν έχει προβλεφθεί νομοθετικά ένα κατώτατο και/ή ανώτατο όριο.

21 — Βλ., όσον αφορά τη ρθμόση που ενσωματώθηκε στη βελγική νομοθεσία με τον ενιαίο νόμο για τη χρηματική ποινή στις χώρες της Βενελux (σύμβαση της 26ης Νοεμβρίου 1973, *Traaatenblad*, 1974, σ. 6), τις παρατηρήσεις του J. van Compernelle: *L'autreite*, Ηρυξέλλες 1992, σ. 47. Όσον αφορά τον καθορισμό της χρηματικής ποινής, ο συγγραφέας τονίζει ότι «το δικαστήριο διαθέτει ευρύτερη εξουσία εκτίμησης όσον αφορά τον καθορισμό του ποσού (...)». Λαμβάνοντας υπόψη όλες τις περιστάσεις της υποθέσεως, άρα και τη συμπεριφορά του οφειλέτη και τις οικονομικές δυνατότητές του, το δικαστήριο είναι ελεύθερο να καθορίσει το ποσό που κρίνει αναγκαίο για να ασκηθεί στον οφειλέτη η πείση που θα τον υποχρεώσει να εκπέσει την υποχρέωση που του έχει επιβληθεί (...)». Συναφώς το δικαστήριο άσκει αντεστέλ διακριτική εξουσία» (η υπογράμμιση δική μου).

βλέπει ότι «τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν ότι, όταν η αρμόδια αρχή εξετάζει το ενδεχόμενο λήψης προσωρινών μέτρων, μπορεί να συνεκτιμήσει τις πιθανές συνέπειες των μέτρων αυτών για όλα τα συμφέροντα που ενδέχεται να θιγούν, καθώς και το δημόσιο συμφέρον, και να αποφασίσει να μην λάβει τα εν λόγω μέτρα εάν οι αρνητικές συνέπειές τους ενδέχεται να υπερβούν τις θετικές (...)»²². Η ύπαρξη της τελευταίας αυτής διατάξεως δεν θα ήταν δικαιολογημένη, αν τα κράτη μέλη ήταν υποχρεωμένα να προβλέψουν, κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό τους δίκαιο, ένα σύστημα κατά το οποίο τα εθνικά όργανα θα έπρεπε να περιορίζονται στη μηχανιστική εφαρμογή των μέτρων που έχει προκαθορίσει ο νομοθέτης.

16. Η Επιτροπή πάντως παρατηρεί ότι ο νόμος 93-1416 — καθόσον ορίζει ότι το ποσό της χρηματικής ποινής καθορίζεται από τα δικαστήρια, κατά την άσκηση της διακριτικής τους εξουσίας, χωρίς να έχει θεσπιστεί συναφώς καμία νομοθετική διάταξη — αναθέτει κατ' ουσίαν στα δικαστήρια την προσήκουσα μεταφορά της οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη. Κατά την προσφεύγουσα δηλαδή, ακόμη και αν υποτεθεί ότι τα γαλλικά δικαστήρια κάνουν ορθή χρήση της διακριτικής εξουσίας τους και ερμηνεύουν τις διατάξεις του εσωτερικού νόμου σύμφωνα με τους σκοπούς της οδηγίας, δεν πληρούνται, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, οι προϋποθέσεις της προσήκουσας μεταφοράς της οδηγίας. Συναφώς, η προσφεύγουσα παραθέτει το ακόλουθο χωρίο από τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα Léger στην υπόθεση Επιτροπή κατά Ελλάδος²³: «νομολογία εθνικών δικαστηρίων, ερμηνεύουσα διατάξεις εσωτερικού δικαίου κατά τρόπο θεωρούμενο σύμφωνο προς τις επιταγές οδηγίας, δεν αρκεί προκειμένου να προσδώσει στις διατάξεις αυτές τον χαρακτηριστήρα μέτρων μεταφοράς της οδηγίας αυτής στην εσωτερική έννομη τάξη».

Στο σημείο αυτό θα ήθελα να διατυπώσω δύο παρατηρήσεις. Πρώτον, τα δικαστήρια, όπως ακριβώς και τα άλλα κρατικά όργανα, είναι υποχρεωμένα να ερμηνεύουν τις εθνικές διατάξεις λαμβάνοντας υπόψη τους σκοπούς που επιδιώκονται με τις οδηγίες²⁴. Επομένως, αποδέκτες της επίμαχης οδηγίας είναι και τα γαλλικά δικαστήρια. Θα μπορούσε μάλιστα να θεωρηθεί ότι το άρθρο 2, παράγραφος 5, καθόσον ορίζει ότι το καταβλητέο ποσό πρέπει να καθορίζεται σε αρκετά υψηλό επίπεδο, ώστε να έχει αποτρεπτικό αποτέλεσμα, απευθύνεται ακριβώς προς τα δικαστήρια, αφού η διάταξη αυτή διευκρινίζει τη φύση των εξουσιών που πρέπει να απονέμονται στα δικαστήρια.

Επιπλέον, δεν νομίζω ότι το νομολογιακό προηγούμενο που επικαλέστηκε η Επιτροπή έχει σημασία για την προκειμένη υπόθεση. Στην υπόθεση Επιτροπή κατά Ελλάδος δεν είχε θεσπιστεί καμία διάταξη περί μεταφοράς της οδηγίας και τα μέσα άμυνας της Ελληνικής Κυβερνήσεως συνίσταντο ακριβώς στον ισχυρισμό ότι η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας παρείχε ήδη, «ενόψει των επιταγών της οδηγίας, επαρκή δικαστική προστασία»²⁵. Ορθώς επομένως ο γενικός εισαγγελέας και το Δικαστήριο έκριναν στην ανωτέρω υπόθεση ότι δεν πληρούνταν οι θεμελιώδεις απαιτήσεις στις οποίες πρέπει να ανταποκρίνονται τα μέτρα μεταφοράς των οδηγιών: «οι απαιτήσεις της ασφάλειας

22 — Η υπογράμμιση δική μου.

23 — Όπ.π., σημείο 26 των προτάσεων.

24 — Βλ. τις αποφάσεις της 10ης Απριλίου 1984, 14/83, Von Colson και Kamann (Συλλογή 1984, σ. 1891), και της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Benjens (Συλλογή 1988, σ. 4635).

25 — Βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπή κατά Ελλάδος, σκέψη 8.

δικαίου και της κατάλληλης δημοσιότητας»²⁶. Η παρούσα όμως περίπτωση είναι διαφορετική. Η μεταφορά της οδηγίας στην εθνική έννομη τάξη πραγματοποιήθηκε με ειδική νομοθετική πράξη, οι δε γαλλικές αρχές δεν μπορούν να κατηγορηθούν ότι παρέλειψαν να ενσωματώσουν στον νόμο περί μεταφοράς της οδηγίας διάταξη η οποία ούτε επιβάλλεται από το γράμμα της οδηγίας ούτε είναι ουσιώδης για τη διασφάλιση της επιτεύξεως των σκοπών της οδηγίας. Όσον αφορά εξάλλου τις απαιτήσεις περί ασφάλειας δικαίου, νομίζω ότι έχουν ληφθεί πλήρως υπόψη, αφού — όπως γίνεται δεκτό με τη νομολογία του Δικαστηρίου²⁷ — οι ιδιώτες είναι σε θέση να γνωρίζουν την ύπαρξη και το περιεχόμενο των δικαιωμάτων που μπορούν να επικαλούνται βάσει της οδηγίας. Αυτό σημαίνει, στην προκειμένη περίπτωση, ότι η θεμελιώδης αυτή προϋπόθεση πληροούται όταν οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις είναι σε θέση να γνωρίζουν ότι υπάρχει δυνατότητα προσφυγής κατά της παραβάσεως των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων και ότι, επιπλέον, το δικαστήριο μπορεί να επιβάλλει, στο πλαίσιο της εν λόγω προσφυγής, χρηματική ποινή, αν ο αναθέτων φορέας δεν συμμορφωθεί προς τη δικαστική απόφαση. Η οδηγία δεν προβλέπει ότι το ποσό της χρηματικής ποινής πρέπει να είναι γνωστό εκ των προτέρων, ούτε άλλωστε αυτό θα ανταποκρινόταν, σε τελική ανάλυση, προς τις απαιτήσεις της ασφάλειας δικαίου. Αυτή η εκ των προτέρων γνώση θα ήταν, εν πάση περιπτώσει, ενδεικτική μόνο και ατελής, αφού ο καθορισμός του ποσού υπόκειται — για

τους λόγους που έχω ήδη εκθέσει — σε αυξομειώσεις, οι οποίες εξαρτώνται από διάφορους παράγοντες, που δεν μπορούν να προβλεφθούν εκ των προτέρων.

17. Στη συνέχεια η Επιτροπή επικρίνει τον νόμο 93-1416 για τον λόγο επίσης ότι ο θεσμός της χρηματικής ποινής, τον οποίο θέσπισε ο Γάλλος νομοθέτης για τη μεταφορά της οδηγίας στο γαλλικό δίκαιο, έχει τον χαρακτήρα παρεκκλίσεως έναντι των κανόνων του γαλλικού κοινού δικαίου περί χρηματικών ποινών, και ιδίως έναντι του νόμου του 1991 για τη μεταρρύθμιση των αστικών διαδικασιών εκτελέσεως²⁸. Συνεπώς, οι γαλλικές αρχές έχουν παραβεί, κατά την Επιτροπή, το άρθρο 1, παράγραφος 2, της οδηγίας, το οποίο προβλέπει ότι «τα κράτη μέλη μερμινούν ώστε να μη γίνεται καμία διάκριση μεταξύ των επιχειρήσεων που μπορούν να ισχυρισθούν ότι υπέστησαν ζημία στα πλαίσια διαδικασίας σύναψης σύμβασης, λόγω του διαχωρισμού που γίνεται με την παρούσα οδηγία μεταξύ των εθνικών κανόνων εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου και των άλλων εθνικών κανόνων».

Ούτε αυτή η αιτίαση όμως πρέπει να γίνει δεκτή. Όπως ορθά παρατήρησε η Γαλλική Κυβέρνηση, τα ζητήματα που ρυθμίζει ο νόμος 93-1416 διαφέρουν από τα ζητήματα που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του νόμου 91-650. Ο τελευταίος αυτός νόμος αφορά την τήρηση προκαθορισμένων υποχρεώσεων και επιτρέπει στο δικαστήριο, πέρα από τη λήψη άλλων μέτρων, να επιβάλλει ακριβώς οριωμένη χρηματική ποινή. Ο νόμος 91-650 δεν μπορούσε συνεπώς να αποτελέσει αυτούσιος και χωρίς καμία τροποποίηση τη

26 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα, σημείο 24. Στη σκέψη 13 της αποφάσεως το Δικαστήριο υπενθύμισε την πάγια νομολογία κατά την οποία «είναι ιδιαίτερα σημαντικό, για την τήρηση της επιταγής της ασφάλειας δικαίου, να είναι η νομική κατάσταση των ιδιωτών σαφής και συγκεκριμένη και να τους επιτρέπει να γνωρίζουν το πλήρες περιεχόμενο των δικαιωμάτων τους και, ενδεχομένως, να τα επικαλούνται ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων» [βλ. τις αποφάσεις της 23ης Μαΐου 1985, 29/84, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Σύλλογη 1985, σ. 1661, σκέψη 23), της 9ης Απριλίου 1987, 363/85, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Σύλλογη 1987, σ. 1733, σκέψη 7), και της 30ης Μαΐου 1991, C-59/89, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Σύλλογη 1991, σ. 1-2607, σκέψη 18)].

27 — Βλ. τις αποφάσεις που παρατίθενται στην προηγούμενη υποσημείωση.

28 — Νόμος 91-650, της 9ης Ιουλίου 1991 (JORF της 14ης Ιουλίου 1991, σ. 9228).

βάση για τη μεταφορά στη γαλλική νομοθεσία της υπό κρίση οδηγίας. Ο νόμος αυτός δεν επιτρέπει στο δικαστήριο — ούτε στα τακτικά ούτε στα διοικητικά δικαστήρια — να παρεμβαίνουν στις διαδικασίες συνάψεως των συμβάσεων. Κατά συνέπεια, η θέσπιση του νόμου 93-1416 δεν αντανάκλα την πρόθεση του Γάλλου νομοθέτη να δημιουργήσει μια διαδικασία που να παρεκκλίνει και να είναι λιγότερο δεσμευτική από τη διαδικασία που προβλέπει η εθνική πολιτική δικονομία. Το μόνο κοινό στοιχείο μεταξύ των δύο ρυθμίσεων είναι ότι αμφότερες προβλέπουν την επιβολή χρηματικών ποινών. Εκτός από αυτό, δεν υπάρχουν άλλες ομοιότητες μεταξύ των ρυθμίσεων αυτών. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι δεν υφίσταται παράβαση του προαναφερθέντος άρθρου 1, παράγραφος 2, για τον λόγο ότι ο εθνικός νομοθέτης προέβλεψε — δεδομένου ότι η ρύθμιση του νόμου 91-650 δεν μπορούσε να έχει εφαρμογή — ειδικούς κανόνες για τη μεταφορά της οδηγίας, με τους οποίους λαμβάνονται υπόψη οι ιδιαιτερότητες των διαφορών που γεννώνται στον τομέα που ρυθμίζει η υπό κρίση οδηγία.

18. Μένει τέλος να εξεταστεί η τελευταία αιτίαση της Επιτροπής σε σχέση με τον νόμο 93-1416: η αιτίαση που αφορά τη διάκριση μεταξύ προσωρινής και οριστικής χρηματικής ποινής. Ειδικότερα, το προσφεύγον κοινοτικό όργανο θεωρεί ότι δεν είναι σύμφωνη προς την οδηγία η — προβλεπόμενη από τον εν λόγω νόμο — δυνατότητα του δικαστή να επιβάλλει αρχικά προσωρινή ποινή και στη συνέχεια, κατά την εκκαθάριση, οριστική ποινή. Κατά την Επιτροπή, η δυνατότητα αυτή ούτε προβλέπεται ούτε επιτρέπεται από την οδηγία: ο κοινοτικός νομοθέτης δηλαδή προέβλεψε απλώς ότι η πληρωμή «μπορεί να εξαρτηθεί από την έκδοση τελικής απόφαση που να δέχεται ότι η παράβαση όντως διεπράχθη»²⁹. Εξάλλου, καμία διάταξη δεν παρέχει στον δικαστή — πράγμα που προβλέπει αντίθετα ο γαλλικός νόμος περί μεταφοράς της οδηγίας — την εξουσία αυξο-

μειώσεως του ποσού αυτού ούτε προβλέπεται η δυνατότητα καθορισμού του ποσού βάσει της συμπεριφοράς που έχει επιδείξει ο υπόχρεος προς συμμόρφωση. Τούτο έχει ως αποτέλεσμα, κατά την προσφεύγουσα, ότι ο μηχανισμός που θέσπισαν οι γαλλικές αρχές έχει περιορισμένα αποτρεπτικά αποτελέσματα.

Δεν μπορώ να συμφωνήσω με τα ανωτέρω επιχειρήματα. Η διάκριση μεταξύ προσωρινής και οριστικής χρηματικής ποινής δεν προβλέπεται βέβαια σαφώς από την οδηγία, αλλ' ούτε και απαγορεύεται ρητά. Το μόνο κριτήριο που πρέπει να ληφθεί υπόψη για την αξιολόγηση της καταλληλότητας του μηχανισμού που επέλεξε ο εθνικός νομοθέτης κατά τη μεταφορά της οδηγίας είναι η αποτελεσματικότητα του μηχανισμού αυτού και δεν νομίζω ότι η διάκριση μεταξύ προσωρινής και οριστικής χρηματικής ποινής επηρεάζει αρνητικά τον αποτρεπτικό χαρακτήρα της. Νομίζω μάλιστα ότι συμβαίνει το αντίθετο³⁰. Πράγματι, η διάταξη κατά την οποία το δικαστήριο, κατά τον χρόνο της εκκαθάρισεως, επιβάλλει οριστική χρηματική ποινή λαμβάνοντας υπόψη τη συμπεριφορά του υποχρέου θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι συνιστά συνεχή απειλή για τον παραβάτη αναθέτοντα φορέα: σε περίπτωση συνεχίσεως της παραβάσεως, η συμπεριφορά του φορέα αυτού θα μπορούσε δηλαδή να ωθήσει το δικαστήριο να αυξήσει το ποσό που είχε καθοριστεί προηγουμένως κατά την επιβολή της προσωρινής ποινής. Όσον αφορά δε τη δυνατότητα του δικαστηρίου να μειώνει το ποσό αυτό, κατά τον προσδιορισμό του ύψους της οριστικής χρηματικής ποινής, προκειμένου να λάβει υπόψη τη συμπεριφορά του υποχρέου, νομίζω ότι η πρόβλεψη της δυνατότητας αυτής συνιστά ορθή εφαρμογή της

30 — Βλ., συναφώς, A. Frignagni: «La penalià di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese» στο *Riv. dir. civ.*, 1981, I, α. 511: «η δυνατότητα αυξήσεως του ύψους της χρηματικής ποινής εξυπηρετεί κυρίως τον σκοπό να καμφθεί ευκολότερα η αντίσταση του οφειλέτη. Για τον λόγο αυτό εξάλλου είναι αναγκαία η οριστική εκκαθάριση του ποσού».

29 — Βλ. άρθρο 2, παράγραφος 5.

αρχής περί αναλογικότητας³¹. Η θεμελιώδης αυτή αρχή δεν θα τηρούνταν, αν ο δικαστής ήταν υποχρεωμένος να καθορίζει το οφειλόμενο από τον αναθέτοντα φορέα ποσό της οριστικής ποινής χωρίς να λαμβάνει υπόψη το πνεύμα συνεργασίας του φορέα αυτού κατά την εκτέλεση των υποχρεώσεών του, τις προσπάθειές του για άρση της παραβάσεως, καθώς και όλες τις ιδιαιτερότητες της συγκεκριμένης περιπτώσεως.

Επί του συστήματος πιστοποιήσεως

19. Η Επιτροπή ισχυρίζεται ότι η Γαλλία δεν έχει θεσπίσει κανένα μέτρο μεταφοράς στην εσωτερική νομοθεσία του δευτέρου κεφαλαίου της οδηγίας, το οποίο ρυθμίζει το σύστημα πιστοποιήσεως. Η Γαλλική Κυβέρνηση αναγνωρίζει ότι ο νόμος 93-1416 δεν περιέχει σαφείς διατάξεις σχετικά με το ζήτημα αυτό, αλλά υποστηρίζει ότι η θέσπιση τέτοιων διατάξεων δεν ήταν αναγκαία εν προκειμένω. Κατά την άποψη της Γαλλικής Κυβερνήσεως δηλαδή, αρκεί, προς τον σκοπό προσηύχουσας μεταφοράς του κεφαλαίου 2 της οδηγίας, να είναι σε θέση οι αναθέτοντες φορείς να γνωρίζουν την προβλεπόμενη από τις διατάξεις του κεφαλαίου 2 δυνατότητα υποβολής των διαδικασιών συνάψεως συμβάσεων στο εν λόγω σύστημα πιστοποιήσεως. Τέλος, η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι οι ενδιαφερόμενοι έλαβαν γνώση της δυνατότητας αυτής χάρη στη δημοσίευση, κατόπιν πρωτοβουλίας των γαλλικών αρχών, του κειμένου της

οδηγίας 92/13 σε ειδικευμένο περιοδικό που έχει μεγάλη κυκλοφορία μεταξύ των επιχειρηματιών του τομέα των δημοσίων συμβάσεων³². Η Γαλλική Κυβέρνηση προσθέτει ότι δεν έχουν ακόμη διορισθεί πρόσωπα αρμόδια να προβαίνουν σε πιστοποίηση, διότι οι αναθέτοντες φορείς δεν έχουν υποβάλει καμία αίτηση πιστοποιήσεως.

Η αιτίαση αυτή της Επιτροπής πρέπει, κατά τη γνώμη μου, να γίνει δεκτή. Όπως τονίζει το προσφεύγον κοινοτικό όργανο, οι διατάξεις του δευτέρου κεφαλαίου της οδηγίας επιβάλλουν τη θέσπιση ειδικών διατάξεων κατά τη μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο, οι οποίες να διασαφηνίζουν, μεταξύ άλλων, το επιλεγόμενο σύστημα πιστοποιήσεως, τις μεθόδους διορισμού των αρμόδιων προς πιστοποίηση προσώπων, τα επαγγελματικά προσόντα τους κ.ο.κ. Στον νόμο 93-1416 όμως δεν περιέχεται καμία τέτοια διάταξη. Επιπλέον, δεν χρειάζεται πιστεύω να υπενθυμιστεί ότι — κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου — οι διατάξεις των οδηγιών πρέπει να εφαρμόζονται «κατά τρόπο που να παράγει αναμφισβητήτως δεσμευτικά αποτελέσματα (...), με την εξειδίκευση του αντικειμένου, την ακρίβεια και τη σαφήνεια που απαιτούνται (...) προκειμένου να τηρείται η απαίτηση της ασφάλειας δικαίου»³³. Κατά συνέπεια, «προκειμένου να διασφαλισθεί η πλήρης εφαρμογή των οδηγιών, από νομικής και όχι μόνον από πραγματικής απόψεως, τα κράτη μέλη οφείλουν να λαμβάνουν πρόνοια για την ύπαρξη επακριβούς νομικού πλαισίου στον οικείο τομέα»³⁴. Η δημοσίευση και μόνον της οδηγίας σε ένα περιοδικό, έστω και αν το περιοδικό αυτό έχει μεγάλη κυκλοφορία μεταξύ των ενδιαφερομένων για τις δημοσίες συμβάσεις, δεν ανταποκρίνεται προς τις αυστηρές προϋποθέσεις που θέτει η ανωτέρω παρατεθείσα νομολογία.

31 — Δεν είναι τυχαίο, κατά την άποψή μου, ότι το άρθρο 15, παράγραφος 3, του παρατεθέντος ανωτέρω (στην υποσημείωση 20) κανονισμού περί ελέγχου των συνεργειώσεων προβλέπει τα εξής: «Αν τα πρόσωπα που αναφέρονται στο άρθρο 3, παράγραφος 1, στοιχείο β', οι επιχειρήσεις ή οι ενώσεις επιχειρήσεων συμμορφωθούν προς την υποχρέωση για την εκπλήρωση της οποίας επιβλήθηκε η χρηματική ποινή, η Επιτροπή μπορεί να καθορίσει το οριστικό ποσό της χρηματικής ποινής σε ύψος κατώτερο απ' αυτό που είχε καθοριστεί με την αρχική απόφαση» (η υπογράμμιση δική μου). Εξάλλου, δεν θεωρώ ότι η διάταξη αυτή — που αποτελεί περὶ ἄνωγοι συνεπούς εφαρμογής της αρχής περί αναλογικότητας — μειώνει το απαιτητικό αποτέλεσμα της χρηματικής ποινής.

32 — Η Γαλλική Κυβέρνηση αναφέρεται στο περιοδικό *Marchés publics* του Απριλίου-Μαΐου 1992.

33 — Προπαρατεθείσα απόφαση Επιτροπής κατά Γερμανίας, σκέψη 24.

34 — Βλ. προπαρατεθείσα στην προηγούμενη υποσημείωση απόφαση, σκέψη 28.

Επί της διαδικασίας συμβιβασμού

20. Η Επιτροπή ισχυρίζεται τέλος ότι οι γαλλικές αρχές παρέλειψαν να μεταφέρουν στο εσωτερικό δίκαιο τις διατάξεις του κεφαλαίου 4 της οδηγίας, οι οποίες αφορούν τη διαδικασία συμβιβασμού. Η Γαλλική Κυβέρνηση δεν αμφισβητεί ότι δεν έχει θεσπίσει ειδικές διατάξεις για τη μεταφορά τους, αλλ' ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω δεν ήταν αναγκαία η θέσπιση καμιάς ρητής διατάξεως. Κατά τη Γαλλική Κυβέρνηση, η οδηγία επιβάλλει στα κράτη μέλη μόνον την υποχρέωση να διαβιβάζουν στην Επιτροπή τις αιτήσεις συμβιβασμού που υποβάλλουν οι ενδιαφερόμενοι³⁵. οι δε ενδιαφερόμενοι είναι επαρκώς ενημερωμένοι σχετικά με τη δυνατότητα που τους παρέχει η οδηγία να προσφύγουν στην εν λόγω διαδικασία, δεδομένου ότι το κείμενο της οδηγίας έχει δημοσιευθεί στο προαναφερθέν περιοδικό *Marchés publics*.

Φρονώ ότι ο αμυντικός ισχυρισμός της Γαλλικής Κυβερνήσεως δεν πρέπει να γίνει δεκτός. Συγκεκριμένα, ο περιορισμένος ρόλος που αναθέτει το δεύτερο κεφάλαιο της οδηγίας στα κράτη μέλη σε σχέση με τη διαδικασία συμβιβασμού δεν απαλλάσσει τις εθνικές αρχές από την υποχρέωση θεσπίσεως των μέτρων μεταφοράς των εν λόγω διατάξεων στην εθνική νομοθεσία. Επιπλέον, όπως ομολογεί η ίδια η Γαλλική Κυβέρνηση, σκοπός της μεταφοράς είναι επίσης να δοθεί στους ενδιαφερόμενους η δυνατότητα να λάβουν γνώση της υπάρξεως της διαδικασίας αυτής, καθώς και της δυνατότητας χρησιμοποίησής της. Για λόγους παρεμφερείς προς τους εκτεθέντες ήδη σε σχέση με το σύστημα πιστοποίησεως, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η δημοσίευση της οδηγίας στο προαναφερθέν τεύχος του περιοδικού *Marchés publics* ανταποκρίνεται προς τη θεμελιώδη απαίτηση δημοσιότητας και, επομένως, προς τις προϋποθέσεις που έχουν τεθεί με τη νομολογία του Δικαστηρίου.

Πρόταση

21. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο:

- 1) να αναγνωρίσει ότι η Γαλλική Δημοκρατία, μη θεσπίζοντας εμπροθέσμως τις νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις που είναι αναγκαίες για τη συμμόρφωσή της προς τα κεφάλαια 2 και 4 της οδηγίας 92/13/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 25ης Φεβρουαρίου 1992, για τον συντονισμό των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων σχετικά με την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στις διαδικασίες σύναψης των συμβάσεων φορέων οι οποίοι λειτουργούν στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από την εν λόγω οδηγία,
- 2) να καταδικάσει τη Γαλλική Δημοκρατία στα δικαστικά έξοδα.

³⁵ — Βλ. άρθρο 9, παράγραφος 2.