

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 19 de Janeiro de 1999 *

1. Pelo presente recurso, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que a República Francesa só transpôs parcialmente, e de modo incorrecto, a Directiva 92/13/CE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação de disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações¹ (a seguir «directiva»).

A directiva

2. A directiva que a Comissão sustenta que não foi correctamente transposta é destinada a garantir, nas ordens jurídicas nacionais, as vias de recurso rápidas e eficazes para prevenir e corrigir eventuais violações das normas comunitárias em matéria de celebração de

contratos². Ela precisa os «poderes» que devem ser atribuídos para esses efeitos aos órgãos a quem são submetidos esses recursos. A este respeito, o artigo 2.º, n.º 1, dá aos Estados-Membros a faculdade de escolher entre duas soluções diferentes, mas equivalentes no que diz respeito aos seus efeitos práticos³: por um lado, a opção «suspensão-anulação» prevista nas alíneas a) e b) do referido artigo; por outro, a possibilidade de adoptar, no mais curto prazo, «medidas provisórias» destinadas ao mesmo resultado entre os quais a directiva cita «a faculdade de emitir uma ordem de pagamento de uma quantia determinada no caso de a violação não ser corrigida ou evitada»⁴. Esta

2 — V. o quinto considerando. O artigo 1.º prevê que: «1. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as decisões das entidades adjudicantes possam ser eficazmente objecto de recurso e, em especial, tão rapidamente quanto possível, nos termos dos artigos seguintes e, nomeadamente, do n.º 8 do artigo 2.º, com fundamento em que essas disposições tenham violado o direito comunitário em matéria de celebração de contratos de direito público ou as normas nacionais de transposição desse direito, no que respeita: a) aos procedimentos de celebração de contratos de direito público que são objecto da Directiva 90/531/CEE, e b) à observância do n.º 2, alínea a), do artigo 3.º da citada directiva, no caso das entidades adjudicantes a que a referida disposição é aplicável...».

3 — A opção chamada «suspensão-anulação» é prevista pelo artigo 2.º nos seguintes termos:

«1. Os Estados-Membros devem assegurar que as medidas tomadas para efeitos dos recursos a que se refere o artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

a) tomar, no mais curto prazo e mediante processo de urgência, medidas provisórias destinadas a corrigir a alegada violação ou a impedir que sejam causados novos prejuízos aos interessados, incluindo medidas destinadas a suspender ou a mandar suspender o procedimento de celebração do contrato em causa ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela entidade adjudicante;

b) anular ou mandar anular as decisões ilegais, e inclusive suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem do anúncio de concurso, do anúncio periódico indicativo, do anúncio de existência de um sistema de qualificação, do convite à apresentação de propostas, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de celebração do contrato em causa; ...»

4 — Sublinhado nosso.

* Língua original: italiano.

1 — JO L 76, p. 14.

última hipótese, prevista pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea c), foi escolhida pelo legislador francês aquando da transposição.

3. O capítulo 2 da directiva regulamenta o sistema de certificação e também é abrangido pelo âmbito do presente recurso. Em suma, é previsto⁵ que os Estados-Membros dêem às entidades adjudicantes a possibilidade «de recurso a um sistema de certificação», cujas características essenciais são referidas no artigos 4.º a 7.º Este sistema permite às entidades em causa «mandar examinar periodicamente os procedimentos de celebração de contratos que se enquadrem no âmbito de aplicação da Directiva 90/531/CEE e respectiva aplicação prática, a fim de obterem um certificado comprovativo de que, nesse momento, são conformes ao direito comunitário em matéria de celebração de contratos de direito público e às normas nacionais de transposição desse direito»⁶.

4. O capítulo 4 da directiva institui um sistema de conciliação facultativa. A aplicação desse procedimento pode, nos termos do artigo 9.º, ser solicitado por «qualquer pessoa que tenha ou tenha tido interesse em obter um contrato que se enquadre no âmbito de aplicação da Directiva 90/531/CEE e que, no quadro do procedimento de celebração desse contrato, se considere lesada ou em risco de ser lesada devido à violação do direito comunitário em matéria de celebração de contratos de direito público ou das normas nacionais de transposição desse direito...». A entidade adjudicante, todavia, não é obrigada a participar

nesse processo⁷. Os conciliadores têm por missão — sempre que a entidade adjudicante der o seu acordo para a aplicação do referido processo — esforçar-se «por obter um acordo entre as partes no mais curto prazo, na observância do direito comunitário»⁸ e de informar a Comissão «acerca das suas conclusões e de quaisquer resultados que tenham obtido»⁹.

5. O prazo previsto pela directiva para a sua transposição terminou em 1 de Janeiro de 1993.

A legislação francesa de transposição

6. A directiva foi transposta para o direito francês pela Lei n.º 93-1416, de 29 de Dezembro de 1993, relativa aos recursos em matéria de celebração de certos contratos de fornecimento e de empreitadas nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações¹⁰. O texto da lei em causa foi notificado à Comissão por carta de 14 de Janeiro de 1994.

Para a transposição do artigo 2.º da directiva, o legislador francês escolheu a opção permitida pelo n.º 1, alínea c), do artigo em causa

7 — V. artigo 10.º, n.º 1.

8 — V. artigo 10.º, n.º 4.

9 — V. artigo 10.º, n.º 5.

10 — *JORF* de 1 de Janeiro de 1994, p. 10.

5 — V. artigo 3.º

6 — V. artigo 4.º

que prevê que seja concedido ao juiz o poder de «emitir uma ordem de pagamento de uma quantia determinada no caso de a violação não ser corrigida ou evitada»¹¹.

Para esse fim, o artigo 1.º da Lei n.º 93-1416 prevê que o presidente do tribunal da jurisdição competente, a pedido de qualquer pessoa que tenha interesse em celebrar o contrato e que se considere prejudicada pelo incumprimento cometido por uma entidade adjudicante, pode ordenar ao autor do incumprimento que cumpra as suas obrigações no prazo por ele fixado. É também prevista, no caso de perdurar o incumprimento, uma sanção pecuniária compulsória provisória. O juiz pode todavia «tomar em consideração as consequências prováveis desta última medida relativamente a todos os interesses susceptíveis de ser atingidos, nomeadamente o interesse público, e decidir não a aplicar quando as consequências negativas possam ultrapassar as suas vantagens»¹². O quarto parágrafo do artigo 1.º dispõe que «o montante da sanção pecuniária compulsória será liquidado tendo em conta o comportamento da pessoa a quem a injunção foi dirigida e as dificuldades que teve para a executar».

Em seguida, o artigo 1.º, sexto parágrafo, prevê uma sanção pecuniária compulsória definitiva: «se, aquando da liquidação da sanção pecuniária compulsória provisória, o incumprimento verificado não foi corrigido, o juiz pode aplicar uma sanção pecuniária compulsória definitiva...».

A sanção, quer seja provisória ou definitiva, é independente do pedido de indemnização e pode ser revogada, no todo ou em parte, se se provar que o não cumprimento ou o atraso no cumprimento da injunção do juiz resulta, no todo ou em parte, de uma causa estranha¹³.

O artigo 4.º da Lei n.º 93-1416 prevê disposições análogas às que figuram no referido artigo 1.º, atribuindo, todavia, os poderes respectivos ao presidente do tribunal administrativo.

7. A norma francesa em causa não prevê qualquer disposição destinada à transposição dos capítulos 2 e 3 da directiva que dizem respeito, respectivamente, ao sistema de certificação e ao processo de conciliação.

A fase pré-contenciosa

8. Por notificação de 8 de Setembro de 1995, a Comissão informou as autoridades francesas que o regime de sanção pecuniária compulsória introduzida pela Lei n.º 93-1416 não constituía uma transposição correcta do capítulo 1 da directiva; por outro lado, segundo a Comissão, a referida lei não previa qualquer disposição destinada a aplicar as disposições

11 — Sublinhado nosso.

12 — V. artigo 1.º, terceiro parágrafo.

13 — V. artigo 1.º, sexto parágrafo.

da directiva relativas ao sistema de certificação e ao processo de conciliação.

Quanto à adequação do sistema da sanção pecuniária compulsória

Considerando que as respostas dadas pelo Governo francês não eram suficientes, a Comissão enviou, em 8 de Novembro de 1996, um parecer fundamentado ao Governo francês.

A Comissão também não julgou satisfatória a resposta ao parecer fundamentado e, por conseguinte, intentou a presente acção, nos termos do artigo 169.º do Tratado CE.

Quanto ao mérito

9. A transposição correcta da directiva para o direito francês é contestada pela Comissão sob diversos aspectos: o regime da sanção pecuniária compulsória introduzido pela Lei n.º 93-1416 não constitui, segundo ela, uma transposição correcta do artigo 2.º da directiva; além disso, o legislador francês não transpôs as regras da directiva relativas ao sistema de certificação, bem como ao processo de conciliação.

10. Aquando da transposição da directiva, a República Francesa optou pela solução da alínea c), escolhendo — por assim dizer — a via da «dissuasão financeira», em vez da suspensão-anulação¹⁴. A Lei n.º 93-1416 atribui efectivamente ao presidente do órgão jurisdicional competente o poder de ordenar ao autor do incumprimento que cumpra as suas próprias obrigações, bem como acrescentar a essa injunção uma sanção pecuniária compulsória; provisória, numa primeira fase e que pode, em seguida, tornar-se definitiva no momento da liquidação¹⁵.

11. A Comissão não contesta, em princípio, a escolha das autoridades francesas de invocar a opção dita alínea c), mas considera que a Lei n.º 93-1416 não transpôs correctamente as disposições previstas pela directiva. Com efeito, segundo a Comissão, o legislador francês não deu ao mecanismo da sanção pecuniária compulsória o carácter dissuasivo, tal como impõe expressamente o artigo 2.º, n.º 5, da directiva. A instituição demandante alega que a disposição em causa exigia uma disposição específica de transposição, ao passo que a legislação francesa, pelo contrário, deixou inteiramente ao poder de apreciação do juiz francês a fixação da penalidade num montante susceptível de garantir o seu carácter dissuasivo. Não serve para nada observar — prossegue a Comissão — que os juízes nacionais são, de qualquer modo, obrigados a interpretar as normas internas à luz da finalidade prosseguida pela directiva; e, por conseguinte — no que diz respeito ao presente processo — de fixar o montante da penalidade a um nível suficientemente elevado para

¹⁴ — V. *supra*, n.º 2.

¹⁵ — V. *supra*, n.º 6.

garantir o seu carácter dissuasivo. A este respeito, a demandante invoca a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual uma jurisprudência nacional, mesmo que interprete as disposições internas em conformidade com o espírito e a letra de uma directiva, não é suficiente para satisfazer as exigências de uma transposição correcta ¹⁶.

Além disso, nenhuma disposição da directiva impõe a fixação de montantes mínimos, quanto às quantias a pagar nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c); nem tão pouco que os ditos montantes sejam fixados pela lei. Pelo contrário, essa possibilidade tinha sido contemplada na proposta da directiva apresentada pela Comissão, mas não foi mantida no texto definitivo ¹⁷.

Qual é, em definitivo, a opinião da Comissão? Alega, em suma, que o legislador devia directamente garantir o carácter especialmente dissuasivo da sanção pecuniária compulsória. O seu montante deveria, por conseguinte, ser fixado pela lei e não deixado ao poder de apreciação do juiz. A directiva necessitava, para a sua transposição, ou de uma disposição adequada da qual devia imperativamente resultar que o montante da sanção pecuniária compulsória é susceptível de ter um efeito dissuasivo necessário, ou de regras limitando o poder de apreciação concedido ao juiz para determinar o montante da referida penalidade, fixando, pelo menos, o montante mínimo da sanção pecuniária compulsória, ou adoptando outros limites adequados que a ordem jurídica interna pode determinar para esse fim.

13. A tese sustentada pela Comissão deixa-me perplexo. Em primeiro lugar, o argumento segundo o qual o legislador francês deveria especificar, aquando da transposição, que a sanção pecuniária compulsória devia ter carácter dissuasivo não me convence. Essa precisão seria, em minha opinião, supérflua. A sanção pecuniária compulsória tem, com efeito, pela sua natureza, por principal objectivo diminuir a resistência da pessoa obrigada a obedecer à injunção graças precisamente à imposição de pagar uma dada quantia em dinheiro por cada dia de atraso na execução da prestação devida. Por conseguinte, sanção pecuniária compulsória é um meio de coacção típico para obrigar uma pessoa a cumprir as injunções decretadas pelo juiz; e a sua função dissuasiva reside precisamente nas suas modalidades específicas de funcionamento. Esta é a razão pela qual uma disposição normativa expressa destinada apenas a precisar que a sanção pecuniária compulsória deve ter um

12. O governo demandado responde a esses argumentos, em suma, que a sanção pecuniária compulsória constitui, pela sua natureza, um instrumento dissuasivo adequado.

17 — V. o artigo 11.º, n.º 2, da proposta da Comissão: «A instância de recurso responsável pela determinação da quantia a pagar nos termos do n.º 1 estabelecerá tal quantia a um nível susceptível de dissuadir a entidade adjudicante de cometer ou prosseguir a infracção. O montante deve cobrir, pelo menos, os custos da preparação da proposta ou da participação no processo de adjudicação da pessoa que interpôs recurso. Presume-se que o montante destes custos representa 1% do valor do contrato, a não ser que a pessoa que interpôs recurso prove que foram mais elevados. O facto de se ordenar o pagamento de uma quantia, nos termos da presente disposição, excluirá quaisquer outras indemnizações reclamadas pela pessoa em causa relativamente ao reembolso dos custos considerados pela instância de recurso aquando do estabelecimento do montante» (JO C 216, p. 8. Sublinhado é meu).

16 — V. acórdão de 19 de Setembro de 1996, Comissão/Grécia (C-236/95, Colect., p. I-4459), bem como a jurisprudência citada no n.º 13.

carácter dissuasivo não acrescenta nada ao seu carácter já dissuasivo, como meio de coacção indirecto — e particularmente eficaz — para o cumprimento das injunções do juiz.

14. Outro problema mais delicado é o de saber se o legislador francês deveria garantir o carácter dissuasivo da sanção pecuniária compulsória fixando directamente o seu montante na lei de transposição, ou impondo critérios a outras modalidades de cálculo para limitar o poder de apreciação do juiz no que diz respeito à determinação desse montante. Este aspecto, em minha opinião, é o ponto central da crítica formulada pela Comissão. O artigo 2.º, n.º 5, dispõe efectivamente que «a quantia a pagar nos termos da alínea c) do n.º 1 deve *ser fixada* a um nível suficientemente elevado para dissuadir a entidade adjudicante de *cometer* qualquer infracção ou de preservar numa infracção»¹⁸. No entanto, o problema é saber por quem esta quantia deve «*ser fixada*» para que seja garantido o seu carácter dissuasivo: quer dizer, se deve ser pelo juiz, no âmbito do seu poder de apreciação, como o sustenta o Governo francês; ou se o efeito dissuasivo não pode ser garantido por outros meios que não a determinação por via legislativa dos parâmetros na base dos quais o juiz deve fixar a quantia devida.

Em minha opinião, a primeira solução, que foi adoptada pelo legislador francês aquando da transposição, é correcta. A tese contrária, sustentada pela demandante, não tem qualquer fundamento de carácter textual: o artigo 2.º, n.º 5, não impõe efectivamente que seja o legislador em vez do juiz a fixar o montante

das quantias a pagar. A própria Comissão reconhece que esta solução não é imposta directamente pela directiva. A proposta inicial, que previa, pelo contrário, essa hipótese, não foi mantida no texto final. Na verdade, este aspecto não é por si decisivo. No entanto, parece-me que resulta da interpretação da directiva que a única exigência que impõe aos Estados-Membros, que não se pode derrogar aquando da transposição, é que seja previsto um regime *eficaz*, quer dizer, um mecanismo que permita tomar medidas nos prazos mais breves para remediar as infracções cometidas e que, por outro lado, tenham efeito dissuasivo necessário para impedir que sejam cometidas novas infracções. Noutros termos, é necessário para transpor correctamente a opção da alínea c), prevista pela directiva, que os Estados-Membros introduzam um instrumento de «*dissuasão financeira*», por assim dizer, correspondendo a critérios de *eficácia* no que diz respeito à prossecução dos objectivos que acabo de recordar.

Se assim é, o legislador francês transpôs correctamente o artigo 2.º da directiva recorrendo à sanção pecuniária compulsória, que é na ordem jurídica francesa um dos instrumentos tradicionalmente mais eficazes para impedir o incumprimento das injunções dos juízes¹⁹. Não considero que a eficácia dissuasiva da sanção pecuniária compulsória, pela qual insiste justamente a Comissão, seja necessariamente condicionada pela determinação do seu montante por via legislativa no âmbito

19 — V., a título de exemplo, Couchez, G.: *Voies d'exécution*, Paris, 1994, p. 5, que sublinha o carácter coercivo indirecto mas particularmente eficaz da sanção pecuniária compulsória.

18 — O sublinhado é meu.

da transposição da directiva ²⁰. Essa hipótese parece-me, pelo contrário, desmentida pela experiência dos regimes jurídicos nos quais o recurso à sanção pecuniária compulsória é frequente: ninguém duvida da eficácia dissuasiva da sanção pecuniária compulsória, embora em numerosos casos a fixação do montante deva ser deixada mais ao poder de apreciação do juiz do que às regras fixadas pelo legislador ²¹.

15. É um facto que o funcionamento correcto da «opção c)» — e, nomeadamente, o poder dissuasivo real da penalidade — depende do exercício diligente do seu poder pelo juiz chamado a fixar o montante devido. Todavia, estamos aqui perante uma directiva cujas disposições, na medida em que dizem respeito ao vertente litígio, não nos parecem correctamente transpostas se não for permitido ao juiz aplicá-las com a margem suficiente de poder discricionário. A tipologia dos incumprimentos pode, efectivamente, ser muito variada. O comportamento da entidade

adjudicante, a sua boa ou a sua má fé, a sua prontidão em corrigir a infracção ou evitá-la e assim sucessivamente, podem de resto igualmente variar. Ora, parece-me evidente que há que ter em consideração estes factores aquando da quantificação das quantias a pagar, nos termos do artigo 2.º, n.º 1, alínea c). A pessoa mais qualificada para fazer esta avaliação pode ser o juiz, no exercício do seu poder de apreciação. A fixação do montante da sanção pecuniária compulsória por via legislativa concordaria mal com os imperativos inerentes a uma decisão assim definida. É verdade que uma eventual disposição legislativa que reconhecesse ao juiz a faculdade de fixar a quantia devida entre um limite mínimo e um limite máximo cumpriria a obrigação de determinar a sanção pecuniária compulsória tendo em conta todas as especificidades do processo em causa. Esta solução, no entanto, não retiraria ao juiz o seu poder discricionário de quantificar concretamente as sanções pecuniárias compulsórias, mesmo que só fizesse dentro dos limites fixados pelo legislador. Por outro lado, estes limites deveriam ser suficientemente amplos para garantir ao juiz a possibilidade de ter em conta as diferentes situações que podem ocorrer. E não é certamente fácil para o Tribunal de Justiça criticar o exercício pelo legislador nacional do seu poder de apreciação aquando da fixação dos referidos limites para a transposição da directiva.

20 — Naturalmente, não faltam casos em que o legislador impõe modalidades precisas para determinar o montante da sanção pecuniária compulsória. Tal é o caso, por exemplo, do artigo 16.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204), que reconhece à Comissão o poder de aplicar «sanções pecuniárias compulsórias de cinquenta a mil unidades de conta por dia de atraso», ou do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 14), no qual o legislador comunitário seguiu a técnica da fixação de um limite para sanção pecuniária compulsória (artigo 15.º). No entanto, não é exacto concluir que a sanção pecuniária compulsória só é eficaz no caso de a lei prever um montante mínimo e/ou máximo.

21 — V. no que diz respeito à regra introduzida no direito belga pela lei uniforme para o Benelux relativa à sanção pecuniária compulsória (convenção assinada em 26 de Novembro de 1973, *Tractatenblad*, 1974, 6), as observações de van Compernelle, J.: *L'astreinte*, Bruxelas, 1992, p. 47. Quanto à determinação da sanção pecuniária compulsória, o autor salienta que «o juiz dispõe da maior liberdade de apreciação no que diz respeito à fixação do montante... Tendo em consideração todas as circunstâncias da causa, incluindo o comportamento do devedor e as suas capacidades financeiras, o juiz fixará livremente o montante considerado adequado a exercer sobre o devedor uma pressão suficiente para o obrigar a cumprir a condenação principal... O juiz exerce, a este respeito, um poder soberano de apreciação» (o sublinhado é meu).

Por outro lado, é significativo que a directiva em causa tenha reconhecido aos órgãos que decidem eventuais recursos uma ampla faculdade de apreciação no exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 2.º Nos termos do n.º 4 do referido artigo, «os Estados-Membros podem prever que, sempre que a instância responsável aprecie a necessidade de tomar medidas provisórias, possa tomar em consideração as prováveis consequências dessas medidas em relação a todos os inte-

resses susceptíveis de ser lesados, bem como o interesse público e decidir *não conceder essas medidas quando as suas consequências negativas possam superar as respectivas vantagens...*»²². A referida disposição não teria justificação se fosse imposto aos Estados-Membros, quando fizessem a transposição da directiva, o regime no qual os seus órgãos internos se limitassem a aplicar mecanicamente as soluções previstas pelo legislador.

Aqui impõe-se uma dupla série de considerações. Em primeiro lugar, os juízes, bem como os outros órgãos do Estado, são obrigados a interpretar o direito à luz do objectivo prosseguido por uma directiva²⁴. O juiz francês é também, por conseguinte, destinatário da directiva em causa. Há que considerar que o artigo 2.º, n.º 5, na parte em que prescreve que a quantia a pagar nos termos da alínea c) do n.º 1 deve ser fixada a um nível suficientemente elevado para garantir o efeito dissuasivo, dirige-se precisamente aos juízes, uma vez que precisa a natureza dos poderes de que estes últimos devem estar investidos.

16. Todavia, a Comissão observa que a Lei n.º 93-1416 — na parte em que dispõe que é aos juízes que compete fixar o montante da sanção pecuniária compulsória no exercício do seu poder de apreciação, sem que nenhuma disposição normativa tenha sido prevista a este respeito — transfere essencialmente para os referidos juízes o encargo de transpor correctamente a directiva. Segundo a recorrente, por conseguinte, mesmo que se considere que o juiz francês utilizou correctamente o seu poder de apreciação e interpretou as disposições da lei nacional em conformidade com o objectivo da directiva, isso não preenche os critérios de uma transposição adequada na acepção da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Remete-se, quanto a este aspecto, para a seguinte passagem das conclusões do advogado-geral P. Léger no processo Comissão/Grécia²³: «uma jurisprudência nacional que interprete disposições de direito interno no sentido de considerar conforme às exigências de uma directiva não basta para conferir a estas disposições a qualidade de medidas de transposição dessa directiva».

Além disso, não considero que o precedente invocado pela Comissão seja pertinente no presente processo. No processo Comissão/Grécia, não havia, efectivamente, qualquer disposição de transposição e a defesa do Governo helénico consistia precisamente em alegar que a jurisprudência do Conselho de Estado dava, de qualquer modo, «uma protecção jurisdiccional suficiente face às exigências da directiva»²⁵. Por conseguinte, o advogado-geral e o Tribunal de Justiça excluíram correctamente, no referido processo, que a situação em causa estivesse em conformidade com as exigências fundamentais que subentende qualquer transposição:

22 — O sublinhado é meu.

23 — Processo já referido, n.º 26 das conclusões.

24 — V. acórdãos de 10 de Abril de 1984, Von Colson e Kamann (14/83, Recueil, p. 1891), e de 20 de Setembro de 1988, Beentjes (31/87, Collect., p. 16).

25 — V. acórdão Comissão/Grécia, já referido, n.º 8.

«as da segurança jurídica e da publicidade adequada»²⁶. No entanto, o presente processo é diferente. A directiva foi transposta por uma medida legislativa adequada e não se podem censurar as autoridades francesas por não terem introduzido, na lei de transposição, uma disposição que não é imposta pelo texto da directiva e que não é essencial para garantir que os objectivos que esta prossegue sejam atingidos. Em seguida, quanto às exigências relativas à segurança jurídica, parece-me que foi dado pleno cumprimento uma vez que — como o salienta a jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁷ — os particulares estão em condições de conhecer a existência e o alcance dos direitos que podem invocar fundamentando-se na directiva. O que significa, no presente processo, que está cumprida esta exigência fundamental se as empresas em causa estiverem em condições de saber que existem vias de recurso que permitem aplicar sanções pelo não cumprimento das regras comunitárias em matéria de concursos; e que, por outro lado, o juiz pode impor nesse âmbito o pagamento de uma sanção pecuniária compulsória no caso de a entidade adjudicante não cumprir as injunções do juiz. A directiva não prevê que o montante da eventual penalidade deva ser conhecido antecipadamente e essa informação não corresponde, bem vistas as coisas, a nenhuma exigência de segurança jurídica. De qualquer forma, só se podem dar indicações antecipadas desse tipo a título indicativo e de modo incompleto, dado que a fixação da quantia em causa é susceptível — pelas razões que foram expostas anteriormente — de variações que

dependem de numerosos factores e que não podem ser previstos previamente.

17. Em seguida, a Comissão critica a Lei n.º 93-1416 alegando que a sanção pecuniária compulsória introduzida pelo legislador francês para transpor a directiva tem um carácter derogatório em relação às regras do direito comum relativas à sanção pecuniária compulsória no direito francês, e nomeadamente em relação à lei de 1991 relativa à reforma dos processos executivos²⁸. Assim, as autoridades francesas teriam, segundo a Comissão, infringido o artigo 1.º, n.º 2, da directiva segundo o qual «os Estados-Membros devem assegurar que não se verifique qualquer discriminação entre as empresas que aleguem um prejuízo no âmbito de um procedimento de celebração de contratos devida à distinção efectuada pela presente directiva entre as normas nacionais de transposição do direito comunitário e as outras normas nacionais».

Também não há que acolher esta censura. Como o Governo francês correctamente observou, as matérias regulamentadas pela Lei n.º 93-1416 são efectivamente diferentes das que relevam do âmbito de aplicação da Lei n.º 91-650. Esta última visa o cumprimento das obrigações determinadas e permite precisamente ao juiz, além da adopção de outras medidas, fixar uma sanção pecuniária compulsória. Por conseguinte, a Lei n.º 91-650 não podia ser considerada *sic et simpliciter* como base para a transposição da directiva

26 — V. as conclusões do advogado-geral, n.º 24. O Tribunal de Justiça, no n.º 13 do acórdão, recordou a jurisprudência constante, segundo a qual «é especialmente importante, a fim de ser satisfeita a exigência e a segurança jurídica, que os particulares beneficiem de uma situação jurídica clara e precisa, permitindo-lhes conhecer a plenitude dos seus direitos e invocá-los, se for caso disso, perante os órgãos jurisdicionais nacionais (v., neste sentido, acórdãos de 23 de Maio de 1985, Comissão/Alemanha, 29/84, Recueil, p. 1661, n.º 23; de 9 de Abril de 1987, Comissão/Itália, 363/85, Colect., p. 1773, n.º 7; e de 30 de Maio de 1991, Comissão/Alemanha, C-59/89, Colect., p. I-2607, n.º 18).

27 — V. o acórdão citado na nota precedente.

28 — Lei n.º 91-650 de 9 de Julho de 1991 (JORF de 14 de Julho de 1991, p. 9228).

em causa. A lei em causa não autoriza o juiz — dos tribunais comuns ou administrativos — a intervir nos procedimentos de celebração de contratos de direito público. Por conseguinte, a adopção da Lei n.º 93-1416 não corresponde à intenção do legislador francês de criar um processo derogatório e menos vinculativo em relação às regras em vigor no processo civil nacional. O único traço comum entre as duas leis consiste no facto de ambas preverem o recurso à sanção pecuniária compulsória. A não ser isso, não há qualquer semelhança entre estas leis. Por conseguinte, não vislumbro qualquer violação do citado artigo 1.º, n.º 2, no facto de o legislador nacional — vista a inaplicabilidade da regulamentação prevista pela Lei n.º 91-650 — tenha previsto as regras adequadas de transposição que têm em conta as exigências específicas que se apresentam no contencioso regulamentado pela directiva em causa.

18. Por último, resta examinar a última censura formulada pela Comissão quanto à Lei n.º 93-1416: esta diz respeito à distinção entre a sanção pecuniária compulsória provisória e a definitiva. Segundo a instituição recorrente, a possibilidade — prevista pela lei em causa — concedida ao juiz de proferir em primeiro lugar uma penalidade provisória e, em seguida, uma penalidade definitiva quando a liquidação não está em conformidade com a directiva. Essa possibilidade não está, segundo a Comissão, nem prevista nem autorizada pela directiva: o legislador comunitário limitou-se a prever que o pagamento dessa soma «pode ficar subordinado a uma decisão final que estabeleça a existência da prática da infracção»²⁹. Nenhuma disposição reconhece — como prevê pelo contrário a lei francesa de transposição — o poder do juiz de alterar o

montante da referida soma, nem a possibilidade desse montante ser fixado tendo em conta o comportamento do destinatário da injunção. Daqui resulta, segundo a recorrente, uma limitação da eficácia dissuasiva do mecanismo introduzido pelas autoridades francesas.

Não posso concordar com tais argumentos. É um facto que a distinção entre sanção pecuniária compulsória provisória e definitiva não está textualmente prevista pela directiva; mas também não está expressamente excluída. O único critério que há que ter presente no espírito para avaliar a correcção do mecanismo escolhido pelo legislador nacional aquando da transposição é o critério da eficácia. Não me parece que o facto de prever uma sanção pecuniária compulsória provisória e uma sanção definitiva tenha uma influência negativa na sua eficácia dissuasiva. Em minha opinião, o contrário é que é verdadeiro³⁰. De facto, a disposição segundo a qual o juiz pronuncia aquando da liquidação uma penalidade definitiva permite-lhe — por assim dizer — ter sob controlo o comportamento da entidade adjudicante que não cumpriu as suas obrigações: no caso de incumprimento reiterado, o comportamento desta última pode efectivamente conduzir o juiz a aumentar o montante que tinha sido anteriormente fixado aquando da sanção pecuniária compulsória provisória. Pelo contrário, quanto à possibilidade de o juiz reduzir o montante da sanção pecuniária compulsória, aquando da fixação definitiva, para ter em conta o comportamento da entidade em causa, parece-me que constitui uma aplicação correcta o princípio

30 — V., neste sentido, Frignagni, A.: «La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese», in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 511: «a possibilidade de aumentar a taxa da sanção pecuniária compulsória obedece ao referido objectivo de ultrapassar mais facilmente a resistência do devedor. Por outro lado, isso torna necessária a liquidação da quantia a título definitivo.

29 — V. artigo 2.º, n.º 5.

da proporcionalidade³¹. Este princípio fundamental não é respeitado se o juiz tivesse de determinar, a título definitivo, um montante devido pela entidade adjudicante sem poder tomar em consideração a sua cooperação, no decurso do processo, o facto de ter prontamente posto termo à infracção, bem como todas as particularidades que caracterizam o caso em apreço.

Quanto ao sistema de certificação

19. A Comissão alega que República Francesa não adoptou qualquer medida de transposição, quanto ao capítulo 2 da directiva que regulamenta o sistema de certificação. O Governo francês admite, por sua parte, que a Lei n.º 93-1416 não contém a este respeito disposições específicas, mas considera que as referidas disposições não eram necessárias no caso em apreço. Segundo o Governo francês, é suficiente efectivamente, para efeitos da transposição correcta do capítulo 2 da directiva, que as entidades adjudicantes sejam colocadas em situação de conhecer a possibilidade, prevista precisamente pelas disposições do capítulo 2, de submeter os procedimentos de adjudicação ao sistema de certificação em causa. Ora, esse conhecimento — concluiu o

Governo francês — realizou-se graças à publicação da Directiva 92/13, pelas autoridades francesas, numa revista especializada e muito divulgada no sector dos concursos públicos³². O Governo francês acrescenta que ainda não tinha havido nomeação de certificadores porque as entidades adjudicantes ainda não tinham formulado um pedido nesse sentido.

Em minha opinião, há que acolher esta censura formulada pela Comissão. Como salienta a instituição demandante, as disposições do capítulo 2 da directiva necessitam que sejam previstas, aquando da transposição, disposições adequadas destinadas, designadamente, a especificar o sistema de certificação escolhido, o modo de designação dos certificadores, os critérios que devem cumprir no plano profissional e assim sucessivamente. Estas disposições, pelo contrário, não existem de modo algum na Lei n.º 93-1416. Além disso, é necessário ainda observar que — segundo a jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça — as disposições de uma directiva devem ser transpostas «com carácter obrigatório incontestável... com a especificidade, precisão e clareza necessárias... para satisfazer a exigência da segurança jurídica»³³. Portanto, «os Estados-Membros devem, a fim de garantir a plena aplicação da directiva no plano jurídico e não apenas na prática, estabelecer um regime legal preciso no domínio em questão»³⁴. A simples publicação da directiva numa revista, mesmo que esta última seja muito lida no sector dos contratos públicos, não corresponde aos critérios impostos pela jurisprudência que acabo de recordar.

31 — Não é por acaso, em minha opinião, que o artigo 15.º, n.º 3 do regulamento relativo ao controlo das operações de concentração, referido na nota 20, prevê que, «se as pessoas referidas no n.º 1, alínea b), do artigo 3.º, as empresas ou associações de empresas tiverem cumprido a obrigação de cuja anterior inobservância resultara a aplicação da sanção pecuniária compulsória, a Comissão pode fixar um montante definitivo da referida sanção a um nível inferior ao que resultaria da decisão inicial» (sublinhado é meu). Não me parece que esta disposição — que constitui uma aplicação coerente do princípio da proporcionalidade — diminua a eficácia dissuasiva da sanção pecuniária compulsória.

32 — O governo demandado faz referência ao número de Abril-Maio de 1992 da revista *Marchés Publics*.

33 — V. acórdão Comissão/Alemanha, já referido n.º 24.

34 — V. o acórdão já referido na nota 26, n.º 28.

Quanto ao processo de conciliação

20. Por último, a Comissão alega que as autoridades francesas não transpuseram para o direito francês as regras previstas pelo capítulo 4 da directiva, no que diz respeito ao processo de conciliação. O Governo francês não contesta que não foram previstas medidas de transposição adequadas, mas alega que, no caso em apreço, não era necessária qualquer medida expressa de transposição. Na aplicação da directiva, os Estados-Membros, em sua opinião, têm apenas a obrigação de enviar à Comissão os pedidos de conciliação que lhe sejam dirigidos pelos interessados³⁵. Acrescenta que estes últimos tinham sido correctamente informados da possibilidade dada pela directiva de recorrer ao processo em causa graças à publicação da directiva na revista *Marchés Publics*, já referida.

Em minha opinião, não há que acolher os argumentos apresentados pelo Governo francês. Com efeito, o papel limitado que o capítulo 2 da directiva confere aos Estados-Membros no âmbito do processo de conciliação não isenta as autoridades nacionais da obrigação de adoptarem medidas susceptíveis de garantir que as disposições em causa sejam correctamente transpostas. Tanto mais que — como reconhece o governo demandado — a transposição visa, também, permitir aos interessados conhecerem a existência desse processo bem como a possibilidade de recorrerem ao mesmo. Não se pode — por razões análogas às indicadas no que se refere ao sistema de certificação — considerar que foi cumprida essa exigência fundamental de publicidade com a publicação da directiva num número da revista *Marchés Publics* em causa; essa publicação não corresponde, por conseguinte, aos critérios definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Conclusão

21. À luz das considerações acima desenvolvidas, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que:

- «1) Ao não adoptar, no prazo fixado, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento aos capítulos 2 e 4 da Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, a República Francesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força da directiva em causa.
- 2) A República Francesa é condenada nas despesas.»

³⁵ — V. o artigo 9.º, n.º 2.