

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 19 januari 1999 *

1. Genom förevarande talan har kommissionen begärt att domstolen skall fastställa att Republiken Frankrike endast delvis och på ett felaktigt sätt har införlivat rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (nedan kallat direktivet).¹

randen i förhållande till gemenskapsrätten.² Direktivet fastställer vilka "befogenheter" som prövningsorganen skall ha för detta ändamål. I detta avseende överläter artikel 2.1 åt medlemsstaterna möjligheten att välja mellan två olika lösningar med likvärdiga praktiska konsekvenser:³ Å ena sidan den valmöjlighet som kallas "förhindra-undandröja" och som framgår av punkterna a och b i ovannämnda artikel; å andra sidan möjligheten att så tidigt som möjligt vidta "andra åtgärder" som syftar till att nå samma resultat, till exempel att "*där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen*".⁴ Den

Direktivet

2. Direktivet, vilket enligt kommissionen har införlivats felaktigt, syftar till att garantera att det i de nationella rättsordningarna införs snabba och effektiva förfaranden för att kontrollera lagenligheten av upphandlingsförfaranden

2 — Se femte övervägandet. Artikel 1 föreskriver följande: "1. Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att beslut av upphandlande enheter skall kunna prövas nogga och snabbt enligt de förutsättningar som anges i nedanstående artiklar, i synnerhet artikel 2.8, för att avgöra huruvida besluten strider mot gemenskapslagstiftningen om upphandling eller mot nationella regler som har tillkommit för att följa gemenskapslagstiftningen om a) upphandlingsförfaranden enligt rådets direktiv 90/531/EEG, och b) upphandlande enheter enligt artikel 3.2 a i samma direktiv."

3 — Valmöjligheten som kallas "förhindra-undandröja" föreskrivs i artikel 2 enligt följande:

"1. Medlemsstaterna skall se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger prövningsorganet behörighet att handla antingen enligt a och b nedan eller enligt c och i bägge fallen enligt d:

a) Att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse av påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, däribland åtgärder för att avbryta upphandlingen eller förhindra verkställigheten av upphandlarens beslut.

b) Att undandröja eller låta undandröja beslut som tagits utan stöd i lag, och därvid bland annat undandröja diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i meddelanden om upphandling, meddelanden i förhand om upphandling, meddelande om ett särskilt system för urval av leverantörer, inbjudan att avge anbud, kontraktshandlingar eller annat dokument som har samband med upphandlingen ..."

4 — Min kursivering.

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 76, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 127.

sistnämnda möjligheten, vilken framgår av artikel 2.1 c, är den möjlighet som den franska lagstiftaren har valt vid införlivandet.

3. Kapitel 2 i direktivet reglerar gransknings-systemet och omfattas alltså av talan i det aktuella målet. Det föreskrivs⁵ i huvudsak att medlemsstaterna skall ge de upphandlande enheterna möjlighet att "utnyttja ett gransknings-system" enligt artiklarna 4—7. Detta system möjliggör för de behöriga enheterna att "begära att deras upphandlingsförfaranden och rutiner i den mån de omfattas av direktiv 90/531/EEG regelbundet granskas och att intyg utfärdas om att de vid granskningstidpunkten överensstämde med gemenskapens upphandlingsregler och den nationella lagstiftning som införlivar dessa regler".⁶

4. Kapitel 4 i direktivet inrättar ett frivilligt medlingsförfarande. Tillämpningen av detta förfarande kan, i enlighet med artikel 9, begäras av "var och en som har eller har haft intresse av att teckna ett visst kontrakt av det slag som avses i direktiv 90/531/EEG och som anser sig ha lidit skada eller löpa risk att lida skada på grund av att upphandlingsförfarandet vad gäller detta kontrakt strider mot gemenskapens upphandlingsregler eller den nationella lagstiftning som är till för att införliva dessa regler ...". Den upphandlande enheten är emellertid inte skyldig att delta i med-

lingsförfarandet.⁷ Om den upphandlande enheten ger sitt tillstånd till tillämpningen av det ovannämnda förfarandet, har medlarna till uppgift att "söka att så snart som möjligt få parterna att nå en överenskommelse som överensstämmer med gemenskapsreglerna"⁸ och att meddela kommissionen "om vad som har framkommit och om det resultat de har uppnått".⁹

5. Den föreskrivna tidpunkten för direktivets införlivande löpte ut den 1 januari 1993.

De franska bestämmelserna om direktivets införlivande

6. Direktivet har införlivats i den franska rättsordningen genom lag nr 93-1416 av den 29 december 1993 om rättsmedel vid upphandling av vissa kontrakt för leveranser och arbeten inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.¹⁰ Den aktuella lagtexten anmäldes till kommissionen genom skrivelse av den 14 januari 1994.

För att genomföra artikel 2 i direktivet valde den franska lagstiftaren den möjlighet som

5 — Se artikel 3.

6 — Se artikel 4.

7 — Se artikel 10.1.

8 — Se artikel 10.4.

9 — Se artikel 10.5.

10 — *JORF* av den 1 januari 1994, s. 10.

framgår av punkt 1 c i den aktuella artikeln, vilken föreskriver att domaren är behörig att "där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen".¹¹

I artikel 1 i lag nr 93-1416 föreskrivs för detta ändamål att om en person som är intresserad av att teckna ett kontrakt och som kan lida skada på grund av ett felaktigt upphandlingsförfarande begär det, får ordföranden för behörig rättsinstans eller hans ställföreträdare förelägga den som har åsidosatt sina skyldigheter att fullgöra dem inom en bestämd tidsfrist. Ett interimistiskt vite kan även föreläggas om skyldigheterna inte fullgörs. Ordföranden får dock "beakta vitesföreläggandets sannolika konsekvenser för alla berörda intressen och för det allmänna och får underlåta att besluta om vite om det kan befaras ge större skadeverkningar än fördelar".¹² Det fjärde stycket i den ovannämnda artikeln föreskriver att "när det interimistiska vitet utdöms skall vitesbeloppet fastställas med beaktande av adressatens beteende och de svårigheter som han har haft att följa föreläggandet".

Artikel 1 sjätte stycket föreskriver vidare att "om rättelse inte har skett av det konstaterade åsidosättandet av skyldigheterna när det interimistiska vitet utdöms, kan domstolen förelägga ett slutgiltigt vite ...".

Oavsett om vitet är interimistiskt eller slutgiltigt är det oberoende av skadestånd. Ett

interimistiskt eller slutgiltigt vite skall upphävas helt eller delvis om det kan fastställas att orsaken till att domstolens föreläggande inte har följts eller har följts för sent beror på omständigheter som adressaten inte har rått över.¹³

Artikel 4 i lag nr 93-1416 innehåller bestämmelser som motsvarar bestämmelserna i ovannämnda artikel 1, där det dock anges att det är förvaltningsdomstolens ordförande som är behörig att fatta beslut.

7. Den aktuella franska regleringen innehåller inte någon bestämmelse som syftar till att genomföra kapitel 2 och 3 i direktivet, vilka innehåller bestämmelser om granskningssystemet respektive medlingsförfarandet.

Det administrativa förfarandet

8. Genom en formell underrättelse av den 8 september 1995 informerade kommissionen de franska myndigheterna om att det system med vitesförelägganden som infördes genom lag nr 93-1416 inte införlivade kapitel 1 i direktivet på ett korrekt sätt. Dessutom hävdade kommissionen att den ovannämnda lagen inte innehöll någon bestämmelse som syftade

11 — Min kursivering.

12 — Se artikel 1 tredje stycket.

13 — Se artikel 1 sjätte stycket.

till att införliva direktivets bestämmelser om ett granskningsystem och ett medlingsförfarande.

Huruvida vitesystemet är korrekt

Mot bakgrund av att de svar som erhöles av den franska regeringen inte var tillfredsställande, skickade kommissionen den 8 november 1996 ett motiverat yttrande till den franska regeringen.

10. Vid tidpunkten för direktivets införlivande valde Frankrike alternativ c. Därigenom valde Frankrike den "ekonomiskt avskräckande" lösningen i stället för den valmöjlighet som kallas "förhindrandanröja".¹⁴ Lag nr 93-1416 föreskriver att ordföranden vid den behöriga rättsinstansen kan förelägga den som har åsidosatt sina skyldigheter att fullgöra dem. Ordföranden kan även förelägga ett vite, vilket till en början är interimistiskt men som vid tidpunkten för utdömandet kan bli slutgiltigt.¹⁵

Eftersom inte heller svaret på det motiverade yttrandet ansågs vara tillfredsställande, väckte kommissionen talan vid domstolen i enlighet med artikel 169 i fördraget.

11. Rent principiellt har inte de franska myndigheternas beslut att använda sig av valmöjligheten c ifrågasatts, men enligt kommissionen kan inte lag nr 93-1416 anses ha införlivat direktivets bestämmelser på ett riktigt sätt. Enligt kommissionen har nämligen den franska lagstiftaren underlåtit att säkerställa att vitesföreläggandet får en sådan avskräckande verkan som avses i artikel 2.5 i direktivet. Kommissionen har gjort gällande att bestämmelsen i fråga skulle ha behövt kompletteras med en särskild bestämmelse om införlivande av artikel 2.5 i direktivet, men att den franska lagstiftaren i stället helt har överlåtit åt de franska domstolarna att inom ramen för sitt utrymme för skönmässiga bedömningar fastställa vitesbeloppet på ett sätt som säkerställer dess avskräckande verkan. Enligt kommissionen tjänar det ingenting till att hävda att de nationella domstolarna i vilket fall som helst är skyldiga att tolka de nationella bestämmelserna mot bakgrund av direktivets syfte, och

Prövning i sak

9. Kommissionen har på flera punkter ifrågasatt att direktivet korrekt införlivats med den franska rättsordningen: Systemet för vitesföreläggande, vilket infördes genom lag nr 93-1416, utgör inte ett korrekt införlivande av artikel 2 i direktivet. Den franska lagstiftaren har inte heller införlivat direktivets bestämmelser om ett granskningsystem och ett medlingsförfarande.

¹⁴ — Se punkt 2 i detta förslag till avgörande.

¹⁵ — Se punkt 6 i detta förslag till avgörande.

därmed — beträffande det föreliggande fallet — fastställa vitesbeloppet högt nog för att uppnå det avskräckande syftet. I detta hänseende har kommissionen åberopat domstolens rättspraxis, enligt vilken nationell rättspraxis inte uppfyller kraven på ett korrekt införlivande, även om de nationella bestämmelserna har tolkats på ett sätt som är förenligt med ett direktivs ordalydelse och syfte.¹⁶

Vad är det slutligen som kommissionen har anmärkt på? Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att lagstiftaren direkt skulle ha säkerställt vitesföreläggandets särskilt avskräckande verkan. Vitesbeloppet skulle följaktligen ha fastställts genom lag och inte ha överlämnats åt domstolarnas utrymme för skönmässiga bedömningar. För ett korrekt införlivande av direktivet skulle det ha behövts antingen en uttrycklig bestämmelse som på ett bindande sätt resulterade i ett vitesbelopp med avskräckande verkan eller bestämmelser som begränsade domstolarnas utrymme för skönmässiga bedömningar avseende fastställandet av vitesbeloppet. Detta skulle kunna ske antingen genom fastställandet av ett minimibelopp för vitet eller genom införandet av andra lämpliga begränsningar som man skulle kunna fastställa i den interna rättsordningen för detta ändamål.

12. Den franska regeringen har till sitt för svar i huvudsak anfört att vitessystemet till sin natur är ett avskräckande rättsmedel. Dessutom har den franska regeringen anfört att

direktivet inte innehåller någon bestämmelse som innebär att ett minimibelopp måste fastställas beträffande den summa som avses i artikel 2.1 c. Enligt den franska regeringen kräver inte heller direktivet att de ovannämnda beloppen skall fastställas genom lag. En sådan möjlighet föreskrevs däremot i kommissionens direktivförslag, men bibehölls inte i den slutgiltiga texten.¹⁷

13. Kommissionens resonemang gör mig förbryllad. För det första är det argument, enligt vilket den franska lagstiftaren vid införlivandet skulle ha säkerställt vitesföreläggandets avskräckande verkan, inte övertygande. Ett sådant påpekande skulle enligt min mening vara överflödigt. Vitet har nämligen till sin natur till huvudsakligt syfte att förmå en person som har ett rätta sig efter ett föreläggande att ge upp sitt motstånd just på grund av föreläggandet att betala en viss summa pengar för varje dag som går utan att han uppfyller sina skyldigheter. Vitet är följaktligen ett typiskt tvångsmedel, vars huvudsakliga syfte är att säkerställa att domstolens förelägganden följs, och som sådant har det redan på grund av sin beskaffenhet en avskräckande verkan. Detta är anledningen till att en uttrycklig lagbestämmelse, vilken enbart syftar till att säkerställa vitets avskräckande verkan, inte

16 — Se dom av den 19 september 1996 i mål C-236/95, kommissionen mot Grekland (REG 1996, s. I-4459) samt den rättspraxis som det hänvisas till i punkt 13 i domen.

17 — Se artikel 11.2 i kommissionens förslag: "Det prövningsorgan som är behörigt att fastställa den ersättning som skall betalas i enlighet med punkten 1 skall fastställa denna ersättning högt nog för att avskräcka den upphandlande enheten från att begära eller fortsätta med en överträdelse. Denna ersättning skall åtminstone täcka de kostnader som är förenliga med att förbereda anbud eller delta i upphandlingsförfarandet för den person som har begärt ingripande. *Summan av dessa kostnader fastställs till en procent av värdet på upphandlingen, utom i de fall då den som begärt ingripande kan bevisa att kostnaderna var högre. Varje betalningsorder av en summa pengar i enlighet med den aktuella bestämmelsen utesluter varje nytt återbetalningskrav från den berörda personen avseende utgifter som tagits i beaktande av prövningsorganet vid tidpunkten för dess beslut.*" (EGT C 216, s. 8. Min kursivering.)

skulle tillföra någonting till vitets redan avskräckande karaktär, såsom ett indirekt och särskilt effektivt tvångsmedel för att genomföra domstolens förelägganden.

14. Ett annat — och svårare — problem är frågan om den franska lagstiftaren skulle ha säkerställt vitets avskräckande verkan genom att fastställa vitesbeloppet direkt i lagen om införlivande eller genom att införa kriterier eller andra beräkningssätt för att begränsa domstolarnas utrymme för skönsmässiga bedömningar beträffande fastställandet av vitesbeloppets storlek. Denna aspekt är enligt min mening den centrala punkten i kommissionens kritik. I artikel 2.5 anges nämligen att "den ersättning som skall utgå enligt punkt 1 c måste sättas högt nog för att avskräcka upphandlaren från att *begå* eller fortsätta med en överträdelse".¹⁸ Problemet är emellertid frågan om vem som måste "*sätta*" ersättningen för att dess avskräckande verkan skall säkerställas. Det vill säga om det är domstolen, inom ramen för sitt utrymme för skönsmässiga bedömningar, vilket den franska regeringen hävdar, eller om dess avskräckande verkan inte kan säkerställas på något annat sätt än genom lagstiftning, på grundval av vilken domaren skall fastställa ersättningen.

Jag anser att det första alternativet, vilket är det alternativ som har använts av den franska lagstiftaren, är korrekt. Det andra alternativet, vilket kommissionen vidhåller, har ingen rättslig grund. Artikel 2.5 föreskriver nämligen inte att det är lagstiftaren, snarare än domstolen, som skall fastställa ersättningsbeloppet. Kommissionen har själv medgett att denna lösning inte föreskrivs direkt i direktivet. Det ursprungliga förslaget, vilket däremot föreskrev en sådan lösning, bibehölls inte i den

slutgiltiga texten. Denna aspekt är förvisso inte avgörande i sig. Enligt min mening framgår det av tolkningen av direktivet att det enda krav som direktivet föreskriver för medlemsstaterna, och från vilket man inte kan göra undantag vid införlivandet, är kravet på ett *effektivt* system. Det vill säga ett förfarande som innebär att man så tidigt som möjligt kan vidta åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse av överträdelser och som dessutom har nödvändig avskräckande verkan för att förhindra nya överträdelser. Med andra ord är det nödvändigt för ett korrekt införlivande av valmöjligheten c i direktivet att medlemsstaterna inför ett "ekonomiskt avskräckande" instrument som motsvarar de effektivitetskriterier som är nödvändiga för att uppnå det syfte som jag nyss har erinrat om.

Om så är fallet har den franska lagstiftaren införlivat artikel 2 i direktivet på ett korrekt sätt genom möjligheten till vitesföreläggande, vilket enligt fransk rättsordning är ett av de traditionellt sett mest effektiva instrumenten för att se till att domstolarnas förelägganden följs.¹⁹ Jag anser inte att vitets avskräckande verkan, vilken kommissionen med all rätt har insisterat på, nödvändigtvis måste säkerställas genom att vitesbeloppet fastställs i lag vid direktivets införlivande.²⁰ Ett sådant antagande tycks mig tvärtom vara förkastligt i

19 — Se till exempel Couchez, G., "*Voies d'exécution*", Paris 1994, s. 5, där vitets indirekta, men särskilt effektiva, tvingande karaktär betonas.

20 — Det finns naturligtvis flera exempel på när lagstiftaren har föreskrivit noggranna villkor för hur man skall fastställa vitesbelopp. Så är till exempel fallet beträffande artikel 16 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), enligt vilken kommissionen är behörig att utdöma "viten om *lägst femtio och högst ett tusen beräkningsenheter* om dagen, eller rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1; svensk specialutgåva, 1994, annex, s. 16), enligt vilken gemenskapslagstiftaren har använt en teknik som innebär att man fastställer ett maximibelopp för viten (artikel 15). Det skulle emellertid vara fel att dra den slutsatsen att viten endast kan vara effektiv i de fall där minimi- eller maximibeloppet fastställs genom lagstiftning.

18 — Min kursivering.

förhållande till erfarenheten av de rättssystem där vitesförelägganden ofta förekommer. Ingen tvivlar på vitets avskräckande verkan, trots att fastställandet av vitesbeloppet i åtskilliga fall är förbehållet domstolens skönsmässiga bedömning snarare än lagstiftarens bestämmelser.²¹

15. Det råder inget tvivel om att en korrekt tillämpning av "valmöjligheten c" — och i synnerhet påföljdens verkligt avskräckande verkan — är beroende av den behöriga domstolens kloka maktutövande. Jag står likväl inför ett direktiv vars bestämmelser, i den mån de berör det föreliggande fallet, inte verkar ha införlivats på ett lämpligt sätt såvida inte domstolen tillåts att tillämpa bestämmelserna med ett tillräckligt utrymme för skönsmässiga bedömningar. Det kan nämligen finnas många olika slags överträdelser. Den upphandlande enhetens beteende, huruvida den befinner sig i god eller ond tro, dess iver att rätta till eller undvika överträdelsen och så vidare kan för övrigt också variera. Det är enligt min mening uppenbart att det är lämpligt att beakta dessa faktorer i anslutning till fastställandet av det

belopp som skall betalas i enlighet med artikel 2.1 c. Den instans som är mest lämpad för att göra en sådan uppskattning måste vara domstolen, inom ramen för dess utrymme för skönsmässiga bedömningar. Fastställandet av vitesbeloppet genom lagstiftning skulle inte stämma bra överens med de behov som är förenade med en sådan bedömning. Det är riktigt att en eventuell lagbestämmelse, vilken tillskrev domstolen en möjlighet att fastställa beloppet mellan en minimi- och en maximinivå, skulle vara förenlig med kravet på att utdöma vitet med beaktande av de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet. Denna lösning skulle emellertid med all säkerhet inte beröva domaren hans utrymme för skönsmässiga bedömningar avseende fastställandet av vitet, även om det endast sker inom ramen för de gränser som fastställts av lagstiftaren. Dessa gränser bör för övrigt vara tillräckligt vida för att säkerställa domstolens möjlighet att beakta de olika omständigheter som kan föreligga. Och domstolen skulle knappast kunna kritisera den nationella lagstiftarens skönsmässiga bedömningar vid fastställandet av de ovannämnda gränserna i syfte att införliva direktivet.

21 — Se beträffande den bestämmelse som infördes i den belgiska lagstiftningen genom den för Beneluxländerna gemensamma viteslagen (konvention av den 26 november 1973, *Tractatenblad*, 1974, 6) de anmärkningar som gjordes av van Compernelle, J. i "*L'astreinte*", Bryssel, 1992, s. 47. Beträffande vitets fastställande konstaterar författaren att "domaren förfogar över det största möjliga utrymme för skönsmässiga bedömningar avseende vitesbeloppets fastställande ... Med beaktande av alla sakomständigheter, inklusive gäldenärens uppförande och hans finansiella ställning, fastställer domaren efter fritt skön det vitesbelopp som bedöms vara lämpligt för att utöva ett tillräckligt tryck på gäldenären i syfte att tvinga honom att följa föreläggandet ... Domaren har i detta hänseende ett oinskränkt utrymme för skönsmässiga bedömningar" (min kursivering).

Det är å andra sidan betydelsefullt att direktivet i fråga tillskriver de behöriga rättsinstanserna ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar vid utövandet av de befogenheter som framgår av artikel 2. Punkten 4 i denna artikel anger att "medlemsstaterna får bestämma att ett behörigt organ vid beslut om interimistiska åtgärder får ta hänsyn till olika åtgärders sannolika konsekvenser för

alla berörda intressen och för det allmänna och får *underlåta att vidta åtgärder som kan befaras ge större skadeverkningar än fördelar...*"²². Den ovannämnda bestämmelsen skulle inte vara motiverad om det samtidigt krävdes av medlemsstaterna att de vid införlivandet av direktivet införde ett system enligt vilket de behöriga nationella prövningsorganen endast mekaniskt tillämpar de lösningar som föreskrivits av lagstiftaren.

Detta föranleder två olika överväganden. För det första är domstolarna, liksom alla andra statliga organ, skyldiga att tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets syfte.²⁴ Direktivet riktar sig följaktligen även till franska domare. Det kan i detta sammanhang erinras om att artikel 2.5, i den del där det föreskrivs att den ersättning som skall utgå enligt punkt 1 c måste sättas högt nog för att säkerställa en avskräckande verkan, riktar sig just till domstolarna, eftersom den innehåller en precisering av de befogenheter som dessa skall ha.

16. Kommissionen har likväl påpekat att lag nr 93-1416 — i den del där det föreskrivs att det är domaren som är behörig att fastställa vitesbeloppet inom ramen för sitt utrymme för skönsmässiga bedömningar, utan att någon lagbestämmelse har införts i detta avseende — i princip överlämnar skyldigheten att införliva direktivet åt dessa domare. Kommissionen har anfört att även om man är överens om att den franska domaren använder sitt utrymme för skönsmässiga bedömningar på ett korrekt sätt och tolkar de nationella bestämmelserna på ett sätt som är förenligt med direktivets syfte, uppfyller detta inte de krav på ett korrekt införlivande som framgår av domstolens rättspraxis. Det har i detta avseende hänvisats till följande stycke i generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet kommissionen mot Grekland:²³ "En nationell rättspraxis som innebär att bestämmelser i inhemsk rätt tolkas på ett sätt som bedöms överensstämma med krav i ett direktiv, är inte tillräcklig för att dessa bestämmelser skall anses innebära att direktivet har införlivats."

Jag anser dessutom att den rättspraxis som kommissionen har åberopat inte är relevant i det aktuella målet. I målet kommissionen mot Grekland hade det inte vidtagits några åtgärder för att införliva direktivet, och Republiken Grekland hävdade till sitt försvar att högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis i vilket fall som helst utgjorde "ett tillräckligt rättsligt skydd i förhållande till kraven i direktivet".²⁵ I det ovannämnda målet uteslöt generaladvokaten och domstolen följaktligen korrekt att omständigheterna i fråga var förenliga med de grundläggande kraven för alla införlivanden: "nämligen krav på rättssäkerhet och adekvat

22 — Min kursivering.

23 — Mål C-236/95 (ovan fotnot 16), punkt 26 i förslaget till avgörande.

24 — Se dom av den 10 april 1984 i mål 14/83, von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577) och av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 16).

25 — Se domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 16), punkt 8.

offentlighet".²⁶ Det föreliggande fallet är emellertid annorlunda. Direktivet har införlivats genom en lämplig lagbestämmelse, och man kan inte förebrå de franska myndigheterna för att de i denna lagstiftning inte har infört en bestämmelse som inte föreskrivs i direktivet och som inte är nödvändig för att säkerställa att direktivets syften uppnås. När det sedan gäller rättssäkerhetskravet anser jag att det är fullt tillräckligt garanterat genom att — vilket framgår av domstolens rättspraxis²⁷ — de berörda personerna ges möjlighet att få full kännedom om de rättigheter som de kan åberopa på grundval av direktivet. I det föreliggande fallet innebär detta att det grundläggande kravet är tillgodosett om de berörda företagen har möjlighet att känna till att det finns rättsmedel för att sanktionera överträdelser av gemenskapsrätten beträffande anbudsinfordringar och att domstolen i detta avseende kan förelägga viten i de fall där den upphandlande enheten inte rättar sig efter domstolens förelägganden. Direktivet föreskriver inte att storleken på det eventuella vitesbeloppet skall fastställas på förhand. En sådan förhandsinformation svarar inte heller, vid närmare anblick, mot kraven på rättssäkerhet. I vart fall skulle man endast kunna lämna sådana förhandsupplysningar på ett ofullständigt sätt, eftersom beloppet i fråga — av de skäl som anförts ovan — kan variera

beroende på åtskilliga faktorer som det inte är möjligt att känna till i förväg.

17. Kommissionen har vidare gjort gällande att det vite som den franska lagstiftaren har infört genom lag nr 93-1416 avviker från de civilrättsliga vitesbestämmelserna i fransk rätt, i synnerhet i förhållande till lag nr 91-650 om en reform av civila verkställighetsförfaranden.²⁸ Enligt kommissionen skulle de franska myndigheterna således ha brutit mot artikel 1.2 i direktivet, enligt vilken "medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser".

Även denna invändning bör enligt min mening avfärdas. I likhet med vad den franska regeringen med rätta har påpekat, skiljer sig de frågor som regleras i lag nr 93-1416 från dem som omfattas av lag nr 91-650. Den sistnämnda lagen syftar till att genomföra vissa bestämda skyldigheter och ger domstolarna befogenhet att, utöver vidtagandet av andra åtgärder, fastställa ett vite. Lag nr 91-650 har följaktligen inte *endast* ansetts kunna ligga till grund för ett införlivande av direktivet i fråga.

26 — Se generaladvokatens förslag till avgörande, punkt 24. I punkt 13 i domen har domstolen erinrat om sin fasta rättspraxis, där det framgår att "dessa principer utgör en effektiv garanti för att nationella myndigheter faktiskt tillämpar direktivet fullt ut och att, i sådana fall då direktivet syftar till att skapa rättigheter för enskilda, den rättsliga situation som följer av dessa principer är tillräckligt klar och precis samt att de personer som berörs ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och, i förekommande fall, ges möjlighet att göra dem gällande vid de nationella domstolarna" (se i detta sammanhang dom av den 23 maj 1985 i mål 29/84, kommissionen mot Tyskland (REG 1985, s. 1661; svensk specialutgåva, volym 8, s. 221), punkt 23, av den 9 april 1987 i mål 363/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 173), punkt 7, och av den 30 maj 1991 i mål C-59/89, kommissionen mot Tyskland (REG 1991, s. I-2607), punkt 18).

27 — *Ibidem*.

28 — Lag nr 91-650 av den 9 juli 1991 (*JORF* av den 14 juli 1991, s. 9228).

Den aktuella lagen tillåter inte domstolarna att — vare sig det gäller civilrätt eller förvaltningsrätt — ingripa under upphandlingsförfaranden. Antagandet av lag nr 93-1416 innebär följaktligen inte att den franska lagstiftaren avsett att skapa ett särskilt och mindre tvingande förfarande än det civilrättsliga. Det enda gemensamma draget för de två lagarna består i det faktum att båda föreskriver ett förfarande med vitesföreläggande. Förutom detta finns inga likheter mellan de två lagarna. Jag anser följaktligen inte att det föreligger någon överträdelse av bestämmelsen i artikel 1.2 genom att den nationella lagstiftaren — med hänsyn till att bestämmelserna i lag nr 91-650 inte var tillämpliga — har infört särskilda bestämmelser om införlivande som tar hänsyn till de specifika krav som kan uppkomma i de situationer som regleras av det aktuella direktivet.

18. Det återstår slutligen att undersöka kommissionens sista invändning avseende lag nr 93-1416, vilken rör åtskillnaden mellan det interimistiska och det slutgiltiga vitet. Enligt kommissionen är bestämmelsen i den aktuella lagen, vilken ger domstolarna möjlighet att först förelägga ett interimistiskt vite och därefter ett slutgiltigt vite, oförenlig med direktivet. En sådan möjlighet varken föreskrivs eller tillåts i direktivet. Gemenskapslagstiftaren har nämligen inskränkt sig till att föreskriva att utbetalningen av denna ersättningen "kan villkoras av ett slutligt framtida avgörande om att överträdelse faktiskt har skett".²⁹ I motsats till vad som gäller enligt den franska lagen om införlivande finns det ingen bestämmelse i direktivet som ger domstolen

behörighet att ändra beloppets storlek eller möjlighet att beakta den berörda adressatens beteende. Enligt kommissionen framgår det härav att de franska myndigheterna har begränsat vitets avskräckande verkan.

Jag anser inte att jag kan ansluta mig till detta resonemang. Det är sant att åtskillnaden mellan det interimistiska och det slutgiltiga vitet inte uttryckligen föreskrivs i direktivet, men den utesluts heller inte. Det enda kriteriet som är lämpligt att ha i åtanke när man skall överväga rättelse av det tillvägagångssätt som har valts av den nationella lagstiftaren vid införlivandet är kriteriet avseende vitets verkan. Det verkar inte som om det faktum att man har infört en bestämmelse om ett interimistiskt och ett slutgiltigt vite skulle ha en negativ effekt på vitets avskräckande verkan. Enligt min åsikt är det snarare tvärtom.³⁰ Den bestämmelse enligt vilken domstolen förelägger det slutgiltiga vitet gör det nämligen möjligt för densamma att övervaka den berörda upphandlande enhetens beteende. I de fall där överträdelsen upprepas, kan detta beteende leda till att domstolen höjer det belopp som fastställts för det interimistiska vitet. När det däremot gäller domstolens möjlighet att sänka vitesbeloppet vid fastställandet av det slutgiltiga vitet med beaktande av den berörda enhetens beteende, verkar det som om detta utgör en korrekt tillämpning av proportionalitets-

30 — Se i detta sammanhang Frignagni, A., "La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese" i *Riv. Dir. civ.*, 1981, 1-s. 511: "Möjligheten att höja nivån på vitesbeloppet är avhängig det ovannämnda syftet att lättare kunna övervinna gäldenärens motstånd. Detta gör det dessutom nödvändigt att utdöma beloppet slutgiltigt."

29 — Se artikel 2.5.

principen.³¹ Denna grundläggande princip skulle inte respekteras om domstolen var tvungen att slutgiltigt fastställa det belopp som skall betalas av den upphandlande enheten utan att kunna beakta dess samarbete under förfarandets gång, dess omedelbara upphörande med överträdelsen eller alla andra särskilda omständigheter som är utmärkande för det enskilda fallet.

regeringen skett genom ett offentliggörande av direktiv 92/13/EEG i en branschtidsskrift som är mycket spridd inom sektorn för offentlig upphandling.³² Några granskare har enligt den franska regeringen inte utsetts, eftersom de upphandlande enheterna ännu inte har begärt tillämpning av granskningssystemet.

Granskningssystemet

19. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Frankrike inte har införlivat det granskningssystem som föreskrivs i kapitel 2 i direktivet. Den franska regeringen har i och för sig medgett att lag nr 93-1416 inte innehåller någon specifik bestämmelse i detta avseende, men har hävdatt att någon sådan bestämmelse inte är nödvändig. För ett korrekt införlivande av kapitel 2 i direktivet är det enligt den franska regeringen nämligen tillräckligt att de upphandlande enheterna under rättas om möjligheten som framgår av kapitel 2, att upphandlingsförfarandena kan bli föremål för det aktuella granskningssystemet. En sådan underrättelse har enligt den franska

Enligt min mening finns det anledning att beakta denna invändning från kommissionen. I enlighet med vad kommissionen har anfört, kräver införlivandet av bestämmelserna i kapitel 2 att lämpliga bestämmelser införs som bland annat syftar till att reglera det valda granskningsförfarandet, regler för hur granskarna skall utses, vilka kompetenskriterier som granskarna skall uppfylla och så vidare. Sådana bestämmelser saknas helt och hållet i lag nr 93-1416. I övrigt skall det uppmärksammas att enligt domstolens fasta rättspraxis skall ett direktivs bestämmelser genomföras "med obestriddligt bindande verkan, ... så tydligt, precist och klart ... att kravet på rättssäkerhet uppfylls".³³ Vidare anförde domstolen att "i syfte att säkerställa en fullständig tillämpning av direktiv, såväl rättsligt som faktiskt, skall medlemsstaterna skapa ett bestämt rättsligt system för det aktuella ämnesområdet".³⁴ Att endast offentliggöra direktivet i en tidskrift uppfyller inte domstolens krav, även om tidskriften har många läsare inom sektorn för offentlig upphandling.

31 — Enligt min mening är det inte en tillfällighet att artikel 15.3 i förordningen om företagskoncentrationer (ovan fotnot 20) föreskriver att "Om de personer som avses i artikel 3.1 b eller företag eller företagssammanslutningar har fullgjort skyldigheten för vars upplyllande det löpande vitet har förelagts, kan kommissionen fastställa vitets slutliga storlek till ett belopp som är lägre än det som skulle ha följt av det ursprungliga beslutet" (min kursivering). Jag anser inte att denna bestämmelse, vilken utgör en logisk tillämpning av proportionalitetsprincipen, begränsar vitets avskräckande verkan.

32 — Den franska regeringen har hänvisat till april/maj-numret från år 1992 av tidskriften *Marchés publics*.

33 — Se domen i målet C-59/89, kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 26), punkt 24.

34 — Ibidem, punkt 28.

Medlingsförfarandet

20. Kommissionen har slutligen gjort gällande att de franska myndigheterna inte har införlivat bestämmelserna i kapitel 4 i direktivet avseende medlingsförfarandet. Den franska regeringen har medgett att det inte har införts några särskilda genomförandebestämmelser om medlingsförfarandet, men har gjort gällande att det inte är nödvändigt med någon sådan uttrycklig bestämmelse. Enligt den franska regeringen föreskriver direktivet endast att medlemsstaterna så snabbt som möjligt skall vidarebefordra en begäran om medling från berörd part till kommissionen.³⁵ Den franska regeringen har tillagt att den på ett korrekt sätt har underrättat berörda företag om de rättigheter som följer av direktivet. Detta skedde genom att direktivet offentliggjordes i den ovannämnda tidskriften *Marchés publics*.

Enligt min mening finns det ingen anledning att beakta de argument som har framförts av den franska regeringen. Den begränsade roll som kapitel 2 i direktivet tillskriver medlemsstaterna i fråga om medlingsförfarandet befriar inte de nationella myndigheterna från skyldigheten att införa bestämmelser som säkerställer ett korrekt införlivande av de aktuella reglerna. Detta gäller i ännu högre grad då införlivandet, i likhet med vad den franska regeringen har medgett, även syftar till att upplysa de berörda personerna om förekomsten av och möjligheten att begära tillämpning av medlingsförfarandet. Av samma skäl som anfördes ovan beträffande granskningsförfarandet, kan detta grundläggande offentlighetskrav inte anses uppfyllt genom att direktivet har offentliggjorts i tidskriften *Marchés publics*. Ett sådant offentliggörande uppfyller följaktligen inte de krav som har uppställts i domstolens rättspraxis.

Förslag till avgörande

21. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall fastställa att:

1. Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna genom att inte inom den föreskrivna fristen anta de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa kapitlen 2 och 4 i direktivet.
2. Republiken Frankrike skall ersätta rättegångskostnaderna.

³⁵ — Se artikel 9.2.