JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ANTONIO LA PERGOLA
19 päivänä tammikuuta 1999 *

1. Käsiteltävänä olevassa kanteessa komissio vaatii yhteisöjen tuomioistuinta toteamaan, että Ranskan tasavalta on saattanut epätäydellisesti ja virheellisesti kansallisen oikeusjärjestyksensä osaksi vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY [1] (jäljempänä direktiivi).

Direktiivi

2. Direktiivin, jonka komissio katsoo jääneen asianmukaisesti täytäntöönpanematta, tarkoituksena on taata, että kansallisissa oikeusjärjestyksissä on nopeat ja tehokkaat muutoksenhakukeinot sopimuksentekomenettelyä koskevien yhteisön oikeussääntöjen rikkomisen estämiseksi ja korjaamiseksi. [2] Siinä määritellään, millaiset toimivaltuudet näitä muutoksenhakuasioita käsittelemään asetetuille toimielimille on tätä varten annettava. Tässä suhteessa 2 artiklan 1 kohdan mukaan on jäsenvaltioilla vapaus valita kahden ratkaisun väliltä, jotka ovat erilaisia mutta käytännön vaikutuksiltaan samanarvoisia: [3] toisaalta edellä mainitun artiklan a ja b alakohdassa tarkoitettu vaihtoehto "täytäntöönpanokielto-kumoaminen", toisaalta mahdollisuus ryhtyä samaan lopputulokseen pääsemiseksi kiireellisesti "muihin toimenpiteisiin", joista direktiivissä mainitaan *"mahdollisuus määrätä maksettavaksi tietty [summa] tapauksissa, joissa virheellistä menet-*

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — EYVL L 76, s. 14.

2 — Ks. direktiivin johdanto-osan viides perustelukappale. Direktiivin 1 artiklassa säädetään seuraavaa: "1. Jäsenvaltioiden on toteutettava aiheelliset toimenpiteet sen varmistamiseksi, että hankintayksiköiden tekemiin päätöksiin voidaan hakea muutosta tehokkaasti ja erityisesti mahdollisimman nopeasti seuraavien artiklojen ja erityisesti 2 artiklan 8 kohdan mukaisesti, jos nämä päätökset ovat vastoin julkisia hankintoja koskevaa yhteisön oikeutta tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettuja kansallisia säännöksiä, kun on kyse: a) neuvoston direktiivin 90/531/ETY soveltamisalaan kuuluvista sopimuksentekomenettelyistä ja b) siitä, vastaavatko kyseisen direktiivin 3 artiklan 2 kohdan a alakohdan soveltamisalaan kuuluvat hankintayksiköt kyseisen säännöksen vaatimuksia. — — "

3 — Vaihtoehdosta "täytäntöönpanokielto-kumoaminen" säädetään 2 artiklassa seuraavasti:
"1. Jäsenvaltioiden on varmistettava, että 1 artiklassa tarkoitetuissa muutoksenhakumenettelyjen aikaansaamiseksi toteutettavissa toimenpiteissä annetaan valtuudet
joko
a) ryhtyä kiireellisesti väliaikaisiin toimenpiteisiin, joiden tarkoituksena on oikaista väitetty virheellinen menettely tai estää kyseisiin etuihin kohdistuvat lisävahingot, mukaan lukien toimenpiteet sopimuksentekomenettelyn tai hankintayksikön tekemän päätöksen täytäntöönpanon keskeyttämiseksi tai niiden keskeyttämisen varmistamiseksi,
b) kumota lainvastaisesti tehdyt päätökset tai varmistaa niiden kumoaminen, mukaan lukien sopimusilmoituksessa, määräaikaisessa ohjelliessa ilmoituksessa, kelpuuttamisjärjestelmän olemassaoloa koskevassa ilmoituksessa, tarjouspyynnössä, sopimusasiakirjoissa tai muussa kyseiseen sopimuksentekomenettelyyn liittyvässä asiakirjassa olevien syrjintää aiheuttavien teknisten, taloudellisten tai rahoitusta koskevien eritelmien poistaminen, — —."

telyä ei ole oikaistu tai estetty". [4] Ranskan lainsäätäjä on valinnut direktiivin voimaan saattamiseksi tämän jälkimmäisen vaihtoehdon, josta säädetään 2 artiklan 1 kohdan c alakohdassa.

3. Direktiivin 2 luvussa säännellään todistelumenettelyä, ja myös se on käsiteltävänä olevan kanteen kohteena. Siinä säädetään [5] pääasiallisesti, että jäsenvaltioiden on annettava hankintayksiköille mahdollisuus "käyttää todistusjärjestelmää", jonka tärkeimmät ominaisuudet mainitaan 4—7 artiklassa. Järjestelmän mukaan asianomaisilla yksiköillä on mahdollisuus "määräajoin tutkituttaa direktiivin 90/351/ETY soveltamisalaan kuuluvat sopimuksentekomenettelynsä ja -käytäntönsä saadakseen todistuksen siitä, että nämä menettelyt ja käytännöt ovat kulloinkin julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden ja sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettujen kansallisten säännösten mukaiset". [6]

4. Direktiivin 4 luvussa luodaan vapaaehtoinen sovittelujärjestelmä. Sovittelumenettelyn soveltamista voi 9 artiklan mukaan pyytää "henkilö, jonka etua direktiivin 90/531/ETY soveltamisalaan kuuluvan tietyn sopimuksen saaminen koskee tai on koskenut, ja joka katsoo, että tämän sopimuksen tekomenettelyssä tapahtunut julkisia hankintoja koskevan yhteisön oikeuden tai sen saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettujen kansallisten säännösten vastainen virheellinen menettely aiheuttaa tai uhkaa aiheuttaa hänelle vahinkoa — — ". Hankintayksikön ei kuitenkaan ole pakko osallistua tähän menettelyyn. [7] Sovittelijoiden on — jos hankintayksikkö suostuu osallistumaan sovittelumenettelyyn — pyrittävä "viipymättä pääsemään osapuolten kesken yhteisön oikeuden mukaiseen sopimukseen" [8] ja ilmoitettava komissiolle "päätelmistään ja saavuttamistaan tuloksista". [9]

5. Direktiivin täytäntöönpanemiseksi määräaika päättyi 1.1.1993.

Ranskan lainsäädäntö direktiivin täytäntöönpanemiseksi

6. Direktiivi on saatettu osaksi Ranskan oikeusjärjestystä 29.12.1993 annetulla *loi relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* [10] -nimisellä lailla nro 93-1416 (laki oikeussuojakeinoista eräitä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla tehtäviä tavaranhankinta- ja urakkasopimuksia koskevissa asioissa). Kyseinen laki annettiin komissiolle tiedoksi 14.1.1994 päivätyssä kirjeessä.

Direktiivin 2 artiklan täytäntöönpanemiseksi Ranskan lainsäätäjä valitsi kyseisen artiklan

4 — Kursivointi tässä.
5 — Ks. 3 artikla.
6 — Ks. 4 artikla.
7 — Ks. 10 artiklan 1 kohta.
8 — Ks. 10 artiklan 4 kohta.
9 — Ks. 10 artiklan 5 kohta.
10 — Journal Officiel de la République Française, jäljempänä JORF, 1.1.1994, s. 10.

1 kohdan c alakohdassa annetun vaihtoehdon, jonka mukaan tuomioistuimella on toimivalta *"määrä[tä] maksettavaksi tietty [summa] tapauksissa, joissa virheellistä menettelyä ei ole oikaistu tai estetty"*. [11]

Lain nro 93-1416 1 §:ssä säädetään tämän vuoksi, että toimivaltaisen yleisen tuomioistuimen puheenjohtaja tai hänen määräämänsä voi velvoittaa laiminlyöntiin syyllistyneen noudattamaan velvollisuuksiaan tuomarin vahvistamassa määräajassa, jos joku, jonka etua tämän sopimuksen saaminen koskee ja jolle laiminlyönti on omiaan aiheuttamaan vahinkoa, sitä vaatii. Laissa säädetään myös avoimesta uhkasakosta (astreinte provisoire) laiminlyönnin jatkumisen varalta. Tuomari voi kuitenkin "ottaa huomioon kaikki tämän toimenpiteen todennäköiset vaikutukset etuihin, joihin se voi vaikuttaa, etenkin yleiseen etuun, ja jättää uhkasakon asettamatta, jos siitä aiheutuva haitta voisi olla suurempi kuin sillä saavutettava etu". [12] Mainitun pykälän neljännessä momentissa säädetään, että "uhkasakkoa maksettavaksi tuomittaessa on sen lopullista määrää harkittaessa otettava huomioon sen, jolle määräys on osoitettu, menettely ja hänellä määräyksen noudattamisessa ilmenneet vaikeudet".

Lain 1 §:n 6 momentissa säädetään vielä määräytymisperusteiltaan sitovasta uhkasakosta (astreinte définitive): "jollei laiminlyöntiä ole korjattu avointa uhkasakkoa maksettavaksi tuomittaessa, tuomari voi asettaa määräytymisperusteiltaan sitovan uhkasakon". Avoin tai määräytymisperusteiltaan sitova uhkasakko eivät riipu vahingonkorvauksista. Avoin tai määräytymisperusteiltaan sitova uhkasakko poistetaan kokonaan tai osaksi, jos asiassa osoitetaan, että tuomarin määräyksen noudattamatta jättäminen kokonaan tai määräajassa on kokonaan tai osaksi johtunut asianomaisesta riippumattomasta seikasta. [13]

Lain nro 93-1416 4 §:ssä annetaan edellä mainittuun 1 §:ään sisältyviä säännöksiä vastaavat säännökset, joihin liittyvä toimivalta kuuluu kuitenkin hallintotuomioistuimen puheenjohtajalle.

7. Kysymyksessä olevaan Ranskan lainsäädäntöön ei sisälly säännöksiä, joilla pantaisiin täytäntöön direktiivin 2 ja 3 luku, jotka koskevat todistusjärjestelmää ja sovittelumenettelyä.

Oikeudenkäyntiä edeltänyt menettely

8. Komissio ilmoitti 8.9.1995 päivätyssä virallisessa huomautuksessa Ranskan viranomaisille, ettei direktiivin 1 luku tule asianmukaisesti täytäntöönpanemiseksi lailla nro 93-1416 käyttöön otetulla pakotejärjestelmällä; komission mukaan lakiin ei sisälly minkäänlaisia säännöksiä, joiden tarkoitus olisi täytäntöön-

11 — Kursivointi tässä.

12 — Ks. lain 1 §:n 3 momentti.

13 — Ks. lain 1 §:n 6 momentti.

panna direktiivin säännökset todistusjärjestelmästä ja sovittelumenettelystä.

Komissio ei pitänyt Ranskan hallituksen vastauksia tyydyttävinä, minkä vuoksi se lähetti Ranskan hallitukselle 8.11.1996 päivätyn perustellun lausunnon.

Komissio ei myöskään pitänyt tyydyttävänä perusteltuun lausuntoon annettua vastausta, minkä vuoksi se nosti yhteisöjen tuomioistuimessa nyt käsiteltävän kanteen EY:n perustamissopimuksen 169 artiklan mukaisesti.

Pääasia

9. Komissio riitauttaa direktiivin Ranskan oikeusjärjestyksen osaksi saattamisen asianmukaisuuden useilla perusteilla: sen mielestä direktiivin 2 artiklaa ei panna asianmukaisesti täytäntöön lain nro 93-1416 mukaisella pakotejärjestelmällä; Ranskan lainsäätäjä ei myöskään ole pannut täytäntöön direktiivin säännöksiä todistusjärjestelmästä ja sovittelumenettelystä.

Pakotejärjestelmän täytäntöönpanon asianmukaisuus

10. Ranskan tasavalta on valinnut direktiivin täytäntöönpanon yhteydessä vaihtoehdon c, valitsemalla — niin sanoakseni — menettelytavaksi "taloudellisen lannistamisen" eikä yhdistelmää täytäntöönpanokieltokumoaminen. [14] Laissa nro 93-1416 nimittäin annetaan toimivaltaisen tuomioistuimen puheenjohtajalle valta määrätä laiminlyöntiin syyllistynyt noudattamaan velvollisuuksiaan sekä liittää tähän määräykseen uhkasakko; aluksi avoin, mutta se voi maksettavaksi tuomitsemisen yhteydessä muuttua määräytymisperusteiltaan sitovaksi. [15]

11. Komissio ei periaatteellisella tasolla riitauta Ranskan viranomaisten ratkaisua valita vaihtoehto c, mutta se katsoo, etteivät direktiivin säännökset ole tulleet asianmukaisesti täytäntöönpannuiksi lailla nro 93-1416. Komission mukaan Ranskan lainsäätäjä on nimittäin jättänyt huolehtimatta pakotejärjestelmän riittävästä varoitusvaikutuksesta, siten kuin direktiivin 2 artiklan 5 kohdassa nimenomaisesti edellytetään. Kantajana oleva toimielin katsoo, että kyseinen säännös olisi edellyttänyt erityistä täytäntöönpanosäännöstä, kun taas Ranskan lainsäädännössä on päinvastoin jätetty täysin Ranskan tuomioistuinten harkintaan seuraamuksen vahvistaminen määrältään sellaiseksi, että sillä on varoitusvaikutus. On hyödytöntä huomauttaa — komissio jatkaa — että kansallisten tuomioistuinten on joka tapauksessa tulkittava sisäisiä

14 — Ks. edellä 2 kohta.
15 — Ks. edellä 6 kohta.

oikeussäännöksiä direktiivin tavoitteiden valossa ja sen vuoksi — nyt käsiteltävän asian kannalta — vahvistettava seuraamus riittävän suureksi sen varoitusvaikutuksen takaamiseksi. Tältä osin kantaja viittaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan kansallinen oikeuskäytäntö ei riitä täyttämään asianmukaisen täytäntöönpanon vaatimusta, vaikka siinä tulkittaisiin sisäisiä oikeussäännöksiä direktiivin hengen ja kirjaimen mukaisella tavalla. [16]

Mitä komissio lopulta väittää? Se vetoaa pääasiallisesti siihen, että lainsäätäjän olisi pitänyt suoraan taata, että uhkasakolla on erittäin suuri varoitusvaikutus. Sen määrä olisi siten pitänyt vahvistaa laissa, eikä sitä olisi saanut jättää tuomioistuinten harkintaan. Komission mukaan direktiivin täytäntöönpano edellyttää joko asianmukaista säännöstä, josta on ehdottomasti seurattava, että uhkasakolla on suuruutensa vuoksi tarpeellinen varoitusvaikutus, taikka säännöksiä, joilla tuomioistuimelle tämän seuraamuksen määrän vahvistamisessa annettua harkintavaltaa rajoitetaan vahvistamalla ainakin uhkasakon vähimmäismäärä tai säätämällä muita tarkoitukseen soveltuvia rajoja, joita kansallisessa lainsäädännössä voidaan tätä varten vahvistaa.

12. Vastaajana oleva hallitus vastaa edellä esitettyihin väitteisiin pääasiallisesti katsomalla, että uhkasakko on jo perusluonteeltaan asianmukaisen varoitusvaikutuksen omaava väline.

16 — Ks. asia C-236/95, komissio v. Kreikka, tuomio 19.9.1996 (Kok. 1996, s. I-4459) sekä 13 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö.

Kyseisen hallituksen mukaan direktiivin missään säännöksessä ei myöskään edellytetä 2 artiklan 1 kohdan c alakohdan perusteella maksettavien summien vähimmäismäärien vahvistamista, puhumattakaan siitä, että nämä määrät olisi vahvistettava laissa. Päinvastoin, tätä mahdollisuutta oli kyllä tarkoitettu komission esittämässä direktiiviehdotuksessa, mutta sitä ei otettu lopulliseen direktiiviin. [17]

13. Komission esittämä näkemys jättää minut epätietoiseksi. Ensinnäkään perustelu, jonka mukaan Ranskan lainsäätäjän olisi pitänyt täsmentää direktiivin täytäntöönpanon yhteydessä, että uhkasakolla on oltava varoitusvaikutus, ei saa minua vakuuttuneeksi. Tällainen täsmennys olisi mielestäni tarpeeton. Uhkasakon päätarkoituksena nimittäin on jo sen perusluonteen vuoksi murtaa määräystä noudattamaan velvollisen henkilön vastarinta nimenomaan määräämällä hänet maksamaan tietty rahamäärä jokaiselta päivältä niin kauan kuin velvollisuuden täyttäminen viivästyy. Siten uhkasakko on tyypillinen pakkokeino henkilön pakottamiseksi noudattamaan tuomioistuimen antamia määräyksiä, ja sen varoitusvaikutus perustuu nimenomaan sille ominaisiin mekanismeihin. Juuri tästä syystä nimenomainen oikeussäännös, jonka ainoana tarkoituksena olisi täsmentää, että uhkasakolla on oltava varoitusvaikutus, ei lisäisi

17 — Ks. komission ehdotuksen 11 artiklan 2 kohta: "Edellä 1 kohdan mukaisesti maksettavan summan suuruudesta päättävän muutoksenhakuelimen on vahvistettava se tasoltaan sellaiseksi, että sen tarkoitus on saada hankintayksikkö luopumaan rikkomisesta tai sen jatkamisesta. Tämän määrän on vastattava vähintään kuluja, jotka muutoksenhakijalle on aiheutunut tarjouksen laatimisesta tai sopimuksentekomenettelyyn osallistumisesta. *Näiden kulujen määräksi vahvistetaan yksi prosentti sopimuksen arvosta, paitsi jos muutoksenhakija osoittaa niiden olevan tätä suuremmat.* Tietyn rahasumman maksamisesta tämän säännöksen mukaisesti annetun määräyksen jälkeen asianomaisella henkilöllä ei ole oikeutta vaatia uudelleen korvausta kuluista, jotka muutoksenhakuelin on jo ottanut huomioon päätöstä tehdessään." (EYVL 1990, C 216, s. 8. Kursivointi tässä.)

mitään uutta siihen varoitusvaikutukseen, joka uhkasakolla jo on — erityisen tehokkaana — välillisenä pakotteena tuomioistuimen määräysten toteuttamiseksi.

14. Toinen ja hankalampi ongelma liittyy siihen, olisiko Ranskan lainsäätäjän pitänyt taata uhkasakon varoitusvaikutus vahvistamalla suoraan sen määrä direktiivin täytäntöönpanemiseksi annetussa laissa tai säätämällä laskentaperusteet tai muu laskentatapa tuomioistuimen harkintavallan rajoittamiseksi tämän rahamäärän vahvistamisessa. Mielestäni tämä näkökohta on komission esittämän arvostelun keskeinen kohta. Direktiivin 2 artiklan 5 kohdassa nimittäin säädetään, että "edellä 1 kohdan c alakohdan mukaisesti maksettavan [summan] *on oltava* riittävän suuri saadakseen hankintayksikön luopumaan virheellisestä menettelystä tai sen jatkamisesta". [18] Ongelma liittyy kuitenkin siihen, kenen "on vahvistettava" * tämä määrä, jotta sillä olisi varoitusvaikutus: toisin sanoen, onko se tuomioistuimelle sen harkintavallan puitteissa kuuluva tehtävä, kuten Ranskan hallitus katsoo, vai onko varoitusvaikutusta mahdotonta taata muulla tavoin kuin määrittelemällä lainsäädännössä perusteet, joiden mukaan tuomioistuimen on vahvistettava maksettava summa.

Ensin mainittu ratkaisu, jonka Ranskan lainsäätäjä on omaksunut direktiivin täytäntöönpanossa, on mielestäni oikea. Kantajan esittämällä päinvastaisella vaihtoehdolla ei ole mitään säädöstekstin antamaa tukea: direktiivin 2 artiklan 5 kohdassa ei nimittäin edellytetä, että maksettavien summien määrän vahvistaminen kuuluisi lainsäätäjälle eikä tuomioistuimille. Komissio myöntää itsekin, ettei direktiivi suoraan edellytä sellaista ratkaisua. Alkuperäistä ehdotusta, jossa tätä vaihtoehtoa päinvastoin esitettiin, ei pysytetty lopullisessa tekstissä. Tämä näkökohta ei tosin ole sinänsä ratkaiseva. Minusta kuitenkin vaikuttaa siltä, että direktiivin tulkinnasta seuraa, että ainoa sen jäsenvaltioille asettama velvoite, josta ei myöskään voida poiketa direktiiviä täytäntöön pantaessa, on säännösten antaminen *tehokkaasta* järjestelmästä eli järjestelmästä, jonka ansiosta voidaan ryhtyä kiireellisesti toimenpiteisiin virheellisten menettelyjen korjaamiseksi ja jolla lisäksi on tarpeellinen varoitusvaikutus, jottei virheellistä menettelyä toisteta. Toisin sanoen, direktiivissä tarkoitetun vaihtoehdon c asianmukainen täytäntöönpano edellyttää, että jäsenvaltiot ottavat käyttöön, niin sanoakseni, "taloudellisen lannistamiskeinon", joka vastaa edellä toteamieni tavoitteiden toteuttamisen edellyttämiä *tehokkuusvaatimuksia*.

Jos tämä edellytys toteutuu, Ranskan lainsäätäjä on pannut direktiivin 2 artiklan asianmukaisesti täytäntöön käyttäessään uhkasakkoa, joka on Ranskan oikeusjärjestyksessä perinteisesti eräs tehokkaimmista keinoista tuomioistuinten määräyksiin kohdistuvan niskoittelun murtamiseksi. [19] En katso, että uhkasakon varoitusvaikutus, josta komissio perustellusti pitää kiinni, edellyttäisi välttämättä sitä, että sen määrä määriteltäisiin lainsäädän-nössä direktiiviä täytäntöön pan-

18 — Kursivointi tässä.

* — Direktiivin 2 artiklan 5 kohdan suomenkielisessä versiossa käytetään sanoja "on oltava" ilmaisemaan samaa asiaa kuin ranskankielisen version sanat "doit être fixée" ja italiankielisen version sanat "deve essere fissato", jotka tarkoittavat "on vahvistettava".

19 — Ks. esimerkiksi Couchez, G., *Voies d'exécution*, Paris, 1994, s. 5, jossa korostetaan uhkasakon epäsuoraa mutta erittäin tehokasta pakotevaikutusta.

taessa. [20] Tällainen oletus on mielestäni päinvastoin kumoutunut sellaisista oikeusjärjestelmistä saaduilla kokemuksilla, joissa uhkasakkoa käytetään usein: kukaan ei epäile uhkasakon varoitusvaikutuksen tehokkuutta, vaikka maksettavan määrän vahvistaminen on useissa tapauksissa jätetty tuomioistuimen harkintaan eikä lainsäätäjän vahvistamien sääntöjen varaan. [21]

15. On varmaa, että vaihtoehdon c asianmukainen toiminta — ja etenkin se, että pakotteella on todellinen varoitusvaikutus — riippuu maksettavaa määrää vahvistamaan joutuvan tuomioistuimen taitavuudesta harkintavaltansa käyttämisessä. Nyt olemme kuitenkin tekemisissä direktiivin kanssa, jonka säännöksiä ei minun mielestäni ole pantu nyt käsiteltävää asiaa koskevilta osiltaan täytäntöön asianmukaisesti, jollei tuomioistuin saa soveltaa niitä riittävän laajaa harkintavaltaa käyttäen. Laiminlyöntien luokittelu voi nimittäin olla hyvin vaihteleva. Hankintayksikön käyttäytyminen, sen vilpitön tai vilpillinen mieli, sen pyrkimykset virheellisen menettelyn korjaamiseen tai tämän korjaamisen välttämiseen ja muut sellaiset seikat voivat niin ikään vaihdella. Minusta onkin ilmeistä, että nämä seikat on otettava huomioon vahvistettaessa maksettavien summien suuruutta 2 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisesti. Parhaat edellytykset tämän arvioinnin tekemiseen ovat ehdottomasti vain tuomioistuimella sen käyttäessä harkintavaltaansa. Uhkasakon määrän vahvistaminen lainsäädännössä sopisi huonosti yhteen näin määriteltyyn arviointiin välttämättä vaikuttavien seikkojen kanssa. On totta, että mahdollinen lain säännös, jossa tuomioistuimelle annettaisiin toimivalta vahvistaa maksettava määrä tietyn vähimmäismäärän ja enimmäismäärän väliltä, täyttäisi vaatimuksen, jonka mukaan uhkasakkoa maksettavaksi tuomittaessa on otettava huomioon kaikki kyseisen tapauksen erityispiirteet. Tämä ratkaisu ei kuitenkaan missään tapauksessa poistaisi tuomioistuimelta sen harkintavaltaa uhkasakkojen määrän konkreettisessa vahvistamisessa, vaikka tuomioistuin käyttäisi sitä vain lainsäätäjän asettamissa rajoissa. Näiden rajojen olisi sitä paitsi oltava riittävän laajat, jotta tuomioistuimella olisi varmasti mahdollisuus ottaa huomioon erilaiset mahdolliset tilanteet. Eikä yhteisöjen tuomioistuin varmaankaan voisi helposti arvostella kansallista lainsäätäjää tavasta, jolla se on käyttänyt harkintavaltaansa vahvistaessaan edellä mainitut rajat direktiivin voimaan saattamisen yhteydessä.

Toisaalta on merkittävää, että kysymyksessä olevassa direktiivissä annetaan mahdollisia muutoksenhakuja käsitteleville toimielimille laaja harkintavalta niille 2 artiklassa annetun toimivallan käyttämisessä. Tämän artiklan 4 kohdan mukaan "jäsenvaltiot voivat määrätä, että harkitessaan väliaikaisten toimenpiteiden *toteuttamista* vastuussa oleva toimielin

20 — On tietenkin esimerkkejä, joissa lainsäätäjä on asettanut täsmällisiä menettelytapoja *uhkasakon* suuruuden määräämiseksi. Näin on tehty esimerkiksi 6 päivänä helmikuuta 1962 annetun neuvoston asetuksen N:o 17, perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus, (EYVL 1962, 13, s. 204) 16 artiklassa, jonka mukaan komissio voi määrätä "uhkasakon, joka on *50—1 000 laskentayksikköä* päivältä laskettuna päätöksessä määrätystä päivästä", tai yrityskeskittymien valvonnasta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetussa neuvoston asetuksessa (ETY) N:o 4064/89 (EYVL L 395, s. 1), jossa lainsäätäjän valitsema tekniikka on uhkasakon enimmäismäärän vahvistaminen (15 artikla). Olisi kuitenkin väärin päätellä, että uhkasakko olisi tehokas vain silloin, kun laissa säädetään vähimmäis- ja/tai enimmäismäärä.

21 — Ks. Belgian oikeuteen Beneluxin *uhkasakkoa* koskevalla yhtenäislailla (26.11.1973 allekirjoitettu sopimus, Tractatenblad, 1974, 6) sisällytetyn sääntelyn osalta J. van Compernollen huomautukset hänen teoksessaan *L'astreinte*, Bruxelles, 1992, s. 47. Uhkasakon suuruuden määräämisen osalta tekijä korostaa, että "tuomioistuimella on *eriittäin laaja harkintavalta määrän vahvistamisessa* — — . Kaikki asiaan liittyvät olosuhteet, muun muassa velallisen käyttäytyminen ja hänen taloudelliset olonsa, huomioon ottaen *tuomioistuin vahvistaa määrän vapaan harkinnan nojalla sellaiseksi, että sillä on velalliseen kohdistuva riittävä painostusvaikutus hänen pakottamisekseen täyttämään tuomion mukaisen päävelvoitteensa* — — . Tuomioistuin käyttää tätä varten *täysin itsenäistä harkintavaltaa.*" (Kursivointi tässä).

voi ottaa huomioon toimenpiteiden todennäköiset vaikutukset kaikkiin niihin etuihin, joita ne voivat haitata, sekä yleisen edun, ja voi päättää *olla toteuttamatta näitä toimenpiteitä silloin, kun kun niiden kielteiset vaikutukset voivat olla myönteisiä suuremmat*". [22] Edellä mainittu säännös ei olisi tarpeen, jos jäsenvaltioiden olisi direktiiviä täytäntöön pannessaan noudatettava järjestelmää, jossa niiden sisäiset toimielimet pelkästään soveltavat mekaanisesti lainsäätäjän edellyttämiä ratkaisuja.

Tältä osin on tehtävä kahdenlaisia toteamuksia. Ensinnäkin tuomioistuinten, kuten valtion kaikkien muidenkin toimielinten, on tulkittava kansallista lainsäädäntöä direktiivin tavoitteiden valossa. [24] Riidanalainen direktiivi on siten osoitettu myös Ranskan tuomioistuimille. On muistettava, että 2 artiklan 5 kohdan jakso, jonka mukaan 1 kohdan c alakohdan mukaisesti maksettavan summan on oltava riittävän suuri varoitusvaikutuksen saavuttamiseksi, kohdistuu nimenomaan tuomioistuimiin, koska siinä täsmennetään, millainen toimivalta tuomioistuimille on annettava.

16. Komissio huomauttaa kuitenkin, että laissa nro 93-1416 — sen siinä osassa, jossa uhkasakon määrän vahvistaminen säädetään tuomioistuinten tehtäväksi niille kuuluvaa harkintavaltaa käyttäen antamatta tämän osalta mitään oikeussäännöksiä — jätetään direktiivin asianmukainen täytäntöönpano olennaiselta osaltaan kyseisten tuomioistuinten tehtäväksi. Sen vuoksi kantaja katsoo, että vaikka Ranskan tuomioistuinten oletettaisiin käyttävän harkintavaltaansa asianmukaisesti ja tulkitsevan kansallisen lain säännöksiä direktiivin tavoitteiden mukaisella tavalla, tämä ei vastaisi asianmukaiselle täytäntöönpanolle yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetettuja vaatimuksia. Tältä osin viitataan julkisasiamies Léger'n asiassa komissio vastaan Kreikka esittämän ratkaisuehdotuksen seuraavaan katkelmaan: [23] "Kansallinen oikeuskäytäntö, jossa kansallisen oikeuden säännöksiä tulkitaan tavalla, jonka arvioidaan olevan direktiivin vaatimusten mukaista, ei riitä antamaan näille säännöksille direktiivin täytäntöönpanoa koskevien toimenpiteiden luonnetta."

En myöskään katso, että ennakkopäätöksellä, johon komissio on vedonnut, olisi merkitystä nyt käsiteltävässä asiassa. Asiassa komissio vastaan Kreikka ei nimittäin ollut olemassa mitään täytäntöönpanosäännöksiä, ja Kreikan hallituksen puolustus vetosi juuri siihen, että ylimmän hallintotuomioistuimen oikeuskäytäntö tarjosi joka tapauksessa "riittävästi oikeussuojaa direktiivin vaatimuksiin nähden". [25] Sen vuoksi julkisasiamies ja yhteisöjen tuomioistuin katsoivat edellä mainitussa asiassa aivan oikein, ettei kyseistä tilannetta voitu pitää täytäntöönpanolle aina asetettavien perustavanlaatuisten vaatimusten mukaisena eli "vaatimusten, jotka koskevat oikeusvarmuutta ja tarkoituksenmukaista julkisuut-

22 — Kursivointi tässä.

23 — Em. asia, ratkaisuehdotuksen 26 kohta.

24 — Ks. asia 14/83, Von Colson ja Kamann, tuomio 10.4.1984 (Kok. 1984, s. 1891) ja asia 31/87, Beentjes, tuomio 20.9.1988 (Kok. 1988, s. 4635).

25 — Ks. em. asia komissio v. Kreikka, tuomion 8 kohta.

ta". [26] Nyt käsiteltävä asia on kuitenkin erilainen. Direktiivi on saatettu osaksi kansallista oikeusjärjestystä asianmukaisella lainsäädäntötoimella, eikä Ranskan viranomaisia voida arvostella siitä, etteivät ne ole sisällyttäneet direktiivin täytäntöönpanemiseksi annettuun lakiin säännöstä, jollaista direktiivin teksti ei edellytä ja joka ei ole olennainen direktiivin tavoitteiden saavuttamisen kannalta. Oikeusvarmuutta koskevien vaatimusten osalta minusta puolestani tuntuu, että ne on täysin täytetty, koska — kuten asia ilmaistaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä [27] — yksityisillä on mahdollisuus tuntea oikeuksien, joihin ne voivat direktiivin nojalla vedota, olemassaolo ja laajuus. Nyt käsiteltävässä asiassa tämä merkitsee sitä, että tämä perustavanlaatuinen vaatimus täyttyy, edellyttäen että asianomaisilla yrityksillä on mahdollisuus tietää, että on olemassa oikeussuojakeinoja, joiden käyttö voi johtaa seuraamusten määräämiseen tarjouspyyntöihin sovellettavien yhteisön oikeussääntöjen noudattamatta jättämisestä, ja että tuomioistuin voi tällöin määrätä maksettavaksi uhkasakon, jollei hankintayksikkö noudata tuomioistuimen määräyksiä. Direktiivi ei edellytä sitä, että mahdollisen seuraamuksen rahamäärän olisi oltava ennalta tiedossa, eikä tämä tieto tarkalleen ottaen vastaa mitään oikeusvarmuutta koskevaa vaatimusta. Tämäntyyppisiä tietoja olisi kuitenkin mahdollista ilmaista ennalta vain ohjeellisesti ja epätäydellisesti, koska kysymyksessä olevan rahamäärän vahvistaminen riippuu — edellä esitetyistä syistä — useista eri tekijöistä, joiden vaihteluja ei ole mahdollista ennakoida.

17. Komissio arvostelee sitten lakia nro 93-1416 katsoen, että Ranskan lainsäätäjän käyttöön ottama uhkasakko direktiivin täytäntöönsaamiseksi merkitsee poikkeamista uhkasakkoon Ranskan oikeudessa yleensä sovellettavista säännöksistä ja erityisesti vuonna 1991 annetusta *loi portant réforme des procédures civiles d'exécution* -nimisestä laista [28] (laki siviilioikeudellisten pakkotäytäntöönpanomenettelyjen uudistamisesta). Komission mukaan Ranskan viranomaiset ovat siten rikkoneet direktiivin 1 artiklan 2 kohtaa, jonka mukaan "jäsenvaltioiden on varmistettava, ettei yrityksiä, jotka voivat vaatia sopimuksentekomenettelystä johtuvaa vahingonkorvausta, syrjitä yhteisön oikeuden saattamiseksi osaksi kansallista lainsäädäntöä annettujen ja muiden kansallisten säännösten välisen eron perusteella, tämän direktiivin mukaisesti".

Myöskään tätä väitettä ei voida hyväksyä. Kuten Ranskan hallitus on perustellusti huomauttanut, lailla nro 93-1416 säännellyt asiat ovat erilaisia kuin asiat, jotka kuuluvat lain nro 91-650 soveltamisalaan. Viimeksi mainitun lain tarkoituksena on sisällöltään täsmällisten velvoitteiden täytäntöönpano, ja sen perusteella tuomioistuin voi muista toimenpiteistä päättämisen lisäksi asettaa uhkasakon. Lakia nro 91-650 ei sen vuoksi ole voitu pitää *puhtaasti ja pelkästään* kysymyksessä olevan direktiivin täytäntöönpanon perustana. Kysei-

26 — Ks. julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen 24 kohta. Yhteisöjen tuomioistuin muistutti tuomion 13 kohdassa vakiintuneesta oikeuskäytännöstä, jonka mukaan "oikeusvarmuutta koskevan vaatimuksen täyttämiseksi on erityisen tärkeää, että yksityisten oikeudellinen asema on selvä ja täsmällinen, jotta heillä on mahdollisuus tuntea kaikki oikeutensa ja, jos tarvetta on, mahdollisuus vedota niihin kansallisissa tuomioistuimissa" [ks. vastaavasti asia 29/84, komissio v. Saksa, tuomio 23.5.1985 (Kok. 1985, s. 1661, 23 kohta); asia 363/85, komissio v. Italia, tuomio 9.4.1987 (Kok. 1987, s. 1733, 7 kohta) ja asia C-59/89, komissio v. Saksa, tuomio 30.5.1991 (Kok. 1991, s. I-2607, 18 kohta)].

27 — Ks. edellisessä alaviitteessä mainittu oikeuskäytäntö.

28 — 9.7.1991 annettu laki nro 91-650 (JORF 14.7.1991, s. 9228).

sessä laissa ei anneta tuomioistuimelle — ei yleiselle tuomioistuimelle eikä hallintotuomioistuimelle — toimivaltaa puuttua meneillään oleviin julkisiin hankintoihin. Lain nro 93-1416 antaminen ei sen vuoksi osoita, että Ranskan lainsäätäjän tarkoitus olisi ollut luoda tavanomaisesta poikkeava menettelylaji, joka olisi vähemmän pakottava kuin kansallisessa siviiliprosessissa voimassa olevat säännökset. Näille kahdelle laille on yhteistä vain se, että molemmissa säädetään uhkasakon käyttämisestä. Tätä lukuun ottamatta nämä lait eivät mitenkään muistuta toisiaan. Siksi en näe mitään edellä mainitun 1 artiklan 2 kohdan vastaista siinä, että kansallinen lainsäätäjä on — kun lain nro 91-650 säännöksiä ei voida soveltaa — säätänyt asianmukaisia täytäntöönpanosäännöksiä, joissa otetaan huomioon kysymyksessä olevalla direktiivillä säännellyissä oikeusriidoissa esiintyvät erityisvaatimukset.

18. Lopuksi on tutkittava komission esittämä viimeinen lakia nro 93-1416 koskeva väite, joka liittyy avoimen uhkasakon ja määräytymisperusteiltaan sitovan uhkasakon väliseen eroon. Kantajana olevan toimielimen mukaan — kyseisessä laissa säädetty — tuomioistuimilla oleva toimivalta määrätä ensin avoin seuraamus ja myöhemmin maksettavaksi tuomitsemisen yhteydessä lopullinen seuraamus ei ole direktiivin mukainen. Komission mukaan direktiivissä ei edellytetä eikä sallita tällaista mahdollisuutta: yhteisön lainsäätäjä on nimittäin säätänyt vain, että tämän summan maksamisen "edellytykseksi saatetaan asettaa lopullinen päätös, jonka mukaan virheellinen menettely on todella tapahtunut". [29] Missään säännöksessä sen sijaan ei myönnetä — siten kuin direktiivin täytäntöön panemiseksi annetussa Ranskan laissa — tuomioistuimelle toimivaltaa muuttaa tämän summan suuruutta eikä mahdollisuutta siihen, että tämä määrä vahvistetaan ottaen huomioon sen käyttäytyminen, johon määräys on kohdistettu. Kantajan mukaan tästä on seurauksena Ranskan viranomaisten käyttöön ottaman järjestelmän varoitusvaikutuksen heikentyminen.

En katso voivani yhtyä tähän käsitykseen. On totta, ettei direktiivin sanamuodossa säädetä avoimen ja lopullisen uhkasakon välisestä erosta; toisaalta sitä ei nimenomaisesti kielletäkään. Ainoa kansallisen lainsäätäjän valitseman järjestelmän asianmukaisuutta arvioitaessa mielessä pidettävä seikka on siten tehokkuus. En usko sen, että laissa säädetään avoimesta uhkasakosta ja lopullisesta uhkasakosta, heikentävän järjestelmän varoitusvaikutusta. Mielestäni asia on jopa päinvastoin. [30] Säännös, jonka mukaan tuomioistuin asettaa määräämisperusteiltaan sitovan uhkasakon samalla kun se tuomitsee aikaisemmin asetetun uhkasakon maksettavaksi, antaa tuomioistuimelle itse asiassa mahdollisuuden — niin sanoakseni — tarkkailla velvollisuuksiaan rikkoneen hankintayksikön käyttäytymistä: jos laiminlyönti toistuu, hankintayksikön käyttäytyminen voi antaa tuomioistuimelle aiheen korottaa aikaisemmin avoimena asetetun uhkasakon määrää. Se, että tuomioistuimella on toisaalta mahdollisuus alentaa uhkasakon määrää vahvistaessaan sen lopullisesti ja siten ottaa huomioon asianomaisen hankintayksikön käyttäytyminen, on minun mielestäni suhteellisuusperiaatteen asianmukainen sovel-

29 — Ks. 2 artiklan 5 kohta.

30 — Ks. vastaavasti Frignani, A., "La penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese", *Riv. dir. civ.*, 1981, I, s. 511: "mahdollisuus korottaa *uhkasakon* määrää perustuu edellä mainittuun tavoitteeseen, joka on velallisen vastustuksen murtaminen helpommin. Sen vuoksi on myös välttämätöntä tuomita lopullisesti maksettava summa."

lutus. [31] Olisi tämän perusperiaatteen vastaista, jos tuomioistuimen olisi määrättävä hankintayksikön maksettava summa lopullisesti voimatta ottaa huomioon hankintayksikön yhteistyötä oikeudenkäynnin aikana, sitä että se on välittömästi lopettanut sääntöjen vastaisen menettelyn sekä kaikkia kunkin yksittäistapauksen erityispiirteitä.

Todistusmenettely

19. Komissio vetoaa siihen, ettei Ranskan tasavalta ole tehnyt mitään saattaakseen osaksi sisäistä oikeusjärjestystään direktiivin 2 luvun, jossa säädetään todistusmenettelystä. Ranskan hallitus puolestaan myöntää, ettei lakiin nro 93-1416 sisälly erityisiä säännöksiä tästä asiasta, mutta katsoo, etteivät sellaiset säännökset ole olleet tarpeen tässä tapauksessa. Ranskan hallituksen mukaan on nimittäin direktiivin mainitun 2 luvun säännösten asianmukaiseksi täytäntöönpanemiseksi riittävää, että hankintayksiköille annetaan tieto 2 luvun säännöksissä täsmällisesti säädetystä mahdollisuudesta käyttää tätä todistusmenettelyä hankintamenettelyihin. Tämä tiedonsaantimahdollisuus onkin — kuten Ranskan hallitus katsoo — toteutunut, kun Ranskan viranomaiset ovat julkaisseet direktiivin 92/13/ETY julkisten hankintojen markkinoille erittäin laajasti levinneessä erikoisaikakauslehdessä. [32] Ranskan hallitus lisää, ettei todistusten antajia ole vielä nimitetty, koska hankintayksiköt eivät vielä ole sitä pyytäneet.

Tämä komission väite on mielestäni hyväksyttävä. Kuten kantajana oleva toimielin huomauttaa, direktiivin 2 luvun säännökset edellyttävät, että direktiiviä täytäntöön pantaessa annetaan tarpeelliset säännökset, joiden tarkoituksena on muun muassa täsmentää valittu todistusmenettely, todistusten antajien nimittämismenettely, heille asetettavat ammatilliset vaatimukset ja niin edelleen. Tällaiset säännökset puolestaan puuttuvat kokonaan laista nro 93-1416. Lisäksi on otettava huomioon, että — yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan — direktiivin säännökset on pantava täytäntöön "kiistattoman pakottavasti — sekä niin yksilöidysti, täsmällisesti ja selvästi, että oikeusvarmuuden vaatimus täyttyy". [33] Sen vuoksi "direktiivien täysimääräisen soveltamisen turvaaminen myös oikeudellisesti eikä vain tosiasiallisesti edellyttää, että jäsenvaltiot antavat kysymyksessä olevalla alalla täsmälliset lain säännökset". [34] Pelkkä direktiivin julkaiseminen aikakauslehdessä, vaikka se olisi hyvin tunnettu julkisten hankintojen markkinoilla, ei vastaa edellä mainitsemassani oikeuskäytännössä asettuja vaatimuksia.

31 — Mielestäni ei ole sattuma, että alaviitteessä 20 mainitun yritykseskittymien valvonnasta annetun asetuksen 15 artiklan 3 kohdassa säädetään, että "jos 3 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitetut henkilöt taikka yritykset tai yritysten yhteenliittymät ovat täyttäneet velvollisuuden, jonka tehosteeksi uhkasakko määrättiin, *komissio voi tuomita uhkasakon kokonaismäärältään pienempänä kuin se olisi alkuperäisen päätöksen perusteella*" (kursivointi tässä). En usko, että tämä säännös — joka on suhteellisuusperiaatteen johdonmukainen sovellutus — vähentäisi uhkasakon varoitusvaikutusta.

32 — Vastaajana oleva hallitus viittaa *Marchés publics* -aikakauslehden huhti— toukokuun 1992 numeroon.

33 — Ks. em. asia komissio v. Saksa, tuomion 24 kohta.

34 — Ks. alaviitteessä 26 mainitun tuomion 28 kohta.

Sovittelumenettely

20. Komissio vetoaa lopuksi siihen, etteivät Ranskan viranomaiset ole saattaneet osaksi Ranskan oikeusjärjestystä direktiivin 4 luvun säännöksiä sovittelumenettelystä. Ranskan hallitus ei kiistä sitä, että asianmukaisista täytäntöönpanotoimista ei ole säädetty, mutta vetoaa siihen, ettei tässä tapauksessa tarvittu mitään erityisiä täytäntöönpanotoimia. Direktiivin perusteella jäsenvaltioilla on kyseisen hallituksen mukaan vain velvollisuus toimittaa asianosaisten niille osoittamat sovittelupyynnöt edelleen komissiolle; [35] se lisää vielä, että asianosaisille on asianmukaisesti ilmoitettu direktiivissä tarjotusta mahdollisuudesta turvautua tähän menettelyyn, kun direktiivi on julkaistu edellä mainitussa *Marchés publics* -aikakauslehdessä.

Ranskan hallituksen esittämiä perusteluja ei mielestäni pidä hyväksyä. Se, että direktiivin 2 luvussa annetaan jäsenvaltioille varsin suppea tehtävä sovittelumenettelyssä, ei nimittäin vapauta kansallisia viranomaisia velvollisuudesta ryhtyä toimenpiteisiin, joilla varmistetaan kysymyksessä olevien säännösten asianmukainen saattaminen osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Tämän ja varsinkin — kuten vastaajana oleva hallitus myöntää — täytäntöönpanon tarkoitus on myös antaa asianosaisille tieto tällaisen menettelyn olemassaolosta sekä mahdollisuudesta turvautua siihen. Ei voida katsoa — vastaavista syistä kuin edellä on esitetty todistusjärjestelmän osalta — että julkistamista koskeva perustavanlaatuinen vaatimus olisi täyttynyt direktiivin julkaisemisella mainitussa *Marchés publics* -aikakauslehden numerossa; tämä julkaiseminen ei myöskään vastaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetettuja vaatimuksia.

Rathaisuehdotus

21. Näillä perusteilla ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

1) toteaa, että Ranskan tasavalta ei ole noudattanut sille vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 25 päivänä helmikuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/13/ETY mukaan kuuluvia velvoitteita, koska se ei ole antanut kyseisen direktiivin 2 ja 4 luvun noudattamisen edellyttämiä lakeja, asetuksia ja hallinnollisia määräyksiä;

2) velvoittaa Ranskan tasavallan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

35 — Ks. 9 artiklan 2 kohta.