CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. JÁN MAZÁK
présentées le 9 octobre 2007 [1]

I — Introduction

1. Le présent litige résulte d'un recours introduit le 7 février 2006 par la Commission des Communautés européennes, en application de l'article 228 CE. La Commission soutient que la République portugaise n'a pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt du 14 octobre 2004, Commission/République portugaise (C-275/03) [2], et demande sa condamnation à une astreinte. Dans cet arrêt, la Cour a constaté que, en n'abrogeant pas le décret-loi n° 48 051, du 21 novembre 1967, subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux [3].

II — Cadre juridique

2. L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665 modifiée dispose que «[l]es États membres prennent, en ce qui concerne les procédures de passation des marchés publics relevant du champ d'application des directives 71/305/CEE, 77/62/CEE et 92/50/CEE, les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire l'objet de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible [...]».

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Non publié au Recueil.

3 — JO L 395, p. 33.

3. L'article 2, paragraphe 1, de la directive 89/665 dispose que «[l]es États membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1er prévoient les pouvoirs permettant:

[...]

c) d'accorder des dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation».

4. La directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [4], a été abrogée par la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux [5], elle-même abrogée par la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [6], avec effet au 31 janvier 2006.

5. L'article 81 de la directive 2004/18 dispose que, «[c]onformément à la directive 89/665/CEE [...] les États membres garantissent l'application de la présente directive par des mécanismes efficaces, accessibles et transparents».

6. Le renvoi à la directive 71/305, figurant à l'article 1er, paragraphe 1, de la directive 89/665, doit être lu comme un renvoi à la directive 2004/18 [7].

III — Phase précontentieuse de la procédure et conclusions

7. Par lettre du 4 novembre 2004, la Commission a attiré l'attention des autorités portugaises sur l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03 et sur le fait que l'article 228 CE impose à la République portugaise l'obligation de prendre les mesures que comporte l'exécution de cet arrêt. La Commission demandait aux autorités portugaises de lui communiquer, au plus tard le 15 janvier 2005, les mesures qu'elles ont adoptées.

4 — JO L 185, p. 5.
5 — JO L 199, p. 54.
6 — JO L 134, p. 114.

7 — Voir article 81 de la directive 2004/18.

8. Le 19 novembre 2004, les autorités portugaises ont transmis à la Commission une copie du nouveau projet de loi sur la responsabilité civile délictuelle de l'État et des entités publiques. Les autorités portugaises demandaient à la Commission de leur faire savoir si ledit projet de loi était susceptible d'assurer une transposition correcte et complète de la directive 89/665. En outre, par lettre du 12 janvier 2005, les autorités portugaises ont demandé à la Commission d'attendre, avant de prendre toute décision à l'égard de la procédure prévue à l'article 228 CE, le début de la nouvelle législature après les élections du 20 février 2005 afin que le processus d'adoption de la loi relative au régime juridique de la responsabilité civile délictuelle de l'État soit poursuivi pendant le premier semestre de 2005.

9. Le 21 mars 2005, la Commission a envoyé aux autorités portugaises une lettre de mise en demeure les informant que la dissolution du Parlement portugais (Assembleia da República Portuguesa) et la tenue d'élections ne sauraient justifier le non-respect des obligations et des délais prescrits par la directive 89/665. La Commission a également signalé que le projet de loi n'était pas conforme à la directive 89/665. La Commission a fait savoir aux autorités portugaises que, n'ayant reçu aucune communication des mesures prises pour l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, elle considérait que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE. La Commission a invité la République portugaise à lui transmettre ses observations sur cette question dans les deux mois. Elle a également attiré l'attention des autorités portugaises sur les sanctions pécuniaires que la Cour peut infliger, en vertu de l'article 228, paragraphe 2, CE. La Commission a fait savoir qu'elle indiquerait à la Cour le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par la République portugaise qu'elle estimerait adapté aux circonstances.

10. Par lettre du 25 mai 2005, les autorités portugaises ont répondu à la lettre de mise en demeure de la Commission. Cette réponse lui paraissant insatisfaisante, la Commission a adressé un avis motivé le 13 juillet 2005 où elle concluait que, en n'ayant pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE. Elle invitait la République portugaise à adopter dans les deux mois les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03. La Commission a en outre attiré l'attention de la République portugaise sur le fait que, en cas de saisine de la Cour, celle-ci pouvait infliger des sanctions pécuniaires et que la Commission demanderait qu'une telle sanction - sous forme de somme forfaitaire ou d'astreinte - à payer, soit infligée.

11. Dans leur réponse du 12 décembre 2005 à l'avis motivé, les autorités portugaises

faisaient savoir que le projet de loi relatif au régime de responsabilité civile délictuelle de l'État, abrogeant le décret-loi nº 48 051, avait déjà été présenté au Parlement portugais pour adoption finale. Estimant que la République portugaise n'avait pas adopté les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, la Commission a décidé de saisir la Cour du présent litige.

12. Dans sa requête, la Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE;

— condamner la République portugaise à verser à la Commission, sur le compte relatif aux ressources propres des Communautés européennes mentionné à l'article 9 du règlement (CE, Euratom) nº 1150/2000 du Conseil, du 22 mai 2000, portant application de la décision 94/728/CE, Euratom relative au système des ressources propres des Communautés (JO L 130, p. 1), une astreinte s'élevant à 21 450 euros par jour de retard dans l'exécution de l'arrêt dans l'affaire C-275/03 et ce à compter de la date du prononcé de l'arrêt dans l'affaire jusqu'à l'exécution de l'arrêt dans l'affaire C-275/03 précité;

— condamner la République portugaise aux dépens.

13. La République portugaise conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1) rejeter comme non fondées l'ensemble des demandes de la Commission:

a) considérer que la République portugaise a pris les mesures nécessaires pour l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03 et, dès lors, considérer non fondée la première demande de la Commission;

b) dispenser la République portugaise du paiement de l'astreinte de

21 450 euros par jour de retard dans la mise en œuvre de l'arrêt dans l'affaire C-275/03 précité, et ce à compter du prononcé de l'arrêt de la Cour dans la présente affaire jusqu'au jour où l'arrêt dans l'affaire C-275/03 a été exécuté, et dès lors considérer non fondée la deuxième demande de la Commission;

2) à titre subsidiaire, si notre position n'est pas accueillie favorablement — ce que je n'admets pas —, réduire le montant de l'astreinte mentionnée, dans la mesure où ce montant est manifestement excessif, et fixer le coefficient de gravité applicable à une valeur ne dépassant pas 4 (quatre), appliquer au paiement de l'astreinte une base annuelle, et suspendre cependant le paiement de l'astreinte jusqu'à l'entrée en vigueur des mesures prises dans l'intervalle par l'État portugais.

IV — Respect de l'obligation de l'article 228, paragraphe 1, CE

A — *Arguments des parties*

14. La Commission soutient que la République portugaise n'a pas adopté les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, car cet État membre n'a pas abrogé le décret-loi nº 48 051. La Commission affirme que le projet de loi sur la responsabilité délictuelle de l'État et des autres entités publiques, présenté par le gouvernement portugais au Parlement portugais, n'est pas conforme à cet arrêt. De plus, aucune autre mesure ne lui ayant été communiquée, la Commission considère que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.

15. La République portugaise considère que le projet de loi nº 56/X sur la responsabilité civile délictuelle de l'État et des autres entités publiques, adopté à l'unanimité par le Parlement portugais le 6 avril 2006 et qui entrera prochainement en vigueur, réalise une transposition correcte de la directive 89/665. La République portugaise considère également que le régime juridique adopté entre-temps garantit la transposition adéquate de la directive 89/665 et, par conséquent, l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03. À cet égard, la République portugaise soutient que les articles 22 et 271 de la Constitution portugaise et le nouveau code de procédure des tribunaux administratifs garantissent suffisamment l'exécution de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03. Il soutient de plus que la jurisprudence établie des juridictions portugaises a reconnu l'existence d'une présomption de faute dans le cas d'actes illicites de l'administration.

B — *Appréciation*

16. Dans le cadre de la procédure de l'article 228 CE, il appartient à la Commission de fournir à la Cour les éléments nécessaires pour déterminer l'état d'exécution par un État membre d'un arrêt en manquement. En outre, dès lors que la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître la persistance du manquement, il appartient à l'État membre concerné de contester de manière substantielle et détaillée les données présentées et leurs conséquences [8].

17. Dans le dispositif de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03, la Cour déclare et arrête que, en n'abrogeant pas le décret-loi nº 48 051, subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665.

18. Compte tenu de la rédaction du dispositif de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, il me paraît indispensable, dans le contexte de la présente procédure en manquement de l'article 228, paragraphe 1, CE, de déterminer si la République portugaise a pris les mesures que comporte l'exécution de cet arrêt et, notamment, si le décret-loi nº 48 051 a été abrogé.

19. La date à prendre en considération pour déterminer un manquement au titre de l'article 228, paragraphe 1, CE est celle où expire le délai imparti dans l'avis motivé adressé en application de cette disposition. En outre, puisque la Commission demande la condamnation de la République portugaise à une astreinte, il faut également déterminer si le manquement allégué a persisté jusqu'au jour de l'audience publique dans la présente affaire.

20. En l'espèce, il ressort des mémoires de la Commission, ainsi que de ceux de la République portugaise que, si un projet de loi abrogeant le décret-loi nº 48 051 est bien actuellement devant le Parlement portugais, il n'a pas été définitivement adopté. Le gouvernement portugais admet dans ses écritures que, pour que le projet de loi nº 56/X entre en vigueur, il faut qu'il soit soumis à la signature du Presidente da República (président de la République) et publié au *Diário da República* (Journal officiel de la République portugaise). À la

8 — Arrêt du 18 juillet 2006, Commission/Italie (C-119/04, Rec. p. I-6885, point 41).

date d'expiration du délai imparti dans l'avis motivé du 13 juillet 2005, ces mesures nécessaires de la procédure législative n'avaient pas encore été prises par la République portugaise.

21. De plus, lors de l'audience du 5 juillet 2007, quand il a été demandé à l'agent du gouvernement portugais de se prononcer sur le fait que le décret-loi nº 48 051 était encore en vigueur ce même jour, celui-ci a répondu qu'il était dans l'intention de la République portugaise de modifier le régime actuel par l'adoption du projet de loi nº 56/X. Il est donc manifeste que, à la date du 5 juillet 2007, la République portugaise n'avait pas abrogé le décret-loi nº 48 051. De plus, à cette même date, demeuraient les obligations incombant à la République portugaise de transposer les articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 [9].

22. Sur les observations du gouvernement portugais fondées sur les articles 22 et 271 de la Constitution portugaise, sur le nouveau code de procédure des tribunaux administratifs et sur la jurisprudence des tribunaux portugais [10] en matière de présomption de faute, elles me paraissent juridiquement non pertinentes et inappropriées dans le contexte du présent litige. À mon avis, ces observations marquent une tentative de la République portugaise de rouvrir la procédure dans l'affaire C-275/03 et de faire réexaminer des questions qui ont déjà été débattues par les parties et dont la Cour a donc déjà tenu compte dans sa décision finale dans cette affaire.

23. Au vu de ce qui précède, il faut conclure que la République portugaise n'a pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03 concernant la transposition des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665, et, par conséquent, a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.

24. Dès lors qu'il a été établi que le manquement aux obligations incombant à la République portugaise demeurait au jour de l'audience dans la présente affaire, il convient d'examiner la demande de la Commission concernant une astreinte.

V — La sanction pécuniaire appropriée

A — *Arguments des parties*

25. Se fondant sur la méthode de calcul définie dans sa communication 94/C 242/07,

9 — Ces dispositions n'ont pas été abrogées entre-temps.

10 — Voir point 15 ci-dessus.

du 21 août 1996, concernant la mise en œuvre de l'article [228 CE] [11] et dans sa communication 97/C 63/02, du 28 février 1997, sur la méthode de calcul de l'astreinte prévue à l'article [228 CE] [12], la Commission demande à ce qu'il plaise à la Cour condamner la République portugaise à une astreinte s'élevant à 21 450 euros par jour de retard dans l'exécution de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03. Cette sanction doit être infligée à compter de la date du prononcé de l'arrêt de la Cour dans la présente affaire jusqu'à l'exécution de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03.

26. La Commission estime qu'une astreinte est la sanction la plus adaptée pour faire cesser dans les plus brefs délais l'infraction constatée. Une astreinte de 21 450 euros par jour de retard est proportionnée à la gravité et à la durée de l'infraction, en tenant un juste compte de l'objectif de la nécessité d'assurer l'efficacité de la sanction. Selon la Commission, ce montant doit être déterminé en appliquant au forfait de base de 500 euros un coefficient de 11 (sur une échelle de 1 à 20) au titre de la gravité de l'infraction, un coefficient de 1 au titre de la durée de l'infraction, et un coefficient de 3,9 [sur la base du produit intérieur brut («PIB»)] du Portugal et du nombre de voix dont il dispose au Conseil), au titre de la capacité de payer du Portugal.

27. Sur la durée de l'infraction, la Commission fait valoir que, à la date du 12 octobre 2005, date à laquelle a été introduit le recours dans la présente affaire, onze mois s'étaient écoulés depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03. Conformément à l'orientation qu'elle a adoptée en mars 2001, la Commission commence à calculer la durée de l'infraction à compter du septième mois suivant la date à laquelle la Cour a prononcé l'arrêt constatant l'infraction au droit communautaire. En l'espèce, étant donné que la «multiplication du coefficient de 0,1 par cinq mois (novembre 2004 à mai 2005) donne un résultat de 0,5», le coefficient de durée doit être égal à 1, soit le coefficient minimal.

28. Sur la gravité de l'infraction, la Commission estime qu'il faut tenir compte de deux paramètres pour déterminer le montant de l'astreinte, à savoir, d'une part, l'importance des règles communautaires ayant fait l'objet de l'infraction et, d'autre part, les conséquences de cette infraction sur des intérêts généraux et particuliers. Le troisième considérant de la directive 89/665 indique que «l'ouverture des marchés publics à la concurrence communautaire nécessite un accroissement substantiel des garanties de transparence et de non-discrimination». Il «importe, pour qu'elle soit suivie d'effets concrets, qu'il existe des moyens de recours efficaces et rapides en cas de violation du droit communautaire en matière de marché public ou des règles nationales transposant ce droit». La Commission estime que l'importance des dispositions communautaires

11 — JO C 242, p. 6.
12 — JO C 63, p. 2.

ayant fait l'objet de l'infraction est grande et que les effets de cette infraction sur des intérêts généraux et particuliers peuvent être importants. À cet égard, il faut tenir compte du fait que, en 2002, la part des marchés publics au République portugaise était de 13,2 % du PIB national [13]. Sans préjudice de ce qui précède, mais compte tenu, d'une part, du fait que c'est la première fois que la Cour s'est prononcée, dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03, sur la question de savoir si une législation nationale, qui subordonne l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, est compatible avec les articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665, et, d'autre part, du fait que l'infraction qui a été à l'origine de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03 constitue, en ce qui concerne la République portugaise, un cas isolé de mauvaise transposition dans le domaine des directives communautaires relatives aux marchés publics, la Commission considère que le coefficient de gravité doit être égal à 11.

29. Dans sa réplique, la Commission indique que, contrairement aux affirmations de la République portugaise [14], le point 13.3 de la communication de la Commission de 2005 sur l'application de l'article 228 CE [15] (ci-après la «communication de 2005»), qui mentionne expressément la possibilité de faire varier la base temporelle de calcul de la sanction pécuniaire pour l'appréciation de la persistance de la non-conformité par un État membre après que la Cour a rendu un arrêt en application de l'article 228 CE, n'est pas applicable en l'espèce. La Commission estime également que la situation dans le cas d'espèce est matériellement différente de celle dont il s'agissait dans l'affaire Commission/Espagne (C-278/01) [16], où la Cour a jugé que la constatation éventuelle de la fin de l'infraction ne pouvait se faire qu'annuellement, alors qu'ici il s'agit de l'adoption de mesures pour la transposition correcte en droit national d'une disposition de la directive 89/665.

30. En outre, la Commission considère, là encore contrairement aux affirmations de la République portugaise [17], qu'il n'y a pas lieu de prévoir la suspension de l'astreinte dans les conditions prévues au point 13.4 de la communication de 2005. Ce point prévoit que la suspension d'une astreinte peut se justifier si, par exemple, il faut un certain temps pour vérifier si toutes les mesures nécessaires à l'exécution de l'arrêt ont été prises. Comme la présente espèce concerne la transposition d'une directive, la Commission peut constater immédiatement, lors de la notification à la Commission de l'instrument législatif de transposition, l'existence de telles mesures.

13 — Ce qui est légèrement en-deçà de la moyenne communautaire (16 %).

14 — Voir point 33 ci-dessous.

15 — SEC(2005) 1658.

16 — Arrêt du 25 novembre 2003 (Rec. p. I-14141, point 51).

17 — Voir point 34 ci-dessous.

31. La République portugaise estime que le montant de l'astreinte envisagée par la Commission, notamment l'application d'un coefficient de 11 au titre de la gravité, est manifestement disproportionné et excessif au vu des circonstances de la présente espèce. Le gouvernement portugais fait observer que, dans le cadre de la directive 89/665, la responsabilité civile de l'administration semble être un instrument de la politique des marchés publics. Cependant, il convient de ne pas attribuer une importance primordiale à cet instrument dans le cadre de cette politique. La politique des marchés publics vise avant tout à garantir la légalité de la procédure de passation des marchés publics. La possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'administration doit donc être considérée comme un instrument secondaire de sauvegarde des intérêts de la personne lésée. La République portugaise considère en outre que le dommage causé aux intérêts généraux et particuliers du fait du manquement est, à tout le moins douteux, dès lors que les tribunaux portugais, dans une jurisprudence constante, ont reconnu l'existence d'une présomption de faute entachant les comportements illicites de l'administration, facilitant ainsi l'octroi de dommages-intérêts aux particuliers lésés, ce qui est parfaitement conforme aux exigences de la directive 89/665.

32. La République portugaise soutient que la présente espèce se distingue d'autres affaires jugées par la Cour au titre de l'article 228 CE, parce qu'il ne s'agit pas ici d'une mauvaise application de la réglementation communautaire, mais de la transposition prétendument incorrecte d'une directive. La République portugaise soutient qu'il s'agit là d'une circonstance atténuante. En outre, contrairement à d'autres affaires jugées par la Cour où le coefficient de gravité proposé par la Commission était inférieur, la présente espèce ne concerne pas des intérêts fondamentaux relatifs à la santé publique ou à l'intégrité physique des individus. De plus, elle ne concerne pas une matière sensible, compétence exclusive des Communautés, longuement traitée par la législation et la jurisprudence communautaires. La République portugaise estime donc qu'il est surprenant que la Commission ait proposé un coefficient de gravité de 11 dans une affaire relative à un manquement partiel à transposer la directive 89/665. La République portugaise soutient donc que, en l'espèce, le coefficient de gravité ne devrait pas dépasser 4.

33. La République portugaise estime en outre que, conformément au point 13.3 de la communication de 2005, qui remplace les communications 96/C 242/07 et 97/C 63/02, le calendrier de référence qu'il convient de retenir en l'espèce pour apprécier la conformité à la directive 89/665 devrait reposer sur une base annuelle et non journalière comme le demande la Commission.

34. La République portugaise ajoute que, conformément au point 13.4 de la communication de 2005, il y a lieu d'ordonner la suspension de la sanction. En effet, en

adoptant le projet de loi n° 56/X, la République portugaise a déjà pris toutes les mesures nécessaires et adéquates que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03. Un certain temps doit en effet encore inévitablement s'écouler avant que le texte ne soit adopté.

B — *Appréciation*

35. Si la Cour devait constater que la République portugaise ne s'est pas conformée à l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire C-275/03, elle peut, en application de l'article 228, paragraphe 2, troisième alinéa, CE, infliger à cet État membre le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte [18].

36. Conformément à la jurisprudence établie, il appartient à la Cour, dans chaque affaire, d'apprécier, eu égard aux circonstances de l'espèce, les sanctions pécuniaires à arrêter [19]. L'imposition d'une sanction en application de l'article 228 CE relève donc de la compétence exclusive de la Cour. Dans l'exercice de ce pouvoir, il appartient à la Cour de fixer le montant de la somme forfaitaire et/ou de l'astreinte adaptée aux circonstances, proportionnée tant au manquement constaté qu'à la capacité de paiement de l'État membre concerné. À cet égard, les propositions de la Commission ne sauraient lier la Cour et ne constituent qu'une base de référence utile [20]. De plus, les communications de la Commission sur l'article 228 CE ne lient pas la Cour, mais visent à garantir la transparence, la prévisibilité et la sécurité juridique de l'action de cette institution [21].

37. En l'espèce, dans sa requête, la Commission a fondé sa proposition d'astreinte à infliger à la République portugaise sur, notamment, ses communications 96/C 242/07 et 97/C 63/02. Il convient de relever qu'à la date du 7 février 2006, date à laquelle a été introduite la requête, ces communications n'étaient plus en vigueur et avaient été remplacées par la communication de 2005, avec effet au 1er janvier 2006 [22].

38. Je suis d'avis que, dans le contexte de la présente procédure, il convient que la Cour

18 — Voir arrêt du 12 juillet 2005, Commission/France (C-304/02, Rec. p. I-6263), plus spécialement points 80 à 82.

19 — Ibidem, point 86.

20 — Voir arrêt du 4 juillet 2000, Commission/Grèce (C-387/97, Rec. p. I-5047, point 89).

21 — Ibidem, point 87.

22 — Voir point 25 de la communication de 2005.

prenne, notamment, la communication de 2005 plus récente et les conclusions des parties comme base de référence appropriée pour établir si une sanction pécuniaire doit être infligée en l'espèce et, dans l'affirmative, son montant. Pour arriver à cette conclusion, j'estime que la référence faite par la Commission à ses anciennes communications n'a pas empêché la République portugaise de défendre ses intérêts au cours de la présente procédure et que les principes de transparence, de prévisibilité et de sécurité juridique ont été respectés. Dans ses mémoires, la République portugaise a souligné le fait que la communication de 2005 a remplacé les anciennes communications de la Commission et que, de fait, comme nous pouvons le lire dans les mémoires de la République portugaise, cet État membre s'est spécifiquement appuyé sur les points 13.3 et 13.4 de la communication de 2005. À mon avis, la République portugaise avait une parfaite connaissance du texte de la communication de 2005 et du fait qu'elle pouvait servir de base de référence dans les cas où la Cour ordonne une sanction pécuniaire.

39. À mon avis, pour appliquer la procédure d'exécution prévue à l'article 228 CE de manière appropriée, elle doit être comprise comme constituant un outil pour réaliser pleinement l'objectif des procédures instituées en application de l'article 226 CE, à savoir mettre fin aux violations du droit communautaire et, en même temps, dissuader les États membres de ne pas exécuter les arrêts de la Cour constatant de telles violations sur la base de l'article 226 CE.

40. Concrètement, la procédure prévue à l'article 228, paragraphe 2, CE a pour objectif d'inciter un État membre défaillant à exécuter un arrêt en manquement et, par là, d'assurer l'application effective du droit communautaire par cet État. Les sanctions prévues par cette disposition, à savoir la somme forfaitaire et l'astreinte, visent toutes deux ce même objectif. La condamnation au paiement d'une astreinte et/ou d'une somme forfaitaire vise à exercer sur l'État membre une contrainte économique qui l'incite à mettre fin au manquement constaté. Les sanctions pécuniaires infligées doivent donc être arrêtées en fonction du degré de persuasion nécessaire pour que l'État membre en cause modifie son comportement [23].

41. Dans l'affaire Commission/France, la Cour a jugé que, si l'imposition d'une astreinte semble particulièrement adaptée pour inciter un État membre à mettre fin, dans les plus brefs délais, à un manquement qui, en l'absence d'une telle mesure, aurait tendance à persister, l'imposition d'une somme forfaitaire repose davantage sur

23 — Arrêt du 14 mars 2006, Commission/France (C-177/04, Rec. p. I-2461, points 59 et 60).

l'appréciation des conséquences du défaut d'exécution des obligations de l'État membre concerné sur les intérêts privés et publics, notamment lorsque le manquement a persisté pendant une longue période depuis l'arrêt qui l'a initialement constaté [24].

42. Je pense que, vu les circonstances de l'espèce, l'imposition d'une astreinte est un moyen approprié pour inciter ou convaincre la République portugaise de changer de comportement et de satisfaire aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665. À mon avis, il y a en l'espèce suffisamment d'éléments étayant l'existence d'un réel danger que le manquement en question persiste si une astreinte n'est pas infligée à la République portugaise. À cet égard, au jour de l'audience du 5 juillet 2007, il était évident que la République portugaise n'avait pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03, malgré ses déclarations antérieures réitérées que leur adoption était imminente.

43. Sur le montant de l'astreinte, les critères de base qui doivent être pris en considération pour assurer la nature coercitive de l'astreinte en vue de l'application uniforme et effective du droit communautaire sont, en principe, la durée de l'infraction, son degré de gravité et la capacité de payer de l'État membre en cause. Pour l'application de ces critères, il y a lieu de tenir compte en particulier des conséquences du défaut d'exécution sur les intérêts privés et publics et de l'urgence qu'il y a à amener l'État membre concerné à se conformer à ses obligations [25].

44. En l'espèce, la Commission propose que le coefficient de durée soit fixé à 1. Comme nous pouvons le constater dans les mémoires de la Commission, ce coefficient a été déterminé par référence, notamment, à la date à laquelle la Commission a décidé d'introduire le recours dans la présente affaire, soit le 12 octobre 2005. À mon avis, la proposition de la Commission relativement à la durée est entachée d'erreur. Indépendamment du fait que ce n'est que le 7 février 2006 que la Commission a introduit son recours, la Cour a jugé, dans son arrêt du 14 mars 2006, Commission/France, précité, que la durée de l'infraction au sens de l'article 228 CE doit être appréciée en ayant égard au moment auquel la Cour

24 — Arrêt du 12 juillet 2005, précité note 18, point 81.

25 — Arrêt du 4 juillet 2000, Commission/Grèce (précité note 20, point 92).

apprécie les faits et non pas à celui où cette dernière est saisie par la Commission [26].

45. En l'espèce, l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03 ne demandait que l'adoption par la République portugaise de mesures transposant en droit national les articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 et, notamment, l'abrogation du décret-loi nº 48 051. Force est de constater que le manquement de la République portugaise à adopter définitivement les mesures législatives nécessaires à l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03, prononcé le 14 octobre 2005, perdure depuis un laps de temps considérable. Au jour de l'audience dans la présente affaire, près de trois années s'étaient écoulées depuis le prononcé de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03 [27].

46. Dans ces conditions, je pense qu'un coefficient de 2 paraît approprié au titre de la durée de l'infraction.

47. Sur la gravité de l'infraction, je ne pense pas que la proposition de la Commission de fixer le coefficient à 11, sur une échelle allant de 1 à 20, soit juste. À mon avis, ce coefficient est beaucoup trop élevé au vu des circonstances de la présente espèce et de la jurisprudence de la Cour.

48. S'agissant de la jurisprudence, le gouvernement portugais, à mon avis à juste titre, a souligné que la Cour a appliqué un coefficient de gravité plus faible, par exemple dans des affaires concernant des dangers pour la santé publique, des atteintes à l'environnement et d'épuisement des ressources halieutiques [28]. Je pense donc que le coefficient de 4, proposé par le gouvernement portugais, me paraît plus approprié en l'espèce.

26 — Voir point 71. À mon avis, la date à laquelle la Cour apprécie les faits est une date indéterminable inconnue des parties. J'estime donc que, pour l'imposition d'une astreinte en application de l'article 228 CE, la durée de l'infraction doit être appréciée par référence à la date à laquelle se tient l'audience dans une affaire ou, si une audience n'est pas tenue, la date de clôture de la procédure écrite.

27 — Voir, par analogie, arrêt du 14 mars 2006, Commission/France (précité note 23, points 73 et 74). Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'un coefficient de 3 devait être fixé pour la durée, dès lors que le manquement à adopter les mesures de transposition en droit national avait perduré depuis près de quatre années.

28 — À cet égard, la République portugaise fait observer que, dans l'affaire Commission/Grèce (précitée note 20), la Commission avait proposé un coefficient de gravité de 6 à propos d'un manquement qui mettait en cause la santé publique et dans une situation où aucune mesure n'avait été prise pour exécuter l'arrêt précédent. Dans l'affaire Commission/Espagne (précitée note 16), la Commission avait proposé un coefficient de gravité 4 en raison d'un manquement concernant la transposition d'une directive, relative à la qualité des eaux de baignade, qui visait à protéger l'environnement et la santé publique. Enfin, dans l'affaire Commission/France (arrêt du 12 juillet 2005, précité note 18), où la politique commune de la pêche était en cause, le coefficient de gravité proposé était de 10.

49. Si le manquement à la directive 89/665 ne paraît que partiel, en ce que la présente affaire et l'affaire C-275/03 ne portent que sur ses articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), et non sur son texte entier, un coefficient de 4 au titre de la gravité se justifie compte tenu, à mon sens, de l'importance de ces dispositions qui garantissent l'instauration de mesures d'octroi de dommages-intérêts à une personne lésée par une infraction aux règles de passation de marchés publics [29].

50. Pour parvenir à cette conclusion, je voudrais souligner que je ne partage pas l'avis de la République portugaise, selon lequel il convient de ne pas attacher une importance primordiale à la politique communautaire des marchés publics. La politique des marchés publics est, à mes yeux, cruciale pour garantir que la concurrence dans le marché intérieur ne soit pas faussée [30]. En outre, contrairement aux arguments de la République portugaise [31], je considère comme essentielle au bon fonctionnement des règles sur les marchés publics la possibilité pour les opérateurs privés de disposer de voies de recours contre les décisions des autorités adjudicatrices et, s'ils ont subi un préjudice en raison d'une infraction aux règles des marchés publics, celle d'obtenir des dommages-intérêts. Pouvoir disposer de telles procédures ne fait pas que protéger les intérêts des parties en question, mais garantit également le plein effet de la politique communautaire de marchés publics.

51. Dans ce domaine, le manquement de la République portugaise à abroger le décret-loi nº 48 051 [32] semble rendre plus difficiles et plus onéreux les recours juridictionnels par des particuliers. Il me semble qu'un tel état de fait est de nature à décourager toute incitation que des particuliers pourraient avoir à former de tels recours, ce qui fait obstacle au plein effet de la politique communautaire de marchés publics.

29 — Voir, par opposition, l'arrêt du 14 mars 2006, Commission/France (précité note 23), où la Cour a jugé que le manquement au droit communautaire en raison de la non-transposition partielle d'une directive ne présentait pas un degré particulier de gravité et a donc retenu un coefficient de gravité de 1. Dans cette affaire, la Cour a constaté que la République française n'avait pas exécuté son arrêt du 25 avril 2002, Commission/France (C-52/00, Rec. p. I-3827), concernant la transposition de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JO L 210, p. 29), et avait donc manqué à ses obligations en vertu de l'article 228 CE, car elle continuait à considérer le fournisseur du produit défectueux comme responsable au même titre que le producteur, lorsque ce dernier ne peut être identifié, alors que le fournisseur a indiqué à la victime, dans un délai raisonnable, l'identité de celui qui lui a fourni le produit.

30 — En effet, l'importance du secteur des marchés publics, qui représente 16 % du PIB de la Communauté et 13,2 % du PIB du Portugal, ne saurait être occultée.

31 — Voir point 31 ci-dessus.

32 — Subordonnant ainsi l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol de l'État ou des entités publiques.

52. Au vu de ce qui précède, je suis d'avis que l'astreinte à infliger en l'espèce doit se fonder sur le montant de base de 600 euros, multiplié par les coefficients de 4,04 (capacité de payer) [33], de 4 (gravité de l'infraction) et de 2 (durée de l'infraction), ce qui conduit à un montant de 19 392 euros par jour de retard.

53. Sur la périodicité de l'astreinte, il convient, s'agissant, comme dans la présente affaire, d'exécuter un arrêt de la Cour impliquant simplement l'adoption d'une disposition législative modificative afin de transposer une partie d'une directive, d'opter pour une astreinte infligée sur une base journalière [34]. Il convient donc de rejeter les arguments du gouvernement portugais tirés du point 13.3 de la communication de 2005.

54. De plus, j'estime que, en l'espèce, il n'y a pas lieu de suspendre l'imposition d'une astreinte. L'adoption de la disposition législative modificative nécessaire et donc l'exécution de l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire C-275/03 peut être évaluée immédiatement par la Commission dès la notification de cette modification. Les arguments du gouvernement portugais tirés du point 13.4 de la communication de 2005 doivent donc également être rejetés.

55. Sur la possibilité de la Cour d'infliger une sanction sous forme de somme forfaitaire, je ne pense pas qu'elle soit appropriée en l'espèce, nonobstant le fait que la non-transposition des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665 a persisté pendant près de trois années depuis le prononcé de l'arrêt rendu dans l'affaire C-275/03 et que les intérêts publics et privés touchés par ce manquement soient de quelque importance.

56. Cette réflexion se fonde sur la jurisprudence de la Cour, plus particulièrement son arrêt rendu dans l'affaire Commission/France, et sur les circonstances propres à celle-ci ayant conduit la Cour à prononcer la condamnation au paiement d'une somme forfaitaire en plus de la condamnation à une astreinte [35]. En effet, la rédaction de l'article 228, paragraphe 2, CE ne prévoit que la condamnation à l'une ou à l'autre des sanctions prévues. De plus, la Cour a jugé que chacune de ces deux sanctions a sa propre fonction [36].

33 — Notons que le montant de base et le coefficient de la capacité de paiement de la République portugaise sont tirés de la communication de 2005. Voir point 37 ci-dessus.

34 — Voir arrêt du 14 mars 2006, Commission/France (précité note 23, point 77).

35 — Arrêt du 12 juillet 2005, précité, points 114 et 115.

36 — Ibidem, point 84.

VI — Conclusions

57. Par ces motifs, j'ai l'honneur de proposer qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en n'ayant pas abrogé le décret-loi nº 48 051, du 21 novembre 1967, subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1er, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, et a manqué de ce fait aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228 CE;

— condamner la République portugaise à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte «Ressources propres de la Communauté européenne», une astreinte de 19 392 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour assurer l'exécution pleine et entière de l'arrêt du 14 octobre 2004, Commission/Portugal (C-275/03), à compter du prononcé du présent arrêt et jusqu'à l'exécution complète de l'arrêt précité;

— condamner la République portugaise aux dépens.