CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL

J. MAZÁK

van 9 oktober 2007 [1]

I — Inleiding

1. De Commissie heeft het onderhavige beroep krachtens artikel 228 EG ingesteld op 7 februari 2006. Zij stelt dat de Portugese Republiek niet de maatregelen heeft genomen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 2004 in zaak C-275/03, Commissie/Portugal [2], en verzoekt het Hof Portugal een dwangsom op te leggen. In voornoemd arrest heeft het Hof vastgesteld dat de Portugese Republiek door wetsbesluit nr. 48051 van 21 november 1967 niet in te trekken, waarin de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale uitvoeringsregels afhankelijk wordt gesteld van het bewijs van schuld of opzet, niet de verplichtingen is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken. [3]

II — Rechtskader

2. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd, bepaalt: „[d]e lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, voor wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG, tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld […].”

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 14 oktober 2004, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie.

3 — PB L 395, blz. 33.

3. Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 luidt: „[d]e lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

[…]

(c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd."

4. Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [4] is ingetrokken bij richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [5], die vervolgens zelf is ingetrokken bij richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, die op 31 januari 2006 in werking is getreden. [6]

5. Artikel 81 van richtlijn 2004/18 bepaalt: „[o]vereenkomstig richtlijn 89/665 […] waarborgen de lidstaten via doeltreffende, toegankelijke en transparante mechanismen dat deze richtlijn wordt toegepast".

6. De verwijzing naar richtlijn 71/305 in artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 moet worden opgevat als een verwijzing naar richtlijn 2004/18. [7]

III — Precontentieuze procedure en conclusies van partijen

7. Bij brief van 4 november 2004 wees de Commissie de Portugese autoriteiten op de inhoud van het arrest in zaak C-275/03 en op het feit dat Portugal op grond van artikel 228 EG gehouden is de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van dat arrest. De Commissie verzocht de Portugese autoriteiten haar over de genomen maatregelen te informeren vóór 15 januari 2005.

4 — PB L 185, blz. 5.
5 — PB L 199, blz. 54.
6 — PB L 134, blz. 114.

7 — Zie artikel 81 van richtlijn 2004/18.

8. Op 19 november 2004 zonden de Portugese autoriteiten de Commissie een kopie van het ontwerp van een nieuwe wet betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat en de overige publiekrechtelijke rechtspersonen. De Portugese autoriteiten verzochten de Commissie aan te geven of het wetsontwerp volgens haar een juiste en volledige omzetting van richtlijn 89/665 inhield. Voorts verzochten zij de Commissie bij brief van 12 januari 2005 om verdere stappen op grond van artikel 228 EG eerst te nemen na het aantreden van de nieuwe wetgever, aansluitend op de verkiezingen van 20 februari 2005; de procedure van vaststelling van de wet betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat zou dan gedurende het eerste semester van 2005 kunnen plaatsvinden.

9. Op 21 maart 2005 zond de Commissie de Portugese autoriteiten een aanmaningsbrief, waarin zij stelde dat de ontbinding van het Portugese Parlement (Assembleia da República Portuguesa) en het plaatsvinden van verkiezingen geen rechtvaardiging vormden voor de niet-nakoming door Portugal van de krachtens richtlijn 89/665 op haar rustende verplichtingen en de in die richtlijn bepaalde termijnen. De Commissie gaf voorts aan dat het wetsontwerp hoe dan ook niet met richtlijn 89/665 in overeenstemming was. Zij deelde de Portugese autoriteiten mee dat, nu zij geen enkele informatie had ontvangen over de ter uitvoering van het arrest van het Hof in zaak C-275/03 genomen maatregelen, Portugal haars inziens had nagelaten aan zijn verplichtingen ingevolge artikel 228, lid 1, EG te voldoen. De Commissie verzocht Portugal binnen twee maanden zijn opmerkingen dienaangaande in te dienen. Zij wees de Portugese autoriteiten ook op het feit dat het Hof op grond van artikel 228, lid 2, EG financiële sancties kon opleggen, en gaf aan dat zij het Hof een voorstel zou doen over het bedrag van de forfaitaire som of dwangsom dat Portugal volgens haar in de gegeven omstandigheden zou moeten betalen.

10. De Portugese autoriteiten beantwoordden de aanmaningsbrief van de Commissie bij schrijven van 25 mei 2005. Niet overtuigd door dat antwoord zond de Commissie op 13 juli 2005 een met redenen omkleed advies, waarin zij vaststelde dat Portugal niet de maatregelen had genomen die nodig waren ter uitvoering van het arrest van het Hof in zaak C-275/03, en derhalve zijn verplichtingen krachtens artikel 228, lid 1, EG niet was nagekomen. Zij stelde de Portugese Republiek een termijn van twee maanden om de ter uitvoering van voormeld arrest noodzakelijke maatregelen te nemen. De Commissie benadrukte nog dat het Hof, mocht het tot een gerechtelijke procedure komen, financiële sancties zou kunnen opleggen en dat de Commissie zelf de oplegging van een forfaitair bedrag of dwangsom zou vorderen.

11. In hun antwoord op het met redenen omkleed advies van 12 december 2005 gaven

de Portugese autoriteiten aan dat het wetsontwerp betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat, waarbij onder andere wetsbesluit nr. 48051 werd ingetrokken, reeds ter definitieve goedkeuring aan het Portugese Parlement was voorgelegd. Van mening dat de Portugese Republiek niet aan het arrest van het Hof in zaak C-275/03 had voldaan, besloot de Commissie het onderhavige beroep in te stellen.

12. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

„— vast te stellen dat de Portugese Republiek, door niet de maatregelen te nemen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof in zaak C-275/03 , de krachtens artikel 228, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Portugese Republiek te veroordelen, aan de Commissie op de in artikel 9 van verordening (EG, Euratom) nr. 1150/2000 van de Raad bedoelde rekening ‚eigen middelen van de Europese Gemeenschap' een dwangsom te betalen ten bedrage van 21 450 EUR per dag vertraging bij de uitvoering van het arrest in zaak C-275/03, en wel vanaf de dag van de uitspraak van het arrest in de onderhavige zaak tot de dag waarop het arrest in zaak C-275/03 zal zijn uitgevoerd;

— de Portugese Republiek te verwijzen in de kosten."

13. De Portugese Republiek concludeert dat het het Hof behage:

„1. alle vorderingen van de Commissie als ongegrond te verwerpen, en:

a) vast te stellen dat de Portugese Republiek alle ter uitvoering van het arrest in zaak C-275/03 nodige maatregelen heeft genomen, en derhalve de eerste vordering van de Commissie ongegrond te verklaren;

b) de Portugese Republiek te ontheffen van de verplichting

een dwangsom van 21 450 EUR te betalen per dag vertraging bij de uitvoering van het arrest in zaak C-275/03, vanaf de dag van de uitspraak van het arrest in de onderhavige zaak tot de dag waarop het arrest in zaak C-275/03 zal zijn uitgevoerd, en derhalve de tweede vordering van de Commissie ongegrond te verklaren.

2. Subsidiair, voor het geval dat ons standpunt niet wordt aanvaard — [quod non] — het genoemde bedrag van de dwangsom te matigen, daar dat bedrag klaarblijkelijk buitensporig is, en de toepasselijke coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk op ten hoogste niveau 4 (vier) vast te stellen, de betaling van de dwangsom op jaarbasis vast te stellen en de betaling van de dwangsom op te schorten tot aan de inwerkingtreding van de inmiddels door de Portugese Staat vastgestelde maatregelen."

IV — Nakoming van de verplichting van artikel 228, lid 1, EG

A — *Argumenten van partijen*

14. De Commissie stelt dat Portugal niet de voor de uitvoering van het arrest van het Hof in zaak C-275/03 vereiste maatregelen heeft genomen, nu die lidstaat wetsbesluit nr. 48051 niet heeft ingetrokken. Het wetsontwerp betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat en de overige overheidsinstanties dat de Portugese regering aan het Portugese parlement heeft voorgelegd, voldoet haars inziens niet aan dat arrest. Aangezien bovendien geen andere maatregelen ter kennis van de Commissie zijn gebracht, is zij van mening dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 228, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

15. Portugal stelt zich op het standpunt dat wetsontwerp nr. 56/X betreffende de niet-contractuele aansprakelijkheid van de staat en de overige publiekrechtelijke rechtspersonen, dat door het Portugese parlement unaniem is aangenomen op 6 april 2006 en binnenkort van kracht zal worden, richtlijn 89/665 correct omzet. Portugal is verder van mening dat de wettelijke regeling die inmiddels is vastgesteld, richtlijn 89/665 naar behoren omzet en derhalve volledig aan het arrest in zaak C-275/03 voldoet. Portugal merkt in dat verband op dat de artikelen 22 en 271 van de grondwet van de Portugese Republiek en het nieuwe wetboek bestuursprocesrecht de nakoming van genoemd arrest voldoende verzekeren. Bovendien hebben de Portugese gerechten in hun rechtspraak het bestaan van een schuldvermoeden aanvaard met betrekking tot onrechtmatige handelingen van de overheid.

B — *Beoordeling*

16. Het is aan de Commissie om in het kader van een beroep op grond van artikel 228 EG het Hof de gegevens te verschaffen die noodzakelijk zijn om te bepalen in hoeverre een lidstaat een niet-nakomingsarrest heeft uitgevoerd. Wanneer de Commissie voldoende bewijsmateriaal heeft overgelegd waaruit blijkt dat de niet-nakoming voortduurt, is het aan de betrokken lidstaat om de aangedragen gegevens en de gevolgen daarvan substantieel en in detail te betwisten. [8]

17. In het dictum van het arrest in zaak C-275/03 stelde het Hof vast dat de Portugese Republiek, door wetsbesluit nr. 48051 niet in te trekken, waarin de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale uitvoeringsregels afhankelijk wordt gesteld van het bewijs van schuld of opzet, de krachtens de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

18. Gezien de bewoordingen van het dictum van het arrest in zaak C-275/03 dient mijns inziens in de context van de onderhavige niet-nakomingszaak op grond van artikel 228, lid 1, EG te worden onderzocht of de Portugese Republiek aan dat arrest heeft voldaan, in het bijzonder of zij wetsbesluit nr. 48051 heeft ingetrokken.

19. De peildatum voor de beoordeling van het bestaan van een niet-nakoming in de zin van artikel 228, lid 1, EG is de datum waarop de termijn verstrijkt die is gesteld in het krachtens die bepaling uitgebrachte met redenen omkleed advies. En omdat de Commissie oplegging van een dwangsom aan de Portugese Republiek vordert, moet tevens worden nagegaan of de gestelde niet-nakoming heeft voortgeduurd tot aan de datum van de terechtzitting van het Hof in de onderhavige zaak.

20. Uit de door de Commissie overgelegde schriftelijke stukken en ook uit die van Portugal blijkt dat een ontwerp van wet tot intrekking van wetsbesluit nr. 48051 weliswaar thans bij het Portugese parlement in behandeling is, maar dat die wet nog niet definitief is goedgekeurd. De Portugese regering heeft zelf in haar memories erkend dat voor de inwerkingtreding van wetsontwerp nr. 56/X onder meer de ondertekening van de Presidente da República (President van de Republiek) en bekendmaking in de *Diário da República* (Portugese staatsblad) is vereist.

8 — Arrest van 18 juli 2006, Commissie/Italië (C-119/04, Jurispr. blz. I-6885, punt 41).

Bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies van 13 juli 2005 gestelde termijn had de Portugese Republiek die noodzakelijke stappen in de wetgevingsprocedure nog niet genomen.

21. Bovendien heeft de gemachtigde van de Portugese Republiek ter terechtzitting van 5 juli 2007 op de rechtstreeks aan hem gerichte opmerking dat wetsbesluit nr. 48051 op diezelfde datum nog steeds van kracht was, geantwoord dat de Portugese Republiek voornemens was de bestaande regeling te wijzigen door de goedkeuring van wetsontwerp nr. 56/X. Het is derhalve duidelijk dat de Portugese Republiek op 5 juli 2007 wetsbesluit nr. 48051 nog niet had ingetrokken. Bovendien bestond de verplichting van Portugal om de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 om te zetten ook op die datum nog. [9]

22. Wat de artikelen 22 en 271 van de grondwet, het wetboek bestuursprocesrecht en de rechtspraak van de Portugese gerechten met betrekking tot het schuldvermoeden [10] betreft, deze argumenten van de Portugese regering zijn naar mijn mening rechtens irrelevant en in het kader van deze zaak misplaatst. Met deze argumenten beoogt Portugal mijns inziens de heropening van de procedure in zaak C-275/03 en een heronderzoek van kwesties die door de partijen reeds zijn besproken en derhalve door het Hof in zijn uitspraak in die zaak in aanmerking zijn genomen.

23. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Portugese Republiek met betrekking tot de omzetting van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 niet de maatregelen heeft genomen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest in zaak C-275/03 en derhalve niet aan de krachtens artikel 228, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen heeft voldaan.

24. Nu vaststaat dat de Portugese Republiek ook op het moment van de terechtzitting voor het Hof haar verplichtingen nog niet was nagekomen, kom ik thans bij de door de Commissie gevorderde dwangsom.

V — Passende financiële sanctie

A — *Argumenten van partijen*

25. Op basis van de berekeningsmethode zoals uiteengezet in haar mededelingen

9 — Die bepalingen zijn in de tussentijd niet ingetrokken.

10 — Zie boven, punt 15.

96/C 242/07 van 21 augustus 1996 inzake de tenuitvoerlegging van artikel [228] EG [11] en 97/C 63/02 van 28 februari 1997 betreffende de berekeningswijze van de dwangsom van artikel [228] EG [12], vordert de Commissie dat het Hof de Portugese Republiek per dag die zij in gebreke blijft, een dwangsom van 21 450 EUR zal opleggen bij wijze van sanctie op de niet-uitvoering van het arrest in zaak C-275/03. De dwangsom zou moeten worden opgelegd vanaf de dag van de uitspraak van het arrest in de onderhavige zaak tot de dag waarop het arrest in zaak C-275/03 zal zijn uitgevoerd.

26. De Commissie is van mening dat een dwangsom het meest geschikte middel is om zo spoedig mogelijk een einde te maken aan de geconstateerde inbreuk. Een dwangsom van 21 450 EUR per dag vertraging is in overeenstemming met de ernst en de duur van de inbreuk, rekening houdend met het feit dat de sanctie ook doeltreffend moet zijn. Volgens de Commissie moet dat bedrag worden berekend door een forfaitair basisbedrag van 500 EUR te vermenigvuldigen met een coëfficiënt 11 (op een schaal van 1 tot 20) voor de ernst van de inbreuk, een coëfficiënt 1 voor de duur van de inbreuk en een coëfficiënt 3,9 [gebaseerd op het Portugese bruto binnenlands product (BBP) en de stemmenweging binnen de Raad van de Europese Unie], die de financiële draagkracht van Portugal weergeeft.

27. Met betrekking tot de duur van de inbreuk stelt de Commissie dat op 12 oktober 2005, de datum waarop zij besloot het onderhavige beroep aanhangig te maken, 11 maanden waren verstreken sinds het arrest in zaak C-275/03 was gewezen. Overeenkomstig de in maart 2001 goedgekeurde oriëntaties berekent de Commissie de duur van een inbreuk in de zin van artikel 228 EG vanaf de zevende maand na de datum van het niet-nakomingsarrest. In casu geeft de vermenigvuldiging van de „coëfficiënt 0,1 met 5 maanden (november 2004 tot mei 2005) als uitkomst 0,5". De coëfficiënt voor de duur van de inbreuk moet bijgevolg 1 zijn, te weten de minimumcoëfficiënt.

28. Wat de ernst van de inbreuk betreft, dient volgens de Commissie bij de vaststelling van het bedrag van de financiële sanctie rekening te worden gehouden met twee factoren, namelijk het belang van de communautaire voorschriften waarop de inbreuk is gepleegd en de gevolgen van deze inbreuk voor de algemene en bijzondere belangen. Volgens de derde overweging van de considerans van richtlijn 89/665 vereist „de openstelling van aanbestedingen voor mededinging uit de gehele Gemeenschap een aanzienlijke uitbreiding van de garanties inzake doorzichtigheid en non-discriminatie". Wil „deze openstelling tot concrete resultaten leiden, [moeten] doeltreffende en snelle beroepsprocedures […] bestaan in geval van schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet". Naar de mening van de Commissie

11 — PB C 242, blz. 6.
12 — PB C 63, blz. 2.

zijn de voorschriften waarop de inbreuk is gepleegd van groot belang en kan die inbreuk aanzienlijke gevolgen hebben voor de algemene en bijzondere belangen. In dat verband vermeldt zij dat de overheidsopdrachten in 2002 13,2 % van het Portugese BBP vertegenwoordigden. [13] Onverminderd het voorgaande, maar gezien, in de eerste plaats, het feit dat het Hof voor het eerst in zaak C-275/03 heeft geoordeeld over de vraag of een nationale regeling die de toekenning van een schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale uitvoeringsregels afhankelijk stelt van het bewijs van schuld of opzet verenigbaar is met de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665, en in de tweede plaats dat de inbreuk die tot het arrest in zaak C-275/03 heeft geleid in het geval van Portugal een op zich staand geval van onjuiste omzetting van een communautaire richtlijn op het gebied van overheidsopdrachten is, is de Commissie van oordeel dat de in casu toe te passen coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk 11 moet zijn.

29. De Commissie merkt in repliek op dat anders dan Portugal meent [14], punt 13.3 van de mededeling van de Commissie uit 2005 — Uitvoering van artikel 228 van het EG-Verdrag [15] (hierna: „mededeling van 2005"), waarin is voorzien in de mogelijkheid van aanpassing van de periodiciteit voor de beoordeling van het voortbestaan van de inbreuk door een lidstaat nadat het in artikel 228 EG bedoelde arrest is gewezen, in casu niet aan de orde is. De Commissie meent voorts dat de omstandigheden van zaak C-278/01, Commissie/Spanje [16], waarin het Hof oordeelde dat het einde van de inbreuk enkel jaarlijks kon worden vastgesteld, wezenlijk anders zijn dan die van de onderhavige, waarin het gaat om de vaststelling van maatregelen ter correcte uitvoering van een bepaling van richtlijn 89/665.

30. Bovendien ziet de Commissie, wederom in tegenstelling tot Portugal [17], geen noodzaak om de oplegging van een dwangsom op te schorten, zoals voorzien in punt 13.4 van de mededeling van 2005. Volgens dat punt kan opschorting van een dwangsom gerechtvaardigd zijn ingeval, bijvoorbeeld, de beoordeling of alle nodige maatregelen ter uitvoering van een arrest zijn genomen enige tijd in beslag neemt. Daar de onderhavige zaak de omzetting van een richtlijn betreft, kan de Commissie onmiddellijk bij de aanmelding van de nationale omzettingsmaatregelen kennis ervan nemen.

13 — Dit is iets onder het communautaire gemiddelde van 16 %.

14 — Zie hierna, punt 33.

15 — SEC(2005) 1658.

16 — Arrest van 25 november 2003 (Jurispr. blz. I-14141, punt 51).

17 — Zie hierna, punt 34.

31. Naar de mening van Portugal is het bedrag van de door de Commissie gevorderde dwangsom, en met name de coëfficiënt 11 voor de ernst van de inbreuk, kennelijk onevenredig en buitensporig gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval. Volgens de Portugese regering is de overheidsaansprakelijkheid in het kader van richtlijn 89/665 een instrument van het beleid inzake overheidsopdrachten. Dat instrument moet echter niet van doorslaggevend belang voor dat beleid worden geacht. Het voornaamste doel van het beleid inzake overheidsopdrachten is de rechtmatigheid van de procedures voor de gunning van overheidsopdrachten waarborgen. De mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen is een secundair instrument voor de bescherming van de belangen van slachtoffers. Bovendien betwijfelt Portugal of de inbreuk überhaupt gevolgen heeft gehad voor de algemene en bijzondere belangen; de Portugese gerechten hebben immers in hun vaste rechtspraak een schuldvermoeden aanvaard met betrekking tot onrechtmatige handelingen van de overheid en aldus geheel in overeenstemming met de voorschriften van richtlijn 89/665 de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden vergemakkelijkt.

32. Portugal stelt dat de onderhavige zaak niet vergelijkbaar is met andere zaken waarin het Hof krachtens artikel 228 EG arrest heeft gewezen, aangezien het in deze zaak niet gaat om de verkeerde toepassing van gemeenschapsrecht, maar om de vermeende onjuiste omzetting van een richtlijn. Volgens Portugal zou dit als verzachtende omstandigheid moeten worden beschouwd. Daarbij komt dat, in tegenstelling tot andere zaken waarin het Hof uitspraak heeft gedaan en waarin de Commissie lagere coëfficiënten voor de ernst van de inbreuk had voorgesteld, geen fundamentele belangen aan de orde zijn, zoals de volksgezondheid of de lichamelijke integriteit van personen. Bovendien gaat het niet om een gevoelige materie die tot de uitsluitende bevoegdheid van de Gemeenschap behoort en die uitvoerig is gereguleerd en in de communautaire rechtspraak onderzocht. Het verbaast Portugal daarom dat de Commissie een coëfficiënt 11 voor de ernst van de inbreuk voorstelt in een zaak die de gedeeltelijke niet-uitvoering van richtlijn 89/665 betreft. De coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk zou in casu dan ook niet hoger dan 4 moeten zijn.

33. Portugal stelt bovendien dat overeenkomstig punt 13.3 van de mededeling van 2005, die de mededelingen 96/C 242/07 en 97/C 63/02 vervangt, de geschikte periodiciteit om de nakoming van richtlijn 89/665 te controleren, per jaar zou moeten zijn en niet per dag, zoals de Commissie heeft voorgesteld.

34. Portugal meent verder dat overeenkomstig punt 13.4 van de mededeling van 2005 de dwangsom zou moeten worden opgeschort. Door goedkeuring van wetsontwerp

nr. 56/X heeft Portugal alle nodige stappen ter uitvoering van het arrest van het Hof in zaak C-275/03 genomen. De vaststelling van de wettekst is enkel nog een kwestie van enige tijd.

B — *Beoordeling*

35. Indien het Hof vaststelt dat de Portugese Republiek het arrest in zaak C-275/03 niet heeft uitgevoerd, kan het die lidstaat op grond van artikel 228, lid 2, derde alinea, EG de betaling van een forfaitaire som en/of een dwangsom opleggen. [18]

36. Volgens zijn vaste rechtspraak is het aan het Hof om per geval aan de hand van de omstandigheden van de zaak te beoordelen welke financiële sancties moeten worden opgelegd. [19] De vaststelling van een sanctie krachtens artikel 228 EG valt derhalve binnen de uitsluitende bevoegdheid van het Hof. Het is aan het Hof, in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid de hoogte van het forfaitair bedrag en/of de dwangsom aldus vast te stellen dat deze in de omstandigheden passend is en evenredig aan de vastgestelde inbreuk en de draagkracht van de betrokken lidstaat. De voorstellen van de Commissie ten aanzien van financiële sancties binden het Hof niet en vormen louter een nuttige referentiebasis. [20] Ook de mededelingen van de Commissie met betrekking tot artikel 228 EG binden het Hof niet: deze dienen ter bevordering van de doorzichtigheid, de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid van het handelen van die instelling. [21]

37. In casu heeft de Commissie in haar verzoekschrift haar voorstel voor de aan Portugal op te leggen financiële sancties onder meer gebaseerd op haar mededelingen 96/C 242/07 en 97/C 63/02. Ik teken hierbij aan dat op 7 februari 2006, de datum waarop het verzoekschrift in de onderhavige procedure bij het Hof is ingediend, die mededelingen niet langer van kracht waren en vervangen waren door de mededeling van 2005, die op 1 januari 2006 in werking is getreden. [22]

38. Naar mijn mening zou het Hof zich in de onderhavige procedure mede van de meer

18 — Zie arrest van 12 juli 2005, Commissie/Frankrijk (C-304/02, Jurispr. blz. I-6263, met name punten 80-82).

19 — Arrest Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 18, punt 86.

20 — Zie arrest van 4 juli 2000, Commissie/Griekenland (C-387/97, Jurispr. blz. I-5047, punt 89).

21 — Zie arrest Commissie/Griekenland, aangehaald in voetnoot 20, punt 87.

22 — Zie punt 25 van de mededeling van 2005.

recente mededeling van 2005, naast de argumenten van partijen, kunnen bedienen als nuttige referentiebasis voor de vaststelling of in dit geval een financiële sanctie dient te worden opgelegd en, zo ja, van het bedrag van die sanctie. De verwijzing van de Commissie naar haar eerdere mededelingen heeft mijns inziens namelijk Portugal niet belemmerd in de verdediging van zijn belangen in deze procedure, en anderzijds zijn de beginselen van doorzichtigheid, voorspelbaarheid en rechtszekerheid nageleefd. Portugal heeft in zijn memories zelf benadrukt dat de mededeling van 2005 de eerdere mededelingen van de Commissie had vervangen, en blijkens die memories doet deze lidstaat zelfs concreet een beroep op de punten 13.3 en 13.4 van die mededeling. Portugal was naar mijn mening volledig bekend met de inhoud van de mededeling van 2005, zodat ze als referentiebasis voor de oplegging van financiële sancties door het Hof kan dienen.

39. Voor een consequente toepassing van de handhavingsprocedure van artikel 228 EG moet deze procedure worden gezien als een instrument om de doelstelling van de procedure van artikel 226 EG volledig te verwezenlijken, namelijk een einde maken aan schendingen van het gemeenschapsrecht, en tegelijkertijd als een middel om de lidstaten te ontmoedigen om geen uitvoering te geven aan de arresten van het Hof houdende vaststelling van een inbreuk op het gemeenschapsrecht krachtens artikel 226 EG.

40. In concreto heeft de procedure van artikel 228, lid 2, EG tot doel een in gebreke gebleven lidstaat ertoe te brengen een nietnakomingsarrest uit te voeren, en daarmee de effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht door die lidstaat te verzekeren. De sancties waarin deze bepaling voorziet, de forfaitaire som en de dwangsom, dienen beide ditzelfde doel. De oplegging van een dwangsom en/of een forfaitaire som heeft tot doel op een lidstaat economische druk uit te oefenen om hem ertoe te brengen een einde te maken aan de geconstateerde nakoming. De opgelegde financiële sancties moeten dus worden vastgesteld naargelang van de mate van overreding die nodig is om de lidstaat tot ander gedrag te brengen. [23]

41. In het arrest Commissie/Frankrijk van 12 juli 2005 stelde het Hof vast, dat de oplegging van een dwangsom in het bijzonder geschikt lijkt om een lidstaat ertoe te brengen, zo snel mogelijk een einde te maken aan een niet-nakoming die zonder die maatregel wellicht zou blijven voortduren, terwijl de oplegging van een forfaitaire som veeleer

23 — Arrest van 14 maart 2006, Commissie/Frankrijk (C-177/04, Jurispr. blz. I-2461, punten 59 en 60).

berust op de beoordeling van de consequenties van de niet-nakoming van de verplichtingen van de betrokken lidstaat voor de particuliere en de publieke belangen, met name wanneer de niet-nakoming is blijven voortbestaan lang na het arrest waarin zij oorspronkelijk is vastgesteld. [24]

42. Gelet op de omstandigheden van het geval ben ik van mening, dat de oplegging van een dwangsom een passend middel is om Portugal ertoe te bewegen of te overreden zijn gedrag te wijzigen en de krachtens de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 op hem rustende verplichtingen na te komen. Er is mijns inziens voldoende bewijs in de onderhavige procedure dat er een reëel gevaar bestaat, dat de betrokken inbreuk zal voortduren als Portugal geen dwangsom wordt opgelegd. Bij de mondelinge behandeling op 5 juli 2007 is duidelijk gebleken dat de Portugese Republiek niet de nodige maatregelen heeft genomen om aan het arrest in zaak C-275/03 te voldoen, ondanks haar eerdere verklaringen dat dergelijke maatregelen ophanden waren.

43. Wat het bedrag van de dwangsom betreft, zijn de basiscriteria die in aanmerking moeten worden genomen om het dwingende karakter van een dergelijke dwangsom met het oog op de eenvormige en effectieve toepassing van het gemeenschapsrecht te verzekeren, in beginsel de duur van de inbreuk, de mate van de ernst ervan en de financiële draagkracht van de betrokken lidstaat. Bij de toepassing van deze criteria dient in het bijzonder rekening te worden gehouden met de gevolgen van de verzuimde uitvoering voor de particuliere en de publieke belangen en met de spoedeisendheid waarmee de betrokken lidstaat moet worden aangezet om zijn verplichtingen na te komen. [25]

44. Volgens de Commissie dient de coëfficiënt voor de duur van de inbreuk in casu te worden vastgesteld op 1. Blijkens de memories van de Commissie is die coëfficiënt berekend op basis van onder meer de datum waarop zij besloot dit beroep aanhangig te maken, te weten 12 oktober 2005. Naar mijn mening is het voorstel van de Commissie met betrekking tot de duur niet correct. Naast het feit dat de Commissie het onderhavige beroep eerst daadwerkelijk op 7 februari 2006 heeft ingesteld, heeft het Hof in het arrest Commissie/Frankrijk van 14 maart 2006 beslist dat de duur van een inbreuk als bedoeld in artikel 228 EG moet worden beoordeeld rekening houdend met het tijdstip waarop het Hof de feiten beoordeelt, en

24 — Zaak C-304/02, aangehaald in voetnoot 18, punt 81.

25 — Arrest Commissie/Griekenland, aangehaald in voetnoot 20, punt 92.

niet met het tijdstip waarop de Commissie de zaak bij het Hof aanhangig maakt. [26]

45. Portugal behoefde voor de uitvoering van het arrest in zaak C-275/03 enkel omzettingsmaatregelen vast te stellen voor de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 en, in het bijzonder, over te gaan tot intrekking van wetsbesluit nr. 48051. Het is duidelijk dat het verzuim van Portugal om definitief de noodzakelijke wettelijke maatregelen te treffen ter uitvoering van het op 14 oktober 2004 gewezen arrest in zaak C-275/03 reeds geruime tijd voortduurt. Ten tijde van de mondelinge behandeling in de onderhavige zaak waren bijna drie jaar verstreken sinds de uitspraak van voornoemd arrest. [27]

46. In die omstandigheden is een coëfficiënt 2 mijns inziens passend om rekening te houden met de duur van de inbreuk.

47. Wat de ernst van de inbreuk betreft, acht ik de door de Commissie voorgestelde coëfficiënt 11, op een schaal van 1 tot 20, onjuist. Gelet op de omstandigheden van dit geval en de eerdere rechtspraak van het Hof is die coëfficiënt duidelijk te hoog.

48. Met betrekking tot die rechtspraak heeft de Portugese regering volgens mij terecht opgemerkt, dat het Hof een lagere coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk heeft toegepast in gevallen waarin het bijvoorbeeld ging om een gevaar voor de volksgezondheid, schade aan het milieu en uitputting van visbestanden. [28] De door de Portugese regering voorgestelde coëfficiënt 4 acht ik in casu passender.

26 — Zaak C-177/04, aangehaald in voetnoot 23, punt 71. Het tijdstip waarop het Hof de feiten beoordeelt, is mijns inziens een niet-identificeerbare datum die partijen niet bekend is. Ik ben daarom van mening dat voor de oplegging van een dwangsom op grond van artikel 228 EG, de duur van de inbreuk moet worden beoordeeld rekening houdend met het tijdstip van de mondelinge behandeling in een zaak dan wel, indien geen mondelinge behandeling plaatsvindt, de datum van sluiting van de schriftelijke behandeling.

27 — Zie naar analogie het arrest Commissie/Frankrijk (C-177/04), aangehaald in voetnoot 23, punten 73 en 74. In die zaak oordeelde het Hof dat een coëfficiënt 3 voor de duur moest worden toegepast, aangezien het verzuim om omzettingsmaatregelen vast te stellen bijna vier jaar had voortgeduurd.

28 — In dat verband heeft Portugal opgemerkt dat in het arrest Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 20) de Commissie een coëfficiënt 6 voor de ernst had voorgesteld in verband met een inbreuk die de volksgezondheid bedreigde en waarbij geen maatregelen ter uitvoering van het eerdere arrest waren getroffen. In het arrest Commissie/Spanje (aangehaald in voetnoot 16) had de Commissie daarentegen een coëfficiënt 4 voor de ernst van de inbreuk voorgesteld met betrekking tot de verzuimde omzetting van een richtlijn betreffende de zwemwaterkwaliteit, welk geval dus betrekking had op milieubescherming en volksgezondheid. Voorts was in de zaak Commissie/Frankrijk (C-304/02, aangehaald in voetnoot 18), waarin het om het gemeenschappelijk visserijbeleid ging, een coëfficiënt 10 voor de ernst van de inbreuk voorgesteld.

49. Hoewel de schending van richtlijn 89/665 slechts een gedeeltelijke is, in de zin dat het onderhavige beroep en dat in zaak C-275/03 betrekking hebben op de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van die richtlijn en niet op de richtlijn in haar geheel, acht ik de coëfficiënt 4 voor de ernst van de inbreuk gerechtvaardigd vanwege het belang van de betrokken bepalingen, volgens welke maatregelen moeten worden genomen voor de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van de voorschriften inzake overheidsopdrachten. [29]

50. Ik wil daarbij benadrukken, dat ik het niet eens ben met de stellingen van Portugal die lijken te suggereren dat het communautaire beleid inzake overheidsopdrachten niet van groot belang is. Dit beleid is naar mijn mening van wezenlijk belang om te waarborgen dat geen concurrentievervalsing op de interne markt plaatsvindt. [30] Bovendien is, anders dan Portugal stelt [31], de mogelijkheid van particulieren om in beroep te gaan tegen de besluiten van aanbestedende diensten en, wanneer zij door een schending van de regelgeving op het gebied van overheidsopdrachten zijn benadeeld, schadevergoeding te verkrijgen, cruciaal voor de goede werking van die regelgeving. Het bestaan van dergelijke procedures beschermt niet alleen de belangen van de betrokken partijen, maar verzekert tevens de volle werking van het communautaire beleid inzake overheidsopdrachten.

51. Dat Portugal heeft nagelaten wetsbesluit nr. 48051 in te trekken [32], lijkt juridische stappen door particulieren op dit gebied lastiger en ook kostbaar te maken. Deze situatie kan de stimulans van particuliere partijen om dergelijke stappen te nemen ondermijnen en zodoende afbreuk doen aan de volle werking van het communautaire beleid inzake overheidsopdrachten.

29 — In het arrest Commissie/Frankrijk van 14 maart 2006 (C-177/04, aangehaald in voetnoot 23) achtte het Hof de schending van het gemeenschapsrecht wegens gedeeltelijke niet-omzetting van een richtlijn daarentegen niet bijzonder ernstig en paste daarom een coëfficiënt 1 voor de ernst van de inbreuk toe. In die zaak stelde het Hof vast dat Frankrijk het arrest Commissie/Frankrijk van 25 april 2002 (C-52/00, Jurispr. blz. I-3827) niet had uitgevoerd wat de omzetting betreft van artikel 3, lid 3, van richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (PB L 210, blz. 29), en derhalve de krachtens artikel 228 EG op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen door nog steeds de leverancier van het gebrekkige product onder dezelfde voorwaarden als de producent aansprakelijk te achten wanneer niet kan worden vastgesteld wie de producent is, hoewel de leverancier de gelaedeerde binnen een redelijke termijn heeft meegedeeld wie hem het product heeft geleverd.

30 — De sector overheidsopdrachten kan alleen al vanwege zijn omvang, die 16 % van het communautaire BBP en 13,2 % van het Portugese BBP bedraagt, niet over het hoofd worden gezien.

31 — Zie boven, punt 31.

32 — Dit besluit stelt de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale uitvoeringsregels afhankelijk van het bewijs van schuld of opzet van de staat of van de publiekrechtelijke rechtspersonen.

52. Bijgevolg ben ik van mening dat de in dit geval op te leggen dwangsom moet worden berekend door vermenigvuldiging van het basisbedrag van 600 EUR met de coëfficienten 4,04 (draagkracht) [33], 4 (ernst van de inbreuk) en 2 (duur van de inbreuk), wat een bedrag geeft van 19 392 EUR per dag vertraging.

53. Wat de frequentie van de verschuldigdheid van de dwangsom betreft, moet, wanneer het zoals in deze zaak gaat om de uitvoering van een arrest van het Hof die louter een wetswijziging impliceert om een deel van een richtlijn om te zetten, worden gekozen voor een dwangsom op dagbasis. [34] De aan punt 13.3 van de mededeling van 2005 ontleende argumenten van de Portugese regering moeten derhalve worden verworpen.

54. Bovendien ben ik van oordeel dat het niet nodig is de oplegging van de dwangsom op te schorten. De goedkeuring van de noodzakelijke wetswijziging en dus ook de uitvoering van het arrest in zaak C-275/03 kan door de Commissie onmiddellijk worden beoordeeld na ontvangst van de kennisgeving van die wetswijziging. De aan punt 13.4 van de mededeling van 2005 ontleende argumenten van de Portugese regering dienen derhalve eveneens te worden verworpen.

55. Ten aanzien van de mogelijkheid die het Hof heeft om een forfaitair bedrag op te leggen, meen ik dat een dergelijke sanctie hier niet gerechtvaardigd is, ondanks het feit dat het verzuim om de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665 om te zetten reeds bijna drie jaar voortduurt sinds de uitspraak van het arrest in zaak C-275/03, alsook het feit dat de door die niet-nakoming getroffen publieke en particuliere belangen van enig gewicht zijn.

56. Deze overweging vindt steun in de rechtspraak van het Hof, met name in het arrest Commissie/Frankrijk van 12 juli 2005 en de zeer bijzondere omstandigheden van dat geval op grond waarvan het Hof naast een dwangsom ook een forfaitair bedrag heeft opgelegd. [35] Ook de formulering van artikel 228, lid 2, EG zelf voorziet enkel in de oplegging van één van de twee mogelijke sancties. Bovendien heeft het Hof uitgemaakt dat beide sancties elk hun eigen functie hebben. [36]

33 — Het basisbedrag en de coëfficiënt voor de draagkracht van Portugal zijn ontleend aan de mededeling van 2005. Zie boven, punt 37.

34 — Zie arrest Commissie/Frankrijk (C-177/04), aangehaald in voetnoot 23, punt 77.

35 — Zaak C-304/02, aangehaald in voetnoot 18, punten 114 en 115.

36 — Ibidem, punt 84.

VI — Conclusie

57. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

— vast te stellen dat de Portugese Republiek, door niet wetsbesluit nr. 48051 van 21 november 1967 in te trekken, waarin de toekenning van schadevergoeding aan gelaedeerden van een schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale uitvoeringsregels afhankelijk wordt gesteld van het bewijs van schuld of opzet, de verplichtingen die op haar rusten krachtens de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub c, van richtlijn 89/665/EEG houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, en bijgevolg de krachtens artikel 228 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

— de Portugese Republiek te veroordelen, aan de Commissie van de Europese Gemeenschappen op de rekening „eigen middelen van de Europese Gemeenschap" een dwangsom van 19 392 EUR te betalen per dag vertraging bij het nemen van de maatregelen die nodig zijn om te voldoen aan het arrest van het Hof van 14 oktober 2004 in zaak C-275/03, Commissie/Portugal, te rekenen vanaf de datum van de uitspraak van het onderhavige arrest tot de uitvoering van het arrest in zaak C-275/03;

— de Portugese Republiek te verwijzen in de kosten.