CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 16 mei 2013 [1]

Zaak C-292/11 P

Europese Commissie
tegen

Portugese Republiek

„Hogere voorziening — Artikel 258 VWEU — Uitvoering van een arrest van het Hof — Verzuim van de Portugese Republiek om de ter uitvoering van een niet-nakomingsarrest vereiste maatregelen te nemen — Artikel 260 VWEU — Arrest van het Hof waarbij de Portugese Republiek wordt veroordeeld tot betaling van dwangsom — Beoordeling door de Commissie van door de lidstaat genomen maatregelen om het arrest van het Hof na te komen — Bevoegdheden van de Commissie in het kader van de uitvoering van het arrest uit hoofde van artikel 260 VWEU”

1. In deze zaak dient het Hof zich voor het eerst bezig te houden met de problematiek inzake de tenuitvoerlegging van krachtens artikel 260 VWEU gewezen arresten. Het belangrijkste probleem in het onderhavige geval is dat het VWEU geen specifieke bepaling bevat ten aanzien van de procedure die moet worden gevolgd bij een geschil tussen een lidstaat en de Europese Commissie over de inning van de ingevolge een dergelijk arrest verschuldigde bedragen.

2. Het aan de onderhavige zaak ten grondslag liggende geding betrof de onjuiste omzetting door de Portugese Republiek 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 [2], naar aanleiding waarvan de Commissie tegen die lidstaat de procedure van artikel 226 EG (thans artikel 258 VWEU) had ingeleid. Bij zijn arrest van 14 oktober 2004, Commissie/Portugal [3] (hierna: „arrest van 2004”), stelde het Hof vast dat de Portugese Republiek, door wetsdecreet nr. 48 051 van 21 november 1967 niet in te trekken, waarbij 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 (hierna: „wetsdecreet nr. 48 051”), de krachtens genoemde richtlijn op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen. Van mening dat de Portugese Republiek niet aan dit arrest had voldaan, heeft de Commissie vervolgens een beroep overeenkomstig artikel 228, lid 2, EG (thans artikel 260, lid 2, VWEU) ingesteld. Bij arrest van 10 januari 2008, Commissie/Portugal [4] (hierna: „arrest van 2008”) heeft het Hof vastgesteld dat de Portugese Republiek geen gevolg had gegeven aan het arrest van 2004 en haar daarom veroordeeld tot betaling van een dwangsom totdat dit arrest volledig zou zijn uitgevoerd.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.
2 — PB L 395, blz. 33.
3 — C-275/03.
4 — C-70/06, Jurispr. blz. I-1.

3. In het kader van het toezicht op de uitvoering van genoemd arrest en krachtens haar budgettaire bevoegdheid ex artikel 274 EG (thans artikel 317 VWEU) heeft de Commissie op 25 november 2008 besluit C(2008) 7419 def. vastgesteld, waarbij de betaling van een dwangsom is gelast ter uitvoering van het arrest van het Hof van 10 januari 2008, Commissie/Portugal (C-70/06, Jurispr. blz. I-1)[5] (hierna: „litigieuze besluit"). Wegens een verschil van mening tussen de Portugese Republiek en de Commissie over de draagwijdte van de ter uitvoering van het arrest van 2004 genomen maatregelen, heeft de Portugese Republiek bij het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

4. Met haar hogere voorziening verzoekt de Commissie het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van 29 maart 2011, Portugal/Commissie[6] (hierna: „bestreden arrest"), waarbij het beroep van de Portugese Republiek is toegewezen en het litigieuze besluit nietig is verklaard. De Commissie voert voor haar hogere voorziening twee middelen aan. Met het eerste onderdeel van haar eerste middel verwijt zij het Gerecht een onjuiste rechtsopvatting door de respectieve bevoegdheden van de Commissie en van het Gerecht in het kader van de uitvoering van krachtens artikel 260, lid 2, VWEU gewezen arresten van het Hof te restrictief uit te leggen. Het tweede onderdeel van het eerste middel klaagt bovendien over een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht doordat het zich heeft gebaseerd op een onvolledige en restrictieve lezing van het dictum van het arrest van 2008. Met haar tweede middel stelt de Commissie tot slot dat de motivering van het bestreden arrest ontoereikend en tegenstrijdig is.

5. Deze zaak heeft dus betrekking op de niet eerder behandelde vraag naar de omvang van de bevoegdheid van de Commissie om de door de nationale autoriteiten genomen maatregelen om een niet-nakoming te beëindigen, op hun volledigheid te toetsen en dus om, in voorkomend geval, de verplichting tot betaling van een dwangsom als vervallen te kunnen beschouwen. Van het Hof wordt derhalve een uitspraak verlangd over aard en draagwijdte van de uitvoeringsverplichtingen die het dictum van een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest voor een lidstaat meebrengt.

I – De arresten van 2004 en 2008 en de daaropvolgende procedure

6. In het arrest van 2004 heeft het Hof voor recht verklaard:

„Door wetsdecreet nr. 48 051 [...] niet in te trekken [...] is de Portugese Republiek niet de verplichtingen nagekomen die op haar rusten krachtens [...] richtlijn 89/665/EEG [...]."

7. In de punten 16 en 17 van het arrest van 2008 heeft het Hof uit de bewoordingen van het dictum van het arrest van 2004 afgeleid dat, om na te kunnen gaan of de Portugese Republiek de ter uitvoering van dit arrest benodigde maatregelen had genomen, moest worden bepaald of wetsdecreet nr. 48 051 was ingetrokken. In punt 19 van hetzelfde arrest heeft het derhalve vastgesteld dat de Portugese Republiek dat wetsdecreet nog niet had ingetrokken op de einddatum die was gesteld in het haar op 13 juli 2005 toegezonden met redenen omkleed advies. In punt 36 van het arrest van 2008 heeft het Hof bovendien erop gewezen dat, zoals de gemachtigde van de Portugese Republiek ter terechtzitting van 5 juli 2007 had bevestigd, het betrokken wetsdecreet op die datum nog van kracht was.

8. Bijgevolg heeft het Hof voor recht verklaard:

„1) Door niet wetsdecreet nr. 48 051 [...] te hebben ingetrokken [...] heeft de Portugese Republiek niet de maatregelen genomen die nodig zijn ter uitvoering van [het arrest van 2004], en is zij daardoor de krachtens artikel 228, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

5 — Dit besluit is niet in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendgemaakt.

6 — T-33/09, Jurispr. blz. II-1429.

2) De Portugese Republiek wordt veroordeeld om aan de Commissie [...] een dwangsom te betalen van 19 392 EUR per dag vertraging bij het nemen van de maatregelen die nodig zijn om te voldoen aan [het arrest van 2004], vanaf de datum van uitspraak van het onderhavige arrest tot de uitvoering [van dat arrest van 2004].

[...]"

9. Tijdens een bijeenkomst op 28 januari 2008 met vertegenwoordigers van de Commissie hebben de Portugese autoriteiten betoogd dat de Portugese Republiek met de goedkeuring van de op 31 december 2007 aangenomen wet nr. 67/2007 tot intrekking van wetsdecreet nr. 48 051 alle voor de uitvoering van het arrest van 2004 vereiste maatregelen had genomen. De Portugese Republiek zou dus hooguit de ingevolge de opgelegde dwangsom verschuldigde bedragen dienen te betalen voor de periode vanaf de datum van uitspraak van het arrest van 2008, dat wil zeggen 10 januari 2008, tot en met de datum van inwerkingtreding van wet nr. 67/2007, dat wil zeggen 30 januari 2008.

10. Bij brief van 15 juli 2008 [7] heeft de Commissie van de Portugese autoriteiten betaling gevorderd van een bedrag van 2 753 664 EUR uit hoofde van de dwangsommen die op grond van het arrest van 2008 voor de periode van 10 januari tot en met 31 mei 2008 waren verschuldigd, aangezien zij van mening was dat nog niet alle voor de uitvoering van het arrest van 2004 vereiste maatregelen waren genomen. [8]

11. Bij brief van 4 augustus 2008 hebben de Portugese autoriteiten op het betalingsverzoek van de Commissie gereageerd. Zij hebben wederom te kennen gegeven dat in hun ogen met de bekendmaking en de inwerkingtreding van wet nr. 67/2007 alle voor de uitvoering van het arrest van 2004 vereiste maatregelen waren genomen. Zij hebben echter ook verklaard ermee te hebben ingestemd wet nr. 67/2007 te wijzigen en wet nr. 31/2008 van 17 juli 2008 houdende een eerste wijziging van wet nr. 67/2007 aan te nemen om te voorkomen dat het geschil zou blijven voortduren en om een einde te maken aan het meningsverschil met de Commissie over de uitlegging van wet nr. 67/2007. Zij hebben bovendien aangegeven dat wet nr. 31/2008 op grond van artikel 2 ervan met terugwerkende kracht vanaf 30 januari 2008 van toepassing was, zodat de Portugese rechtsorde sinds die datum in overeenstemming was met het arrest van 2004. Om die reden hebben de Portugese autoriteiten in wezen verzocht het bedrag van de dwangsom te herzien en daarbij 30 januari 2008 als referentiedatum te nemen.

12. Bij het litigieuze besluit, aan de Portugese Republiek betekend bij brief van het secretariaat-generaal van 26 november 2008, heeft de Commissie in wezen aangegeven dat wet nr. 67/2007 in haar ogen geen adequate maatregel tot uitvoering van het arrest van 2004 was en dat de Portugese autoriteiten daarentegen met wet nr. 31/2008 gevolg hadden gegeven aan dat arrest. Aangezien deze laatste wet op 18 juli 2008 in werking was getreden, was de niet-nakoming volgens de Commissie op deze datum beëindigd. De Commissie heeft dan ook het in de brief van het directoraat-generaal „Interne markt en diensten" van 15 juli 2008 vervatte verzoek tot betaling van de dwangsom bevestigd. Zij heeft daarnaast betaling van een extra bedrag van 911 424 EUR gevorderd voor de periode van 1 juni tot en met 17 juli 2008.

II – Arrest van het Gerecht en procesverloop voor het Hof in de onderhavige zaak

13. Bij op 26 januari 2009 neergelegd verzoekschrift heeft de Portugese Republiek bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

7 — Brief met referentie MARKT/C 2/PMS/bmgF/(2008) 13692.

8 — Het door de Portugese Republiek tegen de brief van de Commissie van 15 juli 2008 ingestelde beroep, dat op 15 september 2008 ter griffie van het Gerecht werd ingeschreven onder nummer T-378/08, is in het register doorgehaald bij beschikking van de president van de Derde kamer van het Gerecht van 5 maart 2009.

14. In het bestreden arrest heeft het Gerecht zich om te beginnen op grond van artikel 225, lid 1, eerste alinea, EG (thans artikel 256, lid 1, VWEU) bevoegd verklaard om van een dergelijk beroep kennis te nemen. In de punten 66 en 67 van het bestreden arrest heeft het evenwel gepreciseerd dat het bij de uitoefening van deze bevoegdheid niet mag treden in de bij de artikelen 226 EG en 228 EG aan het Hof voorbehouden exclusieve bevoegdheid en zich dus niet mag uitspreken over een vraag betreffende schending door de lidstaat van de krachtens het EG-Verdrag op hem rustende verplichtingen, indien het Hof niet vooraf over deze vraag uitspraak heeft gedaan.

15. Ten gronde heeft het Gerecht allereerst in de punten 68 tot en met 70 van het bestreden arrest op basis van de bewoordingen van het dictum van het arrest van 2008, gelezen tegen de achtergrond van de motivering van het Hof in de punten 16 tot en met 19 van dit arrest, geoordeeld dat de Portugese Republiek, om het arrest van 2004 na te komen, kon volstaan met de intrekking van wetsdecreet nr. 48 051, en dat de dwangsom verschuldigd was tot het moment van die intrekking. In de punten 71 en 72 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaruit afgeleid dat de Commissie in strijd had gehandeld met het dictum van het arrest van 2008 door te oordelen dat wet nr. 67/2007, waarbij genoemd wetsdecreet was ingetrokken, geen adequate maatregel tot uitvoering van het arrest van 2004 was, en dat de Portugese Republiek pas aan dat arrest had voldaan vanaf 18 juli 2008, de datum van inwerkingtreding van wet nr. 31/2008. Om die reden heeft het Gerecht geoordeeld dat het litigieuze besluit nietig moest worden verklaard.

16. In de tweede plaats heeft het Gerecht in de punten 80 en volgende van het bestreden arrest het door de Commissie aangevoerde argument afgewezen als zou het Hof met de arresten van 2004 en 2008 van de Portugese Republiek met het oog op de beëindiging van de niet-nakoming niet alleen hebben verlangd dat wetsdecreet nr. 48 051 werd ingetrokken, maar ook dat de nationale wetgeving in overeenstemming werd gebracht met de vereisten van richtlijn 89/665.

17. In de derde plaats heeft het Gerecht in punt 90 van het bestreden arrest geoordeeld dat de toekenning aan de Commissie van een ruimere beoordelingsmarge aangaande de maatregelen tot uitvoering van een krachtens artikel 228, lid 2, EG gewezen arrest, ertoe zou leiden dat het Gerecht, naar aanleiding van een betwisting door een lidstaat van een beoordeling van de Commissie die verder gaat dan het dictum van het arrest van het Hof, zich onvermijdelijk zou moeten uitspreken over de verenigbaarheid van nationale wetgeving met het recht van de Unie. Een dergelijke beoordeling zou echter tot de exclusieve bevoegdheid van het Hof en niet tot die van het Gerecht behoren.

18. Gelet op al deze overwegingen heeft het Gerecht het beroep van de Portugese Republiek toegewezen en het litigieuze besluit nietig verklaard.

19. Op 9 juni 2011 heeft de Commissie de onderhavige hogere voorziening ingesteld, waarvoor zij de in punt 4 van deze conclusie uiteengezette middelen heeft aangevoerd. Bij beschikking van de president van het Hof van 27 oktober 2011 zijn de Tsjechische Republiek, de Bondsrepubliek Duitsland, de Helleense Republiek, het Koninkrijk Spanje, de Franse Republiek, het Koninkrijk der Nederlanden, de Republiek Polen en het Koninkrijk Zweden toegelaten tot interventie aan de zijde van de Portugese Republiek.

20. Ter terechtzitting van 5 maart 2013 hebben de Tsjechische, de Griekse, de Spaanse, de Franse en de Zweedse regering alsmede de Portugese Republiek en de Commissie hun mondelinge opmerkingen gemaakt.

III – Tweede onderdeel van het eerste middel: onjuiste rechtsopvatting door restrictieve uitlegging van het dictum van het arrest van het Hof

21. Gezien het gevoelige karakter van de door de Commissie in het kader van het tweede onderdeel van haar eerste middel aan de orde gestelde problematiek, zal ik mij bij mijn onderzoek van het eerste middel van de Commissie eerst over dit tweede onderdeel buigen. Ik ben namelijk van mening dat het antwoord op het tweede onderdeel van grote invloed is op de beantwoording van het eerste onderdeel van het eerste middel.

A – *Argumenten van partijen*

22. Met het tweede onderdeel van haar eerste middel verwijt de Commissie het Gerecht blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in zoverre het zich heeft gebaseerd op een onvolledige en formalistische lezing van het dictum van het arrest van 2008 en daarmee het voorwerp van de door het Hof in de arresten van 2004 en 2008 vastgestelde niet-nakoming ten onrechte heeft beperkt. Het Gerecht zou namelijk in punt 69 van het bestreden arrest uit dat dictum ten onrechte hebben afgeleid dat de Portugese Republiek, om het arrest van 2004 na te komen, kon volstaan met de intrekking van wetsdecreet nr. 48 051, en dat de dwangsom verschuldigd was tot het moment van die intrekking.

23. Volgens de Commissie verlangt het dictum van het arrest van 2004 integendeel duidelijk dat de Portugese Republiek de noodzakelijke maatregelen neemt om gevolg te geven aan dat arrest. Het Gerecht had moeten nagaan of dit was gebeurd, in plaats van te volstaan met de vaststelling dat het betrokken wetsdecreet was ingetrokken, wat volgens de Commissie bovendien tot een juridische leemte in het Portugese recht had geleid.

24. De Commissie acht het namelijk terecht dat zij de verenigbaarheid van wet nr. 67/2007 met richtlijn 89/665 heeft onderzocht teneinde na te gaan of de Portugese Republiek gevolg had gegeven aan het arrest van 2004, dat is bevestigd door het arrest van 2008, alsook dat zij na haar constatering dat de toekenning van schadevergoeding volgens de Portugese wetgeving afhankelijk bleef van het bewijs van schuld of opzet, heeft geconcludeerd dat de niet-nakoming bleef voortduren.[9]

25. De Portugese Republiek van haar kant betoogt dat het Gerecht de draagwijdte van de genoemde arresten van het Hof correct heeft geïnterpreteerd. Zij is namelijk van mening dat de Commissie, door haar niet-bestaande verplichtingen op te leggen en door zich uit te spreken over de nog niet behandelde vraag betreffende de verenigbaarheid van wet nr. 67/2007 met het Unierecht, de grenzen van haar eigen bevoegdheden in het kader van de betrokken tenuitvoerleggingsprocedure heeft overschreden.

B – *Beoordeling*

26. Om te beginnen lijkt het mij van belang de context te verduidelijken van de toetsing die de Commissie na de uitspraak van de arresten van het Hof uit hoofde van de artikelen 258 VWEU en 260 VWEU moest verrichten.

9 — De Commissie baseert zich in dit verband op de conclusie van advocaat-generaal Mazák (met name punt 54) in de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald.

27. Om met advocaat-generaal Roemer te spreken, gaat het bij het beroep wegens niet-nakoming „niet om schuld en moraal [...], maar eenvoudig om de opheldering van de rechtstoestand”.[10] Het is echter onmiskenbaar dat de niet-nakomingsprocedure in de loop der jaren belangrijke wijzigingen heeft ondergaan en niet langer louter een instrument voor normatieve en objectieve toetsing is.[11] Deze procedure wordt meer en meer gebruikt om niet alleen leemten in de regelgeving, maar ook gedragingen en praktijken van nationale autoriteiten aan de kaak te stellen. Twee typische voorbeelden van deze ontwikkeling zijn de in een administratieve praktijk bestaande inbreuk[12] en de structurele en algemene niet-nakoming[13]. Het is dus duidelijk dat het dictum van een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest een grote variëteit aan juridische of feitelijke toestanden kan bestrijken waardoor inbreuk wordt gemaakt op het recht van de Unie, en dus vaak verder gaat dan een eenvoudige bevestiging van de onverenigbaarheid van dit recht met een bepaling van nationaal recht. Dit betekent dat het Hof de niet-nakoming op verschillende wijze kan definiëren.

28. Het belangrijkste beginsel waardoor de Commissie zich bij de uitoefening van haar toetsingsbevoegdheid na de uitspraak van een arrest uit hoofde van artikel 260 VWEU moet laten leiden, is naar mijn mening dat van de tenuitvoerlegging, dat wil zeggen de daadwerkelijke uitvoering van het dictum van het eerste, krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest. De Commissie kan bijgevolg het kader van de door het Hof in zijn eerste arrest vastgestelde niet-nakoming niet te buiten gaan.

29. Dit impliceert dat de omvang van de bevoegdheid van de Commissie noodzakelijkerwijs wordt bepaald door de bewoordingen van het dictum van achtereenvolgens het krachtens artikel 258 VWEU en het krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest. Dit sluit niet uit dat het dictum in voorkomend geval moet worden uitgelegd met inachtneming van de motivering van het arrest. Een dergelijke uitlegging kan echter niet ertoe leiden dat de strekking van het dictum wordt verruimd, aangezien de objectieve draagwijdte van het aan het arrest van het Hof toekomende gezag van gewijsde beperkt is tot het dictum.[14] Voor een niet-nakomingsarrest geldt dat het dictum vooral moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van de vordering van de Commissie en de wijze waarop het Hof daarop heeft beslist.

30. Anders dan ter terechtzitting met name door de Franse en de Zweedse regering is betoogd, is er naar mijn mening daarentegen geen reden om aanvullende criteria te hanteren, zoals kennelijke niet-uitvoering of restrictieve uitlegging van het dictum van het arrest van het Hof. Het gaat simpelweg om het lezen van de aan de lidstaat opgelegde gedragsverplichting, op regelgevend dan wel op feitelijk vlak, zoals deze door het Hof is gedefinieerd in het krachtens artikel 258 VWEU gewezen niet-nakomingsarrest.

10 — Conclusie van advocaat-generaal Roemer in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 14 december 1971, Commissie/Frankrijk (7/71, Jurispr. blz. 1003).

11 — Puissochet, J.-P., „L’action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus?”, *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, 2003, blz. 569-580.

12 — Zie onder meer arresten van 9 mei 1985, Commissie/Frankrijk (21/84, Jurispr. blz. 1355); 26 juni 2001, Commissie/Italië (C-212/99, Jurispr. blz. I-4923); 27 april 2006, Commissie/Duitsland (C-441/02, Jurispr. blz. I-3449); 14 juni 2007, Commissie/Finland (C-342/05, Jurispr. blz. I-4713), en 22 januari 2009, Commissie/Portugal (C-150/07).

13 — Zie in die zin onder meer de conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 juli 2005, Commissie/Frankrijk (C-304/02, Jurispr. blz. I-6263). Zie ook Wenneras, P., „A New Dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC”, *CMLRev.*, 2006, deel 43.

14 — In dit verband wijs ik op hetgeen advocaat-generaal Kokott heeft verklaard in punt 38 van haar conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 29 juni 2010, Commissie/Luxemburg (C-526/08, Jurispr. blz. I-6151): „Voor zover het gevaar bestaat dat het Hof in de nieuwe uitspraak tot feitelijke en juridische beslissingen zal komen die in tegenspraak zijn met die in het eerste arrest, staat het gezag van gewijsde van een arrest dus aan een nieuw beroep in de weg. Daarbij is niet alleen het dictum beslissend, maar ook de overwegingen die de noodzakelijke steun bieden aan het dictum en er daardoor onlosmakelijk mee verbonden zijn.”

31. Met name als het gaat om niet-nakoming op wetgevend vlak moeten in mijn ogen dus twee situaties worden onderscheiden. Ofwel is het Hof van mening dat het Unierecht wordt geschonden doordat in de nationale rechtsorde een met dit recht strijdige rechtsregel wordt gehandhaafd. Het zal dan oordelen dat de lidstaat de krachtens het Unierecht op hem rustende verplichtingen heeft verzaakt door die bepaling niet in te trekken.

32. Ofwel bestaat de niet-nakoming erin dat een Unierechtelijke handeling niet naar behoren in nationaal recht is omgezet doordat nationale uitvoeringsvoorschriften ontbreken of doordat de betrokken handeling onvolledig of onjuist is omgezet. Het Hof geeft dan zo nodig de in dit verband relevante bepalingen van nationaal recht aan. Om de aldus geconstateerde inbreuk te beëindigen, moet de lidstaat maatregelen nemen die erop gericht zijn zowel de gewraakte regeling in te trekken als een nieuwe, met het Unierecht verenigbare handeling vast te stellen.

33. Niet zelden lopen deze twee vormen van niet-nakoming door elkaar heen, bijvoorbeeld wanneer een lidstaat tegelijkertijd een met een richtlijn strijdige nationale regeling handhaaft en nalaat de voor de omzetting van die richtlijn vereiste bepalingen vast te stellen.

34. Meer in het algemeen kan de verplichting zoals deze in het dictum van het arrest van het Hof is omschreven, een resultaatsverplichting inhouden zowel op het niveau van wet- en regelgeving – namelijk de verplichting om wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen in te trekken en/of vast te stellen [15] - als op feitelijk niveau [16]. Dit betekent dat de Commissie niet alleen bevoegd is om na te gaan of de nieuw vastgestelde nationale maatregelen een volledige omzetting van de betrokken Unierechtelijke regeling waarborgen, maar dat het haar ook is toegestaan om feitelijke gegevens te onderzoeken, wat op milieugebied dikwijls het geval is.

35. Zoals het Gerecht in punt 81 van het bestreden arrest terecht beklemtoont, doet de uitvoering van de in het arrest van het Hof gedefinieerde verplichting om te handelen bovendien op geen enkele wijze af aan de bevoegdheid van de Commissie dienaangaande, die zich immers ervan moet vergewissen dat de betrokken lidstaat zich niet ertoe heeft beperkt maatregelen te nemen met in wezen dezelfde inhoud als die waarover het Hof zich in zijn arrest heeft uitgesproken. Het spreekt dan ook vanzelf dat een door die lidstaat gerealiseerde „cosmetische” wijziging niet aan toetsing door de Commissie kan ontkomen.

36. In dezelfde zin is het naar mijn mening mogelijk dat een correcte uitvoering van een arrest waarin is vastgesteld dat een lidstaat de krachtens een richtlijn op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen door bepaalde nationale bepalingen niet in te trekken, niet volstaat om een juiste omzetting van die richtlijn te verzekeren. Voor een volledige en correcte omzetting van een Unierechtelijke regeling die het voorwerp is geweest van de procedure van artikel 258 VWEU, kunnen met andere woorden maatregelen vereist zijn die verder gaan dan alleen de intrekking van de betrokken nationale bepalingen. Toch kan dit laatste punt geen verruiming van de objectieve draagwijdte van het niet-nakomingsarrest teweegbrengen, aangezien de omvang van de uitvoeringsverplichting noodzakelijkerwijs wordt bepaald door de wijze waarop het Hof de verweten niet-nakoming heeft afgebakend.

37. Deze benadering lijkt mij de enige manier om zowel de rechtszekerheid als het gezag van de arresten van het Hof te waarborgen. Het rechtszekerheidsvereiste geldt des te meer wanneer er, zoals in het onderhavige geval, sprake is van aan de lidstaten opgelegde financiële verplichtingen.

15 — Zie onder meer arresten van 25 oktober 2012, Commissie/België (C-387/11), en 6 november 2012, Commissie/Hongarije (C-286/12).

16 — Zie arrest van 12 februari 1998, Commissie/Spanje (C-92/96, Jurispr. blz. I-505), betreffende de kwaliteit van zwemwater, alsmede arrest van 25 november 2003, Commissie/Spanje (C-278/01, Jurispr. blz. I-14141). Meer recent nog arrest van 7 februari 2013, Commissie/Griekenland (C-517/11).

38. In casu heeft het Hof in het arrest van 2004 duidelijk als onverenigbaar met het Unierecht aangemerkt de handhaving in de Portugese rechtsorde van wetsdecreet nr. 48 051, waarbij in strijd met de bepalingen van richtlijn 89/665 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.

39. Het is waar dat het petitum van het verzoekschrift van de Commissie ruimer was geformuleerd, in zoverre het Hof werd verzocht vast te stellen dat „de Portugese Republiek, door richtlijn 89/665 [...] niet correct en volledig om te zetten, de krachtens het gemeenschapsrecht op haar rustende verplichtingen niet [was] nagekomen".

40. Uit punt 18 van het arrest van 2004 blijkt echter zonder meer dat het kader van het geding duidelijk was afgebakend tijdens de precontentieuze fase. Aan het einde van de in het met redenen omklede advies gestelde termijn heeft de Commissie zich namelijk op het standpunt gesteld dat „de niet-nakoming zich beperkt tot het niet intrekken van wetsdecreet nr. 48 051". Bovendien heeft het Hof in punt 20 van genoemd arrest opgemerkt dat naar het oordeel van de Commissie „de Portugese Republiek [wetsdecreet nr. 48 051] had moeten intrekken" teneinde aan richtlijn 89/665 te voldoen.

41. In zijn arrest van 2004 heeft het Hof dus geoordeeld dat „de Portugese Republiek, door wetsdecreet nr. 48 051 [...] niet in te trekken, 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".

42. Dit was dus het uitgangspunt voor de Commissie toen zij de procedure van artikel 228 EG startte tegen de Portugese Republiek. De Commissie heeft inderdaad gemeend dat „de Portugese Republiek niet de maatregelen heeft genomen die nodig zijn ter uitvoering van het arrest [van 2004], omdat zij wetsdecreet nr. 48 051 niet heeft ingetrokken" [17]. Bovendien komt het mij voor dat een debat over de kwaliteit van de omzetting van richtlijn 89/665 reeds door de Commissie op gang was gebracht in het kader van de procedure van artikel 260 VWEU. [18]

43. Het Hof heeft evenwel in punt 17 van het arrest van 2008 geoordeeld dat, „[o]m na te kunnen gaan of de Portugese Republiek de maatregelen heeft genomen die nodig zijn ter uitvoering van [het arrest van 2004], [...] het in het kader van de onderhavige niet-nakomingsprocedure van belang [is] te bepalen of wetsdecreet nr. 48 501 is ingetrokken". Het heeft ook een door de Portugese autoriteiten aangevoerd argument dat de omzetting reeds door andere bepalingen van nationaal recht werd verzekerd, van de hand gewezen. In punt 23 van het arrest van 2008 heeft het namelijk verklaard dat de verweten niet-nakoming erin bestond dat wetsdecreet nr. 48 051 in de interne rechtsorde was gehandhaafd.

44. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat het Gerecht zich in het bestreden arrest naar behoren van zijn toetsingsplicht heeft gekweten.

45. Het heeft zich namelijk in punt 67 van het bestreden arrest terecht op het standpunt gesteld dat het zich in het kader van een beroep tot nietigverklaring niet mag uitspreken over een vraag betreffende de schending door een lidstaat van de verplichtingen die krachtens het EG-Verdrag op hem rusten, indien het Hof niet vooraf over deze vraag uitspraak heeft gedaan. Het behoeft geen betoog dat het Gerecht met een uitspraak over de verenigbaarheid van wet nr. 67/2007 met het Unierecht inbreuk zou maken op een bij artikel 258 VWEU aan het Hof voorbehouden exclusieve bevoegdheid.

17 — Zie arrest van 2008 (punt 12).

18 — Idem.

46. Het Gerecht heeft in punt 81 van het bestreden arrest ook terecht in herinnering geroepen dat de Commissie „[i]n het kader van de uitvoering van een arrest van het Hof waarbij aan een lidstaat een dwangsom wordt opgelegd [...] inderdaad de door de lidstaat aangenomen maatregelen tot nakoming van het arrest van het Hof [moet] toetsen teneinde te vermijden dat de lidstaat die zijn verplichtingen niet is nagekomen, zich ertoe beperkt maatregelen te nemen die in wezen dezelfde inhoud hebben als die waarover het Hof zich in zijn arrest heeft uitgesproken". In punt 82 van zijn arrest heeft het Gerecht daaraan echter toegevoegd, zonder daarbij blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, dat „[d]e uitoefening van deze beoordelingsbevoegdheid [...] niet [mag] raken aan de rechten – en meer bepaald de procedurele rechten – van de lidstaten, zoals bedoeld bij de krachtens artikel 226 EG vastgelegde procedure, en evenmin aan de uitsluitende bevoegdheid van het Hof om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale wetgeving met het gemeenschapsrecht".

47. Gelet op het voorgaande stel ik derhalve voor, het tweede onderdeel van het eerste middel van de Commissie ongegrond te verklaren.

IV – Eerste onderdeel van het eerste middel: excessieve beperking van de respectieve bevoegdheden van de Commissie en het Gerecht

A – *Argumenten van partijen*

48. Met het eerste onderdeel van haar eerste middel hekelt de Commissie in wezen de uitlegging van het Gerecht met betrekking tot de omvang van haar bevoegdheden in het kader van het toezicht op de naleving door een lidstaat van een krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest van het Hof. Haars inziens heeft het Gerecht zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat de inhoudelijke beoordeling van nieuwe wetgeving die een lidstaat heeft aangenomen om aan een dergelijk arrest te voldoen, hoe dan ook tot de exclusieve bevoegdheid van het Hof behoort en in geval van een meningsverschil tussen de Commissie en die lidstaat het voorwerp zou moeten zijn van een nieuwe procedure overeenkomstig artikel 258 VWEU.

49. De Commissie stelt in de eerste plaats dat het Gerecht, door haar in de punten 87 tot en met 89 van het bestreden arrest de mogelijkheid te ontnemen de inhoud van wet nr. 67/2007 te beoordelen teneinde na te gaan of de Portugese Republiek het arrest van 2004 had uitgevoerd en daarmee een einde had gemaakt aan de niet-nakoming, haar bevoegdheden ten onrechte heeft gereduceerd tot een „puur formeel onderzoek" van de vraag of wetsdecreet nr. 48 051 al dan niet was ingetrokken.

50. Bovendien zou de niet-nakomingsprocedure, en dan met name de dwangsomsanctie, aan effectiviteit inboeten als de Commissie, zoals het Gerecht meent, in geval van een meningsverschil met een lidstaat ten aanzien van de vraag of met een door deze lidstaat vastgestelde wettelijke regeling aan een krachtens artikel 260, lid 2, VWEU gewezen arrest wordt voldaan, bij het Hof een nieuw beroep overeenkomstig artikel 258 VWEU zou moeten instellen om de nieuwe bepalingen door deze rechterlijke instantie te laten toetsen.

51. In de tweede plaats verwijt de Commissie het Gerecht een te restrictieve uitlegging van zijn eigen bevoegdheden in het kader van de rechtmatigheidstoetsing van het litigieuze besluit. Zij is met name van mening dat het Gerecht haar beoordeling van de door de Portugese Republiek aangenomen nieuwe wetgeving had moeten toetsen teneinde concreet te kunnen vaststellen of zij met het litigieuze besluit binnen het kader van het voorwerp van de niet-nakoming was gebleven en geen fouten had gemaakt bij haar beoordeling van het voortduren van de inbreuk.

52. De Portugese Republiek betwist het betoog van de Commissie en stelt dat deze instelling met de vaststelling van het litigieuze besluit en met haar uitspraak over de verenigbaarheid van wet nr. 67/2007 met het recht van de Unie het voorwerp van het geding heeft verruimd en haar bevoegdheden in het kader van het toezicht op de uitvoering van het arrest van 2008 heeft overschreden. Doordat de Commissie de vaststelling van een besluit heeft verkozen boven de contentieuze rechtsgang van het VWEU, zijn volgens de Portugese Republiek bovendien haar rechten van verdediging geschonden in zoverre haar de mogelijkheid is ontnomen om tijdens de in artikel 258 VWEU voorziene precontentieuze fase verweer te voeren. Wat de beweerde ongerechtvaardigde beperking van de bevoegdheden van het Gerecht betreft, merkt de Portugese Republiek op dat een eventuele beoordeling door de rechter in eerste aanleg van de verenigbaarheid van wet nr. 67/2007 met het Unierecht niet zou stroken met het karakter van de procedure van artikel 260, lid 2, VWEU, die immers een executiemiddel is.

B – *Beoordeling*

1. Inleidende opmerkingen

53. Gelet op het feit dat de in deze zaak aan de orde gestelde problematiek volkomen nieuw is, ben ik in weerwil van de voor deze hogere voorziening geldende procedurele beperkingen van mening dat het Hof er niet omheen kan zich in te laten met de preliminaire vraag betreffende de aard van de bevoegdheden waarover de Commissie in het kader van de uitvoering van krachtens artikel 260, lid 2, VWEU gewezen arresten beschikt. Ondanks dat door geen der partijen is betwist dat de Commissie in beginsel krachtens haar budgettaire bevoegdheid uit hoofde van artikel 317 VWEU de uitvoering van een dergelijk arrest van het Hof kan verlangen [19], verdienen de consequenties van deze benadering voor de bevoegdheidsverdeling tussen het Gerecht en het Hof serieuze aandacht. Deze kwestie hangt in casu nauw samen met de in het onderhavige geding centraal staande problematiek betreffende de omvang van de bevoegdheid van de Commissie.

54. Het staat vast dat de onbevoegdheid van de auteur van een bezwarende handeling een middel van openbare orde is, dat door het Hof ambtshalve kan worden opgeworpen. [20] Immers, „[w]anneer de bevoegdheid van de Commissie in geding is, moet [de onbevoegdheid] door de rechter ambtshalve worden onderzocht, ook al heeft geen van de partijen hierom verzocht”. [21]

55. Tot slot blijkt zowel uit de schriftelijke opmerkingen als uit de opmerkingen ter terechtzitting duidelijk dat de lidstaten, nu de Verdragen op dit punt zwijgen, bezorgd zijn over de consequenties van het antwoord van het Hof in de onderhavige zaak, en wel vanuit het oogpunt van de eerbiediging van hun rechten van verdediging, de op het spel staande financiële belangen en hun zwakke procedurele positie na de uitspraak door het Hof van een arrest uit hoofde van artikel 260 VWEU waarbij hun een dwangsom is opgelegd.

56. In zoverre lijkt het mij noodzakelijk om duidelijke aanwijzingen te verstrekken teneinde het toezicht op de naleving van krachtens de artikelen 258 VWEU en 260 VWEU gewezen arresten van het Hof te omlijnen en de bevoegdheden van de Commissie dienaangaande nauwkeurig af te bakenen.

19 — Zie in dit verband de betwisting van de bevoegdheid van de Commissie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Gerecht van 19 oktober 2011, Frankrijk/Commissie (T-139/06, Jurispr. blz. II-7315). Tegen dit arrest is echter geen hogere voorziening ingesteld.

20 — Zie arresten van 17 december 1959, Société des fonderies de Pont-à-Mousson/Hoge Autoriteit (14/59, Jurispr. blz. 483), en 30 september 1982, Amylum/Raad (108/81, Jurispr. blz. 3107, punt 28). Zie ook arresten Gerecht van 24 september 1996, Marx Esser en Del Amo Martinez/Parlement (T-182/94, JurAmbt. blz. I-A-411 en blz. II-1197, punt 44), en 21 september 2005, Kadi/Raad en Commissie (T-315/01, Jurispr. blz. II-3649, punten 61 e.v.).

21 — Arrest van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punt 56).

57. Wij mogen ook niet uit het oog verliezen dat ingeval het Hof zou oordelen dat de Commissie niet over de bevoegdheid beschikt om in het kader van de uitvoering van arresten uit hoofde van artikel 260 VWEU voor de lidstaten bezwarende besluiten vast te stellen, de hogere voorziening van de Commissie in haar geheel als niet ter zake dienend zou moeten worden afgewezen. Om het Gerecht een te restrictieve uitlegging van de bevoegdheid van de Commissie te kunnen verwijten, moet die bevoegdheid immers wel hebben bestaan.

2. Omvang van de bevoegdheden van de Commissie en van het Gerecht

a) Door het Gerecht in het bestreden arrest gevolgde benadering

58. Bij lezing van het bestreden arrest stel ik al meteen vast dat het Gerecht zich niet in algemene zin uitspreekt over de omvang van de bevoegdheden van de Commissie in de procedure voor de tenuitvoerlegging van arresten uit hoofde van artikel 260, lid 2, VWEU, maar zich beperkt tot een nauwgezet onderzoek van het concrete geval. Ik sluit mij dan ook aan bij het met name door de Portugese, de Tsjechische, de Spaanse en de Zweedse regering verdedigde standpunt dat aan de hogere voorziening van de Commissie een onjuiste lezing van het bestreden arrest ten grondslag lijkt te liggen, in zoverre het Gerecht wordt verweten de bevoegdheden van de Commissie in algemene zin te hebben beperkt.

59. Het Gerecht heeft namelijk wel degelijk ervoor gewaakt een algemene theorie ten aanzien van de omvang van de bevoegdheden van de Commissie ter zake te formuleren. Het heeft juist met inachtneming van het beginsel van bevoegdheidstoedeling een correcte analyse gemaakt van de draagwijdte van de verplichtingen die het dictum van het krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest van 2004, zoals bevestigd door het krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest van 2008, voor de Portugese Republiek meebracht.

60. Het Gerecht heeft dus niet, zoals de Commissie stelt, de bevoegdheden van deze instelling gereduceerd tot een „puur formeel onderzoek", maar zich op het standpunt gesteld dat haar bevoegdheid in het onderhavige geval beperkt moest blijven tot het onderzoek of de nationale wettelijke regeling was ingetrokken, en dat toetsing van het nationale recht aan richtlijn 89/665 achterwege moest blijven.

b) Twee aspecten van de bevoegdheid van de Commissie in het kader van de uitvoering van arresten uit hoofde van artikel 260 VWEU en de consequenties voor de bevoegdheidsverdeling tussen Gerecht en Hof

61. De Commissie concentreert zich in haar hogere voorziening op de vraag naar de omvang van haar bevoegdheden in het kader van het toezicht op de uitvoering van een niet-nakomingsarrest van het Hof waarbij een financiële sanctie is opgelegd.

62. In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen twee aspecten die niettemin met elkaar samenhangen, namelijk enerzijds het bestaan van een bevoegdheid van de Commissie om de bedragen te innen die ingevolge een krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest aan de begroting van de Unie zijn verschuldigd, en anderzijds het bestaan van een bevoegdheid van deze instelling om voor de lidstaten bezwarende besluiten vast te stellen waarbij de maatregelen worden beoordeeld die deze lidstaten hebben genomen om aan arresten van het Hof uit hoofde van de artikelen 258 VWEU en 260 VWEU te voldoen.

63. In haar antwoord op de hogere voorziening suggereert de Portugese Republiek namelijk dat het voor het Gerecht gebrachte geschil tussen haarzelf en de Commissie geen betrekking had op de uitvoering van het arrest van het Hof, maar op een nieuwe vraag betreffende de verenigbaarheid van het nationale recht met het recht van de Unie. De Portugese Republiek is dan ook van mening dat de Commissie daartoe niet de juiste weg heeft bewandeld en in plaats daarvan de contentieuze rechtsgang van artikel 258 VWEU had moeten gebruiken.

64. De centrale vraag in de onderhavige procedure lijkt mij dan ook te zijn, wat er moet worden verstaan onder uitvoering van een arrest van het Hof waarin wordt vastgesteld dat een lidstaat zijn verplichtingen niet is nagekomen. Beantwoording van deze vraag vergt om te beginnen een analyse van de instrumenten die de lidstaten daartoe tot hun beschikking hebben, en van de verplichtingen die op hen rusten na de uitspraak van een arrest uit hoofde van artikel 258 VWEU. Vervolgens is het zaak de uitvoering te definiëren vanuit het oogpunt van de procedure die moet worden gevolgd na de uitspraak door het Hof van het arrest uit hoofde van artikel 260 VWEU, en de te dezen bevoegde autoriteit aan te wijzen.

65. Vooraf moet worden opgemerkt dat de arresten van het Hof volgens de artikelen 280 VWEU en 299 VWEU een executoriale titel vormen. Dit is echter slechts het geval ten aanzien van natuurlijke of rechtspersonen, „met uitzondering van de staten". Als een lidstaat waaraan een financiële sanctie is opgelegd, niet betaalt, of als er een geschil is over de uitvoering van een arrest van het Hof uit hoofde van artikel 258 VWEU dan wel artikel 260 VWEU, is gedwongen tenuitvoerlegging jegens die lidstaat derhalve zowel op grond van de bewoordingen van artikel 299 VWEU als wegens de soevereiniteit en de immuniteit van rechtsmacht van staten uitgesloten.

66. Ook moet eraan worden herinnerd dat de procedure van artikel 260, lid 2, VWEU het karakter heeft van een bijzondere gerechtelijke procedure om de uitvoering van arresten van het Hof af te dwingen. [22] Anders dan een krachtens artikel 258 VWEU gewezen declaratoir arrest, dat beoogt het met het recht van de Unie strijdige gedrag van de betrokken lidstaat te doen vaststellen en te doen ophouden, heeft de procedure van artikel 260 VWEU immers slechts tot doel de in gebreke gebleven lidstaat ertoe te brengen het eerste niet-nakomingsarrest uit te voeren, eventueel door daartoe passende financiële sancties vast te stellen. [23]

67. Aangaande om te beginnen het eerste aspect, te weten de inning van de verschuldigde bedragen, moeten wij vaststellen dat de bevoegdheid van de Commissie daartoe geen problemen oplevert. Deze bevoegdheid is een logisch onderdeel van de taak die de Commissie is toebedeeld bij artikel 317 VWEU, dat haar met de uitvoering van de begroting van de Unie belast. [24] Want zoals elke partij ten gunste waarvan het Hof zich heeft uitgesproken, moet de Europese Unie, vertegenwoordigd door de met de uitvoering van de begroting belaste instelling, betaling kunnen verlangen van de haar verschuldigde bedragen, dwangsommen daaronder begrepen.

68. De Commissie heeft dus de bevoegdheid de lidstaat een „factuur" te doen toekomen conform het dictum van het krachtens artikel 260, lid 2, VWEU gewezen arrest van het Hof. Het is hierbij niet van belang dat de opstelling van die factuur een berekening of andere handelingen van dezelfde aard impliceert. Voor de correcte uitvoering van een arrest zijn immers dikwijls dergelijke handelingen vereist, zoals de berekening van rente of de bepaling van de precieze omvang van de betalingsverplichting, wanneer deze in het uit te voeren arrest op meer abstracte wijze is omschreven.

22 — Arrest van 12 juli 2005, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 92).

23 — Zie in die zin arrest van 21 september 2010, Zweden e.a./API en Commissie (C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, Jurispr. blz. I-8533, punt 119).

24 — Zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald.

69. In casu heeft het Hof de Portugese Republiek bij het arrest van 2008 veroordeeld om aan de Commissie op de rekening „Eigen middelen van de Europese Gemeenschap" een dwangsom te betalen. Het Hof zelf heeft de Commissie aangewezen als de instelling die bevoegd is het uit hoofde van de dwangsom verschuldigde bedrag in ontvangst te nemen. Dit betekent dat deze instelling niet alleen bevoegd is om het bestaan vast te stellen van de verplichting tot betaling van een bepaald bedrag uit hoofde van de wegens de niet-uitvoering van het arrest van 2008 verschuldigde dwangsom, maar ook om de betrokken lidstaat tot betaling van dat bedrag aan te spreken.

70. Aangezien het besluit van de Commissie uiteraard vatbaar is voor toetsing door het Gerecht, lijkt de erkenning van een dergelijke bevoegdheid van de Commissie mij in overeenstemming met het vereiste van rechterlijke bescherming van de lidstaten.

71. Wat daarentegen het tweede aspect betreft, namelijk de bevoegdheid van de Commissie om de ter uitvoering van het arrest van het Hof genomen maatregelen te analyseren, herhaal ik nog eens dat deze analyse moet corresponderen met het voorwerp van de niet-nakoming zoals dit resulteert uit het dictum van het krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest van het Hof, in voorkomend geval uitgelegd met inachtnemning van de motivering daarvan.

72. Met betrekking tot de omvang van de bevoegdheden van het Gerecht in dit verband merk ik slechts op dat deze rechterlijke instantie een uitleggingsbevoegdheid [25] toegekend kan krijgen ten aanzien van arresten van het Hof uit hoofde van de artikelen 258 VWEU en 260 VWEU. Het Gerecht krijgt daarmee een soevereine beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van de feitelijke vaststellingen die ten grondslag liggen aan de eerder door het Hof geconstateerde niet-nakoming. Aangezien veel gevallen van niet-nakoming feitelijk van aard zijn, moet het Hof zich immers realiseren dat het zich niet over feitelijke vragen zal kunnen uitspreken in het kader van een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht waarbij uitspraak is gedaan over de rechtmatigheid van een besluit van de Commissie inzake de bij de uitvoering van een arrest van het Hof geboekte vooruitgang en inzake de noodzaak om een dwangsom te blijven betalen.

c) Beroepsmogelijkheden in geval van een geschil in de fase van de uitvoering van een krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest van het Hof – instelling van een nieuw beroep ex artikel 258 VWEU

73. Het is juist dat het Hof zich op het standpunt zou kunnen stellen dat het in geval van een verschil van mening over de uitvoering van een krachtens artikel 260, lid 2, VWEU gewezen arrest waarbij een dwangsom is opgelegd, aan de Commissie is om een nieuw beroep wegens niet-nakoming overeenkomstig artikel 258 VWEU in te stellen. Het lijkt mij echter dat deze benadering, hoewel rigoureus en juridisch gefundeerd, de meest tijdrovende optie en in zekere zin onaantrekkelijk zou zijn. Een dergelijke benadering zou ook het gevaar inhouden dat wordt afgedaan aan het effect van financiële sancties en aan het gezag van de uitspraken van het Hof zelf, en zou bovendien discutabel zijn in het licht van het beginsel van het gezag van gewijsde.

74. Dit zou echter anders liggen als de Commissie verplicht was een nieuw beroep wegens niet-nakoming in te stellen wanneer het geschil met de lidstaat in de fase van de uitvoering van een arrest uit hoofde van artikel 260 VWEU betrekking heeft op maatregelen die weliswaar verband houden met de door het Hof geconstateerde niet-nakoming, maar het objectieve kader daarvan, zoals dit uit het dictum van het eerste niet-nakomingsarrest volgt, te buiten gaat.

75. Mij dunkt dat dit in casu het geval is.

25 — Ik breng echter in herinnering dat volgens vaste rechtspraak de vraag of een arrest van het Hof naar behoren is uitgevoerd, niet de uitlegging van dit arrest in de zin van artikel 43 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie betreft. Zie in deze zin arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland (C-503/04, Jurispr. blz. I-6153, punt 15), en punt 43 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 14 maart 2006, Commissie/Frankrijk (C-177/04, Jurispr. blz. I-2461).

76. Dat er een nieuw beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU zou moeten worden ingesteld om de bij wet nr. 31/2008 ingevoerde nieuwe Portugese aansprakelijkheidsregeling op haar verenigbaarheid met richtlijn 89/665 te laten toetsen, is in de onderhavige procedure gesuggereerd door de Duitse regering. Dit is ook de benadering die de Portugese regering voorstaat.

77. Het staat naar mijn mening vast dat de nieuwe Portugese aansprakelijkheidsregeling door het Hof nog niet op haar verenigbaarheid met het Unierecht is getoetst. Ik meen dat de Commissie een nieuw beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU dient in te stellen wanneer het geschil tussen haarzelf en de lidstaat het kader zoals dit is afgebakend door het dictum van het overeenkomstig deze bepaling gewezen arrest van het Hof te buiten gaat.

78. Een dergelijke nieuwe procedure lijkt mij essentieel om de rechten van verdediging van de lidstaten veilig te stellen. Zoals de Duitse regering terecht opmerkt, dient er een nieuwe procedure te worden ingeleid wanneer er nieuwe grieven worden aangevoerd tegen maatregelen die in de loop van de procedure zijn vastgesteld om de door de Commissie geformuleerde bezwaren te verhelpen. [26]

79. Het probleem van de omvang van de bevoegdheid van de Commissie ter zake komt ook duidelijk tot uitdrukking in de opmerkingen van de Tsjechische regering. Volgens deze regering kwam de na de uitspraak van het arrest van 2008 gehandhaafde Portugese regeling erop neer dat de toekenning van schadevergoeding afhankelijk werd gesteld van het bewijs van schuld of opzet. Het door het Hof in het arrest van 2004 geconstateerde probleem betrof de bewijslast en niet het schuldvereiste als zodanig. Met het aannemen van wet nr. 67/2007 is in de Portugese rechtsorde een op een vermoeden van schuld gebaseerde aansprakelijkheidsregeling ingevoerd. De door de Commissie aangevoerde grieven inzake de verenigbaarheid met het Unierecht van het schuldvereiste als zodanig zouden dan ook noodzakelijkerwijs het kader van de door het Hof in het eerste niet-nakomingsarrest geconstateerde niet-nakoming te buiten gaan. Aan deze conclusie kan hoe dan ook niet worden afgedaan door de latere rechtspraak van het Hof, waarin de onverenigbaarheid van het schuldvereiste met het Unierecht is bevestigd. [27] Het lijkt mij volkomen duidelijk dat het Gerecht zich niet over een dergelijke problematiek zou behoren uit te spreken in het kader van het toezicht op de uitoefening van de aan de Commissie toegekende budgettaire bevoegdheid.

80. Gelet op de wijziging van het voorwerp van het geding heeft het Gerecht dan ook terecht ervan afgezien zich over de nieuwe nationale wetgeving uit te spreken. Anders zou het immers hebben geraakt aan de exclusieve bevoegdheden van het Hof in het kader van artikel 258 VWEU.

d) Beroepsmogelijkheden in geval van een geschil in de fase van de uitvoering van een krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest van het Hof – instelling van een nieuw beroep ex artikel 260, lid 2, VWEU

81. Als er tussen de Commissie en de tot betaling van een dwangsom veroordeelde lidstaat een geschil over de uitvoering van een arrest bestaat, dient er volgens de Griekse regering een nieuwe procedure overeenkomstig artikel 260, lid 2, VWEU te worden ingeleid, die dan versneld moet worden behandeld. Volgens deze regering dient in een dergelijke situatie rechtstreeks uitspraak te worden gedaan door het Hof. [28] Tijdens de terechtzitting heeft de gemachtigde van de Zweedse regering zich eveneens uitgesproken voor de mogelijkheid om in een dergelijk geval de procedure van artikel 260 VWEU in te leiden.

26 — Arrest van 22 september 2005, Commissie/België (C-221/03, Jurispr. blz. I-8307, punt 41).

27 — Arrest van 30 september 2010, Strabag e.a. (C-314/09, Jurispr. blz. I-8769).

28 — De Griekse regering verwijst in dit verband naar het arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, betreffende een door de Franse Republiek ingesteld beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2006) 659 def. van de Commissie houdende verzoek om betaling van verschuldigde dwangsommen ingevolge een krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest van het Hof.

82. Ik memoreer in dit verband dat de zogeheten procedure „wegens niet-nakoming na niet-nakoming" wordt gestart indien „de [...] lidstaat niet het nodige heeft gedaan om gevolg te geven aan het arrest van het Hof". Het gaat daarbij niet uitsluitend om krachtens artikel 258 VWEU gewezen arresten: artikel 260, lid 1, VWEU verwijst integendeel naar alle soorten arresten waarin het Hof vaststelt dat een lidstaat „een der krachtens de Verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen", en kan dus ook worden toegepast ten aanzien van overeenkomstig andere bepalingen gewezen arresten, zoals artikel 108, lid 2, VWEU en artikel 348 VWEU. Het lijkt mij dan ook niet bij voorbaat uitgesloten dat de procedure van artikel 260 VWEU zou kunnen worden ingezet om de uitvoering van een krachtens hetzelfde artikel gewezen arrest af te dwingen. Hierbij moeten echter wel de volgende twee kanttekeningen worden gemaakt.

83. In de eerste plaats merk ik op dat het Hof de in artikel 260 VWEU bedoelde forfaitaire som of dwangsom reeds heeft gekwalificeerd als een sanctie waarvoor in principe het ne bis in idem-beginsel geldt.[29] Desondanks heeft advocaat-generaal Kokott zich in haar conclusie in de zaak Commissie/Luxemburg[30] op het standpunt gesteld dat een herhaling van de genoemde dwangmaatregelen mogelijk moet zijn. Gelet op het feit dat de procedure van artikel 260, lid 2, VWEU een executiemiddel is, zouden de in deze bepaling genoemde sancties namelijk in theorie meer dan eens kunnen worden toegepast.

84. Naar mijn mening zou het Hof niet zonder het ne bis in idem-beginsel te schenden in een tweede krachtens artikel 260, lid 2, VWEU gewezen arrest kunnen overgaan tot een verhoging van het bedrag van de forfaitaire som of dwangsom die liep tussen de datum van de uitspraak van het eerste op basis van die bepaling gewezen arrest en de datum van de uitspraak van dat tweede arrest. Wel ben ik het eens met het door advocaat-generaal Kokott verdedigde standpunt dat „[s]ancties om de uitvoering van een arrest af te dwingen [...] van een andere aard [zijn] dan repressieve sancties. Tweemaal ten uitvoer leggen is weliswaar niet mogelijk, maar dwangmaatregelen kunnen worden herhaald, indien dit nodig is om de betrokken titel te executeren."[31]

85. Dit betekent dat op een datum (datum Y) die is gelegen na die van de uitspraak van het eerste arrest uit hoofde van artikel 260, lid 2, VWEU (datum X), het bedrag van de dwangsom met ingang van datum Y kan worden verlaagd of verhoogd zonder dat hierdoor het beginsel van het gezag van gewijsde of het ne bis in idem-beginsel wordt geschonden. Het lijkt mij bij dwangmaatregelen vrij gebruikelijk om te voorzien in de mogelijkheid het bedrag van de dwangsom ex nunc te wijzigen al naargelang de mate waarin aan de verplichtingen uit hoofde van de rechterlijke of administratieve beslissing is voldaan.

86. In de tweede plaats moet in dit verband worden herinnerd aan de draagwijdte van het beginsel van het gezag van gewijsde, waarvan het Hof de toepasselijkheid in het kader van krachtens artikel 258 VWEU ingestelde beroepen heeft bevestigd[32], en worden uitgemaakt of dit gezag van gewijsde eraan in de weg zou kunnen staan dat de Commissie voor de tweede keer de procedure van artikel 260 VWEU inleidt, wegens het reeds op grond van ditzelfde artikel gewezen arrest.

87. Wanneer over het dictum van het krachtens artikel 260 VWEU gewezen arrest van het Hof redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan, dient de Commissie naar mijn mening in eerste instantie aan de lidstaat een besluit te doen toekomen met vermelding van het bedrag van de dwangsom die verschuldigd is over de eerste uit dat arrest voortvloeiende periode. Er zou dan kunnen worden betoogd dat de Commissie, indien de verweten inbreuk blijft voortduren, opnieuw een beroep op basis

29 — Zie arrest van 12 juli 2005, Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald (punt 84).

30 — Zaak Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald.

31 — Punt 33 van de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald.

32 — Arrest Commissie/Luxemburg, reeds aangehaald.

van artikel 260 VWEU kan instellen en die tweede keer de oplegging van een hogere dwangsom kan vorderen. Deze benadering zou als voordeel hebben dat zij minder tijdrovend en efficiënter is, aangezien met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de precontentieuze procedure uit hoofde van artikel 260 VWEU is teruggebracht tot het versturen van een aanmaningsbrief.

88. Op basis van een analoge toepassing van de aan voormeld arrest Commissie/Luxemburg ten grondslag liggende redenering meen ik evenwel dat een tweede overeenkomstig artikel 260, lid 2, VWEU aanhangig gemaakte zaak niet-ontvankelijk zou moeten worden geacht voor zover deze feitelijk en rechtens dezelfde was als die welke tot het eerdere arrest uit hoofde van artikel 260 VWEU gewezen arrest heeft geleid, dat wil zeggen wanneer het tweede beroep slechts strekt tot een herhaling van de vaststelling dat aan het krachtens artikel 258 VWEU gewezen niet-nakomingsarrest geen gevolg is gegeven. Aangezien een eerder arrest uit hoofde van artikel 260, lid 2, VWEU een executiemiddel is, kan een dergelijk arrest echter op zichzelf niet in de weg staan aan een nieuw arrest op basis van dezelfde bepaling, zij het binnen de hierboven aangegeven grenzen.

89. Ik sluit een tweede procedure krachtens artikel 260, lid 2, VWEU dus niet uit in geval van een evidente wijziging van het kader van het geding, wanneer de door de lidstaat genomen maatregelen duidelijk ontoereikend blijken voor de uitvoering van het eerste op basis van die bepaling gewezen arrest. Dit geldt eveneens wanneer de uitvoering van het arrest waarbij een complexe feitelijke niet-nakoming is vastgesteld, zo ver is gevorderd dat een verlaging van de dwangsom voor de toekomst gerechtvaardigd is, zonder dat er reden is om deze maatregel in te trekken. Op grond van het beginsel van loyale samenwerking, dat volgens de rechtspraak ook voor de instellingen geldt, verdient het de voorkeur dat het Hof zich dienaangaande uitspreekt, en niet de Commissie op basis van een gewaagde lezing van haar budgettaire bevoegdheid.

90. Gelet op het voorgaande en bij de huidige stand van het recht van de Unie ben ik de mening toegedaan dat het Gerecht het litigieuze besluit terecht nietig heeft verklaard, nu de Commissie in het kader van dit besluit de verenigbaarheid met het Unierecht heeft onderzocht van nationale maatregelen waarop het dictum van het arrest van 2004 geen betrekking had, terwijl zij daartoe een nieuwe procedure krachtens artikel 258 VWEU had moeten starten.

91. Verder herinner ik eraan dat volgens het arrest Meroni/Hoge Autoriteit [33] de institutionele structuur van de Unie wordt gekenmerkt door het beginsel van bevoegdheidstoedeling. Het Gerecht heeft dan ook terecht zijn bevoegdheid beperkt door zich op het standpunt te stellen dat het zich niet kan uitspreken over vragen die nog niet zijn onderzocht door het Hof, dat als enige bevoegd is zich in het kader van het niet-nakomingsberoep uit te spreken over de verhouding tussen de nationale maatregelen en het recht van de Unie.

92. Gelet op het voorgaande geef ik in overweging het eerste onderdeel van het eerste middel van de Commissie af te wijzen.

V – Tweede middel: ontoereikende en tegenstrijdige motivering van het bestreden arrest

A – *Argumenten van partijen*

93. Met haar tweede middel stelt de Commissie dat het bestreden arrest blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting in zoverre het Gerecht het litigieuze besluit nietig heeft verklaard op basis van een ontoereikende en tegenstrijdige motivering.

33 — Het beginsel van het institutionele evenwicht is door het Hof geformuleerd in de in het kader van het EGKS-Verdrag gewezen arresten (arresten van 12 juli 1957, Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering, 7/56 en 3/57-7/57, Jurispr. blz. 87, en 13 juni 1958, Meroni/Hoge Autoriteit, 9/56, Jurispr. blz. 11). Dit beginsel wordt beschouwd als „door de Verdragen tot stand gebracht" (arrest van 22 mei 1990, Parlement/Raad, C-70/88, Jurispr. blz. I-2041, punt 21).

94. Voor haar stelling dat de motivering ontoereikend is, voert de Commissie aan dat het Gerecht de nietigverklaring van het litigieuze besluit uitsluitend heeft gebaseerd op de in punt 85 van het bestreden arrest genoemde omstandigheid dat wet nr. 67/2007 het verkrijgen van schadevergoeding voor inschrijvers die door een onrechtmatige handeling van de aanbestedende dienst zijn gelaedeerd, mogelijk vergemakkelijkt. Volgens de Commissie bevatten de punten 86 en volgende van het bestreden arrest geen werkelijke motivering, aangezien het Gerecht daarin zijn restrictieve uitlegging van de bevoegdheden van de Commissie uiteenzet.

95. Dat de motivering tegenstrijdig is, blijkt volgens de Commissie uit het feit dat het Gerecht weliswaar in punt 81 van het bestreden arrest verklaart dat zij de door de lidstaat genomen maatregelen tot nakoming van een arrest van het Hof moet toetsen teneinde te vermijden dat deze lidstaat zich ertoe beperkt maatregelen te nemen met in wezen dezelfde inhoud als die waarover in dat arrest uitspraak is gedaan, maar vervolgens in punt 87 van het bestreden arrest haar bevoegdheid reduceert tot een puur formeel onderzoek van de vraag of wetsdecreet nr. 48 051 al dan niet is ingetrokken.

96. Wat het vermeende ontoereikende karakter van de motivering betreft, stelt de Portugese Republiek dat het Gerecht in de punten 68 tot en met 91 van het bestreden arrest de nietigverklaring van het litigieuze besluit uitvoerig heeft onderbouwd. Met betrekking tot de gestelde tegenstrijdigheid van de motivering geeft de Portugese Republiek toe dat het Gerecht in punt 81 van het bestreden arrest heeft erkend dat de Commissie bevoegd is de door de lidstaat genomen maatregelen tot nakoming van het arrest van het Hof te toetsen. In het volgende punt van hetzelfde arrest heeft het Gerecht echter ook op de grenzen van deze bevoegdheid gewezen en opgemerkt dat die beoordeling geen inbreuk mag maken op de procedurele rechten van de lidstaten en op de bevoegdheden van het Hof.

B – *Beoordeling*

97. Ik merk al meteen op dat gezien de duidelijke en uitvoerige motivering van het bestreden arrest het tweede middel van de Commissie niet kan slagen. Nu de Commissie ten onrechte aan het bestreden arrest een te ruime draagwijdte toekent, is de grief inzake de ontoereikende en tegenstrijdige motivering van het arrest volgens mij een consequentie van die onjuiste lezing.

98. In hogere voorziening heeft het toezicht van het Hof met name tot doel, na te gaan of het Gerecht rechtens voldoende is ingegaan op alle door de rekwirant aangevoerde argumenten.[34] De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom het Gerecht hun argumenten heeft afgewezen, en het Hof over voldoende gegevens beschikt om zijn toezicht uit te oefenen.[35]

99. Naar mijn mening is het Gerecht in de punten 57 tot en met 91 van het bestreden arrest op de in eerste aanleg aangevoerde argumenten ingegaan. De uiteenzettingen van het Gerecht zijn helder en ondubbelzinnig en maken duidelijk waarop het zijn beoordeling heeft gebaseerd. Dat het Gerecht ten gronde tot een heel andere conclusie is gekomen dan de Commissie, betekent op zich niet dat het bestreden arrest een motiveringsgebrek vertoont.[36]

100. Aangaande het argument van de Commissie dat het Gerecht zichzelf in de punten 81, 84 en 87 van het bestreden arrest heeft tegengesproken door eerst de bevoegdheid van de Commissie te erkennen en vervolgens de omvang daarvan te beperken, moet worden vastgesteld dat dit is terug te voeren op een kennelijk onjuiste lezing van het bestreden arrest. In punt 80 van het bestreden arrest

34 — Zie beschikking van 31 maart 2011, EMC Development/Commissie (C-367/10 P, punt 46 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 — Zie beschikkingen van 15 juni 2012, United Technologies/Commissie (C-493/11 P, punt 48), en 13 december 2012, Alliance One International/Commissie (C-593/11 P).

36 — Zie naar analogie arrest van 7 juni 2007, Wunenburger/Commissie (C-362/05 P, Jurispr. blz. I-4333, punt 80).

heeft het Gerecht namelijk, zonder zichzelf op dit punt tegen te spreken, de door de Commissie verdedigde stelling betreffende haar eventuele bevoegdheid om wet nr. 67/2007 te toetsen, van de hand gewezen. Ter onderbouwing van zijn analyse heeft het Gerecht vervolgens de grenzen van de bevoegdheid van de Commissie aangegeven, in aanmerking genomen de draagwijdte van de arresten van 2004 en 2008, in het kader waarvan het Hof zich niet over de verenigbaarheid van wet nr. 67/2007 met richtlijn 89/665 had uitgesproken. Welnu, aangezien enkel in een door het Hof krachtens de artikelen 258 VWEU tot en met 260 VWEU gewezen arrest de rechten en verplichtingen van de lidstaten kunnen worden vastgesteld en hun gedragingen kunnen worden beoordeeld, heeft het Gerecht zich terecht op het standpunt gesteld dat de Commissie een nieuwe procedure overeenkomstig artikel 258 VWEU moest inleiden.

101. Hieruit volgt dat het tweede middel van de Commissie in zijn geheel kennelijk ongegrond is.

VI – Conclusie

102. Concluderend geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

— de hogere voorziening af te wijzen en de Europese Commissie in de kosten te verwijzen;

— interveniënten in hun eigen kosten te verwijzen.