

ARRÊT DU TRIBUNAL (troisième chambre)

29 mars 2011 \*

Dans l'affaire T-33/09,

**République portugaise**, représentée par MM. L. Inez Fernandes et J. A. de Oliveira,  
en qualité d'agents,

partie requérante,

contre

**Commission européenne**, représentée par MM. M. Konstantinidis, P. Guerra e  
Andrade et M<sup>me</sup> P. Costa de Oliveira, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision C (2008) 7419 final de la Commission, du 25 novembre 2008, portant demande de paiement des astreintes dues en exécution de l'arrêt de la Cour du 10 janvier 2008, Commission/Portugal (C-70/06, Rec. p. I-1),

\* Langue de procédure : le portugais.

LE TRIBUNAL (troisième chambre),

composé de M. J. Azizi, président, M<sup>me</sup> E. Cremona et M. S. Frimodt Nielsen (rapporteur), juges,

greffier : M<sup>me</sup> K. Andová, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 26 octobre 2010,

rend le présent

**Arrêt**

**Cadre juridique**

- 1 Aux termes de l'article 225, paragraphe 1, premier alinéa, CE :

« Le Tribunal de première instance est compétent pour connaître en première instance des recours visés aux articles 230, 232, 235, 236 et 238, à l'exception de ceux qui sont attribués à une chambre juridictionnelle et de ceux que le statut réserve à la Cour de justice. Le statut peut prévoir que le Tribunal de première instance est compétent pour d'autres catégories de recours. »

2 L'article 226 CE dispose :

« Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations.

Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. »

3 L'article 228 CE prévoit :

« 1. Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice.

2. Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris ces mesures, elle émet, après avoir donné à cet État la possibilité de présenter ses observations, un avis motivé précisant les points sur lesquels l'État membre concerné ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour de justice.

Si l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans le délai fixé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adaptée aux circonstances.

Si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte.

[...] »

- 4 Aux termes de l'article 274, premier alinéa, CE :

« La Commission exécute le budget, conformément aux dispositions des règlements pris en exécution de l'article 279 [...] »

### **Faits à l'origine du litige**

- 5 Par arrêt du 14 octobre 2004, Commission/Portugal (C-275/03, non publié au Recueil, ci-après l'« arrêt de 2004 »), la Cour a déclaré et arrêté :

« En n'abrogeant pas le décret-loi n° 48 051, du 21 novembre 1967, subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. »

- 6 Estimant que la République portugaise ne s'était pas conformée à cet arrêt, la Commission des Communautés européennes a décidé de former un nouveau recours en manquement au titre de l'article 228, paragraphe 2, CE pour non-respect des obligations imposées par l'arrêt de la Cour.
- 7 La Lei n° 67/2007, du 31 décembre 2007, Aprova o Regime de Responsabilidade Civil Extracontractual do Estado e Demais Entidades Públicas (loi 67/2007 portant adoption du régime de responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des autres entités publiques, *Diário da República*, 1<sup>re</sup> série, n° 251, du 31 décembre 2007) établit le régime de responsabilité civile extracontractuelle de l'État et des autres entités publiques en cas de dommages causés par l'exercice de la fonction législative, judiciaire et administrative pour tout ce qui n'est pas prévu dans une loi spéciale. Elle règle également, sans préjudice des dispositions d'une loi spéciale, la responsabilité civile des titulaires de charges, des fonctionnaires et des agents publics en cas de dommages causés par leurs actions ou omissions dans le cadre de l'exercice des fonctions administratives et judiciaires et qui résultent de cet exercice, ainsi que la responsabilité civile des autres travailleurs au service des entités couvertes par cette loi. L'article 5 de la loi 67/2007 abroge le décret-loi n° 48 051. La loi 67/2007 est entrée en vigueur le 30 janvier 2008.
- 8 Par arrêt du 10 janvier 2008, Commission/Portugal (C-70/06, Rec. p. I-1, ci-après l'« arrêt de 2008 »), la Cour a jugé :

« 16. Au point 1 du dispositif de [son arrêt de 2004], la Cour a jugé que, en n'abrogeant pas le décret-loi n° 48 051, la République portugaise avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665.

17. Dans le cadre de la présente procédure en manquement, afin de vérifier si la République portugaise a adopté les mesures que comporte l'exécution dudit arrêt, il importe de déterminer si le décret-loi n° 48 051 a été abrogé.
  
18. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la date de référence pour apprécier l'existence d'un manquement au titre de l'article 228 CE se situe à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé émis en vertu de cette disposition (arrêts du 12 juillet 2005, Commission/France, C-304/02, Rec. p. I-6263, point 30 ; du 18 juillet 2006, Commission/Italie, C-119/04, Rec. p. I-6885, point 27, et du 18 juillet 2007, Commission/Allemagne, C-503/04, Rec. p. I-6153, point 19).
  
19. En l'espèce, il est constant que, à la date à laquelle a expiré le délai imparti dans l'avis motivé qui lui a été adressé le 13 juillet 2005, la République portugaise n'avait pas encore abrogé le décret-loi n° 48 051.
  
20. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que, en n'ayant pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt [de 2004], la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.
  
  
- [...]
  
23. [N]e saurait être accueilli l'argument de la République portugaise selon lequel la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par des actes commis par ses fonctionnaires et agents est déjà prévue par d'autres dispositions de son droit national. En effet, comme la Cour l'a jugé au point 33 de [son arrêt de 2004], cette circonstance est sans incidence sur le manquement consistant à avoir laissé

subsister le décret-loi n° 48 051 dans l'ordre juridique interne. L'existence de telles dispositions ne saurait, dès lors, garantir l'exécution dudit arrêt.

24. En conséquence, il convient de constater que, en n'ayant pas abrogé le décret-loi n° 48 051 subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise n'a pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de [l'arrêt de 2004] et a manqué de ce fait aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.

[...]

30. Ayant reconnu que la République portugaise ne s'est pas conformée à [l'arrêt de 2004], la Cour peut, en application de l'article 228, paragraphe 2, troisième alinéa, CE, infliger à cet État membre le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte.
31. À cet égard, il convient de rappeler qu'il appartient à la Cour, dans chaque affaire, d'apprécier, eu égard aux circonstances de l'espèce, les sanctions pécuniaires à arrêter (arrêts du 12 juillet 2005, *Commission/France*, précité, point 86, et du 14 mars 2006, *Commission/France*, C-177/04, Rec. p. I-2461, point 58).
32. En l'espèce, [...] la Commission propose à la Cour d'infliger une astreinte à la République portugaise.

[...]

36. [E]n l'espèce, force est de constater que, au cours de l'audience de la Cour du 5 juillet 2007, l'agent de la République portugaise a confirmé que le décret-loi n° 48 051 était encore en vigueur à cette date.

[...]

54. Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de condamner la République portugaise à payer à la Commission, sur le compte 'Ressources propres de la Communauté européenne', une astreinte de 19392 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt [de 2004] à compter du prononcé du présent arrêt et jusqu'à l'exécution dudit arrêt [de 2004].

[...]

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête :

1. En n'ayant pas abrogé le décret-loi n° 48 051, du 21 novembre 1967, subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise n'a pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de [l'arrêt de 2004], et a manqué de ce fait aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.

2. La République portugaise est condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte «'Ressources propres de la Communauté européenne', une astreinte de 19 392 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à [l'arrêt de 2004] à compter du prononcé du présent arrêt et jusqu'à l'exécution [dudit arrêt de 2004]. »
  
9. Le 28 janvier 2008 s'est tenue une réunion entre des représentants de la République portugaise et des représentants de la Commission, au cours de laquelle la portée de la loi 67/2007 a été discutée. Les représentants des autorités portugaises ont fait valoir que, avec l'approbation et la publication de la loi 67/2007 abrogeant le décret-loi n° 48 051, la République portugaise avait pris toutes les mesures nécessaires que comportait l'arrêt de 2004. Les représentants de la République portugaise ont en outre indiqué que celle-ci entendait contester devant la Cour toute décision de la Commission relative au recouvrement des montants dus au titre de l'astreinte fixée par la Cour. Ils ont également fait valoir que la République portugaise ne devrait tout au plus acquitter le paiement des montants éventuellement dus que pour la période courant de la date du prononcé de l'arrêt, soit le 10 janvier 2008, à la date de l'entrée en vigueur de la loi 67/2007, soit le 30 janvier 2008.
  
10. La Commission a, pour sa part, défendu la thèse suivant laquelle, en substance, la loi 67/2007 ne constituait pas une mesure d'exécution adéquate et complète de l'arrêt de 2004.
  
11. Deux autres réunions ont ensuite encore eu lieu entre les parties à l'initiative de la République portugaise afin de trouver une solution non contentieuse au litige l'opposant à la Commission.
  
12. Par lettre du 25 avril 2008, les autorités portugaises ont communiqué à la Commission la proposition de loi 210/2008 modifiant la loi 67/2007.

- 13 Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi, le gouvernement portugais justifie la modification de la loi 67/2007 par la nécessité d'aligner le nouveau régime de responsabilité extracontractuelle des entités publiques sur l'interprétation, par la Commission, de l'arrêt de 2008 et sur le régime prévu par la directive 89/665/CE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JO L 395, p. 33), et la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JO L 76, p. 14).
- 14 Le 15 juillet 2008, le directeur général de la direction générale (DG) « Marché intérieur et services » a adressé une lettre aux autorités portugaises dans laquelle, d'une part, il a indiqué qu'il partageait la position selon laquelle ces dernières n'avaient pas encore pris toutes les mesures nécessaires à l'exécution de l'arrêt de 2004 et, d'autre part, il a demandé le paiement d'un montant de 2 753 664 euros correspondant aux astreintes dues pour la période du 10 janvier au 31 mai 2008, en exécution de l'arrêt de 2008.
- 15 Par lettre du 23 juillet 2008, les autorités portugaises ont communiqué à la Commission une copie de la Lei n° 31/2008, du 17 juillet 2008, Procède à primeira alteração à Lei n° 67/2007 (loi 31/2008 procédant à la première modification de la loi 67/2007, *Diário da República*, 1<sup>re</sup> série, n° 137, du 17 juillet 2008). Cette loi est entrée en vigueur le 18 juillet 2008.
- 16 Par lettre du 4 août 2008, les autorités portugaises ont répondu à l'appel de fonds de la Commission. Elles ont réitéré leur point de vue suivant lequel, avec la publication et l'entrée en vigueur de la loi 67/2007, elles avaient adopté toutes les mesures que comportait l'exécution de l'arrêt de 2004. Elles ont déclaré qu'elles avaient toutefois accepté de modifier la loi 67/2007 et d'adopter la loi 31/2008 afin d'éviter de prolonger le litige et de surmonter leur différend avec la Commission concernant

l'interprétation à donner à la loi 67/2007. Elles ont en outre indiqué que l'article 2 de la loi 31/2008 prévoyait une application rétroactive de la loi à partir du 30 janvier 2008. Par conséquent, l'ordre juridique portugais serait en conformité avec l'arrêt de 2004 depuis le 30 janvier 2008. Dès lors, les autorités portugaises ont demandé, en substance, la réévaluation du montant de l'astreinte en prenant comme date de référence le 30 janvier 2008.

- 17 Par lettre du 22 août 2008, les autorités portugaises ont informé la Commission qu'elles allaient procéder au transfert vers le compte « ressources propres de la Commission n° 636003 » de la somme de 2 753 664 euros, tout en précisant que ce transfert était effectué sous condition et ne représentait pas l'acceptation par la République portugaise de l'astreinte journalière ou la renonciation à son droit de contester l'exigibilité de la somme en ayant recours aux procédures juridictionnelles appropriées.
- 18 Par requête enregistrée au greffe du Tribunal le 15 septembre 2008 sous la référence T-378/08, la République portugaise a introduit un recours visant à l'annulation de la lettre du 15 juillet 2008.
- 19 Par acte enregistré au greffe du Tribunal le 3 décembre 2008, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité au titre de l'article 114 du règlement de procédure du Tribunal. Elle a, en substance, fait valoir que la lettre du 15 juillet 2008 ne constituait pas un acte attaquant dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une décision définitive de la Commission.
- 20 Par lettre déposée au greffe du Tribunal le 19 janvier 2009, la République portugaise a informé le Tribunal, conformément à l'article 99 du règlement de procédure, qu'elle se désistait de son recours.

- 21 L'affaire T-378/08 a été rayée du registre du Tribunal par ordonnance du président de la troisième chambre du Tribunal du 5 mars 2009.
- 22 Par décision C (2008) 7419 final, du 25 novembre 2008 (ci-après la « décision attaquée »), notifiée à la République portugaise par lettre du secrétariat général du 26 novembre 2008, la Commission a, en substance, indiqué que, selon elle, la loi 67/2007 ne constituait pas une exécution adéquate de l'arrêt de 2004, que, en revanche, par la loi 31/2008, les autorités portugaises avaient donné exécution à cet arrêt et que, cette loi étant entrée en vigueur le 18 juillet 2008, la date à laquelle le manquement avait cessé était fixée au 18 juillet 2008. Elle a dès lors confirmé la demande de paiement de l'astreinte faite dans la lettre de la DG « Marché intérieur et services » du 15 juillet 2008. La Commission a en outre réclamé un montant complémentaire de 911 424 euros correspondant à la période courant du 1<sup>er</sup> juin au 17 juillet 2008.

### **Conclusions des parties**

- 23 La République portugaise conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

— à titre principal, annuler la décision attaquée ;

— à titre subsidiaire, annuler la décision attaquée dans la mesure où ses effets vont au-delà de la date du 29 janvier 2008 ;

- condamner la Commission à l'intégralité des dépens ou, au cas où le Tribunal réduirait le montant de l'astreinte, condamner chaque partie à supporter ses propres dépens.

24 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :

- rejeter la demande de la République portugaise ;
- condamner la République portugaise à la totalité des dépens.

## **En droit**

### *Arguments des parties*

25 À titre principal, la République portugaise fait valoir, en substance, que la Cour a jugé de manière claire que le manquement résultait de l'absence d'abrogation du décret-loi n° 48 051 et que, partant, il lui appartenait d'abroger ledit décret-loi pour se conformer à l'arrêt de 2004.

26 Or, la République portugaise se serait conformée à l'arrêt de 2004 en adoptant la loi 67/2007, qui abroge le décret-loi n° 48 051 et introduit un nouveau régime de responsabilité civile extracontractuelle de l'État.

- 27 Par ailleurs, la République portugaise estime que l'interprétation donnée par la Commission de cette loi est erronée.
- 28 À cet égard, elle fait valoir, en substance, que, au point 31 de son arrêt de 2004, la Cour a considéré que, en subordonnant la mise en jeu de la responsabilité civile de l'État à l'obligation de rapporter la preuve d'une faute ou d'un dol, dans les conditions prévues par le décret-loi n° 48 051, la République portugaise avait manqué à ses obligations communautaires. En revanche, un régime de responsabilité fondé sur une présomption de faute — qu'établit la loi 67/2007 et, en particulier, ses articles 7 et 10, paragraphes 2 et 3 — serait conforme aux directives communautaires. Rien dans l'arrêt de 2004 ne pourrait en effet amener à conclure que la responsabilité de l'État dans le cadre des marchés relevant de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5), et de la directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JO 1977, L 13, p. 1), est de nature purement objective, c'est-à-dire sans faute.
- 29 La République portugaise considère que, pour se conformer à l'arrêt de 2004, elle pouvait par conséquent librement fixer les conditions d'application du mécanisme visé à l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665, pour autant que ce mécanisme dispense le particulier lésé d'établir la preuve d'une faute commise par le pouvoir adjudicateur.
- 30 Selon elle, l'existence d'une faute et la nécessité de rapporter la preuve de celle-ci ne sauraient être confondues.

- 31 La République portugaise considère que le fait que le nouveau régime prévoit une présomption réfragable ne compromet pas sa conformité avec la directive 89/665, dans la mesure où il suffira au particulier de faire valoir et de prouver l'illicéité du comportement, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence de la faute, alors qu'il incombera à l'État d'apporter, le cas échéant, la preuve du contraire.
- 32 La République portugaise estime en outre que la référence à la faute légère prévue à l'article 10, paragraphe 2, de la loi 67/2007 est sans incidence, dès lors que la victime est de toute manière dispensée d'établir la faute et que cette référence a pour seul objet et pour seul effet d'empêcher la mise en cause de la responsabilité solidaire du fonctionnaire ou de l'agent responsable de l'acte illicite et dommageable. En d'autres termes, il n'y aura pas d'action récursoire contre l'agent en cas de faute légère, mais uniquement en cas de faute grave ou de dol. Cette distinction, qui ne concerne que les rapports entre l'administration et ses agents, est toutefois sans incidence en ce qui concerne la victime.
- 33 Par ailleurs, les dispositions de l'article 7, paragraphes 3 et 4, de la loi 67/2007 relatives à la faute de service ont en substance, selon la République portugaise, pour objet de protéger le particulier dans des situations où il ne parvient pas à identifier avec précision l'agent ou le fonctionnaire responsable de l'acte illicite dommageable. Dans ces cas, le caractère illicite de l'acte est présumé. Le particulier est ainsi dispensé également de rapporter la preuve du caractère illicite de l'acte, ce qui constitue une forme de responsabilité objective.
- 34 Par ailleurs, la République portugaise soutient en substance que, dans la mesure où elle ne s'est pas bornée à supprimer le décret-loi n° 48 051 mais qu'elle a mis en place un nouveau régime de responsabilité civile extracontractuelle de l'État, il n'y a pas de continuité entre le régime antérieur et le régime établi par la loi 67/2007 ni, partant, de continuité de l'infraction au droit communautaire.

- 35 La République portugaise avance en outre que la modification de la loi 67/2007 introduite par la loi 31/2008 visait uniquement à surmonter une divergence d'interprétation avec la Commission et à éviter qu'elle ne se prolonge.
- 36 Selon la République portugaise, la Cour ne s'étant prononcé sur la conformité de la loi 67/2007 au droit communautaire, il appartenait à la Commission de former un nouveau recours en manquement afin de soumettre la question de l'adéquation du nouveau régime juridique établi par cette loi avec le droit de l'Union à la Cour.
- 37 À titre subsidiaire, la République portugaise fait valoir que le caractère rétroactif de la loi 31/2008 — à supposer que celle-ci, et non la loi 67/2007, mette en conformité le droit portugais avec le droit communautaire — conduit à ce que la date à prendre en considération pour la fin du manquement soit le 30 janvier 2008 et non la date de publication de la loi, erronément retenue la Commission.
- 38 Elle conclut, en conséquence, à l'annulation de la décision attaquée en raison des erreurs de droit commises par la Commission.
- 39 En ce qui concerne le grief avancé à titre principal par la République portugaise, la Commission soutient, en substance, tout d'abord, que l'objet du litige est fixé par la Commission dans la mise en demeure qu'elle adresse à l'État membre concerné.
- 40 Or, selon la Commission, l'objet du litige, dans le recours en manquement formé contre la République portugaise, n'était pas une action positive de cet État, mais une omission de celui-ci. Cette omission résultait du fait que la directive 89/665 supposait d'atteindre un résultat — l'indemnisation des personnes lésées par toute violation du droit communautaire régissant la passation des marchés publics ou des règles

nationales transposant celui-ci — et que l'abrogation du décret-loi n° 48 051 ne suffisait pas, selon la Commission, à atteindre cet objectif.

- 41 La Commission considère que, par conséquent, il ne s'agissait pas simplement d'abroger le décret-loi n° 48 051, mais bien tout le régime juridique qui était à l'origine du manquement à la directive communautaire. Elle estime que la Cour a été claire à cet égard dans ses arrêts de 2004 et de 2008, en considérant que le décret-loi n° 48 051, qui subordonnait l'octroi des dommages-intérêts aux personnes lésées à la preuve de la faute, selon les modalités prévues dans cette législation, mettait la République portugaise dans une situation d'infraction au droit communautaire. Elle fait en outre valoir que, dans l'arrêt de 2008, la Cour a déclaré que, en n'ayant pas abrogé le régime à l'origine du manquement, la République portugaise ne s'était pas conformée à l'arrêt de 2004.
- 42 La Commission estime qu'il est évident que l'arrêt de 2004 n'implique pas que, par la simple abrogation du décret-loi n° 48 051, la République portugaise aurait mis son droit en conformité avec les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et de l'article 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665.
- 43 La Commission soutient, ensuite, que, selon son interprétation du droit portugais, la loi 67/2007 ne mettait pas celui-ci en conformité avec le droit communautaire, même si elle reconnaît dans ses écritures qu'il s'agissait d'un régime juridique différent du régime antérieurement en vigueur. Selon la Commission, ce n'est en effet qu'en adoptant la loi 31/2008 que la République portugaise s'est conformée à l'arrêt de 2004.
- 44 À cet égard, la Commission avance, en substance, que la directive 89/665 prévoit l'indemnisation des personnes lésées par des décisions illégales des pouvoirs

adjudicateurs ou par une violation de la loi. Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité objective, mais d'une responsabilité civile administrative délictuelle. Elle considère à ce propos que, dans l'arrêt de 2004, la Cour n'a pas traité cette question et que cet arrêt ne permet de tirer aucune conclusion sur ce sujet.

- 45 Selon la Commission, la Cour a considéré, en revanche, que le système de protection juridictionnelle de la République portugaise était inadéquat parce qu'il exigeait la preuve de l'existence d'une faute commise par des agents de l'entité administrative.
- 46 Or, selon la Commission, la loi 67/2007 ne constituait pas non plus une transposition conforme de la directive 89/665 dans le droit portugais.
- 47 La Commission précise qu'il y a lieu de distinguer trois situations à cet égard.
- 48 Premièrement, si l'acte a été commis par un fonctionnaire ou un agent qui a agi de manière dolosive ou a commis une faute lourde, l'acte illicite est directement imputable à ce fonctionnaire ou à cet agent et l'État est indirectement solidairement responsable si, outre ces deux premières conditions, l'agent ou le fonctionnaire ainsi identifié a agi dans l'exercice de ses fonctions. À défaut, l'État n'est pas responsable.
- 49 La Commission estime, de surcroît, que, si le fonctionnaire s'est rendu coupable de dol ou d'une faute grave, la personne lésée doit prouver le dol ou la faute grave, conformément à l'article 10, paragraphe 2, de la loi 67/2007, parce que les critères généraux relatifs à la charge de la preuve sont à nouveau applicables dans ce cas.

- 50 Deuxièmement, si l'acte illicite a été accompli par un fonctionnaire qui a commis une faute légère, l'acte illicite est directement imputable à ce fonctionnaire ou à cet agent et la responsabilité de l'État est indirectement engagée, car aucun acte dont il serait l'auteur ne peut lui être reproché. Il est uniquement tenu pour responsable pour le fait d'autrui. Ici également, selon la Commission, l'engagement de la responsabilité suppose que l'agent ou le fonctionnaire ait agi dans l'exercice de sa fonction administrative et du fait de cet exercice. Si l'État démontre que l'agent n'a pas commis de faute, il n'est pas responsable.
- 51 En ce qui concerne la faute légère, la Commission fait valoir en substance que la présomption de faute peut être facilement renversée, par tous moyens, y compris par témoignages, dès lors que la faute est appréciée en fonction de la diligence d'un fonctionnaire moyen dont on n'attend pas qu'il résolve les imperfections du système administratif.
- 52 Troisièmement, si l'action ou l'omission revêt un caractère fonctionnel et que les dommages ne sont pas dus à un fonctionnaire ou à un agent déterminé, ou lorsqu'il est impossible d'attribuer l'action ou l'omission à un auteur quelconque, les dommages sont attribués à un fonctionnement anormal du service si, compte tenu des circonstances et des standards moyens, un autre comportement pouvait raisonnablement être exigé du service. Si ces conditions ne sont pas remplies, l'État n'est pas responsable.
- 53 La Commission estime, en substance, que la notion de fonctionnement anormal du service est, au moins en partie, un substitut à la faute, en ce qu'elle implique la vérification de la diligence requise directement du service public dans lequel s'est produit le fait préjudiciable.

- 54 Ainsi, en tout état de cause, selon la Commission, l'indemnisation de la victime est subordonnée, par la loi, à l'existence d'une faute du fonctionnaire dans l'accomplissement de l'acte illégal ou au fonctionnement anormal du service.
- 55 La Commission considère dès lors que la responsabilité civile de l'État n'est pas directe en vertu de la loi 67/2007, avant sa modification par la loi 31/2008, mais qu'elle dépend de l'existence d'une faute de la part des fonctionnaires ou des agents de l'entité administrative. Or, dans son arrêt de 2004, la Cour a déclaré que ce régime n'était pas conforme aux dispositions de la directive 89/665. En effet, tant la faute de l'agent ou du fonctionnaire que le fonctionnement anormal du service sont des notions étrangères à la directive 89/665.
- 56 Enfin, la Commission estime, en substance, que l'infraction est continue et qu'il n'y a été mis fin que par la loi 31/2008, la succession du décret-loi n° 48 051 et de la loi 67/2007 étant à cet égard sans incidence. Elle considère par ailleurs que la rétroactivité de la loi 31/2008 est également sans incidence, dès lors que c'est par l'adoption de cette loi, le 17 juillet 2008, qu'il a été mis fin au manquement et que seule cette date est à prendre en considération.

### *Appréciation du Tribunal*

#### Considérations liminaires

- 57 Il convient de rappeler que, aux termes de l'article 226 CE, lorsque la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu

du traité CE, elle émet un avis motivé après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice.

- 58 Il résulte d'une jurisprudence constante que la Commission n'a en effet pas le pouvoir de déterminer de manière définitive, par les avis formulés en vertu de l'article 226 CE ou par d'autres prises de position dans le cadre de cette procédure, les droits et obligations d'un État membre ou de lui donner des garanties concernant la compatibilité avec le traité d'un comportement déterminé et que, selon les articles 226 CE à 228 CE, la détermination des droits et obligations des États membres et le jugement de leur comportement ne peuvent résulter que d'un arrêt de la Cour (arrêts de la Cour du 27 mai 1981, *Essevi et Salengo*, 142/80 et 143/80, Rec. p. 1413, point 16, et du 22 février 2001, *Gomes Valente*, C-393/98, Rec. p. I-1327, point 18).
- 59 Par ailleurs, aux termes de l'article 228, paragraphe 2, CE, la Cour de justice, sur saisine de la Commission après que celle-ci a émis un avis motivé non suivi d'effet de la part de l'État membre concerné, peut infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte si elle reconnaît que l'État membre ne s'est pas conformé à son arrêt.
- 60 La procédure prévue à l'article 228, paragraphe 2, CE doit être considérée comme une procédure judiciaire spéciale d'exécution des arrêts, en d'autres termes, comme une voie d'exécution (arrêt de la Cour du 12 juillet 2005, *Commission/France*, C-304/02, Rec. p. I-6263, point 92).
- 61 Il y a toutefois lieu de constater que le traité CE n'établit pas les modalités d'exécution de l'arrêt que prononce la Cour à l'issue de cette nouvelle procédure, en particulier lorsqu'une astreinte est prononcée.

- 62 Néanmoins, dans la mesure où un arrêt de la Cour, rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 2, CE, condamne un État membre à payer à la Commission, sur le compte « Ressources propres de la Communauté européenne », une astreinte et où, en vertu de l'article 274 CE, la Commission exécute le budget, il appartient à celle-ci de recouvrer les sommes qui seraient dues au budget de l'Union en exécution de l'arrêt, conformément aux dispositions des règlements pris en exécution de l'article 279 CE.
- 63 Le traité CE ne prévoit cependant pas de disposition particulière quant au règlement des litiges qui surviendraient entre un État membre et la Commission à cette occasion.
- 64 Il s'ensuit que les voies de recours établies par le traité CE s'appliquent et que la décision par laquelle la Commission fixe le montant dû par l'État membre au titre de l'astreinte à laquelle il a été condamné est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation en vertu de l'article 230 CE.
- 65 Dès lors, le Tribunal est compétent pour connaître d'un tel recours, conformément aux dispositions de l'article 225, paragraphe 1, premier alinéa, CE.
- 66 Toutefois, dans l'exercice de cette compétence, le Tribunal ne saurait empiéter sur la compétence exclusive réservée à la Cour par les articles 226 CE et 228 CE.
- 67 Le Tribunal ne saurait ainsi se prononcer, dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur l'article 230 CE et dirigé contre une décision de la Commission relative à l'exécution d'un arrêt de la Cour rendu sur le fondement de l'article 228, paragraphe 2, CE, sur une question, relative à la méconnaissance par l'État membre des obligations

qui lui incombent en vertu du traité CE, qui n'aurait pas été préalablement tranchée par la Cour.

Sur le cas d'espèce

<sup>68</sup> Il convient de rappeler les termes de l'arrêt de 2008 :

- « 16. Au point 1 du dispositif de [l'arrêt de 2004], la Cour a jugé que, en n'abrogeant pas le décret-loi n° 48 051, la République portugaise avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, et 2, paragraphe 1, sous c), de la directive 89/665.
17. Dans le cadre de la présente procédure en manquement, afin de vérifier si la République portugaise a adopté les mesures que comporte l'exécution dudit arrêt, il importe de déterminer si le décret-loi n° 48 051 a été abrogé.
18. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la date de référence pour apprécier l'existence d'un manquement au titre de l'article 228 CE se situe à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé émis en vertu de cette disposition (arrêts du 12 juillet 2005, *Commission/France*, C-304/02, Rec. p. I-6263, point 30 ; du 18 juillet 2006, *Commission/Italie*, C-119/04, Rec. p. I-6885, point 27, et du 18 juillet 2007, *Commission/Allemagne*, C-503/04, Rec. p. I-6153, point 19).

19. En l'espèce, il est constant que, à la date à laquelle a expiré le délai imparti dans l'avis motivé qui lui a été adressé le 13 juillet 2005, la République portugaise n'avait pas encore abrogé le décret-loi n° 48 051.
  
20. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que, en n'ayant pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de l'arrêt [de 2004], la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.

[...]

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête :

1. En n'ayant pas abrogé le décret-loi n° 48 051, du 21 novembre 1967, subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol, la République portugaise n'a pas pris les mesures nécessaires que comporte l'exécution de [l'arrêt de 2004], et a manqué de ce fait aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 228, paragraphe 1, CE.
  
2. La République portugaise est condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte 'Ressources propres de la Communauté européenne', une astreinte de 19 392 euros par jour de retard dans la mise en œuvre des mesures nécessaires pour se conformer à [l'arrêt de 2004] à compter du prononcé du présent arrêt et jusqu'à l'exécution [dudit arrêt de 2004]. »

- 69 Il résulte expressément du dispositif de l'arrêt de 2008, lu à la lumière des motifs retenus par la Cour aux points 16 à 19, qu'il suffisait à la République portugaise d'abroger le décret-loi n° 48 051 pour se conformer à l'arrêt de 2004 et que l'astreinte serait due jusqu'à cette abrogation.
- 70 Or, il est constant que le décret-loi n° 48 051 a été abrogé par l'article 5 de la loi 67/2007, adoptée le 31 décembre 2007, publiée au *Diário da República* le même jour et entrée en vigueur le 30 janvier 2008.
- 71 Toutefois, dans la décision attaquée, la Commission a considéré, en substance, que la loi 67/2007 ne constituait pas une exécution adéquate de l'arrêt de 2004, que, en revanche, par la loi 31/2008, les autorités portugaises avaient donné exécution à cet arrêt et que, cette loi étant entrée en vigueur le 18 juillet 2008, la date à laquelle le manquement avait cessé était fixée au 18 juillet 2008. La Commission s'est dès lors refusée à fixer la fin du manquement à la date à laquelle le décret-loi n° 48 051 avait été abrogé par la loi 67/2007.
- 72 Partant, la Commission a méconnu le dispositif de l'arrêt de 2008. La décision attaquée doit par conséquent être annulée.
- 73 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'interprétation donnée à l'arrêt de 2004 par la Commission.
- 74 Certes, la Commission soutient que la Cour, en exigeant, dans ses arrêts de 2004 et de 2008, l'abrogation du décret-loi n° 48 051 « subordonnant l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol », n'a pas seulement exigé l'abrogation de ce décret-loi — ce qui, selon elle, aurait conduit

à un vide juridique et n'aurait pas constitué une transposition conforme de la directive 89/665 — mais qu'il y a lieu d'interpréter ces arrêts comme signifiant que la Cour a aussi jugé que le fait de subordonner l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol n'était pas conforme à la directive.

- 75 Elle considère que, par conséquent, le manquement persistait tant qu'existait en droit portugais une telle subordination de l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol.
- 76 La Commission estime qu'il lui appartenait par conséquent de tenir compte non de la date à laquelle le décret-loi a été abrogé, mais de la date à laquelle le législateur portugais a aboli la subordination de l'octroi de dommages-intérêts aux personnes lésées par une violation du droit communautaire des marchés publics ou des règles nationales le transposant à la preuve d'une faute ou d'un dol.
- 77 L'abrogation du décret-loi n° 48 051 n'ayant pas eu cet effet, le manquement était donc susceptible de persister, selon la Commission.
- 78 C'est ce qu'elle aurait constaté dans la décision attaquée, lorsqu'elle a considéré, en substance, que la loi 67/2007 ne constituait pas une exécution adéquate de l'arrêt de 2004, que, en revanche, par la loi 31/2008, les autorités portugaises avaient donné exécution à cet arrêt et que, cette loi étant entrée en vigueur le 18 juillet 2008, la date à laquelle le manquement avait cessé était fixée au 18 juillet 2008.

79 La Commission aurait ainsi eu non seulement la faculté, mais aussi l'obligation, de vérifier si le nouveau régime juridique mis en place à la suite de l'adoption de la loi 67/2007 constituait une transposition adéquate de la directive 89/665.

80 Cette thèse ne saurait toutefois être retenue.

81 En effet, dans le cadre de l'exécution d'un arrêt de la Cour infligeant une astreinte à un État membre, la Commission doit pouvoir apprécier les mesures adoptées par l'État membre pour se conformer à l'arrêt de la Cour afin, notamment, d'éviter que l'État membre qui a manqué à ses obligations ne se borne à prendre des mesures ayant en réalité le même contenu que celles ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour.

82 Toutefois, l'exercice de ce pouvoir d'appréciation ne saurait porter atteinte ni aux droits — et, en particulier, aux droits procéduraux — des États membres, tels qu'ils résultent de la procédure établie par l'article 226 CE, ni à la compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la conformité d'une législation nationale avec le droit communautaire.

83 Or, force est de constater que, ni dans le cadre de son arrêt de 2004, ni dans celui de son arrêt de 2008, la Cour ne s'est prononcée sur la conformité de la loi 67/2007 avec la directive 89/665.

84 En outre, il est constant que la loi 67/2007 a abrogé le décret-loi n° 48 051 et a introduit un nouveau système de responsabilité comportant des modifications substantielles par rapport au régime résultant du décret-loi n° 48 051.

- 85 La Commission elle-même reconnaît, dans la décision attaquée, que « la loi 67/2007 rend potentiellement moins difficile l'obtention de dommages-intérêts par les soumissionnaires lésés par un acte illicite du pouvoir adjudicateur » et, dans ses écritures, que le législateur portugais ne s'est pas contenté d'abroger le décret-loi n° 48 051, mais y a substitué, par cette loi, un nouveau régime juridique.
- 86 Par ailleurs, il résulte tant des discussions entre les parties avant l'adoption de la décision attaquée que des écritures de celles-ci dans le cadre de la présente affaire qu'elles ne s'accordent pas sur la conformité de la loi 67/2007 au droit communautaire.
- 87 Trancher une telle question reviendrait à apprécier la compatibilité de la loi 67/2007 avec le droit communautaire, ce qui requiert une analyse juridique complexe, qui va largement au-delà d'un contrôle de pure forme visant à déterminer si le décret-loi n° 48 051 a ou non été abrogé.
- 88 Or, la détermination des droits et obligations des États membres et le jugement de leur comportement ne peuvent résulter que d'un arrêt de la Cour au titre des articles 226 CE à 228 CE (voir point 58 ci-dessus).
- 89 Par conséquent, la Commission ne pouvait décider, dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de 2008, que la loi 67/2007 n'était pas conforme avec le droit communautaire, puis en tirer des conséquences pour le calcul de l'astreinte prononcée par la Cour.

Dans la mesure où elle estimait que le régime juridique introduit par la nouvelle loi ne constituait pas une transposition correcte de la directive 89/665, elle aurait dû déclencher la procédure prévue par l'article 226 CE.

- <sup>90</sup> À titre surabondant, le Tribunal relève que la thèse avancée par la Commission, qui consiste à soutenir qu'il convient de lui accorder une plus grande marge d'appréciation en ce qui concerne l'exécution d'un arrêt rendu par la Cour en application de l'article 228, paragraphe 2, CE, aurait pour conséquence que, à la suite de la contestation par un État membre devant le Tribunal d'une appréciation de la Commission allant au-delà des termes mêmes du dispositif de l'arrêt de la Cour, celui-ci serait inévitablement amené à se prononcer sur la conformité d'une législation nationale avec le droit communautaire. Or, une telle appréciation relève de la compétence exclusive de la Cour et non de celle du Tribunal.
- <sup>91</sup> Il découle de ce qui précède que la Commission n'était pas fondée à adopter la décision attaquée, qui doit, par conséquent, être annulée.

### **Sur les dépens**

- <sup>92</sup> Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant succombé, il y a lieu de la condamner aux dépens, conformément aux conclusions de la République portugaise.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (troisième chambre)

déclare et arrête :

- 1) **La décision C (2008) 7419 final de la Commission, du 25 novembre 2008, est annulée.**
  
- 2) **La Commission européenne est condamnée aux dépens.**

Azizi

Cremona

Frimodt Nielsen

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 29 mars 2011.

Signatures