

Les contrats de l'administration communautaire¹

par

Dominique RITLENG

Professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg
Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes

Que l'administration communautaire puisse, parallèlement à l'action normative unilatérale, recourir au procédé contractuel pour mener à bien ses missions, nul n'en doute. Les juristes de droit communautaire ont tous déjà vu passer, qui un arrêt traitant d'un contrat passé par une institution ou un organe communautaire, qui un texte en prévoyant la conclusion, voire ont déjà eu à connaître dans la pratique d'un tel contrat.

Pourtant, plusieurs signes pourraient laisser accroire que l'instrument contractuel n'a pas accédé à l'existence juridique au niveau communautaire.

Le pouvoir de contracter de la Communauté n'est pas directement consacré par les traités. Il existe certes quelques indices de l'existence de contrats communautaires, l'article 238 CE qui traite de la compétence de la Cour de justice en tant que juge du contrat, l'article 282 CE qui mentionne la possibilité pour la Communauté d'acquérir ou aliéner des biens immobiliers et mobiliers et l'article 288, alinéa 1 CE qui évoque la responsabilité contractuelle de la Communauté². Mais le contrat ne figure pas dans la nomenclature des actes communautaires de droit dérivé de l'article 249 CE.

La rareté des études relatives aux contrats de l'administration communautaire³ tranche avec le foisonnement des écrits consacrés aux contrats de l'administration en droit national et même au droit communautaire des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs nationaux.

¹ Contribution à « Droit Administratif Européen » (sous la direction de Jean-Bernard Auby et Jacqueline Dutheil de la Rochère), à paraître chez Bruylant

² Article 238 CE : « *La Cour de justice est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte* ». Article 282 CE : « *Dans chacun des États membres, la Communauté possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales; elle peut notamment acquérir ou aliéner des biens immobiliers et mobiliers et ester en justice. À cet effet, elle est représentée par la Commission* ». Article 288, alinéa 1 CE : « *La responsabilité contractuelle de la Communauté est régie par la loi applicable au contrat en cause* ».

³ On ne peut, à notre connaissance, guère citer que : S. Perez, *Autorité et contrat dans l'administration communautaire*, AEAP 1997, Vol. XX, p. 181 ; U. Stelkens, *Probleme des Europäischen Verwaltungsvertrags*

Ce relatif silence surprend d'autant plus que non seulement le phénomène contractuel communautaire existe mais que, comme dans les Etats membres, il revêt une importance et une diversité croissantes.

Les raisons qui peuvent être avancées sont pour partie communes au « *contractualisme* »⁴ qui a également cours dans les ordres juridiques nationaux, pour partie propres à l'ordre juridique communautaire.

Y contribue d'abord, à l'évidence, la contestation du « *modèle de l'administration autoritaire* »⁵ dont le pouvoir de décision unilatérale constitue l'expression. Ce modèle semble sans doute moins encore approprié à l'Union, entité non dotée de la souveraineté dont dérive le « *privilège de la décision exécutoire* »⁶.

La prédilection pour le procédé contractuel répond certainement aussi aux principes de la bonne gouvernance européenne que sont l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence⁷.

Le recours croissant au contrat s'explique enfin par les nouveaux usages qui en sont faits. Il ne s'agit plus seulement de pourvoir aux besoins de l'administration. De même que le contrat constitue, dans les Etats membres, un instrument privilégié de la décentralisation territoriale, de même il apparaît particulièrement adapté à l'exécution décentralisée du droit communautaire, dans la mesure où il assure une collaboration des différents niveaux, nationaux et communautaire, d'un système administratif moins organisé de façon hiérarchique qu'en réseau. A cet égard, il serait erroné de croire qu'acte unilatéral et contrat s'excluent. Bien au contraire, l'exécution du droit communautaire se traduit fréquemment par l'adoption en cascade de règlements, de décisions et de contrats⁸.

De cette pluralité des avantages que présente l'instrument contractuel découle la diversité des contrats dont le droit communautaire prévoit la conclusion. Diversité des parties contractantes d'abord : contrat passé par une institution ou un organe communautaire avec, bien sûr, un particulier ou une autorité nationale mais aussi avec un Etat tiers⁹, contrat passé par un

nach dem Vertrag zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft und dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, EZW 20005, p. 299 ; H. C. Hofmann, Agreements in EU Law, ELR 1/2007, à paraître.

⁴ Selon l'expression de L. Richer, Droit des contrats administratifs, 4^{ème} éd., LGDJ 2004, sp. 43 à 52.

⁵ J. M. Pontier, Introduction, AEAP 1997, Vol. XX, p. 13, sp. 14.

⁶ Pour reprendre la belle formule du doyen Vedel (voir G. Vedel et P. Delvolvé, Droit administratif, Tome 1, 12^{ème} éd., PUF 1992, sp. 233).

⁷ Voir sur ce point le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne, COM (2001) 428 final, sp. pt. 3. 1.

⁸ Pour un exemple de contrat conclu par la Commission en application d'une de ses décisions, elle-même adoptée conformément à un règlement du Conseil, voir CJCE, 10 juin 1999, **Comune di Montorio al Vomano**, C-334/97, Rec. I 3402 ; pour un contrat conclu par une autorité nationale en application d'une décision de la Commission adoptée conformément à des règlements du Conseil, voir CJCE, 10 octobre 1984, **Eurico**, 109/83, Rec. 3581.

⁹ Voir CJCE, 5 mai 1998, **Société Louis Dreyfus/Commission**, C-386/96 P, Rec. I 2309 : contrat de prêt entre la Communauté et l'Union soviétique.

organisme national¹⁰ ou un Etat tiers¹¹ aux fins d'application du droit communautaire, contrat conclu entre deux personnes privées¹² en exécution du droit communautaire. Variété de l'objet du contrat ensuite. Au-delà de pourvoir aux besoins de l'administration communautaire en agents, biens et services, le contrat sert aussi, notamment, à distribuer des aides¹³, voire à exécuter un arrêt condamnant la Communauté à verser des dommages et intérêts pour responsabilité extracontractuelle¹⁴. Le contrat peut même tendre à assurer l'exécution normative du droit communautaire, fixant les règles et procédures à suivre par le réseau européen d'administrations pour l'application du droit communautaire¹⁵.

Le champ est vaste. Mais tous les contrats dont la conclusion est prévue par le droit communautaire ne sauraient être regardés comme des contrats de l'administration communautaire strictement entendue. Seuls méritent cette qualification les contrats passés par une institution ou un organe communautaire ou, du moins, en leur nom et pour leur compte. Or cette dernière hypothèse demeure exceptionnelle¹⁶. Notamment, les contrats conclus par les autorités administratives nationales en application du droit communautaire sont considérés comme des contrats conclus pour leur propre compte¹⁷.

Tenter une présentation de ces contrats de l'administration communautaire s'annonce une tâche difficile. C'est que le droit communautaire ne régit pas les contrats de l'administration communautaire comme le droit d'un Etat membre fixe le régime des contrats conclus par son administration. C'est que le juge du contrat n'est en principe pas la juridiction communautaire. Rares sont donc les éléments de réponse apportés par les textes et la jurisprudence communautaires tant sur le régime juridique des contrats de l'administration communautaire (§ I) que sur leur contentieux (§ II).

¹⁰ Voir arrêt **Eurico** du 18 octobre 1984, précité.

¹¹ Voir TPI, 16 novembre 1994, **San Marco/Commission**, T-451/93, Rec. II 1061 : marché passé par un Etat ACP avec une entreprise financé par le Fonds européen de développement dans le cadre de la mise en œuvre de la deuxième convention ACP-CEE de Lomé.

¹² Voir CJCE, 26 mars 1998, **Petridi/Simou**, C-324/96, Rec. I 1333.

¹³ Ainsi, l'article 108 du Règlement n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (JOCE n° L 248 du 16 septembre 2002, p. 1) dispose, de manière générale, que les subventions font l'objet de conventions écrites. De même, l'article 27, § 2 du règlement n° 1260/99 du Conseil du 21 juin 1999 portant dispositions générales sur les Fonds structurels (JOCE n° L 161 du 26 juin 1999, p. 1) prévoit que les subventions globales font l'objet de contrats.

¹⁴ Voir CJCE, 9 octobre 2001, **Ernst-Otto Flemmer**, C-80 à 82/99, Rec. I 7211.

¹⁵ Ainsi l'article 15 du règlement n° 1239/95 de la Commission, du 31 mai 1995, établissant les règles d'exécution du règlement n° 2100/94 du Conseil en ce qui concerne la procédure devant l'Office communautaire des variétés végétales (JOCE n° L 121 du 1^{er} juin 1995, p. 37) prévoit la conclusion d'un accord entre l'Office communautaire des variétés végétales et l'office d'examen auquel serait confié l'examen technique des variétés végétales fixant les modalités de l'examen.

¹⁶ L'arrêt **Ernst-Otto Flemmer** du 9 octobre 2001 (précité) en offre une illustration, dans lequel était en cause un contrat d'indemnisation conclu par une autorité nationale au nom et pour le compte du Conseil et de la Commission.

¹⁷ Comme le rappellent les termes particulièrement nets de l'arrêt **Eurico** du 18 octobre 1984 (précité, sp. pts. 18 et 19).

§ I : Le régime juridique des contrats de l'administration communautaire

Le droit communautaire est peu bavard sur le régime juridique des contrats passés par l'administration communautaire. Les informations qu'il nous livre offrent difficilement prise à une systématisation d'ensemble, tant elles restent lacunaires. Le contrat passé par une institution ou un organe communautaire demeure en effet, sauf exception, pour l'essentiel régi par le droit national choisi d'un commun accord par les parties. Aussi le droit communautaire ne nous renseigne-t-il, encore qu'imparfaitement, que sur le titre de compétence contractuelle (A), les règles de détermination du droit applicable à un contrat (B) et le régime de certains contrats de l'administration communautaire (C).

A : La compétence pour conclure un contrat

La compétence pour conclure un contrat de l'administration communautaire ne peut être réglée que par le droit communautaire. Elle renvoie elle-même à deux questions : quand est ce que l'administration communautaire est habilitée à conclure un contrat ? Qui est compétent pour signer le contrat que l'administration communautaire est habilitée à conclure ?

La jurisprudence ne nous aide guère à y répondre car la compétence contractuelle de l'administration communautaire n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet de contestations contentieuses. Aussi en est-on, pour l'essentiel, réduit à risquer quelques conjectures tirées des textes et des règles et raisonnements classiques en matière d'attribution de compétences.

On ne saurait tirer de l'article 282 CE un titre juridique général autorisant la Communauté à conclure des contrats. Bien sûr, la compétence pour contracter présuppose la détention de la « *capacité juridique* », mais celle-ci ne suffit pas. Pour que la Communauté puisse valablement contracter dans tel ou tel domaine, encore faut-il qu'une base juridique l'y autorise.

Si l'on ne trouve pas dans les traités, du moins sous une forme explicite, de telles habilitations à contracter, bien souvent les actes communautaires de droit dérivé prévoient expressément leur application par la voie contractuelle. Nombreux sont ainsi les arrêts qui mentionnent que le contrat litigieux a été pris sur la base d'un règlement¹⁸ ou d'une décision¹⁹

¹⁸ Voir par exemple, CJCE, 23 janvier 1986, **Centrale Marketinggesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft**, 251/84, Rec. 217, sp. pts. 1 et 2 ; CJCE, 21 février 2002, **Nea Energeiaki Technologia**, C-416/98, Rec. I 1759, pt. 3 ; CJCE, 8 avril 1992, **Feilhauer**, C-209/90, Rec. I 2613, sp. pt. 2 ; CJCE, 11 février 1993, **Cebag/Commission**, C-142/91, Rec. I 553, sp. pt. 11 ; CJCE, 27 avril 1999, **SNUA**, C-69/97, Rec. I 2363, sp. pt. 2.

¹⁹ Voir par exemple, CJCE, 16 janvier 2001, **Commission/TVR**, C-40/98, Rec. I 307, sp. pt. 2 ; TPI, 16 mai 2001, **Toditec**, T-68/99, Rec. II 1443, sp. pt. 3 ; CJCE, 24 février 2005, **Commission/Implants**, C-279/03, np,

communautaires. Il peut arriver aussi que l'habilitation textuelle à agir n'impose pas de forme déterminée d'actes ; dans ce cas, il convient d'admettre que l'administration communautaire puisse, *a majore ad minus*, user du procédé contractuel.

Quant à la détermination de l'institution ou de l'organe habilité à engager contractuellement la Communauté, il s'agit en principe de la Commission. L'article 282 CE confie à celle-ci le soin de représenter la Communauté dans l'exercice de sa capacité juridique interne et, de fait, la jurisprudence rappelle fréquemment que le contrat en cause a été conclu par la Communauté représentée par la Commission²⁰.

Ce monopole de représentation n'est cependant pas absolu. En application de l'article 274, alinéa 2 CE selon lequel « *chaque institution participe à l'exécution de ses dépenses propres* » suivant des modalités qu'il appartient au règlement financier de prévoir, l'article 50 du règlement financier²¹ énonce que « *la Commission reconnaît aux autres institutions les pouvoirs nécessaires à l'exécution des sections du budget qui les concernent* ». La doctrine²² en déduit le pouvoir de chaque institution de conclure elle-même au nom de la Communauté les contrats lorsque sont en cause ses propres dépenses. Le fondement d'un tel pouvoir de contracter réside, à notre sens, également dans le pouvoir d'auto-organisation dont dispose chaque institution, qui l'habilite à prendre, dans la sphère de son autonomie interne, toutes les mesures nécessaires à son bon fonctionnement et qui, partant, leur permet, dans la limite évidemment des crédits budgétaires qui leur ont été alloués, de pourvoir à leurs besoins par la conclusion de marchés de travaux, fournitures et services et de procéder au recrutement de personnels contractuels.

Par ailleurs, la Commission peut également déléguer le pouvoir de contracter notamment à des agences européennes. Cette faculté de délégation est prévue par l'article 54 du règlement financier qui reconnaît à la Commission la possibilité de leur « *confier des tâches d'exécution budgétaires* ». Ces agences sont essentiellement de deux types : les agences communautaires, organismes de droit public européen créés par un acte communautaire de droit dérivé pour remplir une tâche technique, scientifique ou de gestion bien spécifique ; les agences exécutives, organismes institués en application du règlement n° 58/2003 du Conseil du 19

sp. pt. 2 ; TPI, 15 mars 2005, **GEF/Commission**, T-29/02, Rec. II 835, sp. pts. 2 à 4 ; CJCE, 12 mai 2005, **Commission/Huhtamaki Dourdan**, C-315/03, np, sp. pt. 2.

²⁰ Voir par exemple, CJCE, 5 mars 1991, **Grifoni**, C-330/88, Rec. I 1045, sp. pt. 1 ; CJCE, 3 décembre 1998, **Commission/Iraco**, C-337/96, Rec. I 7943, sp. pt. 3 ; arrêt **SNUA** du 27 avril 1999, précité, sp. pt. 2 ; arrêt **Comune di Montorio al Vomano** du 10 juin 1999, précité, sp. pt. 2 ; CJCE, 2 octobre 2001, **SIVU**, C-172/97, Rec. I 6699, sp. pt. 2 ; arrêt **Nea Energeiaki Technologia** du 21 février 2002, précité, sp. pt. 3 ; CJCE, 24 février 2005, **Commission/Implants Ltd**, C-279/03, Rec. I 16, sp. pt. 2 ; arrêt **GEF/Commission** du 15 mars 2005, précité, sp. pt. 1.

²¹ Règlement n° 1605/2002, précité.

²² Voir en ce sens, N. Macken, Article 282, *in* Ph. Léger (sous la direction de), Commentaire article par article des traités UE et CE, Bruylant 2000, sp. 1843 ; Ph. Manin, article 211 CEE, *in* V. Constantinesco, J. P. Jacqué, R. Kovar et D. Simon (sous la direction de), Traité instituant la CEE, Commentaire article par article, Economica 1992, sp. 1304.

décembre 2002²³, pour une durée déterminée en vue de certaines tâches relatives à la gestion d'un ou plusieurs programmes communautaires.

Ces agences étant dotées de la personnalité juridique, elles peuvent, en outre, conclure des contrats pour leur propre compte, aux fins d'exécution de leur budget de fonctionnement propre. Du reste, on retrouve fréquemment dans les actes les instituant des dispositions qui, à l'instar de l'article 282 CE pour la Communauté, leur reconnaissent dans des termes très similaires la capacité juridique interne²⁴. La même observation vaut pour les autres organes communautaires possédant la personnalité morale, tels que la Banque européenne d'investissement et la Banque centrale européenne²⁵.

B : La détermination du droit applicable à un contrat

Un contrat passé par l'administration communautaire sera soumis au droit national choisi par les parties ou, plus rarement, au droit communautaire. S'il est soumis au droit national, il pourra, le cas échéant, être régi par le droit public ou le droit privé.

1) Droit communautaire ou droit national

a) Le choix des parties

En principe, "*la loi applicable au contrat*"²⁶ est celle qui a été désignée par les parties d'un commun accord. De telles stipulations contractuelles "*exprimant la commune volonté des parties doivent primer sur tout autre critère utilisable seulement dans le silence du contrat*"²⁷.

Les parties peuvent ainsi convenir de la soumission du contrat à une loi nationale. C'est l'hypothèse la plus fréquente. Certains documents généraux comme le 'Cahier des conditions générales applicables aux marchés de fournitures courantes' placent ainsi les contrats qu'ils

²³ Règlement (CE) n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires, JOCE n° L 11 du 16 janvier 2003, p. 1.

²⁴ Pour ne citer que quelques exemples voir d'abord article 4, § 2 du règlement n° 58/2003, précité : « *L'agence exécutive a la personnalité juridique. Elle jouit dans tout État membre de la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales. Elle peut notamment acquérir ou aliéner des biens mobiliers et immobiliers et ester en justice* » ; voir aussi, article 71 du règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments (JOUE n° L 136 du 30 avril 2004, p. 1) : « *L'Agence a la personnalité juridique. Dans tous les États membres, elle possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par la législation nationale. Elle peut notamment acquérir ou aliéner des biens mobiliers et immobiliers et ester en justice* ».

²⁵ L'article 9. 1 du Protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne dispose ainsi : « *La BCE qui, en vertu de l'article 107, paragraphe 2, du traité, est dotée de la personnalité juridique, jouit, dans chacun des États membres, de la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par la législation nationale ; la BCE peut notamment acquérir ou aliéner des biens mobiliers et immobiliers et ester en justice* ».

²⁶ Pour reprendre les termes de l'article 288, alinéa 1 CE.

²⁷ CJCE, 26 novembre 1985, **CODEMI**, 318/81, Rec. 3706, sp. pt. 21.

visent sous l'emprise de la loi nationale²⁸. L'observation de la pratique révèle que, pour de simples contrats d'achat, les parties semblent privilégier le droit de l'Etat membre dans lequel l'institution ou l'organe communautaire a son siège et qu'elles retiennent plutôt le droit national du lieu d'exécution de la prestation pour les autres contrats²⁹. Les parties peuvent même convenir de l'applicabilité de plusieurs droits nationaux au contrat. Ainsi, le contrat d'assurance des biens mobiliers et immobiliers du Parlement a été soumis au droit du lieu où l'immeuble assuré est situé, à savoir, selon le cas, le droit luxembourgeois, le droit belge ou le droit français³⁰.

Le fait que la Cour de justice ait été désignée par les parties, dans une clause compromissoire insérée dans le contrat, comme le for compétent, n'est aucunement incompatible avec le choix d'un droit national comme droit applicable à ce contrat. La Cour de justice peut ainsi être amenée à appliquer le droit d'un Etat membre³¹.

Les parties peuvent-elles également convenir de la soumission d'un contrat au droit communautaire ? Rien juridiquement ne s'y oppose. La notion de "*loi applicable au contrat*" au sens de l'article 288, alinéa 1 CE ne saurait être entendue comme ne visant que les droits nationaux. Mais semblable éventualité paraît devoir rester largement théorique. Il n'existe pas, en effet, un droit communautaire qui serait applicable à tous les contrats conclus par l'administration communautaire³² et qui en proposerait un régime juridique d'ensemble, comme il existe en France un droit administratif et un droit civil des contrats. Aussi le renvoi par les parties au droit communautaire ne pourrait-il tout au plus être qu'une référence à des principes généraux communs aux droits des Etats membres³³ largement indéterminés. De fait, la

²⁸ Voir CJCE, 13 novembre 1986, **Fadex/Commission**, 220/85, Rec. 3387, sp. pt. 10.

²⁹ Voir en ce sens, U. Stelkens, art. précité, sp. 301.

Mais ce n'est pas systématique : pour un exemple de soumission au droit belge de deux marchés de travaux publics ayant pour objet la construction de bâtiments situés en Italie, voir arrêt **CODEMI**, précité, sp. pts. 18 à 22.

³⁰ Voir CJCE, 16 juin 2005, **Parlement/Royal & Sun Alliance Insurance**, C-123/02, sp. pt. 6.

³¹ Pour des exemples d'application du droit belge, *ibid.* ; 6 décembre 1989, **Mulfinger**, 249/87, Rec. 4127, sp. pt. 2 ; CJCE, 1^{er} juin 1995, **Heidernij Advies**, C-42/94, Rec. I 1417, sp. pt. 16 ; TPI, 15 mars 2005, **GEF/Commission**, T-29/02, Rec. II 835, sp. pt. 24 ; du droit allemand, arrêt **Feilhauer** du 8 avril 1992, précité, sp. pts. 3 et 15s. ; CJCE, 17 février 2000, **Van Balkorn**, C-156/97, Rec. I 1095, sp. pt. 10 ; du droit français, arrêt **SIVU** du 2 octobre 2001, précité, sp. pt. 5 ; TPI, 15 janvier 2003, **IDATE/Commission**, T-171/01, Rec. II 63 ; arrêt **Commission/Huhtamaki Dourdan** du 12 mai 2005, précité, sp. pt. 3 ; du droit italien, CJCE, 7 décembre 1976, **Pellegrini**, 23/76, Rec. 1807, sp. pt. 17 ; CJCE, 1^{er} juillet 1982, **Porta**, 109/81, Rec. 2469, sp. pt. 1 ; CJCE, 6 avril 1995, **Bauer**, C-299/93, Rec. I 839, sp. pt. 11 ; arrêt **Comune di Montorio al Vomano** du 10 juin 1999, précité, sp. pt. 5 ; du droit britannique, arrêt **Commission/Irac** du 3 décembre 1998, précité, sp. pt. 10 ; du droit hellénique, arrêt **Nea Energieiaki Technologia** du 21 février 2002, précité, sp. pt. 11.

³² Si les parties en décident ainsi et sous réserve d'une réglementation spécifique applicable à un type particulier de contrats.

³³ Voir en ce sens, M. et D. Waelbroeck, article 181 CEE, *in* Commentaire Mégret – Le droit de la CEE, Vol. 10 : La Cour de justice – les actes des institutions, 2^{ème} éd. , ULB 1993, sp. 379.

Encore l'arrêt **Ernst-Otto Flemmer** affirme-t-il que l'article 288, alinéa 1 CE "*renvoie, pour la loi applicable au contrat, aux droits propres des Etats membres et non pas aux principes généraux communs aux droits des Etats membres*" (arrêt du 9 octobre 2001, précité, sp. pt. 54). Mais cette solution ne semble pas exclure totalement toute référence à des principes généraux communs aux droits des Etats membres, tant elle paraît avoir été commandée

résolution sur la base du droit communautaire d'un litige contractuel de la Communauté ne résulte pas la plupart du temps d'une commune volonté des parties.

L'autonomie de la volonté des parties pour choisir le droit applicable n'est pas, en effet, illimitée. S'il existe une réglementation communautaire spécifique à un type particulier de contrats, elle s'impose aux parties qui ne sauraient prétendre y déroger. Et s'il était avéré que le choix discrétionnaire d'un droit national a été effectué en vue d'échapper à l'application des règles communautaires pertinentes, la décision de conclure le contrat en cause serait entachée d'un détournement de pouvoir³⁴.

Ainsi du Régime applicable aux autres agents des Communautés européennes (RAA) annexé au Statut des fonctionnaires des Communautés européennes³⁵ qui détermine le contenu des obligations conventionnelles liant les agents contractuels communautaires et leur employeur. Ainsi encore des contrats de fournitures de l'aide alimentaire soumis au règlement n° 2200/87 de la Commission, du 8 juillet 1987, portant modalités générales de mobilisation dans la Communauté de produits à fournir au titre de l'aide alimentaire communautaire³⁶.

Le libre choix du droit national applicable ne retrouve place, le cas échéant, qu'au cas où le droit communautaire ne réglerait que certains aspects du régime juridique du contrat en cause. Notamment si la passation des marchés de travaux, de fournitures et de services conclus par les institutions communautaires fait l'objet de dispositions de droit dérivé spécifiques³⁷, rien n'empêche les parties de soumettre le contenu même de tels contrats à une loi nationale³⁸.

En tout état de cause, les stipulations d'un contrat communautaire et, le cas échéant, les dispositions du droit national applicable doivent être interprétées à la lumière des dispositions communautaires pertinentes et/ou des principes généraux communs aux droits des Etats membres. Ainsi, pour déterminer si un contrat souscrit entre la Commission et une compagnie

par les circonstances tout à fait particulières de l'espèce : il s'agissait de contrats adoptés pour la mise en œuvre d'une réglementation communautaire par les autorités nationales, certes au nom et pour le compte de la Commission, qui ne comportaient pas de clause précisant le droit applicable et qui ressortissaient à la compétence du juge national.

³⁴ Voir CJCE, 20 juin 1985, **Klein**, 123/84, Rec. 1907, sp. pt. 24 ; arrêt **Mulfinger** du 6 décembre 1989, précité, sp. pt. 15.

³⁵ Tels que fixés par le règlement n° 259/68 du Conseil du 29 février 1968 (JOCE n° 56 du 4 mars 1968), plusieurs fois modifié depuis.

³⁶ Voir CJCE, 11 février 1993, **Cebag/Commission**, C-142/91, Rec. I 553.

³⁷ Voir le titre V du règlement financier (précité), complété par le règlement d'exécution de la Commission (voir le titre V du règlement n° 2342/2002 du 23 décembre 2002, JOCE n° L 357 du 31 décembre 2002, p. 1), tel que modifié en dernier lieu par le règlement n° 1248/2006 de la Commission du 7 août 2006, JOUE n° L 227 du 19 août 2006, p. 3.

Pour des illustrations de contrôle du respect de ces prescriptions réglementaires, on peut se reporter à l'arrêt **Grifoni** du 5 mars 1991, précité ; TPI, 8 mai 1996, **Aida Interim SA**, T-19/95, Rec. II 321.

³⁸ Voir par exemple, arrêt **Pellegrini** du 7 décembre 1976, précité, sp. pts. 17 à 22 : soumission d'un marché de prestation de services au droit italien ; arrêt **CODEMI** du 26 novembre 1985, précité, sp. pts. 18 à 22 : soumission de deux marchés de travaux publics au droit belge ; arrêt **Heidemij Advies** du 1^{er} juin 1995, précité : soumission d'un marché de travaux publics au droit belge ; CJCE, 10 avril 2003, **Parlement/SERS et Ville de Strasbourg**, C-167/99, Rec. I 3269, sp. pt. 12 : marché de travaux publics soumis au droit français.

d'assurances dont l'objet était de garantir les conséquences pécuniaires des obligations statutaires que les Communautés assument au profit de leurs fonctionnaires, couvrait la prise en charge de l'indemnisation des ayants droit d'un fonctionnaire décédé accidentellement³⁹ ou d'un fonctionnaire atteint d'une maladie professionnelle⁴⁰, l'interprétation de ses stipulations a été effectuée à la lumière du statut des fonctionnaires. De même, les clauses d'un contrat visant à promouvoir, par un soutien financier, des projets de démonstration et des projets pilotes industriels dans le domaine de l'énergie, régi par le droit italien, ont été interprétées à la lumière du règlement communautaire au titre duquel ce contrat avait été conclu⁴¹.

b) La détermination par le juge du contrat du droit applicable

En l'absence de détermination par les parties du droit applicable au contrat ou d'une réglementation communautaire qui régirait le contrat en cause, il appartient à la juridiction saisie de déterminer la loi applicable.

La Cour a toutefois précisé que la référence faite par l'article 288, alinéa 1 CE à "*la loi applicable au contrat*" renvoie "*aux droits propres aux Etats membres et non pas aux principes généraux communs aux droits des Etats membres*", l'application des règles nationales ne devant toutefois porter atteinte à la portée et à l'efficacité du droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci⁴².

Pour identifier le droit national applicable, le juge national compétent appliquera ses règles habituelles de conflits de lois. Une opinion doctrinale a néanmoins soutenu que la notion de "*loi applicable au contrat*" serait une notion de droit communautaire, en sorte qu'il appartiendrait à la Cour de justice, saisie par la voie préjudicielle, de préciser le mode de détermination de la loi applicable⁴³.

Si la Cour de justice est le juge du contrat, il lui appartiendra d'élaborer un système de droit international privé. La doctrine s'accorde pour considérer qu'à cet effet, elle devrait s'inspirer des principes généraux communs aux droits des Etats membres en appliquant, le cas échéant, les critères de rattachement retenus par la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁴⁴.

³⁹ Voir CJCE, 22 septembre 1983, **Commission/Royale belge**, 23/81, Rec. 2685, sp. pts. 3 et 25.

⁴⁰ Voir CJCE, 20 juin 1985, **Commission/Royale belge**, 118/84, Rec. 1889.

⁴¹ Voir arrêt **SNUA** du 27 avril 1999, précité, sp. pts. 18 à 21.

⁴² Il y a lieu néanmoins d'ajouter que les considérations selon lesquelles le juge national était le juge du contrat compétent et que les contrats en cause avaient été adoptés par les autorités nationales, même si au nom et pour le compte de la Commission, n'ont, semble-t-il, pas été sans incidence sur cette solution (arrêt **Ernst-Otto Flemmer** du 9 octobre 1001, précité, sp. pts. 53 à 57).

⁴³ Voir L. Goffin, article 215, alinéa 1 CEE, *in* V. Constantinesco, J. P. Jacqué, R. Kovar et D. Simon (sous la direction de), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Economica 1992, sp. 1325-1326.

⁴⁴ Voir en ce sens, P. Roseren, Article 288, *in* Ph. Léger (sous la direction de), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant 2000, sp. 1856 ; L. Goffin, *op.cit.*, sp. 1326 ; M et D. Waelbroeck, *op. cit.*, sp. 378-379.

2) Droit public ou droit privé

Le droit applicable au contrat conclu par l'administration communautaire peut-il être de droit public ou de droit privé ?

La réponse nous est donnée sans ambiguïté par l'article 238 CE qui évoque "*les contrats de droit public ou de droit privé passés par la Communauté ou pour son compte*".

Cette question, qui n'est autre que celle de la nature publique ou privée des contrats conclus par la Communauté, n'a, cependant, *a priori* de sens que si la loi applicable au contrat est le droit d'un Etat membre. La distinction entre droit public et droit privé est étrangère au droit communautaire. Il faut en effet mettre à part l'hypothèse très particulière et ancienne des contrats d'emploi des agents de la Communauté durant la période préstatutaire (1952-1956). Après avoir relevé qu'un contrat de ce type relevait du droit communautaire, la Cour l'avait qualifié de "*contrat de droit public*", aux motifs qu'il s'agissait d'un "*contrat concernant l'entrée en service auprès d'une autorité publique, service dans lequel le requérant était appelé à exercer des fonctions de droit public et (que) le contrat renvoyait à un règlement intérieur établi par cette autorité*"⁴⁵.

En revanche, si le contrat est soumis au droit d'un Etat membre, la détermination de sa nature commandera le régime juridique auquel il est soumis dans le cas où le droit national applicable connaît la distinction entre droit public et droit privé. Dans cette hypothèse, il reste néanmoins à déterminer si, aux fins de qualification du contrat conclu par l'administration communautaire, il convient de retenir les mêmes critères que ceux applicables aux contrats conclus par l'administration nationale ; si, en d'autres termes, le contrat passé par une institution ou un organe de la Communauté est automatiquement de droit public dans le cas où le même contrat conclu par une autorité étatique nationale l'aurait été. Une partie de la doctrine incline à conclure en ce sens en prenant appui à la fois sur la formulation de l'article 238 CE et sur l'octroi par l'article 282 CE à la Communauté dans chacun des Etats membres de "*la capacité la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales*"⁴⁶. Si l'on prend l'exemple du droit administratif français, cela signifierait qu'à partir du moment où la Communauté peut être vue comme une personne morale de droit public, les contrats communautaires seraient de droit public dès lors qu'ils contiennent une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun ou qu'ils ont un objet de service public. Mais peut-on sans hésitation considérer notamment le critère du service public comme satisfait, alors que le contrat a pour objet le service public communautaire ? Cela reviendrait à estimer que la

⁴⁵ CJCE, 19 juillet 1955, **Kergall**, 1/55, Rec. 9, sp. 23.

⁴⁶ Voir Hatjes, Artikel 282 EG, in H. Von der Groeben, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2004, p. 1269, sp. pt. 34.

Communauté est habilitée, pour l'exécution du droit communautaire, à utiliser les moyens que le droit administratif national met à la disposition de ses autorités pour l'exécution de leurs tâches administratives. Certains auteurs le contestent. Ils considèrent que le contrat ne peut être administratif qu'en raison du fait que le cocontractant de la Communauté est une administration nationale⁴⁷.

La rareté des occurrences jurisprudentielles ne permet pas de trancher avec certitude la question. Néanmoins, dans une affaire où était en cause un contrat conclu entre le Parlement européen, la Société d'équipement et d'aménagement de la région de Strasbourg (SERS) et la ville de Strasbourg, par lequel la SERS s'était engagée à édifier un nouvel immeuble, l'IPE IV, au profit du Parlement sur un terrain cédé à cette fin par la ville, contrat soumis par les parties à la loi française, la Cour l'a implicitement considéré comme un contrat administratif, dans la mesure où, pour en préciser le régime juridique, elle s'est référée à la jurisprudence du Conseil d'Etat français⁴⁸. C'est donc qu'elle a vu dans ce contrat un marché de travaux publics⁴⁹ par application de la définition classique⁵⁰, selon laquelle constitue un travail public tout travail immobilier effectué pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale.

C : Le contenu du droit communautaire applicable
aux contrats de l'administration communautaire

L'activité des institutions, comme celle des Etats membres, est soumise aux règles et principes découlant du traité. Il en va ainsi de leur activité contractuelle comme de leur activité normative⁵¹. Concernant les contrats conclus par les Etats membres, la Cour a en particulier jugé que "*les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en particulier*" imposent au pouvoir adjudicateur une obligation de transparence "*qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication*"⁵². Même si la Cour n'a pas encore eu l'occasion de le dire, il n'y a aucune raison qu'il en aille différemment quand l'entité adjudicatrice est une institution ou un

⁴⁷ Voir U. Stelkens, op. cit. , sp. 301.

⁴⁸ Voir arrêt **Parlement européen/SERS et ville de Strasbourg** du 10 avril 2003, précité, sp. pt. 113.

⁴⁹ On rappellera qu'il découle de la loi du 28 pluviôse An VIII que les marchés de travaux publics présentent le caractère de contrats administratifs.

⁵⁰ Etablie depuis CE, 10 juin 1921, **Commune de Monségur**, S. 1921, III, p. 49, note Hauriou.

⁵¹ Pour la soumission de l'activité contractuelle étatique aux règles du traité, voir CJCE, 18 juin 1985, **Steinhauser**, 197/84, Rec. 1819 : s'agissant d'un contrat d'occupation du domaine public ; CJCE, Ord. , 3 décembre 2001, **Vestergaard**, C-59/00, Rec. I 9507 : s'agissant d'un marché public d'un montant inférieur aux seuils prévus par les directives pertinentes.

⁵² CJCE, 7 décembre 2000, **Telaustria**, C-324/98, Rec. I 10770 ; AJDA 2001, p. 106, note L. Richer.

organe communautaire⁵³. Ces règles et principes découlant du traité sont cependant loin de pouvoir constituer un droit ou une réglementation communautaire générale des contrats de l'administration communautaire qui pourrait être désigné par les parties comme la loi applicable au contrat.

Il existe en revanche des réglementations communautaires spécifiques à certains contrats de l'administration communautaire. Leur respect s'impose aux parties à ces contrats, seule leur incomplétude laissant place à l'application du droit national.

Sans aucunement prétendre à l'exhaustivité, il convient en premier lieu d'évoquer le RAA. Les contrats des agents temporaires et auxiliaires des Communautés européennes sont régis par le RAA⁵⁴, qui contient des dispositions détaillées, notamment sur les conditions d'engagement et de travail, sur la rémunération et le remboursement des frais et sur la sécurité sociale. En revanche, même si les agents locaux entrent dans le champ d'application du RAA, celui-ci ne contient que des dispositions extrêmement brèves sur le contenu de leurs contrats, si bien que ces contrats relèvent de la loi nationale désignée d'un commun accord⁵⁵. Par ailleurs, rien n'interdit à la Communauté d'engager des personnes, par contrat de travail ou de prestation de services, en dehors du cadre réglementaire résultant du RAA et, donc, de soumettre ces contrats, au droit national⁵⁶.

Mérite en second lieu la mention le titre VI du règlement financier⁵⁷ complété par le titre VI de son règlement d'exécution⁵⁸ qui précisent les principes et la procédure d'octroi, les modalités d'exécution des contrats de subvention conclus par les Communautés.

Doivent enfin être évoqués les marchés immobiliers, de travaux, de fournitures et de services conclus par les institutions communautaires. Si le droit communautaire ne dit rien de leur contenu, leur passation a toujours été strictement réglementée. A cet effet, a longtemps été prévue l'applicabilité des directives portant coordination des procédures nationales de passation des marchés publics⁵⁹. Aussi trouve-t-on plusieurs arrêts dans lesquels a été vérifiée la

⁵³ Sur la soumission des contrats de l'administration communautaire au principe d'égalité de traitement, voir TPI, 6 juillet 2000, **AICS/Parlement**, T-139/99, Rec. II 2849, sp. pts. 47 à 54 ; TPI, 17 mars 2005, **AFcon Management Consultants**, T-160/03, Rec. II 981, sp. pt. 74 ; voir aussi P. Cassia, Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement, RTDE 2002, p. 413, sp. 418-419.

⁵⁴ Pour un rappel, voir CJCE, 1^{er} avril 1987, **Dufay**, 257/85, Rec. 1561, sp. pts. 12 et 13.

⁵⁵ En principe, il s'agira de la réglementation du lieu de travail comme le précise l'article 79 RAA et comme l'a rappelé la Cour (voir CJCE, 11 juillet 1985, **Maag**, 43/84, Rec. 2581, sp. pt. 7 ; CJCE, 9 novembre 2000, **Vitari**, C-126/99, Rec. I 9425).

⁵⁶ Voir arrêt **Klein** du 20 juin 1985, précité : recrutement d'un médecin vacataire recruté par contrat soumis à la loi belge ; arrêt **Mulfinger** du 6 décembre 1989, précité : recrutement de professeur de langues par contrats soumis au droit belge ; arrêt **Maag**, précité : recrutement d'interprètes 'free-lance'.

⁵⁷ Règlement n° 1605/2002, précité.

⁵⁸ Règlement n° 2342/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 établissant les modalités d'exécution du règlement n° 1605/2002, JOCE n° L 357 du 31 décembre 2002, p. 1. Ce règlement a été modifié en dernier lieu par le règlement n° 1248/2006 de la Commission du 7 août 2006, JOUE n° L 227 du 19 août 2006, p. 3.

⁵⁹ Ainsi, l'article 56 du règlement financier du 21 décembre 1977 applicable au budget général des Communautés européennes (JOCE n° L 356 du 31 décembre 1977, p. 1), tel que modifié par le règlement n° 2333/95 du 18

compatibilité de la procédure de passation d'un marché suivie par une institution avec les prescriptions de ces directives⁶⁰. Aujourd'hui, si l'objectif affiché est toujours d'imposer à l'administration communautaire qui envisagerait de conclure un marché le respect des règles contenues dans les directives marchés publics⁶¹, la voie suivie à cette fin est autre. Plutôt que de prévoir l'applicabilité de ces directives, la reprise de leurs dispositions a été privilégiée⁶². Comme le Tribunal l'a souligné, les dispositions du titre V de l'actuel règlement financier complété par le titre V de son règlement d'exécution "*s'inspirent*" de celles prévues par les directives communautaires en matière de marchés publics⁶³.

§ II : Le contentieux des contrats de l'administration communautaire

Beaucoup d'interrogations subsistent sur le contentieux des contrats de l'administration communautaire. Là encore, les textes sont peu diserts, la jurisprudence rare, partielle et lacunaire. Difficile dans ces conditions d'en faire une présentation précise et complète. De la synthèse des éléments épars qui ont pu être rassemblés, quelques indications peuvent néanmoins être données qui portent sur la juridiction compétente et sur les pouvoirs du juge communautaire du contrat.

A : La juridiction compétente

Le contentieux de l'opération contractuelle communautaire est un contentieux de nature complexe qui, comme en droit administratif français, fait intervenir plusieurs juges.

septembre 1995 (JOCE n° L 240 du 7 octobre 1995, p. 1) disposait : "*Lors de la passation de marchés dont le montant atteint ou dépasse les seuils prévus par les directives du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services, chaque institution doit se conformer aux mêmes obligations que celles qui incombent aux entités des Etats membres en vertu de ces directives*". De manière encore plus précise, l'article 126 du règlement n° 3418/93 de la Commission du 9 décembre 1993 portant modalités d'exécution de certaines dispositions du règlement financier (JOCE n° L 315 du , p. 1) énonçait : "*Les directives du Conseil en matière de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, sont applicables lors de la passation des marchés par les institutions, dès que le montant des marchés en question égale ou dépasse les seuils fixés par ces directives*".

⁶⁰ Pour un contrôle du respect des prescriptions de la directive 'services' n° 92/50, voir par exemple, arrêt **Adia Interim** du 8 mai 1996, précité; TPI, 17 décembre 1998, **Embassy Limousines**, T-203/96, Rec. II 4239 ; TPI, 6 juillet 2000, **AICS/Parlement**, T-139/99, Rec. II 2849 ; TPI, 26 février 2002, **Esedra**, T-169/00, Rec. II 2951. Pour un contrôle du respect des prescriptions de la directive 'travaux' n° 93/37, voir par exemple, TPI, 25 février 2003, **Strabag Benelux**, T-183/00, Rec. II 135 ; TPI, 25 février 2003, **Renco**, T-4/01, Rec. II 171.

⁶¹ Comme le rappelle le considérant 24 du règlement n° 1605/2002 (précité), "*en ce qui concerne les marchés publics passés par les institutions des Communautés pour leur propre compte, il y a lieu de prévoir que les règles contenues dans les directives du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de services et de fournitures s'appliquent*".

⁶² Le considérant n° 25 du règlement n° 2342/2002 (précité) énonce qu' "*en matière de marchés publics, le choix a été fait d'insérer dans le présent règlement les dispositions des directives (...) relatives aux procédures de passation des marchés publics de services, de fournitures et de travaux*".

⁶³ TPI, 6 juillet 2005, **TQ3 Travel Solutions Belgium/Commission**, T-148/04, Rec. II 2627, sp. pt. 1.

On soulignera néanmoins d'emblée que, bien que les marchés publics conclus par la Communauté européenne obéissent aux principes prévus par les directives communautaires relatives aux marchés publics passés par les Etats membres, il n'a pas été aménagé en contentieux communautaire d'intervention juridictionnelle en amont de l'opération contractuelle destinée à sanctionner le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence imposées par ces directives, à l'instar de la procédure de référé précontractuel dont les directives 'recours'⁶⁴ ont imposé la mise en place dans les Etats membres pour les marchés passés par ces derniers.

Le contentieux contractuel proprement dit relève évidemment du juge du contrat qui peut être le juge communautaire ou un juge national. Mais celui-ci ne peut être saisi que par les parties. Or, les tiers peuvent également être concernés par l'opération contractuelle. Aussi ont-ils la possibilité de s'adresser au juge communautaire sur le fondement des voies de recours aménagées par le traité.

1) La juridiction communautaire du droit commun des voies de recours

On retrouve en droit communautaire la possibilité pour les tiers de contester les actes unilatéraux détachables du contrat par la voie du recours en annulation de l'article 230 CE ou de se plaindre, par la voie du recours en responsabilité extracontractuelle des articles 235 et 288, alinéa 2 CE, de ce que le comportement de l'administration communautaire dans le cadre de la procédure contractuelle leur aurait été préjudiciable⁶⁵.

Un tiers peut notamment demander l'annulation d'actes préalables à la conclusion du contrat, telles que la décision de rejet de son offre⁶⁶ ou celle d'attribution du marché à une entreprise concurrente, qui vaut rejet de son offre⁶⁷, même si cette décision ne se matérialise pas autrement que par la signature du contrat lui-même. Le droit communautaire retient ainsi la même conception large de la détachabilité que celle développée par le droit administratif français. Au soutien de son recours, le requérant peut faire valoir des vices propres à l'acte attaqué tels qu'une insuffisance de motivation⁶⁸ ou, lorsqu'est en cause un marché public, une

⁶⁴ Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, JOCE n° L 395 du 30 décembre 1989, p. 33 ; directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992, JOCE n° L 76 du 23 mars 1992, p. 14.

⁶⁵ Le cocontractant, lui, ne saurait tenter de pallier l'absence de clause compromissoire en saisissant la juridiction communautaire, par la voie des articles 230 ou 288, alinéa 2 CE, de mesures prises par l'administration communautaire dans le cadre de l'exécution du contrat (voir arrêt **Maag**, du 11 juillet 1985, précité, sp. pt. 26 ; TPI, Ord. , 18 juillet 1997, **Oleifici Italiani**, T-44/96, Rec. II 1331, sp. pt. 40 ; TPI, Ord. , 3 octobre 1997, **Mutual Aid Administration Services**, T-186/96, Rec. II 1633, sp. pts. 45 à 52).

⁶⁶ Voir par exemple, arrêt **Adia Interim** du 8 mai 1996, précité ; arrêt **AICS/Parlement** du 6 juillet 2000, précité ; TPI, 14 février 2006, **TEA-CEGOS/Commission**, T-376 et 383/05.

⁶⁷ Voir par exemple, CJCE, 23 novembre 1978, **Agence européenne d'intérims**, 56/77, Rec. 2215 ; TPI, 26 février 2002, **Esedra**, T-169/00, Rec. II 2951 ; arrêt **Strabag Benelux** du 25 février 2003, précité ; arrêt **TQ3 Travel Solutions Belgium/Commission** du 6 juillet 2005, précité.

⁶⁸ Voir arrêt **Adia Interim** du 8 mai 1996, précité, sp. pts. 31 à 37 ; arrêt **Esedra** du 26 février 2002, sp. pts. 187 à 192.

erreur dans l'appréciation de la capacité technique et financière du requérant ou de l'attributaire, ou de l'offre économiquement la plus avantageuse. Mais dans ce dernier cas, étant donné le pouvoir d'appréciation dont dispose l'entité adjudicatrice quant aux éléments à prendre en considération à cet effet, le juge communautaire limite son contrôle à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation⁶⁹ ou d'un détournement de pouvoir⁷⁰. Le requérant peut également alléguer un vice tenant au contrat lui-même, notamment en ce qu'il contiendrait des clauses méconnaissant le droit applicable. Ainsi, dans l'affaire **AICS/Parlement**⁷¹, la requérante avait invoqué l'illégalité d'un marché de transport de personnes par véhicules banalisés avec chauffeur au regard de la législation française qui interdirait l'utilisation des taxis comme véhicules banalisés pour le transport de personnes à titre onéreux.

Les conséquences sur le contrat lui-même d'une annulation par la juridiction communautaire d'une décision de passation de celui-ci sont dictées par le droit national auquel il est soumis. Elles demeurent en revanche incertaines, lorsque le contrat est régi par le droit communautaire. Si l'on raisonne par analogie avec ce qu'impose le droit communautaire en cas de conclusion par les Etats membres d'un marché dans des conditions contraires aux prescriptions prévues par les directives pertinentes⁷², il semble que l'annulation de la décision de passation ne retentisse pas automatiquement sur la validité du contrat⁷³, que ses effets puissent être maintenus dans un souci de protection de la confiance légitime des cocontractants mais que, comme nous l'avons mis en évidence précédemment, l'illégalité constatée ouvre en tout état de cause droit à des dommages et intérêts au titre de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté.

Les tiers peuvent ainsi engager celle-ci pour obtenir réparation du préjudice que leur aurait causé l'illégalité du comportement de l'entité adjudicatrice lors de la procédure de passation du contrat. De manière générale, la reconnaissance d'un droit à réparation est, immuablement⁷⁴, subordonnée à la réunion de trois conditions : la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, la violation doit être suffisamment caractérisée, il doit exister un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'auteur de l'acte et le dommage subi par la personne lésée. De telles exigences valent

⁶⁹ Ibid. , sp. pt. 49 ; arrêt **Agence européenne d'intérims** du 23 novembre 1978, précité, sp. pt. 20 ; arrêt **AICS/Parlement** du 6 juillet 2000, précité, sp. pt. 39 ; arrêt **Esedra** du 26 février 2002, sp. pt. 95 ; arrêt **TQ3 Travel Solutions Belgium/Commission** du 6 juillet 2005, précité, sp. pt. 47 ; arrêt du 14 février 2006, **TEA-CEGOS/Commission**, précité, sp. pt. 50.

⁷⁰ Voir arrêt **Esedra** du 26 février 2002, sp. pts. 198 à 204.

⁷¹ Arrêt du 6 juillet 2000, précité, sp. pts. 36 à 46.

⁷² Voir art. 2, § 6 de la directive 665/1989, précitée ; CJCE, 10 avril 2003, **Commission/Allemagne**, C-20 et 28/01, Rec. I 3630, sp. pts. 29 à 44.

⁷³ Il en est de même, on le sait, en droit administratif français. Pour un rappel récent, voir CE, 10 décembre 2003, **IRD**, Contrats et marchés publics, Février 2004, n° 31, obs. J. P. Pietri.

⁷⁴ Depuis CJCE, 4 juillet 2000, **Bergaderm et Goupil**, C-352/98 P, Rec. I 5291.

également dans le contexte particulier du contentieux de l'opération contractuelle⁷⁵. Et, étant donné le large pouvoir d'appréciation reconnu à l'institution adjudicatrice quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passation d'un marché sur appel d'offres, une violation du droit communautaire ne sera considérée comme suffisamment caractérisée que si elle s'analyse en une méconnaissance manifeste et grave, par cette institution, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation⁷⁶. Malgré la rigueur de ces conditions, il arrive qu'elles soient satisfaites et la responsabilité extracontractuelle de la Communauté engagée. Tel a par exemple été le cas en raison du fait qu'après la découverte d'un conflit d'intérêts entre un membre du comité d'évaluation des offres et l'un des soumissionnaires, la Commission était restée en défaut d'agir avec la diligence requise et avait, ce faisant, commis une erreur manifeste d'appréciation et violé le principe d'égalité de traitement⁷⁷. Tel a aussi été le cas, au motif que le Parlement avait violé le principe de protection de la confiance légitime, dès lors qu'il avait incité une entreprise soumissionnaire à engager des investissements irréversibles et nécessaires à la réalisation du contrat proposé en la faisant, à tort, espérer qu'elle obtiendrait le marché⁷⁸. Il y a lieu néanmoins de souligner que, les opérateurs économiques devant supporter les risques économiques inhérents à leurs activités, le préjudice réparable ne saurait consister dans les frais liés à la préparation et à la présentation de l'offre⁷⁹. Il peut en revanche résulter, entre autres, de la perte d'une chance de se voir attribuer le marché⁸⁰.

2) Le juge du contrat

De la lecture combinée des articles 238 et 240 CE, il résulte que la compétence de la Cour de justice⁸¹ pour connaître du contentieux contractuel communautaire ne peut en principe

⁷⁵ Voir par exemple, TPI, 17 mars 2005, **AFcon Management Consultants**, T-160/03, Rec. II 981, sp. pt. 31.

⁷⁶ Voir arrêt **Renco** du 25 février 2003, précité, sp. pts. 62 et 63.

⁷⁷ Voir arrêt **AFcon Management Consultants** du 17 mars 2005, précité.

⁷⁸ Comme le Tribunal en a jugé dans l'affaire **Embassy Limousines** du 17 décembre 1998 (précitée) où, il est vrai, une violation suffisamment caractérisée n'avait pas été requise, l'arrêt ayant été rendu avant la jurisprudence **Bergaderm et Goupil** qui a généralisé cette condition, l'étendant même aux hypothèses où l'activité administrative des institutions de la Communauté est en cause.

⁷⁹ *Ibid.*, sp. pt. 97.

⁸⁰ Voir arrêt **AFcon Management Consultants** du 17 mars 2005, précité, sp. pt. 98.

⁸¹ Ainsi que la Cour de justice en a jugé à propos de la désignation de la Cour de justice dans l'article 238 CE (voir par exemple, CJCE, 17 mars 2005, **Commission/AMI Semiconductor Belgium**, C-294/02, Rec. I 2175, pt. 49), l'emploi de l'appellation Cour de justice est ici utilisée de manière générique pour désigner l'institution communautaire qui comprend le Tribunal de la fonction publique, le Tribunal de première instance et la Cour de justice.

Depuis la décision du Conseil du 8 juin 1993 (Décision n° 93/350/CECA/CEE/Euratom, JOCE n° L 144 du 16 juin 1993, p. 21), c'est au Tribunal de première instance que ressortit la compétence pour connaître des litiges contractuels communautaires en cas de désignation de la Cour de justice en qualité de for compétent dans une clause compromissoire. L'exception que cette décision ménageait encore au profit de la Cour de justice elle-même au cas où l'action était introduite par une institution a été supprimée par la décision du Conseil du 26 avril 2004 (Décision n° 2004/407/CE/Euratom, JOUE n° L 132 du 29 avril 2004, p. 5).

résulter que de sa désignation par les parties dans une clause compromissoire insérée dans le contrat en cause⁸². A défaut, un litige contractuel auquel la Communauté est partie relève des juridictions nationales⁸³, l'application des règles du droit international privé déterminant le for compétent.

A cette exigence d'une clause d'élection de for pour fonder la compétence de la Cour de justice comme juge du contrat, il n'est qu'une exception d'importance aménagée par l'article 236 CE (anciennement article 179 CEE) qui établit la juridiction exclusive de la Cour de justice pour connaître de "*tout litige entre la Communauté et ses agents dans les limites et conditions déterminées au statut ou résultant du régime applicable à ces derniers*", y compris ceux qui ont été recrutés par contrat⁸⁴. Il est cependant à noter que jusqu'à que fût adopté un statut des fonctionnaires, tous les agents des Communautés étaient recrutés par contrat dont les litiges y relatifs ne ressortissaient à la compétence de la Cour de justice que si une clause compromissoire l'avait prévue⁸⁵. On ajoutera enfin qu'il arrive qu'une disposition communautaire qui prévoit la compétence de la Cour de justice pour les contrats dont elle régit le contenu soit regardée comme une clause compromissoire⁸⁶.

L'attribution conventionnelle de compétence de la Cour n'est pas nécessairement exclusive. La pratique communautaire, notamment en matière de prêt et d'emprunt, révèle l'existence de solutions de compétence concurrente ou alternative⁸⁷.

Par ailleurs, l'existence et l'étendue de la compétence de la Cour de justice résultant d'une clause compromissoire doivent être appréciées au regard du seul droit communautaire et des stipulations de la clause compromissoire⁸⁸. Il en résulte notamment que la validité formelle d'une clause attributive de compétence ne saurait être examinée à l'aune des exigences du droit d'un Etat membre, quand bien même le droit applicable au contrat serait, par l'effet de la

⁸² Encore faut-il, en outre, que le contrat contenant cette clause soit un contrat valable (voir arrêt **Embassy Limousines** du 17 décembre 1998, précité).

⁸³ Dans le même sens, voir le raisonnement de l'avocat général Tizzano (concl. sur l'arrêt **Ernst-Otto Flemmer**, du 9 octobre 2001, précité, sp. pt. 41).

⁸⁴ Voir arrêt **Maag** du 11 juillet 1985, précité, sp. pt. 7. En revanche, le litige relatif à un contrat qui aurait été conclu en dehors du champ d'application du statut des fonctionnaires et du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes ne saurait être déferé à la Cour sur la base de l'article 236 CE. Celle-ci est donc incompétente pour en connaître en l'absence de clause compromissoire adjointe à ce contrat lui conférant juridiction. Tel est le cas des contrats des agents locaux des Communautés (ibid.).

⁸⁵ Voir CJCE, 19 juillet 1955, **Kergall**, 1/55, Rec. 9, sp. 20 ; CJCE, 12 décembre 1956, **Mirrosvich**, 10/55, Rec. 367, sp. 383 ; CJCE, 17 décembre 1956, **Bourgaux**, 1/56, Rec. 421, sp. 435.

⁸⁶ Voir l'interprétation donnée par la Cour de l'article 23 du règlement n° 2200/87/CEE de la Commission, du 8 juillet 1987, portant modalités générales de mobilisation dans la Communauté de produits à fournir au titre de l'aide alimentaire communautaire (CJCE, 11 février 1993, **Cebag BV**, C-142/91, Rec. I 553, sp. pts. 10 à 14).

⁸⁷ Comme l'observe G. Kremlis, De quelques clauses d'élection de for et de droit applicable stipulées dans les contrats de droit privé conclus par les Communautés européennes dans le cadre de leurs activités d'emprunt et de prêt, *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali* 1986, p. 777.

⁸⁸ Voir CJCE, 18 décembre 1986, **Zoubek**, 426/85, Rec. 4057, sp. pt. 10 ; CJCE, 8 avril 1992, **Feilhauer**, C-209/90, Rec. I 2613, sp. pt. 13 ; CJCE, 6 avril 1995, **Bauer**, C-299/93, Rec. I 839, sp. pt. 11.

volonté des parties, le droit national⁸⁹. La loi nationale applicable au contrat peut néanmoins déterminer les conditions de saisine de la Cour ; ainsi, de l'exigence d'une demande de conciliation préalable adressée au juge compétent, à peine d'irrecevabilité de l'action contentieuse dont celui-ci serait saisi⁹⁰ ; ou, de ce qu'une demande de remboursement des avances payées soit précédée ou accompagnée d'une demande de constatation de la résiliation unilatérale du contrat⁹¹.

Quant aux exigences auxquelles le droit communautaire soumet la reconnaissance conventionnelle de la compétence de la Cour, il semble découler de l'article 38, § 6 du règlement de procédure de la Cour qui énonce que la requête doit être accompagnée d'un exemplaire de la clause compromissoire, que la validité de la saisine de la Cour de justice est subordonnée à la condition que la clause lui conférant compétence soit écrite⁹². L'exigence d'un écrit est néanmoins appliquée de façon libérale. Ainsi, le fait qu'une clause compromissoire ne figure dans chacun des contrats annuels qu'à partir d'une date déterminée et non dans les contrats antérieurement signés dont certains étaient verbaux ne fait pas obstacle à ce que la Cour tienne compte, dans son appréciation des rapports existant entre les parties, de l'ensemble des contrats successivement conclus⁹³.

De manière plus générale, les règles de procédure applicables aux litiges relevant des juridictions communautaires sont celles qui résultent du statut de la Cour et des règlements de procédure⁹⁴.

Toutefois, dérogoire à la compétence de principe des juridictions nationales, la juridiction de la Cour de justice fondée sur une clause compromissoire "*doit être interprétée restrictivement*"⁹⁵. Il en découle notamment que la Cour "*ne peut connaître que des seules demandes qui dérivent du contrat passé par la Communauté et qui contient la clause compromissoire ou qui ont un rapport direct avec les obligations qui découlent de ce contrat*"⁹⁶. Echappent donc à la juridiction de la Cour de justice en sa qualité de juge du contrat des prétentions de nature non contractuelle tel qu'un moyen tiré de l'enrichissement sans cause⁹⁷.

⁸⁹ Voir CJCE, 7 décembre 1976, **Pellegrini**, 23/76, Rec. 1807, sp. pts. 8 à 10 ; arrêt **Feilhauer** du 8 avril 1992, précité, sp. pts. 12 à 14 ; arrêt **Bauer** du 6 avril 1995, précité, sp. pts. 10 à 12.

⁹⁰ Voir arrêt **Bauer** du 6 avril 1995, précité, sp. pts. 20 à 22.

⁹¹ Voir CJCE, 16 janvier 2001, **Commission/TVR**, C-40/98, Rec. I 307, sp. pts. 18 à 25.

⁹² Voir en ce sens, arrêt **Pellegrini** du 8 décembre 1976, précité, sp. pt. 10.

⁹³ Voir CJCE, 1^{er} juillet 1982, **Porta**, 109/81, Rec. 2469.

⁹⁴ Voir par exemple, arrêt **AICS/Parlement** du 6 juillet 2000, précité, sp. pts. 59 à 67 ; CJCE, 24 février 2005, **Commission/Implants Ltd**, C-279/03, Rec. I 16, sp. pts. 22 et 23 ; arrêt **Commission/AMI Semiconductor Belgium** du 17 mars 2005, précité, sp. pt. 75.

⁹⁵ Arrêt **Zoubek** du 18 décembre 1986, précité, sp. pt. 11.

⁹⁶ Ibid. ; CJCE, 20 février 1997, **IDE/Commission**, C-114/94, Rec. I 803, sp. pt. 82 ; CJCE, 3 décembre 1998, **Iraco**, C-337/96, Rec. I 7943, pt. 49 ; arrêt **SNUA** du 27 avril 1999, précité, sp. pt. 35 ; arrêt **GEF/Commission** du 15 mars 2005, précité, sp. pt. 73.

⁹⁷ Voir arrêt **Grifoni** du 5 mars 1991, précité, sp. pts. 19 et 20.

B : Les pouvoirs du juge communautaire du contrat

Lorsque la compétence pour connaître du contentieux contractuel est attribuée à la Cour par les parties, l'étendue de sa juridiction dépend d'abord des termes de la clause compromissoire. Si celle-ci ne prévoit aucune limitation, la Cour possède la plénitude des attributions du juge du contrat. Ce dernier détenant des pouvoirs de pleine juridiction⁹⁸, la Cour dispose des pouvoirs d'appréciation les plus étendus pour examiner en fait et en droit le litige qui lui est soumis et pour ordonner toutes les mesures nécessaires à sa résolution, dans la limite évidemment des conclusions des parties.

C'est ainsi que la Cour peut être invitée à préciser la portée des obligations des parties par le jeu d'une interprétation des stipulations contractuelles développée, le cas échéant, à la lumière du droit matériel applicable⁹⁹. Le juge communautaire du contrat peut également être saisi de demandes tendant à assurer l'exécution du contrat, à contraindre les parties à remplir leurs obligations contractuelles¹⁰⁰. Sa saisine peut encore avoir pour objet la résolution judiciaire du contrat¹⁰¹ pour inexécution ou la constatation de la nullité du contrat en application du droit matériel applicable¹⁰².

La partie lésée par le manquement du cocontractant à ses obligations contractuelles peut enfin demander à la Cour de condamner celui-ci au paiement de dommages et intérêts¹⁰³. Comme l'indique l'article 288, alinéa 1 CE, "*la responsabilité contractuelle de la Communauté est régie par la loi applicable au contrat en cause*"¹⁰⁴. Pareil renvoi n'exclut cependant pas qu'il soit, le cas échéant, fait appel aux "*principes généraux du droit de la responsabilité*"¹⁰⁵, afin de compléter les règles résultant du droit national.

⁹⁸ Comme l'a rappelé l'avocat général Roemer (concl. sur CJCE, 19 juillet 1955, **Kergall**, 1/55, Rec. 31, sp. 38).

⁹⁹ Voir par exemple, arrêt **CODEMI** du 26 novembre 1985, précité, sp. pts. 23 et 24 ; arrêt **SNUA** du 27 avril 1999, précité, sp. pts. 17 à 25 ; TPI, 15 janvier 2003, **IDATE**, T-171/01, Rec. II 63 ; arrêt **AMI Semiconductor Belgium** du 17 mars 2005, précité, sp. pts. 82 à 90 ; arrêt **Commission/Huhtamaki Dourdan** du 12 mai 2005, précité.

¹⁰⁰ Voir par exemple, CJCE, 13 novembre 1986, **Fadex**, 220/85, Rec. 3387 ; arrêt **IDE/Commission** du 20 février 1997, précité, sp. pts. 84 à 91 ; TPI, 16 mai 2001, **Toditec**, T-68/99, Rec. II 1443.

¹⁰¹ Voir arrêt **CODEMI** du 26 novembre 1985, précité, sp. pt. 26.

¹⁰² Voir par exemple, arrêt **Feilhauer** du 8 avril 1992, précité, sp. pts. 15 à 23 ; arrêt **Nea Energieiaki Technologia** du 21 février 2002, précité.

¹⁰³ Pour un exemple récent d'engagement de la responsabilité contractuelle, voir CJCE, 16 juin 2005, **Parlement/Royal&Sun Alliance Insurance**, C-123/02, np.

¹⁰⁴ Pour des illustrations d'application du droit national choisi par les parties, voir arrêt **SNUA** du 27 avril 1999, précité, sp. pt. 36 ; arrêt **Comune di Montorio al Vomano** du 10 juin 1999, précité, sp. pt. 52 ; arrêt **Commission/TVR** du 16 janvier 2001, précité, sp. pt. 51.

¹⁰⁵ Desquels il résulte notamment qu'il incombe à la requérante de prouver la réalité du préjudice subi par elle et le lien de causalité avec le manquement commis par le cocontractant (voir arrêt **CODEMI** du 26 novembre 1985, précité, sp. pt. 60).