

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. F. G. JACOBS

présentées le 12 juin 1990 *

*Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,*

1. Le présent litige a pour origine le retard de livraison d'une expédition d'huile de colza fournie au titre de l'aide alimentaire communautaire au Bangladesh.

2. L'article 5 du règlement (CEE) n° 3972/86 du Conseil concernant la politique et la gestion de l'aide alimentaire (JO 1986, L 370, p. 1) charge la Commission de fixer les modalités des fournitures de produits au titre de l'aide alimentaire. C'est ainsi que le règlement (CEE) n° 2200/87 (ci-après « règlement ») définit les modalités générales de mobilisation dans la Communauté de produits à fournir au titre de l'aide alimentaire communautaire (JO 1987, L 204, p. 1). Il prévoit que la fourniture de produits au titre d'une aide alimentaire est, en règle générale, attribuée par une procédure d'adjudication (article 3) et que, en cas de décision de procéder à une adjudication, un avis d'adjudication détaillé est publié au Journal officiel.

3. Pour ce qui concerne le détail des dispositions du règlement, nous renvoyons au rapport d'audience. Aux fins des présentes conclusions, il suffit de noter que le règlement prévoit une série de garanties destinées à assurer l'exécution des obligations qu'il définit et de celles prévues dans l'avis d'adjudication pertinent. Ainsi, il dispose que le soumissionnaire doit constituer une garantie d'adjudication [article 7, para-

graphe 4, sous a), et article 8] et que l'adjudicataire doit, dans les cinq jours qui suivent l'attribution du marché, fournir à la Commission la preuve de la constitution d'une garantie de livraison (article 12, paragraphe 2). Une autre garantie doit être constituée lorsqu'un paiement est effectué à l'avance par la Commission: en cas de fourniture rendue port de débarquement, une avance ne pouvant dépasser 90 % du montant de l'offre est accordée à l'adjudicataire à sa demande, sur présentation de justificatifs et de preuves attestant qu'il a constitué, en faveur de la Commission, une garantie d'un montant égal à celui de l'avance majoré de 10 % (article 18, paragraphe 5).

4. L'article 22 traite des conditions auxquelles les garanties sont libérées ou acquises. La garantie d'adjudication doit être intégralement libérée, notamment, lorsque l'adjudicataire a effectué la fourniture en respectant ses obligations ou lorsqu'il a constitué la garantie cautionnant l'avance [article 22, paragraphe 2, sous a)]. L'article 22, paragraphe 2, sous b), prévoit que la garantie de livraison fait l'objet de retenues opérées de façon cumulative, notamment au prorata du pourcentage des quantités non livrées ou sur la base de un millième du montant global de l'offre par jour de retard d'arrivée au port de débarquement, en cas de fourniture « rendue port de débarquement ». (Le texte anglais du règlement ne fait pas état de un millième, mais de 0,001 %, c'est-à-dire un millième de 1 %. Néanmoins, il ressort clairement

* Langue originale: l'anglais.

des autres versions linguistiques qu'il s'agit, en fait, de un millième de la valeur totale.) La garantie cautionnant l'avance doit être libérée si le droit à l'octroi définitif du montant avancé a été établi ou si l'avance a été remboursée par l'adjudicataire (article 22, paragraphe 3). Aucune disposition expresse ne prévoit la retenue ou l'acquisition de la garantie cautionnant l'avance.

5. Par son règlement (CEE) n° 941/88, la Commission a émis un avis d'adjudication pour la fourniture de 2 000 tonnes d'huile de colza raffinée au Bangladesh (JO 1988, L 92, p. 26). Conformément aux conditions définies dans l'annexe de ce règlement, cette huile devait être livrée « rendue port de débarquement débarquée » à Chittagong le 31 juillet 1988 au plus tard.

6. Vandemoortele NV s'est vu adjuger le marché et a dûment constitué une garantie de livraison de 10 % conformément à ce qui était requis au titre des conditions de l'adjudication. Toutefois, le navire choisi pour effectuer la livraison a été retardé par une panne de moteur pendant son trajet en direction d'Anvers, le port d'embarquement, et la cargaison n'a atteint Chittagong que le 28 septembre 1988, soit 59 jours après la date limite. La Commission a intégralement libéré la garantie de livraison le 23 septembre 1988, Vandemoortele ayant constitué la garantie requise pour cautionner une avance et introduit une demande d'avance. Le 27 octobre 1988, la Commission a versé à Vandemoortele une avance de 90 % du montant de l'offre, et elle a intégralement libéré la garantie cautionnant l'avance le 30 janvier 1989. Toutefois, au moment du règlement final du montant restant dû au titre du contrat, elle a déduit 56 463 écus en raison du retard de livraison, somme qui représentait un millième de la valeur totale de l'offre multi-

plié par 59. En l'espèce, Vandemoortele soutient que cette décision de la Commission violait les termes du règlement ainsi que les principes généraux de protection de la confiance légitime et de proportionnalité.

7. Avant d'en venir au fond, nous devons brièvement examiner une question liminaire, la question de savoir si la compétence de la Cour en l'espèce repose sur l'article 173 du traité (comme cela est implicitement admis dans les mémoires) ou sur l'article 181 en vertu de ce qui est décrit dans cet article comme une clause compromissoire contenue dans un contrat, c'est-à-dire une clause de choix de juridiction. Ce point est important; en effet, si la compétence de la Cour dérive en vérité de l'article 181, il y a lieu de trancher le litige en fonction des règles contractuelles applicables, alors que, si cette compétence repose sur l'article 173, il s'agira de déterminer si la Commission a régulièrement agi sous l'angle de la législation et des principes de droit généraux éventuellement pertinents en l'espèce.

8. En faveur d'une compétence reposant sur l'article 181, on pourrait faire valoir que la relation existant entre la Communauté (représentée par la Commission) et l'adjudicataire est essentiellement de nature contractuelle et que l'article 23 du règlement n° 2200/87, qui dispose que la Cour est compétente pour statuer sur tout litige résultant de l'exécution des fournitures effectuées conformément à ce règlement, est formulé comme une clause compromissoire. Néanmoins, l'ensemble de la relation entre la Communauté et l'adjudicataire est exclusivement régi par la législation communautaire. En effet, l'article 23 figure dans un règlement et non dans un contrat. Au surplus, s'il s'agissait d'une clause compromissoire, elle devrait normalement préciser la « loi applicable au contrat », selon les

termes de l'article 215, paragraphe 1, du traité. Il convient donc de traiter la présente affaire comme fondée sur l'article 173.

dépourvu d'ambiguïté permettant à la Commission d'opérer la retenue à un stade ultérieur.

Violation du règlement n° 2200/87

9. Vandemoortele soutient que le règlement ne confère pas à la Commission le pouvoir de déduire une pénalité de retard sur le montant final restant dû aux termes de l'offre, puisqu'il ne prévoit expressément la retenue d'une pénalité que sur la garantie de livraison. Dans son mémoire en défense, la Commission affirme que la pratique consistant à opérer des retenues pour retard de livraison au moment du règlement final est une pratique bien établie. Elle fait valoir que des arguments d'efficacité plaident en faveur de cette pratique et que le fait d'opérer une retenue à ce stade est commode du point de vue administratif et présente certains avantages pour l'adjudicataire.

10. Le litige résulte essentiellement de la faiblesse de la rédaction du règlement. L'article 22, paragraphe 2, sous b), prévoit que la garantie de livraison peut faire l'objet d'une retenue en cas de retard de livraison sur la base de un millième de la valeur totale de l'offre par jour de retard, mais il n'existe aucune disposition prévoyant expressément la possibilité d'une retenue à un stade ultérieur pour le cas où la garantie de livraison doit être libérée avant la livraison. Nous rappellerons que, dans l'affaire Könecke/Balm (117/83, Rec. 1984, p. 3291), la Cour a déclaré qu'une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë (point 11 des motifs). Il faut donc examiner si, à défaut de disposition expresse, l'économie générale et la finalité de la législation donnent néanmoins lieu à un pouvoir implicite suffisamment clair et

11. A cet égard, il y a lieu de noter que l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 2200/87 stipule que l'adjudicataire doit exécuter ses obligations conformément aux conditions prévues dans le règlement portant ouverture de l'adjudication ainsi que dans le respect des engagements visés par le règlement n° 2200/87. Les obligations en question seraient sans portée si leur exécution n'était pas imposée par des moyens appropriés. A cet effet, l'article 12, paragraphe 2, stipule que « pour garantir le respect de ses obligations dans le cadre de la fourniture », obligations dont il est permis de supposer qu'elles englobent le respect de la date limite de livraison, l'adjudicataire doit constituer une garantie de livraison, et l'article 22, paragraphe 2, sous b), prévoit une sanction en cas de retard de livraison sous la forme d'une retenue opérée sur la garantie de livraison. Or, l'obligation de respecter la date limite et la nécessité d'une sanction destinée à assurer efficacement l'observation de cette obligation du fournisseur ne disparaissent pas lorsque, en raison de la constitution d'une garantie cautionnant l'avance, la garantie de livraison doit être libérée avant la livraison. Il faut donc qu'il existe un pouvoir implicite d'infliger une sanction à un stade ultérieur. A défaut, comme le souligne la Commission, l'adjudicataire pourrait toujours éviter une pénalité de retard, ou même une pénalité pour livraison incomplète ou défectueuse, en demandant une avance. Au surplus, comme le souligne également la Commission, si la possibilité d'opérer une retenue ultérieurement n'existait pas, le règlement ne prévoirait aucune sorte de sanction en cas de retard inférieur à 60 jours. L'article 20, qui rend l'adjudicataire responsable de toutes les conséquences financières d'un défaut

d'exécution total ou partiel de fourniture lorsque ce défaut lui est imputable, n'entre en jeu que si les marchandises n'ont pas été fournies dans un délai de 60 jours après la date fixée.

12. Le seul argument que la requérante peut invoquer est donc celui selon lequel la retenue aurait dû être opérée sur la garantie cautionnant l'avance et non sur le paiement final. Sur ce point, Vandemoortele fait valoir que, même si le règlement ne prévoit pas la possibilité d'opérer une retenue sur la garantie cautionnant l'avance en cas de retard de livraison, cette garantie pourrait néanmoins, eu égard à sa fonction économique, être considérée comme se substituant à la garantie de livraison; l'article 22, paragraphe 2, sous b), pourrait donc s'appliquer par analogie. A première vue, cet argument semble séduisant: dans la mesure où, du point de vue de l'économie générale du règlement, la garantie cautionnant l'avance remplace en effet la garantie de livraison et dans la mesure où elle doit couvrir non seulement le montant avancé, mais aussi un supplément égal à 10 % de ce montant (c'est-à-dire un total maximal de 99 % du montant de l'offre), il serait plausible de considérer qu'elle recouvre la garantie de livraison. Toutefois, la faille irrémédiable de cet argument tient à la circonstance que l'article 22, paragraphe 3, prévoit expressément que la garantie cautionnant l'avance est libérée si le droit à l'octroi définitif du montant avancé a été établi, et, bien entendu, tel a été le cas en l'espèce. En fait, si la garantie cautionnant l'avance n'avait pas été libérée au motif qu'une retenue devait être opérée pour retard de livraison, la requérante aurait légitimement pu soutenir qu'aucune disposition du règlement ne prévoyait la possibilité d'opérer pareille retenue sur la garantie cautionnant l'avance et que, dans la mesure où son droit à l'octroi du montant avancé était devenu

définitif, il y avait lieu de libérer intégralement cette garantie, toute pénalité de retard éventuelle devant être retenue sur le paiement final.

13. Une fois encore, on ne saurait raisonnablement soutenir qu'il ne peut exister aucune pénalité de retard dès lors que les conditions de l'article 22, paragraphe 3, ont été remplies et que la garantie cautionnant l'avance a été libérée: la seule possibilité qui subsiste en pareil cas consiste en une retenue opérée sur le montant final restant dû. Nous concluons donc qu'en l'espèce, en opérant une retenue au moment du dernier versement, la Commission n'a pas enfreint le règlement n° 2200/87.

Violation de principes généraux du droit

14. La société Vandemoortele soutient que, dès lors que la garantie de livraison avait été libérée, elle pouvait raisonnablement s'attendre qu'aucune retenue ultérieure ne soit opérée en raison d'un retard: la retenue que la Commission a opérée sur le montant final qui lui était dû violait donc le principe de la confiance légitime.

15. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué précédemment, dans un cas où, comme en l'espèce, la Commission a été obligée de libérer une garantie de livraison à cause d'une demande d'avance, il faut qu'il existe une possibilité d'opérer une retenue à un stade ultérieur en cas de retard de livraison; la requérante ne pouvait donc pas raisonnablement supposer qu'il n'existait aucun pouvoir de cette sorte. En outre, comme l'a souligné la Commission, Vandemoortele connaissait, en raison de son expérience antérieure dans ce domaine, la pratique de la Commission consistant à déduire les

pénalités au moment du règlement final. Selon nous, la requérante n'est donc pas fondée à invoquer le principe de la confiance légitime. Nous ajouterons qu'il ne saurait être injuste qu'elle subisse une sanction qui lui aurait indubitablement été applicable si la garantie de livraison n'avait pas été libérée avant la livraison.

16. En ce qui concerne la proportionnalité, la requérante fait valoir, à titre très subsidiaire, qu'une retenue de 5,9 % (59 millièmes) de la valeur totale de l'offre doit être considérée comme disproportionnée, car le retard de livraison n'était imputable (ou pas entièrement imputable) ni à elle ni à ses agents, qui avaient fait leur possible pour respecter la date fixée, et parce que ce retard n'avait causé aucun préjudice réel à la Commission ni au bénéficiaire de l'aide alimentaire. Selon nous, cet argument est également à rejeter. Dans

plusieurs de ses dispositions, le règlement tient déjà compte de la situation d'un adjudicataire qui, sans aucune faute de sa part, ne réussit pas à remplir ses obligations de livraison. La dernière phrase de l'article 22, paragraphe 2, sous b), prévoit expressément qu'aucune retenue n'est opérée si le manquement qui a eu lieu n'est pas imputable à l'adjudicataire et ne donne pas lieu à une indemnisation par une assurance. A cela s'ajoute que l'article 21 charge la Commission d'apprécier les cas de force majeure. Selon nous, ces dispositions, que la requérante n'a pas cherché à invoquer, tiennent adéquatement compte des exigences de proportionnalité. Nous ajouterons que le règlement ne contient rien qui incite à penser qu'un préjudice causé à la Commission ou au bénéficiaire de l'aide constitue un facteur entrant en ligne de compte pour les retenues de pénalités de retard opérées en application de l'article 22, paragraphe 2, sous b).

17. Nous vous proposons donc de rejeter la requête et de condamner la requérante aux dépens.