Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. NIILO JÄÄSKINEN
présentées le 21 mai 2015 [1]

**Affaire C-439/13 P**

**Elitaliana SpA**
**contre**

**Eulex Kosovo**

«Réouverture de la procédure orale — Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) — Mission de l'Union européenne — Compétence des juridictions de l'Union — Budget de l'Union — Marchés publics de services — Règlement (CE, Euratom) nº 1605/2002 — Appel d'offres concernant le soutien par hélicoptère à la mission EULEX au Kosovo — Contrôle de légalité de la décision d'attribution d'un marché public»

## I – Introduction

1. La présente procédure trouve ses origines dans un recours en annulation introduit devant le Tribunal de l'Union européenne par une entreprise de droit italien Elitaliana SpA (ci-après «Elitaliana») contre une mesure adoptée dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public [2] par Eulex Kosovo, entité créée au titre de l'action commune 2008/124/PESC du Conseil, du 4 février 2008, relative à la mission «État de droit» menée par l'Union européenne au Kosovo [3]. En rejetant comme irrecevable le recours d'Elitaliana au motif que Eulex Kosovo ne possédait pas la qualité de partie défenderesse [4], le Tribunal a jugé dans l'ordonnance Elitaliana/Eulex Kosovo [5] qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur la question portant sur sa compétence pour connaître des recours dirigés contre les actes adoptés sur la base des dispositions du traité UE relatives à la PESC.

2. Dans mes premières conclusions rendues à propos du pourvoi dirigé contre ladite ordonnance [6], j'ai conclu au rejet du pourvoi, eu égard au statut d'Eulex Kosovo. Dans ce cadre, je ne me suis pas prononcé sur la problématique de la compétence de la Cour.

1 — Langue originale: le français.

2 — Dans le cadre de l'adjudication du marché public intitulé «EuropeAide/131516/D/SER/XK – Soutien par hélicoptère à la mission EULEX au Kosovo (PROC/272/11)».

3 — JO L 42, p. 92.

4 — Dans le cadre du recours devant le Tribunal, Eulex Kosovo a soulevé une exception d'irrecevabilité, laquelle se fondait, d'une part, sur le fait qu'Eulex Kosovo n'avait pas la qualité de partie défenderesse dans le cas d'espèce et, d'autre part, sur l'absence de la compétence du Tribunal du fait que les actes attaqués avaient été adoptés sur la base des dispositions du traité UE relatives à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

5 — T-213/12, EU:T:2013:292, ci-après l'«ordonnance attaquée».

6 — Pour les détails du litige, il est renvoyé à l'ordonnance attaquée ainsi qu'à mes premières conclusions dans cette affaire (C-439/13 P, EU:C:2014:2416).

3. Pour être en mesure de statuer sur la présente affaire, la Cour a toutefois souhaité être éclairée sur l'ensemble des aspects pertinents et a, par ordonnance du 10 février 2015, ordonné la réouverture de la procédure orale pour permettre aux parties d'exprimer leur point de vue sur la question de savoir:

«[...] [s]i le Tribunal de l'Union européenne et la Cour de justice de l'Union européenne disposent de la compétence pour connaître de cette affaire, en prenant en considération les dispositions concernant la [PESC] contenues dans le titre V, chapitre 2, section 1, du traité UE et celles de l'article 275 TFUE.»

4. Conformément à l'article 24 TUE, lu en combinaison avec l'article 275 TFUE, la Cour n'est effectivement pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la PESC, à l'exception du contrôle au regard de l'article 40 TUE et de l'article 275, second alinéa, TFUE.

5. Néanmoins, je souhaite souligner d'emblée que la présente affaire, dès lors qu'il s'agit de marchés publics passés dans le cadre de l'action extérieure de l'Union européenne, relève directement du champ d'application des dispositions budgétaires du droit de l'Union. À l'instar d'Elitaliana, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne, qui s'accordent globalement à considérer que la Cour est compétente pour connaître de la présente affaire[7], j'entends argumenter en faveur de la compétence du Tribunal et de la Cour aux fins de contrôler la légalité de la décision d'attribution d'un marché public au regard des règles applicables en matière du budget de l'Union, tant sous l'angle du financement des mesures relevant de la PESC que sous l'angle de l'exécution du budget de l'Union.

## II – Le cadre juridique

6. L'article 41, paragraphe 1, TUE dispose:

«Les dépenses administratives entraînées pour les institutions par la mise en œuvre du présent chapitre sont à la charge du budget de l'Union.»

7. Aux termes de l'article 41, paragraphe 2, premier alinéa, TUE, les dépenses opérationnelles entraînées par la mise en œuvre du présent chapitre sont également à la charge du budget de l'Union, à l'exception des dépenses afférentes à des opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense et des cas où le Conseil en décide autrement à l'unanimité.

8. Selon l'article 310, paragraphes 1 et 3, TFUE:

«1. Toutes les recettes et les dépenses de l'Union doivent faire l'objet de prévisions pour chaque exercice budgétaire et être inscrites au budget.

Le budget annuel de l'Union est établi par le Parlement européen et le Conseil conformément à l'article 314.

Le budget doit être équilibré en recettes et en dépenses.

[...]

3. L'exécution de dépenses inscrites au budget requiert l'adoption préalable d'un acte juridiquement contraignant de l'Union qui donne un fondement juridique à son action et à l'exécution de la dépense correspondante en conformité avec le règlement visé à l'article 322, sauf exceptions prévues par celui-ci.»

7 — Je note que tout en se focalisant sur l'application des règles en cause ratione temporis, seul Eulex Kosovo soutient que la Cour ne serait compétente que pour connaître des actes du Conseil et de la Commission, à l'exclusion des actes adoptés par Eulex Kosovo. J'en conclus qu'il conteste la compétence de la Cour dans la présente affaire.

9. L'article 317 TFUE est ainsi rédigé:

«La Commission exécute le budget en coopération avec les États membres, conformément aux dispositions des règlements pris en exécution de l'article 322, sous sa propre responsabilité et dans la limite des crédits alloués, conformément au principe de la bonne gestion financière. Les États membres coopèrent avec la Commission pour faire en sorte que les crédits soient utilisés conformément aux principes de la bonne gestion financière.

[...]

À l'intérieur du budget, la Commission peut procéder, dans les limites et conditions fixées par le règlement pris en exécution de l'article 322, à des virements de crédits, soit de chapitre à chapitre, soit de subdivision à subdivision.»

10. Le règlement (CE, Euratom) nº 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes [8], énonce à son article 4, paragraphe 2, sous a):

«Les dépenses et les recettes des Communautés comprennent:

a) les recettes et les dépenses de la Communauté européenne, y compris les dépenses administratives entraînées pour les institutions par les dispositions du traité sur l'Union européenne dans le domaine de la [PESC] et dans celui de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, ainsi que les dépenses opérationnelles entraînées par la mise en œuvre desdites dispositions quand celles-ci sont à la charge du budget».

11. Conformément à l'article 162, paragraphe 1, dudit règlement, les dispositions de la première et de la troisième parties du règlement financier nº 1605/2002 s'appliquent aux actions extérieures financées par le budget, sous réserve des dérogations prévues au présent titre.

12. Ainsi qu'il ressort de l'article 163 du règlement financier nº 1605/2002, les actions visées au présent titre peuvent être exécutées soit de façon centralisée par la Commission, soit de manière décentralisée par le ou les pays tiers bénéficiaires, soit conjointement avec des organisations internationales.

13. Aux termes de l'article 166 du règlement financier nº 1605/2002:

«1. Les actions menées donnent lieu:

a) à l'établissement d'une convention de financement entre la Commission, agissant au nom des Communautés, et le ou les pays tiers bénéficiaires ou les organismes désignés par ceux-ci, ci-après dénommés 'bénéficiaires';

b) ou à un contrat ou une convention de subvention avec des organismes de droit public national ou international ou des personnes physiques ou morales, chargées de leur réalisation.

[...]»

8 — JO L 248, p. 1, ci-après le «règlement financier nº 1605/2002».

14. L'article 167 du règlement financier nº 1605/2002 énonce:

«1. Les dispositions de l'article 56 et du chapitre 1 du titre V de la première partie relatives aux dispositions générales de passation des marchés sont applicables aux marchés couverts par le présent titre, sous réserve des dispositions spécifiques relatives aux seuils et aux modalités de passation des marchés extérieurs prévues par les modalités d'exécution. Les pouvoirs adjudicateurs au sens du présent chapitre sont:

a) la Commission au nom et pour le compte d'un ou plusieurs bénéficiaires;

b) le ou les bénéficiaires;

c) un organisme de droit national ou international ou des personnes morales ou physiques ayant signé avec la Commission une convention de financement ou de subvention pour la mise en œuvre d'une action extérieure.

[...]»

## III – La procédure devant la Cour

15. En réponse à l'invitation adressée aux parties par la Cour dans l'ordonnance de réouverture de la procédure orale du 10 février 2015, Elitaliana, Eulex Kosovo, le Conseil ainsi que la Commission ont présenté leurs observations écrites. Eulex Kosovo, le Conseil et la Commission ont été entendus à l'audience qui s'est tenue le 25 mars 2015.

## IV – Sur les actions de l'Union dans le cadre de l'action extérieure et les limites de la compétence de la Cour dans le domaine de la PESC

### A – *Réflexions liminaires sur la PESC*

16. Sur le plan historique, lors de la signature du traité de Maastricht, la PESC, en tant que politique commune de l'Union ancrée dans la coopération intergouvernementale, a été le fruit d'un compromis. Alors que la PESC a été conçue comme un système distinct, par comparaison aux politiques communautaires et à la coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, elle a été intégrée formellement, organiquement et matériellement à une structure unique, l'Union [9]. Ainsi, dès sa conception, la PESC a relevé d'un cadre institutionnel unique [10], commun aux trois piliers.

17. Il est constant que l'action extérieure de l'Union englobe maintes matières telles que la sécurité et la défense, la politique commerciale, l'aide au développement, la coopération avec les pays tiers, l'aide humanitaire, les accords internationaux, les relations avec les organisations internationales et l'application de la clause de solidarité au sens de l'article 222 TFUE [11].

9 — Sur la confrontation entre l'interprétation unitaire et séparatiste de la PESC, voir, Everling, «Reflections on the structure of the European Union», 29 CMLR, 1992, p. 1053 à 1077. Sur l'interprétation holistique des dispositions «non-communautaires» avant Lisbonne par la Cour, voir arrêt Segi e.a./Conseil (C-355/04 P, EU:C:2007:116).

10 — Voir article C, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, dans la version du traité de Maastricht (JO 1992, C 191, p. 1).

11 — Au sujet de la compétence de l'Union et des États membres d'une capacité sans équivalent, voir «Conclusions du Conseil sur l'approche globale de l'UE», du 12 mai 2014, point 1, disponible à l'adresse Internet: http://www.google.lu/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.consilium.europa.eu%2Ffr%2Fworkarea%2Fdownloadasset.aspx%3Fid%3D15788&ei=8TH0VKrAHcTVPLmygcAE&usg=AFQjCNGNI3D0A7gd1TpvI9RCQ_jx11LqUw&bvm=bv.87269000,d.ZWU.

18. Sur le plan structurel, la PESC contient en son sein notamment la politique de sécurité et de défense commune (PESD), cette dernière ayant vu son autonomie renforcée avec le traité de Lisbonne, notamment, au travers des articles 42 TUE et 43 TUE. Selon l'article 42, paragraphe 1, TUE, la PESC assure à l'Union une capacité opérationnelle s'appuyant sur des moyens civils et militaires. L'Union peut y avoir recours dans des missions effectuées en dehors de l'Union afin d'assurer le maintien de la paix, la prévention des conflits et le renforcement de la sécurité internationale. Les types de missions sont identifiés à l'article 43 TUE.

19. Ainsi, la PESC implique une combinaison étroite et complexe entre des aspects civils et militaires. La présente affaire illustre néanmoins à quel point l'action extérieure de l'Union est fragmentée, manque de transparence et rend difficile la détermination de la responsabilité juridique de ses différents acteurs.

20. S'agissant des modalités d'instauration de sa présence au titre de l'action extérieure, il est constant que l'Union déploie un nombre important d'actions et de missions à travers le monde [12], les missions civiles étant considérées comme élément clés de la PESD [13]. Le principal instrument juridique permettant d'établir les opérations de l'Union consiste en une décision du Conseil prise en vertu de l'article 43 TUE, lu en combinaison avec l'article 28 TUE [14]. Il s'agit bien d'un acte de l'Union, et non d'une simple décision adoptée conjointement par les États membres [15].

21. S'agissant de la relation avec le pays d'accueil, l'Union conclut, habituellement des accords avec les États d'accueil (hôtes) en vertu de l'article 37 TUE (ex article 24 TUE) et de l'article 218 TFUE, lequel établit sa compétence pour conclure des accords avec un ou plusieurs États ou organisations internationales afin de mettre en œuvre la PESC. Il arrive également que les parties intéressées procèdent à l'extension des arrangements déjà mis en place. Tel a été le cas d'une équipe de planification de l'Union européenne au Kosovo, entité constituée en vertu de l'action commune du Conseil [16], laquelle a précédé et préparé l'établissement d'Eulex Kosovo [17].

22. En particulier, le statut des opérations PESD relève des accords [18], lesquels régissent le statut et les activités des opérations dans l'État hôte, y compris les détails concernant l'exercice de la juridiction pénale, les privilèges et les immunités de l'opération et de son personnel et la résolution des conflits [19]. Conformément à un accord interinstitutionnel de 2003 [20], le personnel militaire ou civil des missions de l'Union jouit d'une immunité de juridiction totale. Il ressort aussi des observations écrites d'Eulex

12 — Voir adresse Internet http://www.europarl.europa.eu/RegData/bibliotheque/briefing/2014/130712/LDM_BRI(2014)130712_REV2_EN.pdf.

13 — Document 16927/09 du Conseil, intitulé «2009 Annual Report on the identification and implementation of lessons and best practices in civilian ESDP missions», disponible à l'adresse Internet: http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2016927%202009%20EXT%201.

14 — Conformément aux règles de vote au sens de l'article 31 TUE.

15 — Voir Naert, F., «The Application of Human Rights and International Humanitarian Law» dans *Drafting EU Missions' Mandated et Rules of Engagement,* Institut de droit international de la KU Leuven, document de travail nº 151, octobre 2011.

16 — Action commune 2006/304/PESC du 10 avril 2006 sur la mise en place d'une équipe de planification de l'UE (EPUE Kosovo) en ce qui concerne l'opération de gestion de crise que l'UE pourrait mener au Kosovo dans le domaine de l'État de droit et, éventuellement, dans d'autres domaines (JO L 112, p. 19).

17 — En effet, le chef de la mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo (MINUK) a étendu l'application du règlement MINUK 2000/47 (UNMIK/Reg/2000/47, accessible sur le site Internet www.unmikonline.org) lequel définit le statut, les privilèges et les immunités de la Force de l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord pour le Kosovo (KFOR) et MINUK sur le territoire du Kosovo à EPUE Kosovo, par le biais d'une décision d'exécution qui faisait suite à la demande du haut représentant pour la PESC. Décision d'exécution 2006/18, selon les sources citées par Sari, A., «Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP», EJIL 2008, vol 19, nº 1, p. 74. Voir, également, articles 4 et 5 de l'action commune 2006/304.

18 — Accords intitulés SOFA («Statut of Forces Agreements», statut des forces à l'étranger) pour les opérations militaires et SOMA («Statut of Mission Agreement», statut de l'accord sur la mission) pour les opérations civiles, voir, Sari, A., op. cit..

19 — Voir modèle d'accord entre l'Union européenne et un État hôte relatif au statut des forces placées sous la direction de l'Union européenne document 8720/05 du Conseil, disponible à l'adresse Internet http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8720-2005-INIT/fr/pdf.

20 — Accord entre les États membres de l'Union européenne relatif au statut du personnel militaire et civil détaché auprès des institutions de l'Union européenne, des quartiers généraux et des forces pouvant être mis à la disposition de l'Union européenne dans le cadre de la préparation et de l'exécution des missions visées à l'article 17, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, y compris lors d'exercices, et du personnel militaire et civil des États membres mis à la disposition de l'Union européenne pour agir dans ce cadre (SOFA UE) (JO 2003, C 321, p. 6).

Kosovo que le chef de mission ainsi que l'intégralité de la mission Eulex bénéficient du statut diplomatique ainsi que des privilèges découlant du droit international [21]. Il convient cependant de noter que l'application de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques à l'ensemble du personnel a déjà fait l'objet de critiques au niveau institutionnel [22].

23. En outre, eu égard à un argument soulevé à l'audience par le représentant d'Eulex Kosovo et se rapportant à l'immunité de cette entité, je relève que l'immunité découlant de la législation kosovare joue envers les organes et les juridictions du Kosovo et ne saurait, en tout état de cause, empêcher le contrôle de la légalité des mesures relevant du droit de l'Union sous réserve de la compétence de la Cour en la matière [23].

B – *Sur la compétence de la Cour à la lumière du traité de Lisbonne*

24. Il est constant que, en l'état actuel du droit de l'Union, la PESC reste soumise à des règles et des procédures spécifiques conformément à l'article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE. Ainsi, certains actes adoptés dans le cadre de la PESC échappent toujours au contrôle juridictionnel de la Cour. Il s'agit d'une situation inhérente à l'aménagement des compétences de la Cour prévues par les traités [24].

25. Néanmoins, il convient de souligner que le traité de Lisbonne a fait évoluer, dans une certaine mesure, le champ de la compétence de la Cour dans le domaine de la PESC [25].

26. Premièrement, la Cour s'est explicitement vu octroyer une compétence à l'égard de certains actes relevant de la PESC, ce qui a mis fin à l'approche qui prévalait antérieurement d'exclusion du contrôle juridictionnel dans ce domaine. Ainsi, l'article 24, paragraphe 1, second alinéa, TUE prévoit que, en ce qui concerne les dispositions des traités régissant la PESC, la Cour n'est compétente que pour contrôler le respect de l'article 40 TUE ainsi que la légalité de certaines décisions visées à l'article 275, second alinéa, TFUE. Aux termes de cette dernière disposition, la Cour est notamment compétente pour se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, concernant le contrôle de la légalité des décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre 2, du traité UE [26].

21 — À cet égard, Eulex Kosovo se réfère à la loi de la République du Kosovo nº 03/L-033, du 20 février 2008, sur les immunités et privilèges, disponible à l'adresse Internet http//www.mfa-ks.net/repository.docs/2008_03-L033_en1.pdf, ainsi qu'à des conventions de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, sur les relations consulaires du 24 avril 1963, sur les privilèges et immunités des Nations unies du 13 février 1946 et sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées des Nations unies du 21 novembre 1947.

22 — Document 15711/02 du Conseil, intiutlé «Generic Status of Force Agreement for Police Mission – Imunities and privileges for EU Mission personnel», disponible à l'adresse Internet http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2015711%202002%20INIT.

23 — Il convient néanmoins d'observer que l'immunité juridictionnelle conférée à des missions PESC et à leur personnel peut avoir des conséquences sur la protection des droits fondamentaux dans l'État hôte à la lumière de l'article 6 TUE. Sur le plan des droits de l'homme, au sujet de l'incompétence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) pour juger des violations des articles 2 et 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, attribuables aux Nations unies sur le territoire de Kosovo, voir arrêts Cour EDH Behrami et Behrami c. France, nº 71412/01, et Saramati c. France, Allemagne et Norvège, nº 78166/01. Ce sujet présente un lien avec le débat actuel portant sur les effets extraterritoriaux de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voir, Moreno-Lax, V., «The Extraterritorial Application of The EU Charter of Fundamental Rights», dans *The EU Charter of Fundamental Rights: a commentary,* Hart 2014, p. 1657 à 1683. Au sujet de la responsabilité d'un État lorsqu'il exerce «le contrôle effectif» sur un territoire hors de son territoire national, voir arrêts Cour EDH Loizidou c. Turquie, nº 15318/89, et son interprétation stricte résultant de l'arrêt Cour EDH Bankovic c. Belgique, nº 52207/99. La problématique de la protection juridictionnelle n'a toutefois pas d'incidence directe sur la question posée par la Cour dans la présente affaire.

24 — Avis 2/13, EU:C:2014:2454, points 252 et 253.

25 — Voir, Hillion, C., «A Powerless Court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy», dans *The European Court of Justice and External Relations Law,* Oxford, 2014, p. 47 à 73.

26 — Cela a abouti, d'une part, à une jurisprudence particulièrement riche des juridictions de l'Union (voir arrêts Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518; Conseil/Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, C-348/12 P, EU:C:2013:776; Bank Melli Iran/Conseli, T-35/10 et T-7/11, EU:T:2013:397 ainsi que Hassan/Conseil, T-572/11, EU:T:2014:682) et, d'autre part, à des modifications du règlement de procédure du Tribunal de l'Union européenne (voir projet de règlement de procédure du Tribunal, accessible sur le site Internet http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-06/doc-fr-0000.pdf).

27. Deuxièmement, l'article 40 TUE peut être lu comme conférant explicitement à la Cour la mission de garantir la délimitation entre la PESC, d'une part, et les politiques et les procédures relevant du traité FUE, d'autre part, lorsqu'il énonce que la mise en œuvre de la PESC n'affecte pas l'application des articles 3 TFUE à 6 TFUE. La nouveauté de cette disposition par rapport à l'ancien article 47 TUE (tel qu'il était rédigé antérieurement au traité de Lisbonne) réside dans le fait que l'«obligation de non-affectation» opère dans les deux sens, en ce qu'elle vise tant à «protéger» les politiques de l'Union d'un éventuel chevauchement avec les mécanismes de la coopération intergouvernementale qu'à «protéger» la PESC contre d'éventuels effets similaires des politiques de l'Union [27].

28. Troisièmement, il convient de souligner l'importance des principes constitutionnels qui s'imposent aux institutions de l'Union lorsqu'elles agissent dans le champ de l'action extérieure et dont il appartient à la Cour de contrôler le respect [28]. Conjointement avec le principe de coopération loyale désormais énoncé à l'article 4, paragraphe 3, TUE, le respect desdits principes est requis aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union lesquels englobent notamment la PESC. Je rappelle à cet égard que, conformément à l'article 21, paragraphe 3, TUE, l'Union respecte les principes qui ont présidé à sa création (visés aux paragraphes 1 et 2 du même article) dans l'élaboration et la mise en œuvre de son action extérieure.

29. Enfin, avant même l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour avait déjà été confrontée à la problématique de la délimitation des politiques de l'Union, notamment, dans le cadre du débat portant sur les produits dits «à double usage» [29] dans l'affaire Werner où elle a souligné qu'«une mesure ayant pour effet d'empêcher ou de restreindre l'exportation de certains produits [...] ne saurait être soustraite du domaine de la politique commerciale commune au motif qu'elle vise à atteindre les objectifs de politique étrangère et de sécurité» [30]. En revanche, s'agissant d'une mesure visant à lutter contre la prolifération des armes légères, la Cour a précisé que, au regard de l'article 47 UE, l'Union ne pouvait recourir à une base juridique relevant de la PESC pour adopter des dispositions qui relèvent également d'une compétence attribuée par le traité CE à la Communauté [31].

30. Par conséquent, la Cour reste bien la gardienne fondamentale de la délimitation des compétences. C'est au regard de ces constats qu'il convient d'examiner si les actes adoptés par une mission de l'Union dans le cadre de l'exécution du budget de l'Union relèvent de la compétence de la Cour.

27 — Voir, Griller, S., «The Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy», dans *The Court of Justice and the construction of Europe* (La Cour de justice et la construction de l'Europe), 2013, p. 675 à 692.

28 — En ce sens, voir arrêts Conseil/Hautala (C-353/99 P, EU:C:2001:661, points 28 et 29) ainsi que Parlement/Conseil (C-658/11, EU:C:2014:2025, point 79).

29 — Il s'agit de produits susceptibles de servir tant à des fins militaires qu'à des fins civiles.

30 — Arrêt Werner (C-70/94, EU:C:1995:328, point 10). Cette interprétation a conduit le législateur à remplacer le cadre juridique initialement fondé sur une action commune de la PESC ainsi qu'un règlement adopté au titre de la politique commerciale commune par un règlement exclusivement fondé sur la politique commerciale: voir règlement (CE) nº 1334/2000 du Conseil, du 22 juin 2000, instituant un régime communautaire de contrôles des exportations de biens et technologies à double usage (JO L 159, p. 1).

31 — Arrêt Commission/Conseil (C-91/05, EU:C:2008:288, point 77). À titre complémentaire, pour une analyse plaidant en faveur d'un *judicial restraint* dans le cadre de la PESC, voir conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Commission/Grèce (C-120/94, EU:C:1995:109, point 54).

## V – Le budget de l'Union et son contrôle dans le contexte de l'action extérieure

### A – *Bref rappel concernant le statut d'Eulex Kosovo*

31. Comme cela est rappelé à juste titre dans les conclusions précitées du Conseil [32], «il importe d'assurer la plus grande cohérence possible entre les actions menées par l'Union et celles menées par les États membres pour apporter un soutien aux pays et organisations régionales partenaires [...] afin qu'ils puissent améliorer progressivement leur capacité à prévenir ou à gérer des crises par eux-mêmes».

32. Ainsi qu'il résulte de l'article 2 de l'action commune 2008/124, Eulex Kosovo aide les institutions du Kosovo, les autorités judiciaires et les organismes chargés de l'application des lois à progresser sur la voie de la viabilité et de la responsabilisation de manière à ce qu'elles s'alignent sur les normes reconnues au niveau international et sur les bonnes pratiques européennes.

33. Trouvant ses origines dans la résolution 1244 des Nations unies [33], la mission Eulex Kosovo est la plus grande mission civile jamais déployée dans le cadre de la PESD. Le personnel de la mission est essentiellement composé de juges, de procureurs, de policiers et d'agents des douanes et compte 800 membres internationaux et 800 membres nationaux. Le budget de cette mission s'élève à 90 millions d'euros par an et est alimenté par des contributions de la plupart des États membres de l'Union, ainsi que du Canada, du Royaume de Norvège, de la Confédération suisse, de la République de Turquie et des États-Unis d'Amérique [34].

34. Il ressort du dossier qu'Eulex Kosovo a un statut d'opération de gestion de crise placée sous la responsabilité du Conseil qui l'a instituée et qui exerce un contrôle politique et une direction stratégique [35]. La volonté du législateur de considérer les missions comme de simples «opérations» ressortait effectivement des dispositions de l'action commune 2008/124 [36].

35. Il convient, néanmoins, de souligner que le législateur a procédé à plusieurs reprises à la modification de l'action commune 2008/124 [37], en particulier, par le biais de la décision 2014/349 (ci-après l'«action commune 2008/124 modifiée»). Aux termes de l'article 15 bis de l'action commune 2008/124 modifiée, Eulex Kosovo a la capacité d'acheter des services et des fournitures, de conclure des contrats et des arrangements administratifs, d'employer du personnel, de détenir des comptes bancaires, d'acquérir et d'aliéner des biens et de liquider son passif *ainsi que*

32 — Conclusions du Conseil sur l'approche globale de l'UE, du 12 mai 2014, point 11.

33 — Le 10 juin 1999, le Conseil de sécurité des Nations unies a adopté la résolution 1244, dans le cadre de laquelle le Conseil de sécurité des Nations unies «[d]écide que la présence internationale civile et la présence internationale de sécurité sont établies pour une période initiale de 12 mois, et se poursuivront ensuite tant que le Conseil n'en aura pas décidé autrement» (paragraphe 19), «[a]utorise le Secrétaire général, agissant avec le concours des organisations internationales compétentes, à établir une présence internationale civile au Kosovo» (paragraphe 10).

34 — Pour plus de détails voir http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/eulex-kosovo/pdf/factsheet_eulex_kosovo_en.pdf.

35 — Eulex Kosovo n'est donc pas une mission établie dans le cadre des Nations unies, contrairement à ce que semblait soutenir l'agent d'Eulex Kosovo.

36 — Voir, notamment, article 10, paragraphe 2, de l'action commune 2008/124. En outre, le chef de mission d'Eulex Kosovo a conclu un contrat avec la Commission et a donc été recruté non pas sur la base d'un concours selon la procédure des organes des institutions européennes, mais en tant que conseiller indépendant pour une durée déterminée.

37 — Action commune 2009/445/PESC du Conseil, du 9 juin 2009 (JO L 148, p. 33); décision 2010/322/PESC du Conseil, du 8 juin 2010 (JO L 145, p. 13); décision 2010/619/PESC du Conseil, du 15 octobre 2010 (JO L 272, p. 19); décision 2011/687/PESC du Conseil, du 14 octobre 2011 (JO L 270, p. 31); décision 2011/752/PESC du Conseil, du 24 novembre 2011 (JO L 310, p. 10); décision 2012/291/PESC du Conseil, du 5 juin 2012 (JO L 146, p. 46); décision 2013/241/PESC du Conseil, du 27 mai 2013 (JO L 141, p. 47); Décision 2014/349/PESC du Conseil, du 12 juin 2014 (JO L 174;„p. 42) et décision 2014/685/PESC du Conseil, du 29 septembre 2014 (JO L 284, p. 51).

*d'ester en justice*, dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre de ladite action commune. Je note, au reste, contrairement à ce qui a été affirmé par Eulex Kosovo lors de l'audience, que cette modification ne constituait pas une démarche isolée à son égard, mais a également été opérée à l'égard de la mission PSDC de l'Union européenne au Niger [38].

B – *Sur les règles budgétaires applicables à la PESC comme point de départ en vue d'établir la compétence de la Cour*

1. Sur le financement par le budget de l'Union

36. Je souhaite rappeler que, lors de la signature du traité de Maastricht, une distinction a été établie entre les dépenses administratives et opérationnelles engagées dans le cadre du deuxième pilier, les premières étant toujours à la charge du budget communautaire. Pour ce motif, je maintiens que, en réalité, la problématique des dépenses budgétaires n'a jamais constitué, et ne constitue toujours pas, une question relevant de la PESC. En effet, déjà à l'époque, il a été prévu de soumettre une partie du financement de la PESC à des règles budgétaires communautaires, y compris au système de contrôle qui s'y applique.

37. En revanche, s'agissant des dépenses opérationnelles, le traité de Maastricht prévoyait la compétence du Conseil qui pouvait les mettre soit à la charge des États membres, soit à la charge du budget des Communautés. Le traité d'Amsterdam a affecté les dépenses opérationnelles au budget communautaire tout en prévoyant deux exceptions pour les dépenses afférentes à des opérations militaires ou dans le domaine de la défense, le Conseil conservant la compétence d'en décider autrement à l'unanimité.

38. Le traité de Lisbonne a repris le régime spécifique existant. En effet, conformément à l'article 41, paragraphe 1, TUE, les dépenses administratives entrainées par la mise en œuvre de la PESC sont à la charge du budget de l'Union [39], tandis que, en application de l'article 41, paragraphe 2, TUE, les dépenses opérationnelles relèvent du budget de l'Union, conformément au principe retenu depuis le traité d'Amsterdam. Ainsi, les missions PESD, selon leur nature, sont financées par les États membres, selon la clé du produit national brut (PNB), lorsqu'il s'agit du financement des opérations militaires, tandis que les dépenses civiles et administratives sont supportées par l'Union européenne [40]. Conformément à l'accord interinstitutionnel de 2013 [41], le montant total des dépenses opérationnelles de la PESC est inscrit intégralement dans un seul chapitre du budget, intitulé «PESC» [42].

38 — Décision 2014/482/PESC du Conseil, du 22 juillet 2014, modifiant la décision 2012/392/PESC concernant la mission PSDC de l'Union européenne au Niger (EUCAP Sahel Niger) (JO L 217, p. 31). La question des effets de l'action commune 2008/124 modifiée va être commentée dans la partie finale des présentes conclusions, voir points 63 et 64.

39 — Le traité de Lisbonne a également introduit deux autres instruments de financement des opérations militaires, d'une part, s'agissant des mesures urgentes et, d'autre part, s'agissant d'un fonds de lancement pour financer les activités préparatoires (voir article 41, paragraphe 3, TUE).

40 — Carpentier, M., «La coordination des dépenses étatiques par la Commission. L'exemple de la PESC», *Revue française de finances publiques*, n° 125, février 2014.

41 — Accord interinstitutionnel du 2 décembre 2013 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la discipline budgétaire, la coopération en matière budgétaire et la bonne gestion financière (JO C 373, p. 1).

42 — Je note incidemment que dès lors que les dépenses liées aux opérations ayant des implications militaires ne sont pas inscrites dans le budget de l'Union, cette pratique manque de transparence, en particulier au regard de la clause de solidarité en matière de défense commune figurant à l'article 222 TFUE et à l'article 42, paragraphe 7, TUE. En effet, en application desdits articles, l'Union peut utiliser ses moyens militaires pour apporter aide et assistance à l'Organisation des Nations unies (ONU) et à l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN), sans qu'il soit clair si l'Union prend à sa charge les dépenses militaires y afférentes.

39. En l'espèce, ainsi qu'il résulte de l'article 16 de l'action commune 2008/124[43], l'ensemble des dépenses d'Eulex Kosovo est géré conformément aux règles et aux procédures communautaires applicables au budget général de l'Union[44].

40. Il est, à cet égard, incontestable que, dès lors que les actions de la PESC relèvent de lignes budgétaires de l'Union, la gestion du budget et le contrôle y afférent relève de la compétence des institutions de l'Union. Conformément à l'article 310, paragraphe 1, TFUE, toutes les recettes et les dépenses de l'Union doivent être inscrites au budget. Le budget annuel de l'Union est établi par le Parlement européen et le Conseil conformément à l'article 314 TFUE. Plusieurs acteurs sont impliqués dans l'exécution du budget visant à financer les actions relevant de la PESC, parmi lesquels figurent le Conseil, le Groupe des conseillers PESC du Conseil, le Parlement, la Commission et les États membres.

41. Le fait générateur de la compétence de la Cour résulte donc de l'engagement du budget de l'Union et de l'adoption de décisions ayant pour objet d'assurer son exécution dans le cadre des fonctions exercées par des entités établies conformément aux actes relevant de la PESC. Ce constat ne porte nullement atteinte aux dispositions des articles 24, paragraphe 1, second alinéa, dernière phrase, TUE et 275, premier alinéa, TFUE, lesquelles prévoient que la Cour n'est, en principe, pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la PESC ainsi que les actes adoptés sur leur base[45].

42. En effet, les actes impliquant le budget de l'Union visés à l'article 310, paragraphe 3, TFUE et qui relèvent de la gestion du fonctionnement des entités créées dans le cadre de la PESC doivent être distingués des actes qui ont été adoptés en vertu des dispositions des traités portant sur la PESC, telle que l'action commune 2008/124, ainsi que des actes pris par les organismes crées en vertu des dispositions relatives à la PESC et portant sur la PESC.

43. Pour ces motifs, je ne partage pas la position de la Commission qui soutient, à titre principal, dans sa réponse à la Cour, que, en l'espèce le juge de l'Union a été saisi d'un moyen d'illégalité tiré d'une violation des règles en matière de passation de marchés publics, lequel serait un «paramètre normatif extrinsèque à la PESC», ce qui permettrait de constater que l'exclusion de compétence prévue à l'article 275, premier alinéa, TFUE n'est pas applicable, sans qu'il soit besoin d'examiner si l'acte attaqué est, ou non, lui-même un acte adopté sur la base d'une disposition de la PESC.

44. De surcroît, la théorie dite «du centre de gravité» ou «des actes politiques» telle que défendue par le représentant d'Eulex Kosovo et qui devrait conduire soit à l'exclusion de principe de la compétence de la Cour, soit à une admission de cette même compétence, assortie d'une obligation de non-exercice, ne trouve pas d'application en droit de l'Union. Il suffit de rappeler que le contrôle de la légalité des actes du droit de l'Union demeure une valeur fondamentale et constante de l'ordre juridique de

43 — L'article 16 de l'action commune est ainsi rédigé:

«1. Le montant de référence financière destiné à couvrir les dépenses liées à une durée de seize mois à compter de la date d'approbation de l'OPLAN est de 205 000 000 [euros].
2. L'ensemble des dépenses est géré conformément aux règles et procédures communautaires applicables au budget général de l'UE, à cette exception près qu'aucun préfinancement ne demeure la propriété de la Communauté.
3. Sous réserve d'approbation par la Commission, le chef de la mission peut conclure des accords techniques avec des États membres de l'UE, des États tiers participants et d'autres acteurs internationaux déployés au Kosovo, portant sur la fourniture d'équipements, de services et de locaux à EULEX KOSOVO. [...]
4. Le chef de la mission rend pleinement compte à la Commission des activités menées dans le cadre de son contrat, dont cette dernière assure la supervision.
5. Les dispositions financières respectent les exigences opérationnelles de EULEX KOSOVO, y compris la compatibilité des équipements et l'interopérabilité de ses équipes, et prennent en compte le déploiement du personnel dans les bureaux régionaux.

[...]»

44 — Force est de noter que l'action commune 2008/124 a fait l'objet de plusieurs modifications visant à adapter et augmenter le montant de référence financière pour la mission d'Eulex Kosovo. Voir, à cet égard, modifications introduites par l'action commune 2009/445 ainsi que la décision 2010/322.

45 — S'agissant du contentieux classique portant sur le choix de la base juridique, voir arrêt Parlement/Conseil (C-658/11, EU:C:2014:2025).

l'Union. Dans cette communauté de droit, ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité. Le traité a ainsi établi un système complet de voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions [46]. Le «droit au juge reste inhérent à l'État de droit», il en est un «corollaire», «une conquête et un instrument» [47].

45. En outre, au regard de la jurisprudence précité, et notamment de l'arrêt Werner (C-112/91, EU:C:1993:27), le budget de l'Union, dès lors qu'il sert à financer les mesures de la PESC, ne saurait être soustrait aux règles budgétaires applicables aux politiques et aux procédures du droit de l'Union.

46. Afin de délimiter la compétence de la Cour, il convient, néanmoins, d'analyser les règles applicables sous l'angle de l'exécution du budget de l'Union, en particulier, dans le domaine des marchés publics qui peuvent être organisés dans le contexte de l'action extérieure.

2. Sur l'exécution des dépenses au titre de la PESC

47. D'un point de vue historique, il convient de noter d'emblée que l'exécution du budget de l'Union dans le domaine de l'action extérieure a été soumise à un contrôle qui révélait ses déficiences dès l'origine. En 1996 déjà, la Cour des comptes a décelé un contrôle insuffisant ainsi que de graves irrégularités dans le cadre d'une procédure relative à la fourniture des services de soutien logique [48]. Ultérieurement, dans un avis nº 1/97 consacré à la PESC, la Cour des comptes a mis en évidence l'absence de modalités de participation de la Commission à la détermination des dispositions financières, juridiques et opérationnelles relatives à la réalisation des mesures de la PESC ayant une incidence financière [49]. Parmi les recommandations de la Cour des comptes résultant de son rapport spécial nº 13/2001, figuraient, notamment, la nécessité d'adoption des dispositions claires concernant le rôle de la Commission dans la mise en œuvre de la PESC ainsi que la transparence de la gestion financière des actions relevant de la PESC. Dans son rapport spécial nº 11/2014 portant sur la mise en place du Service européen pour l'action extérieure (SEAE) [50], la Cour des comptes a évoqué en particulier un manque d'intégration des représentants spéciaux de l'Union dans le SEAE [51]. Enfin, j'observe que, en 2012, la Cour des comptes a adopté un rapport consacré spécifiquement à la mission Eulex Kosovo [52].

48. S'agissant des règles budgétaires particulières, l'article 317 TFUE prévoit que la Commission exécute le budget en coopération avec les États membres, conformément aux dispositions des règlements pris en exécution de l'article 322 TFUE, sous sa propre responsabilité et dans la limite des crédits alloués, conformément au principe de la bonne gestion financière. Cette disposition constitue la base juridique du règlement financier, lequel a pour objet de déterminer les règles relatives à l'établissement et à l'exécution du budget général de l'Union. Il convient donc de l'interpréter comme applicable également aux actes de gestion et d'exécution du budget adoptés par des missions de l'Union et relevant de son action extérieure.

46 — Arrêt Les Verts/Parlement (294/83, EU:C:1986:166, point 23).

47 — Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire Gestoras Pro Amnistía e.a./Conseil (C-354/04 P, EU:C:2006:667).

48 — Rapport spécial nº 4/96 relatif aux comptes de l'unité électorale européenne établie par l'action commune de la politique étrangère et de sécurité commune concernant l'observation des élections palestiniennes, accompagné des réponses de la Commission (JO 1997, C 57, p. 1, point 32).

49 — L'avis nº 1/97 n'a pas été publié et figure à l'annexe 5b du rapport spécial nº 13/2001 de la Cour des comptes sur la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), accompagné des réponses du Conseil et de la Commission (voir point 10, note en bas de page 2 dudit rapport) (JO 2001, C 338, p. 1).

50 — Rapport spécial nº 11/2014 disponible à l'adresse Internet: http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR14_11/SR14_11_FR.pdf.

51 — Points 35 et suiv. du rapport spécial nº 11/2014 de la Cour des comptes.

52 — Rapport spécial nº 18/2012 relatif à l'aide de l'Union européenne au Kosovo dans le domaine de l'État de droit, disponible à l'adresse Internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/cont/dv/eca_sr182012_/eca_sr182012_fr.pdf.

49. En l'espèce, dès lors qu'Elitaliana a reçu la lettre portant la décision de classement litigieuse en date du 29 mars 2012 [53], le règlement financier applicable aux faits était celui adopté conformément à l'article 279 CE (devenu article 322 TFUE), à savoir le règlement financier nº 1605/2002 tel que modifié, notamment, en ce qui concerne le SEAE, par le règlement (UE, Euratom) nº 1081/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010 [54]. L'article 4 du règlement financier nº 1605/2002, qui énonce le principe d'unité et de vérité budgétaire, prévoit *que les dépenses et les recettes des Communautés comprennent notamment les dépenses dans le domaine de la PESC*. Ainsi, la Commission transmet à l'autorité budgétaire, en même temps que le projet de budget, un document présentant, notamment l'ensemble des dépenses administratives et opérationnelles liées à l'action extérieure de l'Union, y compris les missions relevant de la PESC et financées sur le budget de l'Union [55].

50. En outre, le règlement financier nº 1605/2002 prévoit que la gestion du budget peut être effectuée soit directement par les services de la Commission, soit indirectement par délégation à des organismes de droit communautaire ou de droit public national [56]. Dans son article 54, ledit règlement ouvre la possibilité à la Commission, lorsqu'elle exécute le budget en gestion centralisée indirecte ou en gestion décentralisée [57], de déléguer des tâches d'exécution budgétaire à des personnes chargées de l'exécution d'actions spécifiques en vertu du titre V du traité UE portant sur la PESC, identifiées dans l'acte de base au sens de l'article 49 dudit règlement. L'article 49 du règlement financier nº 1605/2002 énumère parmi les actes de base relevant de la PESC l'adoption des actions communes au sens de l'article 14 TUE [58]. Or, il est constant que l'action commune 2008/14 ayant créé Eulex Kosovo a été adoptée en vertu de l'article 14 TUE.

51. S'agissant ainsi d'Eulex Kosovo, conformément à l'article 8, paragraphe 4, de l'action commune 2008/124, le chef de la mission est responsable de l'exécution du budget d'Eulex Kosovo et, à cette fin, il signe un contrat avec la Commission. En outre, conformément à l'article 16 de l'action commune 2008/124 relatif aux dispositions financières, le chef de la mission rend pleinement compte à la Commission des activités menées dans le cadre de son contrat, dont cette dernière assure la supervision.

52. Par ailleurs, je note, que, au mois de juin 2012, la Commission a adopté la communication sur la gestion financière des missions PESD [59]. Elle a demandé au Conseil de leur conférer la personnalité juridique afin que ces missions soient responsables devant la Commission pour la gestion des fonds qui leur sont conférés [60]. Bien qu'il s'agisse d'un document classifié, il semble que les modifications de l'action commune, en particulier l'insertion de l'article 15 bis de l'action commune 2008/124 modifiée, répondent à cette demande [61]. Enfin, il convient également de relever le rôle joué par le service des instruments de politique étrangère (IPE) de la Commission dans la gestion du budget de l'Union dans le domaine en question [62].

53 — Soit avant l'entrée en vigueur du règlement financier (UE, Euratom) nº 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) nº 1605/2002 du Conseil (JO L 298, p. 1), le 26 octobre 2012, applicable à partir du 1er janvier 2013.

54 — JO L 311, p. 9.

55 — Article 33 du règlement financier nº 1605/2002.

56 — Voir considérant 16 du règlement financier nº 1605/2002.

57 — Conformément à l'article 53 bis du règlement financier nº 1605/2002.

58 — Dans sa rédaction issue du traité de Nice.

59 — C(2012) 4052/F1 Communication from the Commission Rules for the Financial management of the CFSP Missions.

60 — Voir communication C(2012) 4052/F1, précitée. Ladite communication, qui n'est pas accessible au public, est mentionnée dans le rapport spécial nº 18/2012 de la Cour des comptes, précité.

61 — À titre complémentaire, je relève que le règlement nº 966/2012 prend également en compte les spécificités de la PESC.

62 — Voir rapport annuel de l'IPE, disponible en version anglaise à l'adresse Internet suivante: http://ec.europa.eu/dgs/fpi/documents/fpi_activity_report_2012_en.pdf.

3. Sur le contrôle des marchés publics dans le cadre de l'action extérieure

53. Ainsi qu'il ressort de l'ordonnance attaquée, dans le cadre de la mission Eulex Kosovo, un avis de marché restreint concernant un projet intitulé «Soutien par hélicoptère à la mission Eulex au Kosovo», visant à la conclusion d'un contrat de service, a été publié. Ainsi que le précise la Commission, l'acte litigieux consiste donc en la communication écrite du 29 mars 2012 par laquelle le chef de la mission Eulex Kosovo informait la requérante de sa décision d'attribuer le marché public concerné au concurrent dont l'offre a été classée première, à savoir la société de droit irlandais Starlite, et par conséquent d'écarter l'offre d'Elitaliana dont l'offre avait été classée deuxième [63].

54. Il s'agit ainsi de l'adjudication d'un marché de services donnant lieu au versement de sommes à la charge du budget de l'Union [64].

55. Ainsi que le souligne à juste titre la Commission, la décision litigieuse constitue un acte d'exécution du budget de l'Union qui ne peut aucunement tomber sous l'empire de la clause d'exclusion de compétence de la Cour prévue à l'article 24, paragraphe 1, second alinéa, TUE et à l'article 275, premier alinéa, TFUE, quand bien même ladite décision aurait été adoptée par un organe établi en vertu du titre V du traité UE. En outre, la Commission souligne que le chef de mission d'Eulex Kosovo a, en l'espèce, agi dans le cadre des compétences financières de la Commission, et que partant ses actes ne ressortissent pas à la PESC. Cette approche est conforme non seulement aux dispositions ci-dessus évoquées du règlement financier, qu'il s'agisse de celles applicables ratione temporis ou de celles en vigueur actuellement, mais également avec les pouvoirs alloués par les traités à la Commission (article 17, paragraphe 1, quatrième phrase, TUE), lesquels sont aussi mentionnés à l'article 9, paragraphe 1, de la décision 2010/427/UE [65].

56. Vu la nature de l'acte litigieux, les dispositions pertinentes sont celles résultant du titre V du règlement financier nº 1605/2002 portant sur les marchés publics. Les articles 162 et 167 dudit règlement confirment l'applicabilité des règles générales portant sur les marchés publics aux actions extérieures financées par le budget [66]. Or, il en ressort que le respect des principes de transparence et de bonne gestion financière implique que les organismes auxquels sont déléguées des tâches d'exécution pour le compte de la Commission doivent disposer, notamment, de procédures de passation des marchés transparentes et de contrôles internes efficaces [67]. Par ailleurs, le règlement financier nº 1605/2002 insiste sur le fait que les contrats signés avec des personnes physiques doivent inclure les principes généraux de passation de marchés figurant au titre V de la première partie et au titre IV de la deuxième partie du même règlement en ce qui concerne les actions extérieures [68].

63 — Lors de l'audience, l'agent d'Eulex Kosovo a néanmoins affirmé que le choix entre Starlite et Elitaliana représentait un choix politique, ce qui contredit ses écritures.

64 — Je note que la problématique du contrôle de la légalité des marchés publics dans le cadre des missions a été déjà soumise au Tribunal dans l'affaire T-511/08, au sujet de la Mission de police de l'Union européenne en Afghanistan (EUPOL Afghanistan), établie en vertu de l'action commune 2007/369/PESC du Conseil, du 30 mai 2007 (JO L 139, p. 33). Le recours a toutefois été radié à la suite d'un désistement (voir ordonnance du président du Tribunal Unity OSG FZE/Conseil et EUPOL Afghanistan, T-511/08, EU:T:2010:138).

65 — Décision du Conseil du 26 juillet 2010 fixant l'organisation et le fonctionnement du service européen pour l'action extérieure (JO L 201, p. 30).

66 — Par ailleurs, je note que le guide pratique des procédures contractuelles dans le cadre des actions extérieures de l'Union (PRAG 2014) porte sur les procédures contractuelles qui s'appliquent à tous les contrats d'aide extérieure de l'Union financés par le budget général de l'Union européenne (Budget) et le 10e Fonds européen de développement (FED), http://ec.europa.eu/europeaid/prag/document.do?chapterId=1.&id=241. L'avis de marché litigieux publié par Eulex Kosovo fait référence à la version alors en vigueur dudit guide: voir note en bas de page 1 de l'avis de marché (Service Contract Notice, Helicopter support to EULEX Mission in Kosovo nº 2, Pristina Kosovo), OJ/S S200 18/10/2011 nº 324817-2011-EN (tiré du dossier devant le Tribunal dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance attaquée).

67 — Considérant 18 du règlement financier nº 1605/2002.

68 — Considérant 45 du règlement financier nº 1605/2002.

57. S'agissant du mode de gestion, il résulte de l'article 166, paragraphe 1, sous b), du règlement financier n° 1605/2002 que les actions menées dans le cadre de la PESC donnent lieu à un contrat ou à une convention de subvention entre la Commission et des personnes physiques ou morales chargées de la réalisation des actions en question. Le règlement financier n° 1605/2002 définit également, à son article 167, la notion du «pouvoir adjudicateur» laquelle englobe «un organisme de droit public national ou international ou *des personnes morales ou physiques bénéficiaires d'une subvention pour la mise en œuvre d'une action extérieure*».

58. En l'espèce, il ressort de l'avis de marché que celui-ci portait sur des services de transport d'urgence par hélicoptère à des fins médicales («helicopter emergency medical service») et des services de transport sanitaire par voie aérienne («air ambulance service»). Il me semble que la nature des services recherchés était donc au moins principalement civile. En outre, l'avis de marché désignait le chef de mission comme pouvoir adjudicateur («contracting authority»), de sorte qu'il relève des dispositions précitées des articles 166 et 167 du règlement financier n° 1605/2002 [69].

59. À cet égard, j'observe que les dispositions de l'article 16 de l'action commune 2008/124 n'ajoutent pas, à l'exception de son paragraphe 3, d'éléments pertinents aux fins d'établir la compétence des juridictions de l'Union. En effet, celle-ci résulte de l'ensemble des dispositions portant sur l'exécution du budget de l'Union dont il ressort que la responsabilité finale incombe à la Commission.

60. Si la compétence du Tribunal et de la Cour pour connaître le contentieux des marchés publics passés dans le cadre de l'action extérieure de l'Union est ainsi établie, il n'en demeure pas moins que la passation de tels marchés pourrait néanmoins échapper à la compétence des juridictions de l'Union si les marchés relevaient d'actions à caractère militaire. En effet, comme précédemment évoqué, à la lumière de l'article 41 TUE, les opérations ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense sont à la charge du budget des États membres, sauf si le Conseil en décide autrement. S'agissant, en revanche, des marchés publics à caractère civil, la compétence de la Cour est incontestable [70].

61. Enfin, s'agissant de la participation des États tiers au financement des opérations à des fins civiles, il suffit de se référer à l'arrêt du Tribunal dans l'affaire Nexans France/Entreprise commune Fusion for Energy [71], dont il ressort que l'engament du budget des États tiers n'empêche pas l'application des règles du droit de l'Union et de l'exercice du contrôle par les juridictions de l'Union. Par ailleurs, le règlement financier n° 1605/2002 prévoit la possibilité de recourir au financement par les acteurs externes, tel que les États tiers, tout en restant dans le champ d'application des règles d'exécution du budget de l'Union [72].

## VI – Remarques complémentaires

62. À titre complémentaire, je souhaiterais apporter quelques brefs commentaires au sujet du pourvoi à l'origine de la présente affaire.

69 — En tout état de cause, si tel n'était pas le cas, la Cour a déjà jugé que l'interprétation fonctionnelle devait être prise en compte lorsqu'il s'agit d'un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'État voir arrêt Beentjes (31/87, EU:C:1988:422, point 11).

70 — Voir également, au sujet des marchés publics nationaux dans le domaine de la défense et, en particulier, des produits acquis par un pouvoir adjudicateur à des fins spécifiquement militaires, mais pouvant avoir une application civile largement similaire, arrêt Insinööritoimisto InsTiimi (C-615/10, EU:C:2012:324).

71 — T-415/10, EU:T:2013:141.

72 — Voir articles 162 à 165 du règlement financier n° 1605/2002.

63. Tout d'abord, en ce qui concerne les conséquences de l'action commune 2008/124 modifiée pour le contrôle de l'ordonnance attaquée, il est constant que ladite action confirme à son article 15 bis la capacité d'Eulex Kosovo d'ester en justice et établit, à son article 16, la responsabilité d'Eulex Kosovo par rapport à toute plainte et obligation découlant de l'exécution de son mandat à compter du 15 juillet 2014[73]. Ainsi, en l'état actuel du droit, les voies de droit permettant le contrôle de la légalité devant le Tribunal sont clairement établies sous réserve du respect des conditions résultant de l'article 263 TFUE.

64. Néanmoins, la présente affaire sous pourvoi reste ancrée ratione temporis dans un contexte juridique différent, ce qui m'amène à confirmer ma position selon laquelle c'est à bon droit que le Tribunal n'a pas reconnu à Eulex Kosovo le statut de partie défenderesse, de telle sorte que le recours de Elitaliana devait être considéré comme irrecevable et qu'ainsi le pourvoi doit être rejeté dans son intégralité.

65. En effet, l'action commune 2008/124 modifiée ne saurait nullement affecter la légalité de l'ordonnance attaquée. En outre, en ce qui concerne le débat ouvert à l'audience au sujet de l'ordre d'examen des causes d'irrecevabilité tant par le Tribunal que par la Cour, je suis d'avis qu'il n'existe pas en droit de l'Union de motif permettant de considérer que le raisonnement du Tribunal serait entaché d'une erreur de droit en ce qu'il aurait entamé son analyse par l'examen d'un motif d'irrecevabilité ratione personae. Au contraire, je considère que l'ordre d'examen choisi par le Tribunal se justifie pleinement à la lumière du principe d'économie de la procédure[74].

66. En tout état de cause, les juridictions de l'Union ne pourront pas échapper dans l'avenir à une confrontation avec l'insuffisance de la protection des droits des particuliers dans le contexte de l'action extérieure. Ainsi, le débat portant sur le statut des missions et de son personnel, en tant qu'ils sont dotés des privilèges et des immunités, doit aller de pair avec l'établissement de voies de droit accessibles aux particuliers contre les actes adoptés par les missions ayant des incidences sur les droits et les obligations de ces derniers.

## VII – Conclusion

67. Au vu des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de déclarer:

Au regard de l'article 41, paragraphes 1 et 2, TUE, les juridictions de l'Union européenne sont compétentes pour statuer sur la légalité d'un acte relevant de l'exécution du budget de l'Union européenne adopté par une entité constituée en vertu d'un acte relevant du titre V du traité TUE régissant l'action extérieure de l'Union européenne et la politique étrangère et de sécurité commune.

73 — À ce sujet, Eulex Kosovo s'est interrogée, dans ses observations, sur l'application rétroactive de l'article 15 bis de l'action commune 2008/124 modifiée. Compte tenu de l'article 2 de la décision 2014/349, je considère que ledit article 15 bis est applicable à partir de son entrée en vigueur, à savoir le 12 juin 2014.

74 — J'observe, à cet égard, que, contrairement à mes recommandations dans mes conclusions dans l'affaire Suisse/Commission (C-547/10 P, EU:C:2012:565) ainsi qu'aux conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Conseil/Boehringer (C-23/00 P, EU:C:2001:511), la Cour a admis la pratique du Tribunal en vertu de laquelle ce dernier s'abstenait d'examiner la recevabilité d'un recours qu'il envisageait de rejeter au fond. A maiori ad minus, s'agissant de l'ordre d'examen des causes d'irrecevabilité, la Cour ne saurait sanctionner le choix du Tribunal.