RAPPORT D'AUDIENCE
présenté dans l'affaire 114/86 *

I — Exposé des faits

Dans le cadre de la deuxième convention ACP-CEE de Lomé (ci-après « Lomé II »), signée à Lomé le 31 octobre 1979 et approuvée par le règlement (CEE) n° 3225/80 du Conseil, du 25 novembre 1980 (JO 1980, L 347, p. 1), la Communauté européenne et ses États membres apportent une assistance financière et technique à certains pays en voie de développement [désignés collectivement ci-après comme étant les « États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ou États ACP) »]. Cette assistance est financée au moyen des ressources du cinquième Fonds européen de développement (ci-après: « FED »), établi par l'accord interne de 1979 relatif au financement et à la gestion des aides de la Communauté (JO 1980, L 347, p. 210).

La présente affaire a trait à l'attribution de marchés de services au titre du chapitre 10 du titre VII de Lomé II. Bien que Lomé II soit arrivée à expiration le 28 février 1985, plusieurs de ses dispositions, dont le titre VII, relatif à la coopération financière et technique, ont été maintenues en vigueur après le 28 février 1985 conformément à plusieurs règlements du Conseil, dont le plus récent est le règlement (CEE) n° 690/86 du 3 mars 1986 (JO 1986, L 63, p. 1). Dans la mesure où ces dispositions de Lomé II restent en vigueur, le cinquième FED établi pour son application est également maintenu. L'accord interne de 1979 prévoit que le FED reste en vigueur dans la mesure nécessaire à l'exécution intégrale de toutes les opérations financées au titre de la convention (article 31), et aussi que le reliquat des Fonds de développement précédents continue à être administré dans les conditions prévues par l'accord interne concerné, ainsi que par la réglementation en vigueur au 1er mars 1980 (idem, article 30). De même, Lomé II, à l'article 110, paragraphe 1, sous c), prévoit que le reliquat éventuel du Fonds qui n'a pas été engagé à la fin de la dernière année d'application de la convention sera utilisé jusqu'à épuisement, dans les mêmes conditions que celles prévues par la convention de Lomé II.

La passation et l'attribution des marchés de services sont traitées au chapitre 10 du titre VII. En vertu de l'article 140, paragraphe 1, les marchés de services sont conclus « avec un bureau ou une société d'études ou de conseil, un ingénieur-conseil ou un expert, choisis notamment en fonction de leurs qualifications professionnelles et de leur expérience pratique des problèmes qu'ils auront à traiter ».

L'article 142, paragraphes 1 et 2, de Lomé II dispose que les règles en matière d'attribution et de passation des marchés de services sont déterminées par une décision du Conseil de ministres; dans l'attente d'une telle décision, les articles 24 à 27 du protocole n° 2 ainsi que la déclaration commune relative à l'article 26 dudit protocole, tels que reproduits à l'annexe XIV de l'acte final de Lomé II, sont applicables. Le Conseil de ministres n'ayant pris aucune décision sur les règles en matière d'attribution et de passation des marchés de services,

* Langue de procédure: l'anglais.

ce sont les articles 24 et 25 du protocole n° 2 qui décrivent les modalités de l'action de la Commission.

Article 24:

« Les contrats de coopération technique sont passés de gré à gré. Certains contrats peuvent être passés après appel d'offres, notamment pour les études importantes d'une complexité et d'une technicité particulières, lorsque des motifs d'ordre technique, économique ou financier justifient le recours à cette procédure. »

Article 25:

« 1. Pour chaque action de coopération technique devant donner lieu à une procédure de gré à gré, la Commission établit une liste restreinte de candidats ressortissants des États membres et/ou des États ACP, sélectionnés à partir de critères garantissant leurs qualifications, expérience et indépendance et compte tenu de leur disponibilité pour l'action envisagée.

L'État ACP intéressé choisit librement parmi ces candidats celui avec lequel il entend contracter.

2. Lorsqu'il est recouru à une procédure d'appel d'offres, la liste restreinte des candidats est dressée en étroite collaboration entre la Commission et l'État ACP intéressé, sur la base des critères énoncés au paragraphe 1. Le contrat est attribué à celui de ces candidats qui a remis l'offre jugée économiquement la plus avantageuse par la Commission et l'État ACP intéressé.

3. ... »

En plus des critères énoncés à l'article 25, la Commission a appliqué, jusqu'en 1983, un système intégral de quotas établissant un lien entre le montant de la contribution des États membres au FED et le nombre de marchés attribués à leurs ressortissants. A partir du 1er juin 1983, la Commission a instauré, à l'essai, un système limité de quotas selon lequel environ 18,25 % des ressources disponibles étaient exclues du système de quotas et attribuées au plus offrant.

La Commission a annoncé, lors de la réunion du groupe ACP/FIN du 6 mars 1986, qu'elle était revenue au système intégral de quotas à compter du 1er mars 1986.

II — Procédure écrite et conclusions des parties

1. Par requête déposée le 16 mai 1986, le Royaume-Uni a introduit le présent recours.

2. Le 24 juillet 1986, la Commission a soulevé une exception d'irrecevabilité conformément à l'article 91 du règlement de procédure. Elle a demandé à la Cour de statuer sans engager le débat au fond.

Les observations du requérant sur l'exception d'irrecevabilité ont été inscrites au registre de la Cour le 6 octobre 1986.

Par deux ordonnances du 15 octobre 1986, la Cour a autorisé, respectivement, le royaume des Pays-Bas à intervenir à l'appui des conclusions du requérant et la République italienne à intervenir à l'appui des conclusions de la défenderesse.

Les observations du gouvernement néerlandais ont été présentées le 9 décembre 1986, et celles du gouvernement italien le 15 décembre 1986.

Par une décision du 28 janvier 1987, la Cour a joint l'exception d'irrecevabilité au fond.

3. Pour le reste, la procédure écrite a suivi un cours régulier.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable. Elle a, toutefois, demandé à la Commission, dans une sousdu 21 décembre 1987, de lui communiquer deux séries de documents, à savoir les documents (procès-verbaux de réunions, etc.) et autres informations dont elle dispose au sujet de la réintroduction, à compter du 1er mars 1986, du système de quotas par nationalité en question dans la présente affaire, ainsi que les statistiques utilisées par la Commission, depuis 1980, pour s'assurer du respect dudit système de quotas par nationalité. Les copies de deux notes internes adressées par le directeur général de la direction générale VIII aux directeurs et aux services concernés ont été inscrites au registre de la Cour le 18 février 1988; la Cour a également reçu copie des statistiques demandées.

4. Le *Royaume-Uni* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— annuler la décision de la Commission, annoncée à la réunion du groupe ACP/FIN du 6 mars 1986, portant réintroduction, à compter du 1er mars 1986, du système en vigueur antérieurement au 1er juin 1983, en vertu duquel la Commission prend en considération la nationalité des sociétés lors de l'établissement de listes de candidats pour des marchés de services conclus dans le cadre de la deuxième convention ACP-CEE de Lomé du 31 octobre 1979;

— condamner la Commission aux dépens.

La *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours comme irrecevable et, à titre subsidiaire, comme non fondé;

— condamner le requérant aux dépens.

III — Moyens et arguments des parties

A — *Quant à la recevabilité du recours*

La *Commission* invoque trois moyens quant à la recevabilité du recours. Le premier moyen a trait à la forme de la mesure soumise au contrôle de la Cour, le deuxième à l'auteur de la mesure, et le troisième à son contenu et à ses effets.

1. *La forme de la mesure*

a) La *Commission* soutient qu'un minimum de formalités est requis pour que puisse s'exercer le contrôle prévu à l'article 173 du traité. Elle renvoie aux règles exposées par la Haute Autorité dans sa décision n° 22/60 (JO 60 du 29.9.1960, p. 1248), selon lesquelles l'acte doit être désigné expressément comme étant une « décision » et doit comporter une date, une base juridique précise dans le traité, des motifs clairs, des

articles numérotés et la signature d'un membre de la Haute Autorité; la Commission affirme qu'aucune de ces conditions n'a été remplie en l'espèce.

b) Le *requérant* soutient que la Cour a toujours mis l'accent sur le fond plutôt que sur la forme en tant que critère décisif pour déterminer les actes attaquables au titre de l'article 173 (voir, entre autres, l'affaire 22/70, Commission/Conseil, Rec. 1971, p. 263, à la page 277; l'affaire 60/81, IBM/Commission, Rec. 1981, p. 2639); il fait remarquer qu'il en est ainsi même dans le cadre des dispositions plus restrictives de l'article 33 du traité CECA, selon lequel seules les décisions et les recommandations de la Commission sont susceptibles de recours. Il fait valoir, enfin, que le fait d'accepter l'argument de la Commission selon lequel l'absence d'une décision formelle rend le recours irrecevable reviendrait à lui permettre de se prévaloir de sa propre illégalité pour priver le requérant de son droit de recours (voir les affaires jointes 361/82 et 40/83, Kohler/Cour des comptes, Rec. 1984, p. 641, à la page 656).

2. *L'auteur de la mesure*

a) En ce qui concerne l'auteur de la décision, la *Commission* soutient qu'un acte au sens de l'article 173 du traité doit être arrêté par l'organe compétent. Or, il ne s'agirait, en l'espèce, que d'une prise de position des services de la Commission; aucun document n'ayant été signé par la Commission en tant que collège, ou par un de ses membres par délégation de pouvoir, on ne saurait y voir « une prise de position définitive de la Commission » (voir l'affaire 54/65, Chatillon/Haute Autorité, Rec. 1966, p. 266).

b) Le *requérant* fait remarquer que, dans la mesure où la Commission ne nie pas qu'elle est revenue au système des quotas, elle ne devrait pas être autorisée à se prévaloir de l'absence de décision formelle pour soutenir que la mesure en question ne peut être soumise au contrôle de la Cour. Il soutient que, même en l'absence de décision formelle, un acte de la Commission est toujours susceptible d'être attaqué au titre de l'article 173, alinéa 1, dès lors qu'il produit des effets juridiques.

3. *Le contenu et les effets de la mesure*

a) En ce qui concerne le *contenu* de la mesure en question, la *Commission,* soutenue en l'occurrence par le *gouvernement italien,* fait observer que, pour établir la liste restreinte de candidats mentionnée à l'article 25 de l'annexe XIV de Lomé II, elle applique des critères d'orientation internes, au nombre desquels figure le critère relatif au système de quotas par nationalité; ces critères consisteraient uniquement dans la fixation, dans le cadre de règlements internes, de critères généraux arrêtés au sein des services de la Commission par certains fonctionnaires, à l'intention de leurs subordonnés, pour aider ceux-ci dans la préparation des listes restreintes pour les marchés de services. Ils ne seraient pas contraignants pour leurs destinataires internes; ils constitueraient simplement l'un des critères auxquels les fonctionnaires de la Commission peuvent, s'ils le souhaitent, se référer pour établir la liste restreinte des candidats. De telles mesures internes ou préparatoires, qui jalonneraient le parcours conduisant à la décision finale, ne sauraient faire l'objet d'un recours en annulation au titre de l'article 173 du traité CEE (voir l'affaire 20/58, Phoenix-Rheinrohr/Haute Autorité, Rec. 1959, p. 165; les affaires 16 à 18/59, Geitling, Mausegatt, Präsident/Haute Auto-

rité, Rec. 1960, p. 45; l'affaire 60/81, IBM/Commission, Rec. 1981, p. 2639).

Elle souligne, en outre, que l'établissement du critère en question n'a pas de conséquence de fait sur les sociétés, puisque certains noms peuvent être réintroduits à un stade ultérieur de la procédure soit par le supérieur hiérarchique du fonctionnaire de la Commission, soit par les pays ACP. Ce n'est qu'à un stade beaucoup plus avancé que certaines conséquences juridiques pourraient se produire, en raison du choix du soumissionnaire opéré par l'État ACP, mais il ne pourrait s'agir là d'effets juridiques au sens de l'article 173. Elle s'appuie, à cet égard, sur les arrêts de la Cour du 10 juillet 1984 (affaire 126/83, STS Consorzio per sistemi di telecomunicazione via satellite SpA, Rec. 1984, p. 2769) et du 10 juillet 1985 (affaire 118/83, Muratori, Rec. p. 2325), selon lesquels les entreprises faisant usage de la procédure d'appel d'offres dans le cadre de Lomé II n'ont de relations juridiques qu'avec l'État ACP, et non avec la Commission.

La Commission fait valoir, enfin, que si la seule justification invoquée est que la mesure produit des effets juridiques sur les particuliers, il aurait fallu alors que l'alinéa 2 de l'article 173 soit respecté.

b) Le *requérant* fait remarquer que *l'adoption* d'une règle applicable à l'attribution des marchés est une décision, en ce sens qu'elle constitue l'expression définitive de la volonté de la Commission en ce qui concerne l'exercice de son pouvoir de gestion. Cela n'empêcherait pas que la règle puisse être *appliquée* avec souplesse. En outre, il serait sans importance de savoir si la mesure en question ne constitue qu'une étape de la procédure suivie par la Commission pour attribuer les marchés, le critère des quotas étant appliqué dès le départ et devant conditionner les étapes suivantes.

Le requérant soutient qu'il est suffisant qu'un acte attaqué produise des effets juridiques autres que des effets sur les particuliers. Selon lui, le caractère interne d'une mesure n'a d'incidence que sur les recours formés au titre de l'alinéa 2 de l'article 173 à l'encontre d'actes qui, par hypothèse, doivent produire des effets directs sur des tiers à l'extérieur de l'institution pour que le recours soit recevable. Cela ne vaudrait pas, toutefois, pour les recours formés au titre de l' alinéa 1 de l'article 173, et les arrêts cités par la Commission, Phoenix Rheinrohr et Geitling, seraient sans incidence en l'espèce. En tout état de cause, il fait remarquer que la Cour, dans l'affaire Phoenix Rheinrohr, a laissé ouverte la question de savoir si des directives d'ordre interne peuvent, d'une manière générale, produire des effets juridiques. Le requérant en conclut que les décisions administratives internes de la Commission peuvent produire des effets juridiques et, par conséquent, faire l'objet d'un recours en annulation (voir l'affaire 148/73, Louwage/Commission, Rec. 1974, p. 81, l'affaire 25/83, Buick/Commission, Rec. 1984, p. 1773, l'affaire 230/81, Luxembourg/Parlement, Rec. 1983, p. 255, et l'affaire 108/83, Luxembourg/Parlement, Rec. 1984, p. 1945). Il fait remarquer, en outre, que les mesures internes ne sont pas privées d'effet juridique pour la seule raison qu'elles constituent des instructions allant d'une partie d'une institution à une autre (voir l'affaire 66/75, Macevecius/Parlement, Rec. 1976, p. 593).

Les effets juridiques de la mesure visée en l'espèce découleraient du fait que tous les actes accomplis par la Commission dans l'exécution des fonctions de gestion qui lui incombent en vertu des conventions de Lomé sont accomplis au nom de la Commu-

nauté et engagent la responsabilité de celle-ci vis-à-vis des autres parties contractantes à la convention; si la Commission devait agir de manière irrégulière dans l'exécution de ces fonctions, il y aurait violation par la Communauté des obligations résultant pour elle des conventions. Une infraction aux conventions pourrait, par conséquent, faire l'objet d'un recours formé au titre de l'article 173.

Le requérant soutient, enfin, que, en tout état de cause, l'acte attaqué produit des effets sur la situation juridique de tiers, à savoir sur celle des sociétés exclues par l'application de la mesure. Il fait remarquer que les effets juridiques à l'égard des consultants ne sont pas incertains, étant donné qu'un nombre non négligeable de listes de candidats établies par la Commission pour les marchés attribués au titre de Lomé II ne contiennent qu'un seul nom, ce qui constitue la détermination effective de l'identité du consultant choisi par les États ACP.

c) Le *gouvernement des Pays-Bas* estime également que l'établissement de la liste restreinte doit être considéré comme une présélection des entreprises pouvant entrer éventuellement en ligne de compte pour l'attribution d'un marché. L'exclusion d'une société de la liste restreinte entraînerait donc son exclusion d'une sélection ultérieure, de sorte que la possibilité de se voir attribuer le marché lui serait enlevée. En ce sens, la clôture de la phase de présélection de la procédure préparatoire produirait un effet juridique définitif. En outre, cet effet serait imputable exclusivement à l'action de la Commission, elle seule ayant le pouvoir d'établir la liste restreinte. Une fois qu'un candidat a été exclu de cette liste, il importerait peu, aux fins de la détermination des effets juridiques, que sa candidature ait pu ne pas être retenue pour le marché à un stade ultérieur de la procédure.

De plus, à supposer qu'une telle décision soit une décision administrative interne, il ne serait pas exclu pour autant qu'elle puisse produire des effets juridiques. En tout état de cause, la Commission ne pourrait agir d'une manière incompatible avec les dispositions visées des conventions et du traité CEE sans outrepasser sa compétence. Par conséquent, la Cour de justice serait compétente pour statuer sur la légalité de la mesure prise par la Commission dans l'exercice de ses fonctions au titre de Lomé II.

Enfin, le gouvernement des Pays-Bas fait une distinction entre les arrêts rendus par la Cour au sujet des procédures d'appel d'offres dans le cadre de Lomé II et l'espèce (voir l'affaire 126/83, STS/Commission, supra, et l'affaire 118/83, Muratori, supra), en faisant remarquer que, dans les affaires antérieures, la Cour a estimé que, dans les relations qui se créent dans le cadre de l'attribution des marchés entre la Commission et l'État ACP intéressé, d'une part, et entre l'État et les soumissionnaires, d'autre part, aucun acte au sens de l'article 173, paragraphe 2, n'est accompli. Or, en l'espèce, en dehors du fait que le recours du Royaume-Uni est fondé sur l'alinéa 1 de l'article 173, la Commission disposerait d'une compétence propre qu'elle exercerait pour l'établissement de la liste restreinte. L'État ACP concerné pourrait choisir ensuite dans cette liste la personne avec laquelle il souhaite conclure le marché.

B — *Quant au fond*

1. *Violation de la convention de Lomé II*

a) Le *requérant* soutient que le système des quotas ne repose sur aucune disposition expresse ou implicite de la convention de

Lomé et que ce système est contraire à son économie générale, laquelle est fondée sur le principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité. Lorsque Lomé II déroge au principe de l'égalité de traitement, elle le ferait sur la base d'une disposition expresse et de manière à avantager les États ACP ainsi que leurs ressortissants. En l'absence de toute disposition expresse applicable en l'espèce, les règles générales énoncées par Lomé II et les principes dérivés de son économie générale s'appliqueraient dans le cadre du chapitre 10 de la convention, relatif à la coopération technique.

Le requérant fait valoir, en outre, que l'utilisation d'un système de quotas par nationalité est incompatible avec le principe sur lequel les conventions de Lomé sont fondées, selon lequel les États ACP ont droit à l'aide la plus efficace susceptible d'être fournie. En excluant de la liste restreinte, pour des motifs de nationalité, des consultants et des bureaux d'études satisfaisant à des critères objectifs, la Commission utiliserait les quotas fondés sur la nationalité pour limiter la répartition géographique ainsi que le choix, et, ce faisant, elle réduirait la possibilité de sélectionner le consultant ou le bureau d'études le plus apte.

A titre subsidiaire, le requérant soutient que l'article 25, paragraphe 1, de l'annexe XIV de Lomé II confère aux États ACP un droit à un choix sans restriction parmi les candidats sélectionnés sur la base des critères visés par cet article. La présélection fondée sur la nationalité non seulement priverait d'objet ce droit, mais elle empêcherait également l'État ACP de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse parmi toutes celles qui auraient pu être présentées, et elle serait, par conséquent, incompatible avec les objectifs de l'article 25, paragraphe 2, de l'annexe XIV de Lomé II.

b) Selon la *Commission,* il résulte de la différence de nature existant entre les contrats de coopération technique et les contrats portant sur des travaux d'ordre général, les premiers nécessitant, pour leur évaluation, l'application de critères qualitatifs et les seconds, l'application de critères objectifs, que les règles générales de la convention de Lomé II (telles que, par exemple, l'article 125, paragraphe 1, qui définit l'origine géographique des sociétés pouvant participer aux appels d'offres), ne peuvent s'appliquer au chapitre 10 que dans la mesure où elles ne constituent pas une dérogation à la lex specialis du chapitre 10.

La Commission soutient que le libellé de l'article 25 de l'annexe XIV de l'acte final de Lomé II lui confère le pouvoir discrétionnaire de « restreindre » ou de « limiter » la liste des candidats possibles. En outre, aucun des articles de Lomé II cités par le requérant ne s'opposerait à l'utilisation de la procédure suivie par la Commission.

La Commission ajoute que le système des quotas n'affecte pas la qualité des services à rendre, ni l'efficacité du service fourni à l'État ACP concerné. Elle considère, au contraire, que l'établissement d'une liste restreinte renforce les possibilités d'octroi d'une aide aussi efficace que possible aux pays ACP concernés. En tout état de cause, elle fait valoir que le système des objectifs ne prévaut jamais sur la nécessité d'apporter l'assistance la plus efficace possible.

c) Le *gouvernement des Pays-Bas* estime que la position de la Commission, selon laquelle ce qui est en cause est un rapport variable entre plusieurs critères tels que la qualification, l'expérience et la nationalité, n'est pas pertinente; il en irait de même pour l'affirmation selon laquelle il s'agit seulement d'un objectif visant à atteindre une meilleure

répartition du marché entre les États membres. Ce qui est important, selon lui, c'est que l'utilisation du critère fondé sur la nationalité, lequel n'est pas prévu dans la convention et se trouve en contradiction avec le but et l'esprit de Lomé II, comporte la possibilité que l'offre la plus concurrentielle soit exclue, même si l'entreprise en question satisfait aux critères mentionnés dans la convention.

d) Le *gouvernement italien* parvient à la conclusion que l'article 25, paragraphe 1, de l'annexe XIV de Lomé II attribue à la Commission un large pouvoir discrétionnaire quant aux critères les plus opportuns pour établir « une liste restreinte de candidats », parmi lesquels le critère relatif au système des quotas par nationalité. La raison de l'attribution d'un tel pouvoir discrétionnaire aurait été la volonté d'exclure l'application rigide et absolue des principes de libre concurrence, cela en raison de la nature particulière des contrats de coopération technique et conformément à ce qui est pratiqué normalement sur le plan international.

2. *Violation de l'article 7 du traité CEE*

a) Le *requérant* souligne le fait que l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité inscrite à l'article 7 du traité CEE constitue simplement une expression spécifique du principe fondamental de l'égalité de traitement, qui doit être respecté dans tout le domaine d'application du droit communautaire (voir l'affaire 152/73, Sotgiu/Deutsche Bundespost, Rec. 1974, p. 153, et l'affaire 147/79, Hochstrass/Cour de justice, Rec. 1980, p. 3005). Étant donné que les actes de la Commission accomplis dans le cadre de Lomé II et de Lomé III entrent dans le champ d'application du traité, l'objet du présent recours relèverait lui-même du champ d'application de l'article 7.

La discrimination en cause en l'espèce ne se rapporterait pas uniquement à des matières extérieures à la Communauté, mais elle concernerait le traitement appliqué par la Commission à certaines entreprises situées dans la Communauté, même si c'est en vue d'une qualification pour l'attribution de marchés de services par des pays tiers. L'affaire citée par la Commission (affaire 52/81, Faust, Rec. 1982, p. 3745) et dont elle affirme qu'elle fait autorité en faveur de la thèse selon laquelle le principe de non-discrimination ne s'applique pas à toutes les situations relevant du domaine des relations extérieures aurait trait à une situation relevant exclusivement du domaine des relations extérieures et devant être distinguée de celle de l'espèce, qui viserait les relations internes au sein de la Communauté. De même, les arrêts de la Cour de justice du 15 décembre 1976 (affaire 41/76, Donckerwolcke, Rec. p. 1921) et du 5 mars 1986 (affaire 242/84, Tezi Textiel, Rec. p. 933) pourraient être distingués de l'espèce étant donné qu'il n'existe, dans Lomé II, aucune disposition expresse autorisant la discrimination litigieuse.

Le requérant conteste l'affirmation selon laquelle la politique commune d'aide au développement serait inachevée; en tout état de cause, l'article 7 s'appliquerait même dans des domaines dans lesquels une politique commune n'a pas encore été instaurée (voir l'affaire 126/82, Smit/Commissie Grensoverschrijdend Beroepsgoederenvervoer, Rec. 1983, p. 73). En outre, ni le fait que l'aide au développement est financée par les États membres, ni le fait que les conventions de Lomé sont des accords mixtes n'autoriseraient en aucune manière à conclure que la Commission est fondée à établir une discrimination entre des ressor-

tissants de la Communauté en raison de leur nationalité.

b) La *Commission* fait valoir que ce qui est en cause est l'attribution par des pays tiers de marchés de services financés par des États membres de la Communauté au titre de Lomé II. Étant donné que l'article 7 du traité ne s'applique pas à toutes les situations relevant du domaine des relations extérieures (voir l'arrêt du 28 octobre 1982 dans l'affaire 52/81, Faust, Rec. 1982, p. 3745, à la page 3762), il ne saurait être invoqué en l'espèce.

— La Commission estime, en outre, que, au stade actuel de la politique commune en matière d'aide au développement, il n'y a pas violation de l'article 7. Cette conclusion résulterait, par analogie, des arrêts de la Cour du 15 décembre 1976 (Donckerwolcke, supra), du 5 mars 1986 (Tezi Textiel, supra) et du 2 juillet 1974 (affaire 153/73, Holtz et Willemsen, Rec. p. 675), dans lesquels, en dépit de la compétence exclusive de la Communauté en ce qui concerne, respectivement, la politique agricole commune et l'organisation commune des marchés agricoles, des dérogations à des règles fondamentales du traité ont été autorisées. La Commission considère que cette approche vaut a fortiori pour le financement des aides au développement dans le cadre de la convention de Lomé: le fait qu'une telle politique n'ait pas encore été définitivement mise au point justifierait qu'une dérogation à l'article 7 soit autorisée en l'espèce.

En tout état de cause, la Commission est d'avis que le système des quotas donne à chaque État membre une même chance de figurer sur une liste de candidats, en dépit des différences existant entre les situations des États membres. Elle souligne, en outre, que le système des quotas évite les inégalités de traitement qui pourraient découler de l'absence de critères objectifs dans les cas dans lesquels des marchés pourraient être passés uniquement pour des raisons historiques ou linguistiques.

c) Le *gouvernement des Pays-Bas* soutient que l'application d'un critère fondé sur la nationalité est incompatible en soi avec l'article 7. La convention ne peut, selon lui, déroger aux dispositions du traité CEE, excepté suivant la procédure de l'article 236 du traité.

d) Le *gouvernement italien* considère que l'utilisation du quota par nationalité en question n'entraîne aucune discrimination fondée sur la nationalité. L'application d'un tel critère aboutirait, en outre, à une distribution plus juste des marchés de services, en liaison, entre autres, avec le montant des contributions de chaque État membre au FED.

3. *Violation de l'article 3, sous f), du traité*

a) Le *requérant*, soutenu sur ce point par le *gouvernement des Pays-Bas*, fait valoir que le système de quotas par nationalité est contraire à l'article 3, sous f), du traité, étant donné qu'on peut présumer qu'il a pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de la Communauté, puisque la concurrence pour les marchés n'est plus centrée sur la compétence technique, l'expérience, ni l'indépendance (voir les affaires jointes 6 et 7/73, Istituto chemioterapico italiano/Commercial Solvents, Rec. 1974, p. 223, attendu 33), dans la mesure où elle empêche certaines entreprises consultantes d'entrer en concurrence effective dans le marché commun pour l'attribution d'un marché.

En outre, il n'existerait pas de raisons convaincantes de restreindre le jeu de la concurrence en excluant des consultants et des bureaux d'études valables en raison de leur seule nationalité, et cela à supposer même que l'on considère que l'objectif de la convention de Lomé est celui qui est exprimé à l'article 3, sous k), du traité.

b) La *Commission* fait observer que le requérant n'apporte aucune preuve concrète qui démontrerait une quelconque atteinte à la concurrence. Il ne montrerait pas, en outre, comment la concurrence « dans le marché commun » est affectée, puisque la sélection des soumissionnaires est opérée par un pays tiers et que les marchés sont passés à l'extérieur de la Communauté pour des prestations de services dans un État ACP.

La Commission ajoute que les objectifs essentiels de la convention de Lomé, tels qu'ils ont été exposés à l'article 3, sous k), du traité, devraient avoir la priorité sur l'article 3, sous f), du traité. Pour assurer que le développement des pays et territoires d'outre-mer, envisagé à l'article 3, sous k), fait l'objet d'une promotion efficace, il ne faudrait pas que le critère de la répartition équitable, mentionné à l'article 3, sous f), prenne le pas sur le critère de la sélection des services ou conseils les plus expérimentés, les plus qualifiés et les plus indépendants.

c) Le *gouvernement italien* soutient également que l'utilisation du critère fondé sur la nationalité n'est pas contraire aux règles de concurrence établies par le traité. Il fait remarquer que les candidats figurant sur la liste dans laquelle l'État ACP fait son choix doivent tous satisfaire aux exigences relatives à la qualification, à l'expérience et à l'indépendance résultant des dispositions applicables de Lomé II.

T. F. O'Higgins
Juge rapporteur