

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. GIUSEPPE TESAURO

présentées le 30 janvier 1997 \*

1. Par le présent pourvoi, la société Geotronics (ci-après « Geotronics » ou la « requérante ») demande à la Cour d'annuler l'arrêt du Tribunal de première instance du 26 octobre 1995 <sup>1</sup>. Par cet arrêt, le Tribunal a rejeté un recours de Geotronics ayant pour objet, d'une part, l'annulation de la décision du 10 mars 1994, par laquelle la Commission avait rejeté une offre présentée par la requérante dans le cadre d'un appel d'offres financé par le programme PHARE et, d'autre part, l'indemnisation du préjudice que la requérante soutenait avoir subi en raison de la décision.

Plus précisément, le Tribunal a jugé que les conclusions de Geotronics visant à l'annulation de l'acte attaqué étaient irrecevables et que sa demande d'indemnisation de préjudice n'était pas fondée. Par le pourvoi, la requérante conteste la déclaration d'irrecevabilité de son recours en annulation et, à titre subsidiaire, réitère sa demande d'indemnisation à l'égard de la Commission.

## En fait

2. Le 9 juillet 1993, la Commission, « au nom du gouvernement roumain », et le

ministère de l'Agriculture et de l'Industrie alimentaire roumain ont annoncé conjointement, dans le cadre du programme PHARE <sup>2</sup>, un appel d'offres restreint en vue de la fourniture au ministère précité de tachéomètres électroniques devant être utilisés dans le cadre du programme de réforme agraire en Roumanie. La gestion de l'appel d'offres a été confiée, au niveau national, à l'« EC/PHARE Programme Management Unit Bucharest » (ci-après le « PMU-Bucharest »).

Au sens de l'appel d'offres, l'équipement à fournir devait être originaire d'États membres de la Communauté européenne ou de l'un des États bénéficiaires du programme PHARE <sup>3</sup>.

\* Langue originale: l'italien.

1 — Geotronics/Commission (T-185/94, Rec. p. II-2795).

2 — Le programme PHARE, fondé sur le règlement (CEE) n° 3906/89 du Conseil, du 18 décembre 1989, relatif à l'aide économique en faveur de la république de Hongrie et de la république populaire de Pologne (JO L 375, p. 11; ci-après le « règlement de base »), canalise les aides économiques que la Communauté européenne fournit aux pays de l'Europe centrale et orientale pour le financement des processus de réforme économique et sociale. Initialement limité à la république de Hongrie et à la république populaire de Pologne, le programme a été ultérieurement étendu à d'autres pays d'Europe centrale et orientale par les règlements (CEE) n° 2698/90 du Conseil, du 17 septembre 1990 (JO L 257, p. 1), n° 3800/91 du Conseil, du 23 décembre 1991 (JO L 357, p. 10), et n° 2334/92 du Conseil, du 7 août 1992 (JO L 227, p. 1).

3 — Voir le point 1 de l'avis d'appel d'offres (« Instructions aux participants »), lettre A.

3. Le 16 juillet 1993, la requérante, une société française qui est filiale à 100 % de la société de droit suédois Geotronics AB, a présenté une offre de fourniture d'équipements du type requis. Le 18 octobre 1993, le PMU-Bucharest a informé Geotronics que son offre avait obtenu un avis favorable et que le contrat de fourniture serait soumis, pour approbation, à l'autorité contractante.

Par lettre télécopiée du 10 mars 1994, la Commission a informé la requérante qu'elle avait rejeté son offre en raison de l'origine des produits proposés, dont il s'avérait qu'ils provenaient de Suède. Le jour suivant, la Commission a fait savoir au PMU-Bucharest que, des deux offres reçues, seule celle présentée par une entreprise allemande (concurrente de Geotronics) remplissait les conditions imposées dans l'appel d'offres et elle a invité l'autorité roumaine à prendre contact avec cette entreprise en vue de finaliser le contrat de fourniture.

Le 19 novembre 1993, la Commission a informé la requérante qu'elle avait des doutes quant à l'origine des équipements proposés et elle a demandé des informations supplémentaires à cet égard; Geotronics a répondu par lettre du 14 décembre 1993, en déclarant que les tachéomètres en question étaient fabriqués au Royaume-Uni.

5. Le PMU-Bucharest a conclu le contrat avec cette entreprise et, le 17 mai 1994, il en a informé la Commission et Geotronics. Il a précisé à cette dernière qu'il était dans l'impossibilité de lui attribuer le marché en question, dans la mesure où son offre ne remplissait pas les conditions imposées dans l'appel d'offres.

4. Le 2 mars 1994, la requérante a fait savoir à la Commission qu'elle avait appris que son offre allait être rejetée au motif que, d'après des vérifications, l'équipement proposé était d'origine suédoise. Elle a néanmoins proposé à la Commission de rouvrir l'appel d'offres: selon Geotronics, en effet, l'entrée en vigueur de l'accord sur l'espace économique européen<sup>4</sup> (ci-après l'« accord EEE »), intervenue le 1<sup>er</sup> janvier 1994, avait modifié les critères de l'avis relatif à l'origine des marchandises, assimilant en substance, aux fins de l'appel d'offres aussi, celles provenant des États membres de l'accord EEE à celles originaires des États membres de la Communauté.

Entre-temps, le 24 avril 1994, Geotronics avait formé un recours devant le Tribunal de première instance pour obtenir l'annulation de la décision de la Commission du 10 mars 1994 et l'indemnisation du préjudice subi en raison du comportement de la Commission.

### L'arrêt du Tribunal

6. Dans l'arrêt qui fait l'objet du présent pourvoi, le Tribunal, comme nous l'avons évoqué, a rejeté intégralement le recours de Geotronics, le déclarant en partie irrecevable et en partie non fondé.

<sup>4</sup> — JO 1994, L 1, p. 3.

En premier lieu, considérant que la lettre de la Commission du 10 mars 1994 ne constitue pas un acte produisant des effets juridiques contraignants susceptibles d'affecter la situation juridique de la requérante, le Tribunal a déclaré que le recours en annulation de cet acte était irrecevable.

7. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal a avant tout rappelé que le programme PHARE est financé par le budget général de l'Union européenne et que les contrats en cause sont attribués conformément au règlement financier du 21 décembre 1977<sup>5</sup>. Le Tribunal a par ailleurs décrit les compétences confiées respectivement à la Commission et aux États bénéficiaires des aides par les dispositions pertinentes de ce règlement, telles qu'elles ont été modifiées par le règlement (CEE) n° 610/90<sup>6</sup>: au sens de ces dispositions, alors que la Commission, qui est chargée de la gestion de l'aide, accorde les crédits et veille au respect des conditions d'égalité entre soumissionnaires aux appels d'offres et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir d'adjudger le marché demeure en revanche une compétence de l'État bénéficiaire du programme PHARE. Il appartient en effet à l'État de lancer les appels d'offres, de recevoir les soumissions, de présider à leur dépouillement et d'arrêter les résultats et, surtout, de signer les marchés, contrats, avenants et devis. A ce propos, le Tribunal a observé, comme l'a admis la défense de la requérante à l'audience, que, nonobstant le refus de la Commission d'accorder à son offre le béné-

fice de l'aide de la Communauté<sup>7</sup>, le gouvernement roumain aurait en tout cas été libre de lui attribuer le marché.

En présence de ces éléments, d'après le Tribunal, les marchés financés par le programme PHARE doivent être considérés comme étant des marchés nationaux, qui lient exclusivement l'État bénéficiaire et l'opérateur économique, tandis qu'aucun rapport juridique contraignant ne se forme entre les soumissionnaires et la Commission; cette dernière se limite à adopter, au nom de la Communauté, les seules décisions de financement qui, en principe, pourraient aussi ne pas influencer le choix du contractant<sup>8</sup>. A l'appui de cette conclusion, le Tribunal rappelle, par analogie, la jurisprudence élaborée par la Cour en matière d'adjudication des marchés financés par le Fonds européen de développement (ci-après le « FED »)<sup>9</sup>.

8. Se prononçant en outre sur la demande d'indemnisation du préjudice que la requé-

7 — Arrêt Geotronics/Commission, points 27 à 30.

8 — Arrêt Geotronics/Commission, points 31 et 32.

9 — Arrêts du 10 juillet 1984, STS/Commission (126/83, Rec. p. 2769, points 18 et 19); du 10 juillet 1985, CMC/Commission (118/83, Rec. p. 2325, points 28 et 29); du 14 janvier 1993, Italsolar/Commission (257/90, Rec. p. I-9, points 22 et 26), et du 29 avril 1993, Forafrique Burkinabe/Commission (C-182/91, Rec. p. I-2161, points 23 et 24). Dans ces arrêts, la Cour a précisé que les marchés financés par le FED conformément à la convention entre les États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique et la Communauté européenne (ACP-CEE) dans les versions (deuxième, troisième et première) respectivement applicables sont des marchés nationaux que seuls les représentants des États bénéficiaires peuvent conclure, tandis que les interventions de la Commission sont uniquement destinées à vérifier si les conditions du financement communautaire sont remplies ou non; de plus, la Cour a en pratique déclaré irrecevables les recours en annulation dirigés contre les actes adoptés par la Commission dans le déroulement des appels d'offres concernés.

5 — Règlement financier applicable au budget général (JO L 356, p. 1).

6 — Notamment celles contenues au titre IX, relatif aux aides extérieures, du règlement (CEE) n° 610/90 du Conseil, du 13 mars 1990 (JO L 70, p. 1), et, en particulier, ses articles 107, 108, paragraphe 2, et 109, paragraphe 2.

rante soutenait avoir subi en raison de la non-application de l'accord EEE au cas d'espèce, le Tribunal l'a jugée non fondée, parce que la Commission n'avait adopté aucun comportement illicite dans le déroulement de la procédure.

l'État roumain, qui n'est pas partie audit accord EEE <sup>12</sup>.

### Le pourvoi

Le Tribunal a rappelé à cet égard que l'accord EEE ne produit d'effet qu'à partir de son entrée en vigueur, c'est-à-dire à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1994, alors que le contexte juridique de la procédure d'adjudication du marché en cause, notamment en ce qui concerne la condition relative à l'origine des produits proposés, était déjà arrêté dans l'avis d'appel d'offres restreint publié par la Commission au nom du gouvernement roumain le 9 juillet 1993 <sup>10</sup>. C'est donc à bon droit que, pour adopter la décision attaquée, la Commission s'était fondée sur les conditions générales qu'elle avait définies dans l'avis d'appel d'offres du 9 juillet 1993. En définitive, l'entrée en vigueur de l'accord EEE ne pouvait pas conférer à la requérante des droits qu'elle ne pouvait pas invoquer au moment de la publication des conditions générales de l'appel d'offres <sup>11</sup>.

9. Enfin, le Tribunal a estimé que l'accord EEE ne pouvait, en tout état de cause, s'appliquer au cas d'espèce: en effet, le contrat pour la conclusion duquel l'appel d'offres avait été lancé aurait uniquement lié, comme on l'a vu, l'opérateur économique et

10. Comme nous l'avons dit, Geotronics attaque dans la présente procédure l'arrêt du Tribunal, en demandant à la Cour de l'annuler et d'annuler également la décision contenue dans la lettre du 10 mars 1994.

Le pourvoi se fonde sur l'erreur en droit qu'aurait commise le Tribunal en jugeant irrecevables les conclusions visant à l'annulation de la lettre du 10 mars 1994. La requérante soutient notamment que cette lettre constituerait une véritable décision au sens de l'article 173 du traité, qui produit des effets juridiques contraignants pour le destinataire et qui est donc susceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel. La requérante soutient que la Commission joue concrètement un rôle significatif et déterminant dans le déroulement et l'issue des procédures d'adjudication des marchés concernés par le programme PHARE, indépendamment de la circonstance que les contrats sont ensuite formellement signés par le représentant de l'État bénéficiaire de l'aide, et elle souligne le caractère purement théorique de la possibilité, envisagée par le Tribunal, que l'État bénéficiaire puisse conclure en tout état de cause un contrat de fourniture

10 — Arrêt Geotronics/Commission, points 48 et 49.

11 — Arrêt Geotronics/Commission, points 53 et 54.

12 — Arrêt Geotronics/Commission, point 55.

avec un soumissionnaire qui a été exclu du bénéfice du financement communautaire.

500 400 ECU (montant à majorer des intérêts légaux), à titre d'indemnisation du préjudice subi.

11. Sur le fond, la requérante répète en substance les arguments qu'elle a avancés devant le Tribunal. Elle rappelle avant tout que l'accord EEE serait applicable sans exception depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et, partant, antérieurement à la lettre du 10 mars 1994. Selon elle, l'avis d'appel d'offres publié le 9 juillet 1993 donnait par conséquent lieu, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1994, à une discrimination qui n'était plus permise au détriment des États signataires de l'accord EEE, discrimination qui devait donc, en vertu de l'article 4 de l'accord, être éliminée.

En toute hypothèse, d'après Geotronics, l'accord EEE devrait s'appliquer rétroactivement en l'espèce, dans la mesure où le contexte juridique de l'avis d'appel d'offres, bien que fixé avant l'entrée en vigueur de l'accord, était appelé à produire des effets à un moment postérieur au 1<sup>er</sup> janvier 1994.

12. A titre subsidiaire, pour le cas où l'irrecevabilité du recours en annulation serait confirmée, la requérante réitère sa demande d'indemnisation, en invoquant, au sens de l'article 215, deuxième alinéa, du traité, la responsabilité extracontractuelle de la Commission, coupable de n'avoir pas appliqué l'accord EEE à la procédure en cause. Elle demande par conséquent que lui soit reconnu le droit à une réparation de

#### Sur le moyen relatif à la recevabilité

13. Comme nous l'avons déjà observé, le Tribunal a fondé son jugement d'irrecevabilité du recours en annulation sur l'absence, en l'espèce, d'un acte de la Commission produisant des effets juridiques contraignants à l'égard de la requérante. Selon le Tribunal, en effet, « ... les marchés financés par le programme PHARE doivent être considérés comme des marchés nationaux liant uniquement l'État bénéficiaire et l'opérateur économique. En effet, la préparation, la négociation et la conclusion des contrats ne s'opèrent qu'entre ces deux partenaires », de sorte que « ... aucune relation juridique ne se crée entre les soumissionnaires et la Commission, puisque cette dernière se limite à prendre, au nom de la Communauté, les décisions de financement et ses actes ne peuvent avoir pour effet de substituer à leur égard une décision communautaire à la décision de l'État bénéficiaire du programme PHARE ». Il s'ensuivrait qu'« il ne saurait exister, en la matière, un acte à l'égard des soumissionnaires émanant de la Commission et susceptible de faire l'objet d'un recours au titre de l'article 173, quatrième alinéa, du traité »<sup>13</sup>.

13 — Arrêt Geotronics/Commission, points 31 et 32.

En définitive, le Tribunal s'est fondé sur la répartition des compétences entre Commission et États bénéficiaires du programme PHARE, qui résulte des dispositions applicables et, compte tenu des analogies existant avec la procédure d'adjudication des marchés financés par le FED, il a appliqué à l'espèce (en la transposant précisément « par analogie ») la jurisprudence de la Cour en la matière. Comme nous l'avons indiqué, cette jurisprudence a affirmé, de façon presque automatique, l'irrecevabilité des recours en annulation, introduits par des soumissionnaires exclus, contre les actes adoptés par la Commission dans le cadre du déroulement d'appels d'offres lancés en application de la convention de Lomé <sup>14</sup>.

14. Disons tout de suite que nous ne partageons pas la motivation avancée par le Tribunal à cet égard. Nous estimons en effet que les particularités du cas d'espèce permettent de faire abstraction de la jurisprudence élaborée par la Cour en matière de marchés financés par le FED, et ce indépendamment de toute appréciation sur cette jurisprudence.

Tout bien considéré, il ne nous semble pas qu'il y ait de raison que l'acte attaqué en l'espèce échappe au contrôle de légalité prévu par le traité, eu égard à sa formulation littérale, à son contenu, aux effets juridiques qu'il a produits à l'égard de la requérante, ainsi qu'au contexte de droit et de fait dans lequel il a été adopté. Comme nous le verrons immédiatement, l'analyse de cet acte révèle

en effet qu'il remplit toutes les conditions prescrites par l'article 173 pour constituer un acte susceptible de recours au sens de la jurisprudence de la Cour.

15. Rappelons avant tout, si tant est que cela soit nécessaire, que l'article 173, quatrième alinéa, du traité attribue à toute personne physique ou morale le droit de former un recours juridictionnel dirigé contre les décisions adoptées à son égard par les institutions communautaires.

La Cour a précisé à plusieurs reprises, à propos de l'aspect spécifique de la nature de l'acte attaqué, que ce qui importe, aux fins de recevabilité du contrôle juridictionnel, n'est pas la forme sous laquelle l'acte se présente extérieurement, mais bien sa substance. En particulier, sont attaques, au sens de l'article 173 du traité, toutes les mesures appelées à produire des effets juridiques obligatoires qui sont susceptibles d'affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique <sup>15</sup>.

16. Comme le révèle sans ambiguïté le dossier de l'affaire, l'acte dont Geotronics a demandé l'annulation au Tribunal est la lettre par laquelle la Commission l'avait informée qu'elle avait rejeté son offre au motif que les

14 — Pour la jurisprudence citée par le Tribunal, voir ci-dessus, le point 7 des présentes conclusions et la note 9.

15 — Arrêt du 11 novembre 1981, IBM/Commission (60/81, Rec. p. 2639, points 8 et 9). On verra cependant aussi, pour un des arrêts les plus récents, celui du 23 novembre 1995, Nutral/Commission (C-476/93 P, Rec. p. I-4125, point 28).

équipements proposés, d'origine suédoise, ne remplissaient pas les conditions imposées par l'avis d'appel d'offres. Le recours se fondait sur la circonstance que, d'après la requérante, la Commission avait décidé de l'exclure en violation du droit communautaire, en particulier du principe d'égalité de traitement entre produits originaires des États membres de la CEE et des pays de l'AELE, principe applicable depuis l'entrée en vigueur de l'accord EEE.

17. La lettre attaquée se référait à des contacts intervenus entre la Commission et Geotronics sur la question spécifique de l'origine des produits proposés, et elle indiquait que l'examen de la documentation fournie par la requérante ainsi que les éléments qui étaient apparus au cours d'une réunion tenue à Bruxelles entre représentants de l'une et de l'autre partie avaient démontré que les produits proposés par Geotronics étaient en réalité d'origine suédoise. La Commission déclarait par conséquent qu'elle devait rejeter l'offre de la requérante et qu'elle ne pouvait pas approuver l'attribution du marché (proposée précédemment par le PMU-Bucharest) à cette dernière.

Dans la même lettre, la Commission informait par ailleurs la requérante qu'elle n'avait pas l'intention d'organiser un nouvel appel d'offres, étant donné qu'une autre entreprise avait présenté une offre qu'elle jugeait acceptable, tant du point de vue technique qu'économique, et conforme aux conditions imposées par l'avis.

18. Dans ces circonstances, nous ne voyons pas comment on pourrait contester que la lettre litigieuse constitue un acte attaquant. Cet acte, adopté expressément à l'égard de la seule requérante, a certainement comporté *en lui-même* des effets juridiques contraignants et définitifs pour celle-ci, à savoir son exclusion de la participation à l'appel d'offres en cause, ou mieux, en l'espèce (c'est-à-dire en présence de deux offres seulement), l'attribution automatique du contrat à l'autre concurrent. La situation juridique de la requérante a donc été modifiée, de toute évidence, de la « façon caractérisée » exigée par la jurisprudence constante de la Cour.

Il est inutile de soutenir à cet égard que l'autorité nationale serait en tout cas habilitée, dans un cas de ce type, à conclure le contrat avec le soumissionnaire, même si ce dernier a été exclu du bénéfice du financement communautaire; en fait, cette hypothèse est tellement théorique qu'elle ne mérite pas d'autres commentaires.

19. Ce que l'on pourrait en revanche objecter (et c'est cet argument qui apparaît le plus important dans la motivation de l'arrêt attaqué), c'est que la Commission, n'y étant pas partie, n'a aucune responsabilité dans l'attribution du marché entre l'État bénéficiaire et le contractant choisi, et que son autonomie décisionnelle demeure circonscrite dans les limites des décisions relatives à l'admissibilité du financement communautaire.

Ce raisonnement, qui a été élaboré pour la première fois par la Cour dans l'arrêt STS/Commission<sup>16</sup>, ne saurait toutefois être transposé purement et simplement au cas qui nous occupe. Dans cette affaire, en effet, l'acte attaqué par STS (entreprise qui avait participé sans succès à un appel d'offres financé par le FED), dont le recours a été jugé irrecevable par la Cour, n'était que le « visa » par lequel le délégué local de la Commission avait approuvé les contrats *déjà adjugés, négociés et conclus* entre l'autorité nationale compétente et une entreprise autre que la requérante. Il est impossible de ne pas voir une différence substantielle avec le cas d'espèce qui nous occupe aujourd'hui.

20. M. l'avocat général VerLoren van Theemat, en suggérant à la Cour de déclarer le recours de STS irrecevable, a précisé que cette solution s'imposait, en l'espèce, non parce que l'acte attaqué ne produisait pas d'effets juridiques pour la requérante, mais parce que, étant destiné à l'autorité nationale adjudicatrice, il ne concernait pas la requérante directement et individuellement<sup>17</sup>; il n'excluait toutefois pas que des solutions différentes puissent s'avérer plus opportunes dans des cas différents et il soulignait qu'il était nécessaire d'apprécier chaque cas en se fondant sur ses particularités<sup>18</sup>.

Or, la circonstance que la Cour, dans la motivation de l'arrêt en cause, n'ait pas jugé bon de reprendre cette distinction et qu'elle ait, par la suite, déclaré irrecevables tous les recours en annulation formés par des soumissionnaires exclus, même dans le cadre d'hypothèses différentes, n'est pas susceptible, selon nous, de modifier les termes du problème, et ce, répétons-le, indépendamment de toute considération sur la jurisprudence qui s'est ainsi formée en la matière<sup>19</sup>.

21. Il est certain qu'en l'espèce la requérante a attaqué une décision adoptée *à son égard* par la Commission, *dans l'exercice de ses compétences spécifiques*: il s'agit de la décision par laquelle la Commission l'avait informée qu'elle avait décidé (*de façon autonome* et en se fondant sur des vérifications effectuées et des appréciations qu'elle avait portées de sa propre initiative) que son offre ne remplissait pas les conditions imposées par l'avis d'appel d'offres pour obtenir le financement communautaire (ainsi que des conséquences de cette vérification); comme nous l'avons vu, la requérante a attaqué cette décision parce qu'elle considérait qu'elle avait été adoptée en violation du principe d'égalité de traitement contenu dans l'accord EEE.

16 — Cité à la note 9.

17 — Conclusions du 22 mai 1984 (Rec. p. 2781, point 4.2), dans lesquelles on lit que « chaque État membre paraît ainsi en tout cas être en droit de former un tel recours » dirigé contre l'acte ayant pour effet d'exclure l'entreprise du financement communautaire.

18 — L'avocat général a fait observer à cet égard que, s'agissant d'éventuels actes de la Commission approuvant les *propositions* d'adjudication (donc intervenus *avant* le choix définitif), « on peut aussi se demander si ... il ne serait pas souhaitable d'autoriser la saisine de la Cour » (conclusions citées, point 4.2). Il faut observer qu'à cette époque l'affaire CMC/Commission (citée à la note 9) était pendante et que l'avocat général a souligné qu'il ne voulait pas prendre position à son égard, précisément en raison de la diversité du contexte de fait.

19 — Nul n'ignore que la jurisprudence de la Cour en matière de marchés financés par le FED est loin d'avoir été exempte de critiques. La doctrine dominante s'accorde à considérer, à ce propos, que cette jurisprudence présente de profondes lacunes du point de vue de la protection juridictionnelle offerte concrètement aux opérateurs concernés. Voir, en ce sens, par exemple: Brown: « Remedies of unsuccessful tenderers for E. D. F. -financed contracts », dans *European Law Review*, 1985, p. 421 et suiv.; Bertolini, Osservazioni a Corte di Giustizia, sentenza 10 luglio 1984, in causa 126/83, dans *Foro Italiano*, 1988, col 266 et suiv.; Kalugina: « Les voies de recours des entrepreneurs dans les marchés publics financés par le F. E. D. », dans *Droit et pratique du commerce international*, 1988, p. 511 et suiv.

Dans ces circonstances, nous ne voyons pas devant quelle juridiction la requérante aurait pu soumettre l'acte attaqué au contrôle de légalité, sinon devant le juge communautaire <sup>20</sup>.

22. La Commission a soutenu à ce propos lors de la procédure orale que, dans un cas de ce genre, le seul remède dont dispose le soumissionnaire est de faire valoir ses droits devant les juridictions compétentes de l'État bénéficiaire.

Il est toutefois évident que ce remède serait non seulement interdit par principe, mais que, en tout cas, il ne pourrait avoir aucun effet utile, puisque, ce qui est en cause, c'est le contrôle de légalité d'un acte qui, à tous points de vue et en termes d'effets, est un acte communautaire. Le remède national ne pourrait en effet concerner, le cas échéant, que les actes relevant de la compétence des autorités nationales, tels que l'adjudication définitive du marché à une autre entreprise, ou le contrat concerné.

23. La décision par laquelle la Commission décide que le soumissionnaire n'a pas droit au financement communautaire, décision qui est destinée à intervenir (comme elle est

intervenue en fait) *avant* l'adjudication du marché, est en revanche une décision autonome de la Commission, qui relève de ses compétences spécifiques, et les autorités nationales de l'État bénéficiaire ne participent pas à son adoption.

Face à cette décision qui est, comme nous l'avons vu, susceptible de produire des effets juridiques contraignants et définitifs à l'égard du destinataire, il faut admettre qu'un recours en annulation pour violation du droit communautaire doit pouvoir être formé. Soutenir le contraire équivaut, à nos yeux, à se retrancher derrière l'écran par trop faible des autorités et du juge nationaux pour priver la requérante de son droit à la protection juridictionnelle, ce qui représente, de toute évidence, une violation inadmissible des règles les plus élémentaires sur lesquelles se fonde la « Communauté de droit » que les traités ont entendu instituer, et dont la Cour s'est toujours inspirée <sup>21</sup>.

21 — Tout bien considéré, c'est la même logique qui était à la base de l'ordonnance de la Cour du 5 août 1983, CMC/Commission (118/83 R, Rec. p. 2583), prononcée à l'occasion d'une demande en référé présentée par la requérante (CMC) et visant à obtenir la suspension, jusqu'à ce que la Cour se prononce de façon définitive sur le recours principal, des décisions de la Commission qui avaient pour effet d'exclure la requérante d'un appel d'offres pour un marché en Éthiopie. Dans cette ordonnance, le président (faisant fonction) Pescatore, se prononçant pour la première fois sur la compétence de la Cour pour connaître de pareils litiges (compétence contestée par la Commission) avait déclaré: « on ne saurait ... considérer que, par le fait de participer à une soumission organisée en vertu de la convention par un État ACP, avec la coopération étroite des institutions de la Communauté ... une entreprise de la Communauté se soit placée, a priori, en dehors de la protection judiciaire qui lui est assurée par les dispositions du traité CEE »; il poursuivait en disant: « ... s'il paraît certain que le contrat conclu entre les autorités de l'État ACP et l'adjudicataire est soustrait à la juridiction de la Cour, on ne saurait exclure, pour autant, la possibilité d'un contrôle judiciaire exercé en vertu du traité CEE à l'égard des actes accomplis par la Commission dans le cadre du processus d'adjudication organisé par la convention », pour conclure, au sujet de la recevabilité du recours en cause, que « ... il n'est pas à exclure qu'une analyse approfondie fasse apparaître l'existence d'un acte de la Commission détachable de son contexte, qui serait éventuellement de nature à pouvoir former l'objet d'une demande en annulation » (points 41, 44 et 47).

20 — Dans le cadre des contrats financés par le programme PHARE, en fait, le soumissionnaire exclu n'a même pas le droit de recourir à une procédure arbitrale ad hoc, prévue en revanche par la convention de Lomé, et que la Commission a désignée de façon répétée comme un remède pouvant être invoqué par les participants exclus aux appels d'offres pour des marchés financés par le FED. A cet égard, il faut tenir compte du fait que cette procédure arbitrale se limitant expressément à régir les relations entre l'État bénéficiaire et l'entreprise contractante, son application à la phase de l'adjudication du marché est en tout cas controversée.

24. En définitive, nous estimons que, dans le cadre d'un appel d'offres relatif à un marché financé par le programme PHARE, le soumissionnaire exclu du bénéfice du financement communautaire doit pouvoir, en tout état de cause, introduire un recours devant la Cour, lorsque sont réunies les autres conditions visées à l'article 173 du traité, pour contester le bien-fondé de la décision adoptée en ce sens par la Commission agissant dans l'exercice de sa compétence, et que, en tout état de cause, la possibilité demeure ouverte d'attaquer l'adjudication du marché (ou tout autre acte relevant de l'autorité nationale) devant le juge compétent de l'État bénéficiaire du programme PHARE.

En l'espèce, nous considérons en définitive que l'arrêt du Tribunal doit être annulé en ce qu'il a déclaré irrecevables les conclusions de Geotronics visant à obtenir l'annulation de la lettre de la Commission du 10 mars 1994, mais que la Cour est en état de statuer elle-même sur le fond de ces conclusions, dans la mesure où les éléments de fait n'exigent aucun examen supplémentaire.

#### Sur le fond

25. Le recours en annulation formé par Geotronics, bien qu'il soit recevable, est certainement non fondé. En effet, l'accord EEE n'était pas applicable à l'espèce *ratione temporis*, *ratione personae* et *ratione materiae*.

Tout d'abord, les conditions de déroulement de l'appel d'offres en question avaient été

fixées définitivement dans l'avis publié le 9 juillet 1993 et il n'y a aucune raison de considérer qu'elles auraient subi des modifications implicites en vertu de l'entrée en vigueur de l'accord EEE. Une application rétroactive de cet accord au cas d'espèce, outre qu'elle serait juridiquement non fondée, serait tout à fait contraire aux exigences de sécurité juridique.

En deuxième lieu, comme l'a fait observer le Tribunal à bon droit, l'accord EEE peut uniquement être appliqué à l'égard des États qui en sont parties, et non, par conséquent, à l'égard de la Roumanie.

Enfin, l'accord EEE, dans sa formulation actuelle, ne couvre pas la matière des aides extérieures, dont relèvent les fonds utilisés pour la réalisation du programme PHARE; il est par ailleurs évident que ces aides sont financées par le budget général de la Communauté, auquel seuls les États membres de l'Union contribuent.

#### Sur la demande de réparation du préjudice

26. L'inapplicabilité de l'accord EEE au cas d'espèce, que nous venons de constater, dissipe aussi tout doute sur l'éventuelle responsabilité de la Commission au sens de l'article 215, deuxième alinéa, du traité, et confirme, si besoin est, le caractère non fondé des prétentions indemnitaires avancées par la requérante et déjà rejetées par le Tribunal.

27. A la lumière des observations qui précèdent, nous proposons par conséquent à la Cour de:

- annuler l'arrêt du Tribunal du 26 octobre 1995 dans l'affaire T-185/94, en ce qu'il a déclaré irrecevable le recours de Geotronics visant à obtenir l'annulation de la lettre de la Commission du 10 mars 1994, et déclarer ce recours recevable;
- rejeter le recours parce que non fondé;
- rejeter, parce que non fondée, la demande d'indemnisation du préjudice que la requérante soutient avoir subi en raison de la décision attaquée.