



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 4 avril 2007

JURM(2007) 39

ORIG.: DE

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET À MESDAMES ET MESSIEURS
LES MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

**Observations
concernant les mémoires en intervention**

présentées, conformément à l'article 93, paragraphe 6, du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes, par la Commission européenne

dans l'affaire C-205/06

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, représentée par MM. Hans Stovlbæk et Bernd Martenczuk, membres de son service juridique, en qualité d'agents, et ayant élu domicile auprès de M. Antonio Aresu, également membre de son service juridique, Bâtiment BECH, 2712 Luxembourg,

- partie requérante -

contre

RÉPUBLIQUE D'AUTRICHE, représentée par Mme Christine Pesendorfer, du service juridique («Verfassungsdienst») de la chancellerie fédérale de la République d'Autriche,

- partie défenderesse

ayant pour objet un recours tendant à faire constater que la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE en omettant de recourir aux moyens appropriés pour éliminer des incompatibilités relatives aux dispositions en matière de transfert contenues dans les accords bilatéraux d'investissement conclus avec la Corée, le Cap-Vert, la Chine, la Malaisie, la Fédération de Russie et la Turquie.

La Commission a l'honneur de présenter ci-dessous ses observations concernant les mémoires en intervention.

I. Introduction

1. Dans le présent mémoire, la Commission présentera ses observations concernant les mémoires en intervention déposés par la République fédérale d'Allemagne, la République de Lituanie, la République de Hongrie et la République de Finlande.
2. La Commission observe que ces mémoires en intervention reprennent ou répètent certains arguments qui ont déjà été avancés par la République d'Autriche et auxquels la Commission a déjà répondu. Elle prie la Cour de bien vouloir se reporter à cet égard à son exposé antérieur, qui est maintenu dans son intégralité.
3. Dans son présent mémoire, la Commission examinera les arguments suivants des parties intervenantes:
 - il n'y aurait incompatibilité au sens de l'article 307, deuxième alinéa, CE que lorsque les accords bilatéraux entravent des mesures concrètes déjà adoptées par le Conseil en vertu de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, CE;
 - ces accords ne porteraient pas atteinte à d'éventuelles mesures fondées sur l'article 57, paragraphe 2, l'article 59 et l'article 60, paragraphe 1, CE;
 - les mesures nécessaires seraient disproportionnées; et
 - les mesures nécessaires créeraient une inégalité de traitement entre États membres ou entre investisseurs.

II. L'article 307, deuxième alinéa, CE ne présuppose pas qu'il y ait déjà eu un conflit entre un accord bilatéral et une mesure prise en vertu de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, CE

4. Dans leurs mémoires en intervention, toutes les parties intervenantes ont fait valoir que l'existence d'une incompatibilité au sens de l'article 307, deuxième alinéa, CE ne peut être admise que si une mesure concrète prise par le Conseil en vertu de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60,

paragraphe 1, CE est entravée par les accords bilatéraux¹. Puisque l'adoption de telles mesures à l'égard des pays tiers avec lesquels la République d'Autriche a conclu les accords en cause n'est pas certaine, il s'agit, selon les parties intervenantes, d'un manquement purement «hypothétique»². La République d'Autriche ne serait donc pas tenue de recourir aux moyens visé à l'article 307, deuxième alinéa, CE.

5. Cette thèse doit expressément être rejetée. L'article 307, deuxième alinéa, CE parle d'une incompatibilité «avec le présent traité». S'il est vrai que cela inclut la possibilité qu'un accord puisse être incompatible avec un texte de droit dérivé adopté sur la base des dispositions du traité, il est cependant évident que l'article 307, deuxième alinéa, CE s'applique également lorsqu'un accord bilatéral est directement incompatible avec des dispositions de droit primaire.
6. Tel est le cas en l'espèce. L'article 57, paragraphe 2, l'article 59 et l'article 60, paragraphe 1, CE permettent au Conseil de restreindre dans certains cas les mouvements de capitaux et les paiements avec des pays tiers. Comme la Commission l'a exposé, les clauses de transfert des accords de protection des investissements en cause n'autoriseraient pas de telles restrictions. Ces accords portent ainsi directement atteinte à ces dispositions et, partant, sont incompatibles avec le traité. Comme la Commission l'a déjà exposé, il n'est dès lors pas pertinent de savoir, dans le cadre de l'article 307, deuxième alinéa, CE, si le Conseil a déjà adopté des mesures entravées par les clauses de transfert³.
7. L'opinion contraire, défendue par les États membres, est incompatible avec la jurisprudence de la Cour. Dans l'affaire *Burgoa*, la Cour a précisé que l'article 307, deuxième alinéa, a une portée générale et s'applique à toute convention internationale, quel que soit son objet, «susceptible d'avoir une

¹ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 14; mémoire en intervention de la République de Lituanie, point 7; mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne, point 16; mémoire en intervention de la République de Finlande, point 13.

² Mémoire en intervention de la République de Lituanie, points 6, 7 et 8; mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 17.

³ Réplique, points 13 et 14.

incidence sur l'application du traité»⁴. La Cour a ainsi indiqué clairement qu'il n'importe pas de savoir si cette incidence s'est déjà manifestée.

8. Cette interprétation découle également de l'objet et de la finalité de l'article 307, deuxième alinéa, CE. En vertu du droit international général, les conventions internationales sont contraignantes («*pacta sunt servanda*»). Il n'est donc pas facile de résilier des obligations conventionnelles. Selon le droit international général, la dénonciation ou la suspension de conventions internationales n'est permise que dans des conditions précises⁵; s'il existe un droit de dénonciation conventionnel, celui-ci est souvent lié au respect de certains délais. Toute renégociation de la convention suppose l'assentiment de l'autre partie contractante et demande en tout état de cause du temps. C'est pourquoi les mesures requises par l'article 307, deuxième alinéa, CE doivent être prises le plus tôt possible, et pas seulement lorsque les mesures communautaires ont déjà été entravées.
9. La République de Lituanie a établi un parallèle avec des situations purement nationales et objecté qu'un État membre n'est pas tenu de modifier des mesures de droit national, dans un domaine où la Communauté n'a pas encore agi, au seul motif que la Communauté pourrait éventuellement y devenir active à l'avenir⁶. Ce parallèle est cependant erroné. La République de Lituanie méconnaît que la primauté du droit communautaire est garantie en toute hypothèse s'agissant de situations purement nationales⁷. Tel n'est cependant pas nécessairement le cas en ce qui concerne les conventions internationales relevant de l'article 307 CE, car l'article 307, premier alinéa, CE prévoit que celles-ci peuvent continuer à

⁴ Arrêt du 14 octobre 1980 dans l'affaire 812/79, *Burgoa*, Rec. 1980, p. 2787, point 6 (mise en évidence ajoutée par la Commission).

⁵ Cf. articles 54 et suivants de la convention de Vienne sur le droit des traités.

⁶ Mémoire en intervention de la République de Lituanie, point 10.

⁷ La Commission observe du reste que, même dans le cas de mesures nationales, la Cour n'a pas fait de l'existence d'un conflit concret une condition sine qua non du manquement. Ainsi, dans l'affaire *Foie gras*, à laquelle la République de Lituanie se réfère au point 7 de son mémoire, la Cour a considéré ce qui suit à propos de l'interdiction des restrictions aux échanges édictée à l'article 28 (ex-article 30) CE: «Cette disposition a donc vocation à s'appliquer non seulement aux effets actuels, mais également aux effets potentiels d'une réglementation. Elle ne peut être écartée pour le motif qu'il n'existe jusqu'à présent aucun cas concret présentant un lien avec un autre État membre» (arrêt du 22 octobre 1998 dans l'affaire C-184/96, *Commission/France*, Rec. 1998, p. I-6197, point 17; mise en évidence ajoutée par la Commission).

s'appliquer⁸. C'est d'ailleurs précisément la raison pour laquelle l'article 307, deuxième alinéa, CE impose en contrepartie aux États membres l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour éliminer les incompatibilités.

10. Contrairement à ce que pensent la République fédérale d'Allemagne et la République de Hongrie, la thèse défendue en l'espèce ne conduit pas non plus à une «extension illimitée» de l'article 307 CE⁹. La Commission ne soutient aucunement que les États membres devraient déjà prendre les mesures nécessaires visées à l'article 307, deuxième alinéa, CE dans tous les domaines où la Communauté pourrait éventuellement légiférer à l'avenir. Cela ne serait au demeurant pas possible dans la pratique, car on ne sait généralement pas quel contenu auront les futurs actes de la Communauté dans des domaines politiques particuliers. Il en va cependant tout autrement dans le cas de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, CE, parce que ces dispositions confèrent spécifiquement au Conseil le pouvoir de restreindre les mouvements de capitaux et les paiements avec des pays tiers. Il est donc tout à fait possible pour les États membres de prévoir le contenu de telles mesures et d'adapter en conséquence leurs accords de protection des investissements.
11. Le caractère inéluctable de cette interprétation ressort également de l'analyse de la présente affaire. À partir du moment où une mesure concrète du Conseil visant à restreindre les mouvements de capitaux ou les paiements a été entravée par un accord bilatéral de protection des investissements, il est en règle générale déjà trop tard pour résoudre le conflit. La dénonciation de ces accords est soumise au respect de délais qui s'élèvent ordinairement à un an¹⁰. De même, une renégociation, si tant est qu'elle soit encore envisageable en cas de conflit, prendra en règle générale un certain temps. Dans l'intervalle, le droit international obligerait l'Autriche à continuer à appliquer les clauses de transfert,

⁸ Arrêt du 1^{er} février 2005 dans l'affaire C-203/03, Commission/Autriche, Rec. 2005, p. I-935, points 60, 64.

⁹ Mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne, point 17; mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 22.

¹⁰ Cf. l'accord Autriche/Corée, article 11, paragraphe 2; l'accord Autriche/Chine, article 11, paragraphe 1; l'accord Autriche/Cap-Vert, article 11, paragraphe 2; l'accord Autriche/Malaisie, article 12, paragraphe 2; l'accord Autriche/Russie, article 10, paragraphe 2; l'accord Autriche/Tunisie, article 12, paragraphe 2.

et l'article 307, premier alinéa, CE l'y autoriserait également. Cela empêcherait l'application uniforme dans la Communauté des restrictions adoptées par le Conseil. Semblable interprétation n'est manifestement pas compatible avec l'effet utile de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, CE.

12. Contrairement à ce qu'affirme la République de Hongrie, l'incompatibilité des accords bilatéraux n'est aucunement «incertaine»¹¹. Il s'agit en réalité d'une question purement juridique dont la réponse ressort directement des dispositions du traité. L'opinion juridique de la Commission en la matière est connue de tous les États membres depuis un certain temps et a été rappelée de façon formelle à la République d'Autriche dans le cadre de la procédure précontentieuse. Contrairement à l'opinion de la République de Hongrie, la République d'Autriche ne saurait donc se prévaloir de sa bonne foi pour justifier l'inaction dont elle a fait preuve jusqu'à présent¹².

13. Pour toutes ces raisons, il convient de rejeter la thèse des parties intervenantes selon laquelle l'article 307, deuxième alinéa, CE présuppose que des mesures adoptées par la Conseil aient déjà été entravées.

III. Les accords n'entraveraient pas d'éventuelles mesures fondées sur l'article 57, paragraphe 2, l'article 59 et l'article 60, paragraphe 1, CE

14. La République de Hongrie et la République de Lituanie ont fait valoir dans leurs mémoires en intervention que le droit international général permet à la République d'Autriche, en cas d'adoption des mesures restrictives visées à l'article 57, paragraphe 2, à l'article 59 et à l'article 60, paragraphe 1, CE, de suspendre ou de ne pas appliquer les clauses de transfert. À cet égard, elles ont en particulier souligné que l'adoption d'une telle mesure représente un changement fondamental des circonstances sous-tendant la conclusion de la convention,

¹¹ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 17.

¹² La République de Hongrie se fourvoie en se référant à l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-203/03, Commission/Autriche. En effet, dans cet arrêt, la Cour n'a répondu négativement à la question de l'existence d'une violation de l'article 307, deuxième alinéa, CE que pour la période antérieure à l'ouverture du recours en manquement et la clarification du droit communautaire matériel par la Cour. Celle-ci a toutefois en même temps confirmé qu'il y avait incompatibilité et que l'Autriche était tenue de dénoncer la convention dès qu'elle en aurait la possibilité (arrêt du 1^{er} février 2005 dans l'affaire C-203/03, Commission/Autriche, Rec. 2005, p. I-935, points 60, 62 et 63).

justifiant ainsi la suspension de son exécution selon la clause «*rebus sic stantibus*»¹³.

15. Il y a lieu de rejeter cette thèse. Comme la Commission l'a déjà exposé, il n'apparaît pas que les conditions de la clause *rebus sic stantibus* fixées à l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités seraient réunies dans le cas des mesures prises en exécution de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, CE. La Commission renvoie à cet égard à son exposé antérieur¹⁴. Comme la Commission l'a également indiqué, c'est à la République d'Autriche qu'incombe la charge de la preuve concernant la présence de telles exceptions¹⁵.
16. La thèse de la République de Hongrie et de la République de Lituanie selon laquelle les conditions de la clause *rebus sic stantibus* seraient réunies est également dénuée de tout fondement dans le droit international général. Elle n'est en particulier pas étayée par les références à des jugements de juridictions internationales qui montreraient que les mesures prises en exécution de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, doivent effectivement être considérées comme la disparition du fondement contractuel des accords de protection des investissements, justifiant la suspension des clauses de transfert.
17. La République de Hongrie a affirmé qu'un cas typique d'application de la clause *rebus sic stantibus* est l'infliction de sanctions économiques conformément à l'article 301 et à l'article 60, paragraphe 1, CE¹⁶. La République de Lituanie a quant à elle soutenu que de graves violations des droits de l'homme étaient également un cas de clause *rebus sic stantibus*, justifiant donc la suspension des clauses de transfert¹⁷.

¹³ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, points 32 et suivants; mémoire en intervention de la République de Lituanie, points 20, 27 et suivants.

¹⁴ Réplique, points 20 et suivants.

¹⁵ Réplique, point 19.

¹⁶ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 38.

¹⁷ Mémoire en intervention de la République de Lituanie, point 27.

18. Cette thèse est inexacte. Il convient tout d'abord de préciser que, contrairement à ce qu'affirme la République de Lituanie, les sanctions infligées en vertu de l'article 60, paragraphe 1, CE et de l'article 301 CE,¹⁸ ne sont pas limitées à certains motifs ou à certains cas «particulièrement graves». Au contraire, la condition est seulement qu'il y ait eu au préalable une décision du Conseil prise en vertu des dispositions du traité CE relatives à l'interruption des relations économiques avec un pays tiers. Les dispositions du traité CE ne contiennent pas de définition plus précise des cas où le Conseil peut décider de sanctions économiques.
19. S'il est vrai que, dans la pratique, les sanctions économiques constituent souvent la réponse à des violations des droits de l'homme, des principes démocratiques ou de l'État de droit, on ne saurait cependant partir du principe, faute de dispositions explicites dans les accords litigieux, que le respect de ces principes aurait également été à la base de la conclusion de ces accords.
20. Ce point est en outre confirmé par la pratique contractuelle de la Communauté. Celle-ci a ainsi inséré dans ses accords d'association et de partenariat des clauses spécifiques relatives aux droits de l'homme, autorisant la suspension de l'accord en cas de violation des principes des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit¹⁹. Ces clauses seraient tout à fait superflues si – comme le soutiennent les parties intervenantes – la suspension de l'accord était de toute façon toujours possible en pareil cas grâce à la simple application de la clause *rebus sic stantibus*.
21. À l'appui de son argumentation, la Lituanie s'est référée à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Racke*²⁰. Cet arrêt n'est toutefois pas pertinent en l'espèce. En effet, d'une part, la Cour a uniquement examiné, dans cette affaire, si les organes compétents de la Communauté, en admettant que les conditions de la clause *rebus*

¹⁸ Mémoire en intervention de la République de Lituanie, point 26.

¹⁹ Cf. par exemple l'article 96 de l'accord de Cotonou (JO L 317 du 15.12.2000, p. 3), l'article 3 de l'accord avec l'Afrique du Sud (JO L 311 du 4.12.1999, p. 1), les articles 2 et 107 de l'accord avec la Russie (JO L 327 du 28.11.1997, p. 3) et les articles 2 et 120 de l'accord avec la Croatie (JO L 26 du 28.1.2005, p. 1).

²⁰ Mémoire en intervention de la République de Lituanie, points 28 et 29.

sic stantibus étaient réunies, avaient commis des «erreurs d'appréciation manifestes»²¹. Elle n'a donc pas examiné directement les conditions de l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités, mais s'est limitée à un contrôle de plausibilité. On ne saurait toutefois admettre qu'une juridiction internationale opèrerait pour une approche aussi réservée dans un litige concernant la suspension des accords de protection des investissements.

22. D'autre part, il convient d'observer que l'élément déclencheur de l'application de la clause *rebus sic stantibus* dans l'affaire *Racke* a été l'éclatement de l'État yougoslave. Comme l'objectif de l'accord de coopération avec la Yougoslavie, dont la suspension a fait l'objet de l'affaire *Racke*, était précisément le développement économique et social de la Yougoslavie, il existait dans ce cas de bonnes raisons de parler de disparition de la base du consentement des parties²². L'affaire *Racke* était donc un cas particulier, qui n'est pas comparable au cas général d'application de sanctions à la suite de violations des droits de l'homme ou des principes de la démocratie et de l'État de droit.
23. La Hongrie et la Lituanie ont également souligné que les mesures prises par le Conseil en exécution de l'article 60, paragraphe 1, CE sont souvent la transposition de résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, obligatoires pour tous les membres de l'ONU en vertu de l'article 25 de la charte des Nations unies²³. Sur ce point, la Commission signale simplement que les mesures prises en vertu de l'article 60, paragraphe 1, ne sont pas toujours la conséquence de sanctions obligatoires imposées par l'ONU. La Commission renvoie à cet égard à son exposé antérieur²⁴.
24. Concernant les mesures visées à l'article 59 CE (mesures de sauvegarde en cas de perturbation de l'Union économique et monétaire), la Lituanie a fait valoir qu'une suspension des clauses de transfert est possible en l'espèce, en vertu de

²¹ Arrêt du 16 juin 1988 dans l'affaire C-162/96, *Racke*, Rec. 1998, p. I-3655, point 52.

²² Arrêté précité dans l'affaire *Racke*, points 54 et 55.

²³ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 38; mémoire en intervention de la République de Lituanie, points 22 et suivants.

²⁴ Réplique, point 25.

l'article 61, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités, pour cause d'«impossibilité temporaire». Cette thèse est erronée. Selon l'article 61, paragraphe 1, première phrase, de cette convention, une suspension pour cause d'impossibilité n'est permise que «si cette impossibilité résulte de la disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution de ce traité». Dans le cas de l'article 59 CE, l'application des clauses de transfert des accords de protection des investissements n'est pas «impossible» dans ce sens; elle n'est seulement pas souhaitable au regard de l'objectif qui est de remédier à la perturbation.

25. Enfin, en ce qui concerne les mesures fondées sur l'article 57, paragraphe 2, CE, la Lituanie a soutenu les arguments de la République d'Autriche selon lesquels les clauses de transfert des accords bilatéraux de protection des investissements relèvent de la sphère de protection de l'article 57, paragraphe 1, CE²⁵. À cet égard, la Commission peut renvoyer intégralement aux arguments qu'elle a déjà formulés dans sa réplique²⁶.
26. Il convient donc de rejeter la thèse de la République de Hongrie et de la République de Lituanie selon laquelle le droit international général permet à la République d'Autriche, en cas d'adoption des mesures restrictives visées à l'article 57, paragraphe 2, à l'article 59 et à l'article 60, paragraphe 1, CE, de suspendre ou de ne pas appliquer les clauses de transfert.

IV. Les mesures nécessaires ne sont pas disproportionnées

27. La Hongrie et la Lituanie ont également soutenu que les mesures exigées par la Commission en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE sont disproportionnées²⁷. Cette thèse doit elle aussi être rejetée.
28. À titre liminaire, il convient de relever que l'article 307, deuxième alinéa, CE n'exige pas que les mesures nécessaires soient en même temps proportionnées. Comme la Cour l'a déjà précisé, l'équilibre entre les intérêts de l'État membre et

²⁵ Mémoire en intervention de la République de Lituanie, point 17.

²⁶ Réplique, points 5 et suivants.

²⁷ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 16; mémoire en intervention de la République de Lituanie, points 11 et suivants.

les intérêts de la Communauté trouve son expression à l'article 307 CE même, dans la mesure où cette disposition permet aux États membres de continuer à appliquer les dispositions d'une convention en dépit d'une incompatibilité avec le droit communautaire, tout en les obligeant à prendre les mesures nécessaires pour éliminer cette incompatibilité²⁸. L'élément déterminant n'est donc plus la proportionnalité des mesures nécessaires, car, dans le cas contraire, l'application du droit communautaire pourrait être entravée de façon durable par des conventions conclues par les États membres.

29. Au demeurant, force est également de constater que rien n'indique que les mesures demandées à la République d'Autriche seraient disproportionnées. Celle-ci a le choix entre plusieurs moyens possibles. Elle n'est en particulier pas tenue de dénoncer les accords, mais peut également tenter de négocier les modifications nécessaires à apporter aux clauses de transfert litigieuses.
30. Il n'apparaît pas non plus que la renégociation des clauses de transfert en cause serait particulièrement astreignante pour la République d'Autriche. Les accords de protection des investissements font l'objet de renégociations fréquentes pour être adaptés au niveau le plus récent de la pratique internationale. Dans son mémoire en défense, la République d'Autriche a de surcroît fait référence à un nouveau modèle de clauses de transfert qu'elle envisage d'utiliser comme base pour de futures négociations. On ne voit dès lors pas pourquoi de telles négociations ne pourraient pas être organisées afin d'éliminer les incompatibilités avec l'article 57, paragraphe 2, l'article 59 et l'article 60, paragraphe 1, CE.
31. Il convient donc de rejeter la thèse selon laquelle les mesures nécessaires visées à l'article 307, paragraphe 2, CE sont disproportionnées.

V. Les mesures nécessaires ne créent pas une inégalité de traitement entre les États membres ou entre les investisseurs

32. La Hongrie a soutenu que les mesures exigées par la Commission en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE créent une inégalité de traitement entre la

²⁸ Arrêts du 4 juillet 2000 dans l'affaire C-62/98, Commission/Portugal, Rec. 2000, p. I-5171, point 50, et dans l'affaire C-84/98, Commission/Portugal, Rec. 2000, p. I-5215, point 59.

République d'Autriche et les autres États membres²⁹. La Hongrie et l'Allemagne ont ajouté qu'une inégalité de traitement est également créée entre les investisseurs concernés³⁰. Cette thèse doit également être rejetée.

33. À cet égard, il y a tout d'abord lieu de préciser que la question de savoir si les accords conclus par d'autres États membres contiennent des clauses de transfert comparables ne présente aucun intérêt en l'espèce. Comme la Cour l'a déjà indiqué, un recours en manquement ne devient pas sans fondement parce que d'autres États membres ont eux aussi enfreint le traité de façon similaire³¹.
34. En outre, l'hypothèse selon laquelle la Commission agirait de façon arbitraire ou unilatérale est également incorrecte quant au fond. Sur les quinze États membres avant le 1^{er} mai 2004, quatre avaient des accords de protection des investissements relevant de l'article 307 CE et contenant des clauses de transfert incompatibles avec le traité CE. La Commission a ouvert des recours en manquement contre ces quatre États membres. Trois de ces procédures sont actuellement pendantes devant la Cour³². La procédure engagée contre un autre État membre n'a pas donné lieu à l'introduction d'un recours, car cet État membre a pris les mesures nécessaires.
35. La nécessité d'adapter les accords de protection des investissements des douze nouveaux États membres a déjà fait l'objet, comme la Hongrie ne saurait l'ignorer, des négociations d'adhésion. Dans ce cadre, la Commission a précisé que les accords de protection des investissements des nouveaux États membres devaient être modifiés de façon à ne pas nuire à l'application de l'article 57, paragraphe 2, de l'article 59 et de l'article 60, paragraphe 1, CE.
36. Enfin, les accords de protection des investissements conclus après le 1^{er} janvier 1958 ou après l'adhésion de l'État membre concerné ne se trouvent pas

²⁹ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, points 18 et 19.

³⁰ Mémoire en intervention de la République de Hongrie, point 18f; mémoire en intervention de la République fédérale d'Allemagne, point 3.

³¹ Arrêt du 26 février 1976 dans l'affaire 52/75, Commission/Italie, Rec. 1976, 277, points 11 à 13.

³² Outre la présente procédure, il s'agit des affaires C-249/06, Commission/Suède, et C-118/07, Commission/Finlande.

dans une situation comparable, l'article 307, paragraphe 1, CE ne leur étant pas applicable³³. Cela signifie que les clauses de transfert de tels accords ne sont pas applicables dans l'ordre juridique communautaire en cas de conflit avec un acte communautaire. C'est pourquoi la Commission s'est principalement concentrée sur les accords relevant de l'article 307, paragraphe 1, CE. Cela ne signifie cependant pas que d'autres accords ne devraient pas également être modifiés s'ils contenaient eux aussi des dispositions contraires au droit communautaire.

37. Il convient pour terminer de réfuter l'allégation selon laquelle les mesures demandées créeront une différence de traitement entre les investisseurs ou leur porteront préjudice. La Commission n'a pas exigé la dénonciation des accords de protection des investissements en cause. Une autre possibilité serait d'adapter les clauses litigieuses de façon à ce que la protection des investisseurs des États membres à l'étranger reste intacte.

38. De surcroît, ce sont précisément les accords bilatéraux de protection des investissements, et non les mesures demandées par la Commission, qui créent une inégalité de traitement entre les investisseurs. Ainsi, par exemple, un investisseur originaire de Russie serait mieux traité en Autriche, en cas de mesures fondées sur l'article 57, paragraphe 2, sur l'article 59 ou sur l'article 60, paragraphe 1, CE, que dans un autre État membre avec lequel la Russie n'a pas d'accord de protection des investissements contenant des clauses de transfert comparables.

Cela conduirait à une application divergente du droit communautaire qui ne saurait être acceptée.

39. Contrairement à la thèse des parties intervenantes, les mesures nécessaires ne créeront donc pas une inégalité de traitement entre les États membres ou entre les investisseurs.

VI. Conclusions

40. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission maintient dans leur intégralité les conclusions qu'elle a formulées dans sa requête.

³³ Cf. l'arrêt du 14 septembre 1999 dans l'affaire C-170/98, Commission/Belgique, Rec. 1999, p. I-5493.

Hans Stovlbæk

Bernd Martenczuk

Agents de la Commission