



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 11 octobre 2006
JURM(2006) 10045
ORIGINAL: DE

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR
DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Réplique

dans l'affaire C-205/06

déposée, conformément à l'article 41, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes,

par la 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. Luis Escobar Guerrero, également membre de son service juridique, Centre Wagner, Kirchberg, Luxembourg,

- partie requérante -

contre

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

et ayant élu domicile auprès de Son Excellence Walter Haag, ambassadeur de la République d'Autriche au Luxembourg, 3 Rue des Bains, L-1212 Luxembourg,

- 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, du traité CE en omettant de recourir aux moyens appropriés pour éliminer des incompatibilités relatives aux dispositions en matière de transfert contenues dans les accords 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 répondre au mémoire en défense de la République d'Autriche par les observations suivantes.

I. Introduction

1. Dans son mémoire en défense, la République d'Autriche nie l'existence d'une incompatibilité entre les dispositions du traité CE et les accords d'investissement litigieux. Subsidiairement, elle affirme avoir utilisé tous les moyens appropriés pour éliminer une éventuelle incompatibilité.
2. L'opinion de la République d'Autriche est erronée. Les accords d'investissement bilatéraux conclus par la République d'Autriche avec la Corée, le Cap-Vert, la Chine, la Malaisie, la Fédération de Russie et la Turquie sont incompatibles avec le traité CE au motif qu'ils n'admettent pas l'application des restrictions en ce qui concerne les mouvements de capitaux et de paiements que le Conseil peut adopter en vertu des articles 57, paragraphe 2, 59 et 60, paragraphe 1, CE. Contrairement à ce qu'elle affirme, la République d'Autriche n'a pas non plus utilisé les moyens appropriés pour éliminer cette incompatibilité, conformément à l'article 307, deuxième alinéa, CE.
3. Dans sa réplique, la Commission se penchera sur les moyens de la République d'Autriche énumérés ci-dessous, selon lesquels:
 - les accords seraient justifiés par l'exception sectorielle de l'article 57, paragraphe 1, CE;
 - les accords ne portent pas atteinte aux éventuelles mesures communautaires visées aux articles 57, paragraphe 2, 59 et 60, paragraphe 1, CE; et
 - la République d'Autriche aurait déjà pris les mesures appropriées pour éliminer ces incompatibilités.
4. En ce qui concerne le détail des faits et du cadre juridique, la Commission invite la Cour à se reporter à l'exposé figurant dans la requête.

II. Les accords ne sont pas justifiés par l'article 57, paragraphe 1, CE

5. Dans son mémoire en défense, la République d'Autriche fait valoir que les accords d'investissement litigieux seraient couverts par «l'exception sectorielle» de l'article 57, paragraphe 1, CE. Elle prétend également que, dans le cadre de l'article 57 CE, les États membres auraient le droit de réglementer eux-mêmes leurs relations avec les pays tiers tant que le Conseil n'aurait pas fait usage de son pouvoir réglementaire¹.
6. Le point de vue de la République d'Autriche est erroné. Premièrement, les dispositions en matière de transfert pertinentes en l'espèce et figurant dans les accords d'investissement n'entrent nullement dans le champ d'application de l'article 57, paragraphe 1, CE. L'article 57 paragraphe 1 CE prévoit que certaines restrictions aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers peuvent être maintenues si elles existaient déjà le 31 décembre 1993, malgré la libéralisation prescrite par l'article 56 CE. Or les clauses de transfert litigieuses figurant dans les accords d'investissement en cause ne contiennent pas de restrictions à la libre circulation des capitaux, mais garantissent au contraire le libre transfert des paiements liés à l'investissement². L'article 57, paragraphe 1, CE n'est donc pas pertinent en l'espèce.
7. Deuxièmement, la présente affaire ne porte pas sur un quelconque «pouvoir réglementaire» de la République d'Autriche. Le problème qui se pose en l'espèce est que les accords d'investissement conclus par l'Autriche avant son adhésion à l'Union européenne contiennent des dispositions qui peuvent affecter l'application des restrictions aux mouvements de capitaux et de paiements que le Conseil peut adopter sur la base des articles 57, paragraphe 2, 59 et 60, paragraphe 1, CE. L'incompatibilité avec le traité qui en résulte doit être éliminée par la République d'Autriche, conformément à l'article 307, deuxième alinéa, CE. La question de la compétence réglementaire ne se pose pas en pareilles circonstances.
8. Troisièmement, et à titre hautement préventif, la Commission souhaite souligner qu'il est erroné de comprendre l'article 57, paragraphe 1, CE comme conférant

¹ Mémoire en défense, point 4.

² Voir les points 7-8 de la requête.

une compétence réglementaire à la République d'Autriche. L'article 57 paragraphe 1 CE ne constitue qu'une exception - limitée - à l'article 56 CE, qui permet le maintien de certaines restrictions aux mouvements de capitaux avec des pays tiers lorsqu'elles existaient déjà le 31 décembre 1993 en raison du droit national ou communautaire, malgré la libéralisation effectuée par l'article 56 CE. Elle ne confère donc nullement aux États membres le droit d'arrêter de nouvelles règles en matière de circulation des capitaux et des paiements avec des pays tiers. C'est ce qui découle aussi justement des articles 57, paragraphe 2, 59 et 60 CE, qui réservent ce pouvoir réglementaire exclusivement au Conseil.

9. C'est pourquoi il convient de rejeter l'argument de l'Autriche, selon lequel les clauses de transfert figurant dans ses accords d'investissement seraient justifiées par l'article 57, paragraphe 1, CE.

III. Les accords portent atteinte aux éventuelles mesures communautaires prises en vertu des articles 57, paragraphe 2, 59 et 60, paragraphe 1, CE

10. La République d'Autriche a également contesté que les dispositions en matière de transfert figurant dans ses accords d'investissement puissent porter atteinte à l'adoption de mesures communautaires conformément aux articles 57, paragraphe 2, 59 et 60, paragraphe 1 CE. Les arguments avancés par l'Autriche à cet égard ne sont toutefois pas exacts.
11. Pour commencer, la République d'Autriche prétend que le Conseil jusqu'à ce jour n'a pas encore adopté de mesures sur la base des articles 57, paragraphe 2, 59 et 60, paragraphe 1³.
12. Tout d'abord cet argument est matériellement inexact. Ces dernières années, le Conseil a adopté toute une série de restrictions aux mouvements de capitaux et de paiements sur la base de l'article 60, paragraphe 1, CE⁴. Il a également fait usage

³ Mémoire en défense, point 7.

⁴ Voir les règlements (CE) n° 817/2006 du Conseil (concernant la Birmanie/le Myanmar), JO L 148, du 2.6.2006, p. 1; n° 765/2006 du Conseil (concernant la Biélorussie), JO L 134, du 20.05.2006, p. 1; (CE) n° 305/2006 du Conseil (à l'encontre de certaines personnes soupçonnées d'être impliquées dans l'assassinat de l'ancien premier ministre libanais M. Rafiq Hariri), JO L 51, du 22.2.2006, p. 1; (CE) n° 1859/2005 du Conseil (concernant l'Ouzbékistan), JO L 299, du 16.11.2005, p. 23; (CE) n° 1184/2005 du Conseil (concernant le Darfour/Soudan), JO L 193, du 23.07.2005, p. 9; (CE) n° 889/2005 du Conseil (concernant la République démocratique du Congo), JO L 152, du 15.06.2005, p. 1; (CE) n° 560/2005 du Conseil (concernant la Côte

du pouvoir qui lui est conféré à l'article 57, paragraphe 2, disposition qui lui a servi de base juridique pour la conclusion d'une série d'accords internationaux de la Communauté⁵.

13. En outre, cet argument n'est pas pertinent du point de vue juridique. Il est incompatible avec le traité, au sens de l'article 307, deuxième alinéa, que des accords bilatéraux nationaux contiennent des dispositions entravant l'application d'actes juridiques de la Communauté. La question de savoir si des actes de ce type ont déjà été adoptés ou si des problèmes d'application concrets se sont déjà posés concernant des actes juridiques adoptés ne saurait être déterminante à cet égard.
14. La Commission ne peut pas être tenue d'attendre que l'application d'une mesure concrète du Conseil soit effectivement entravée par un accord bilatéral national. En effet, à ce stade, le dommage causé à la Communauté ne serait déjà plus réparable. En tant que gardienne des traités, la Commission doit pouvoir exiger que l'incompatibilité avec le traité prenne fin immédiatement afin d'exclure toute entrave à des mesures communautaires.
15. La République d'Autriche a également argué qu'elle avait le droit de suspendre ou de dénoncer les accords en cas de mesures communautaires.
16. Dans ce contexte, l'Autriche s'est essentiellement référée aux mécanismes de règlement de conflits figurant dans les accords (par exemple à l'article 9 de l'accord avec la Corée)⁶. Toutefois, comme la Commission l'a déjà expliqué dans sa requête, un tel mécanisme de règlement des conflits ne garantit pas que les mesures en cause peuvent être effectivement mises en œuvre⁷. Ainsi n'est-il pas

d'Ivoire), JO L 95, du 14.04.2005, p. 1; (CE) n° 1763/2004 (concernant le Tribunal pénal international de l'ex-Yougoslavie), JO L 315, du 14.10.2004, p. 14; (CE) n° 234/2004 du Conseil (concernant le Liberia), JO L 40, du 12.02.2004, p. 1; (CE) n° 314/2004 du Conseil, JO L 55, du 24.02.2004, p. 1;

⁵ Voir la décision concernant la conclusion de la charte de l'énergie, JO L 69, du 9.3.1998, p. 1; ainsi que les décisions sur la conclusion des accords de partenariat et de coopération p.ex. avec le Mexique (JO L 276, du 28.10.2000, p. 44); l'Arménie (JO L 239, du 9.9.1999, p. 1); le Kazakhstan (JO L 196, du 28.7.1999, p. 1); la Kirghisie (JO L 196, du 28.7.1999, p. 46); la République de Moldavie (JO L 181, du 24.6.1998, p. 1); la Fédération de Russie (JO L 327, du 28.11.1997, p. 1).

⁶ Mémoire en défense, point 7.

⁷ Requête, point 26.

certain qu'un tribunal arbitral trancherait en faveur de l'applicabilité des mesures restrictives. Au contraire, le fait même d'en arriver à un contentieux juridique est un indice supplémentaire de l'incompatibilité entre les accords bilatéraux et le traité CE.

17. L'Autriche a également fait valoir qu'elle pouvait suspendre à tout moment ses accords d'investissement bilatéraux conformément à l'article 57 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, avec le consentement des autres parties aux accords⁸. La possibilité d'une suspension consensuelle n'élimine cependant pas l'incompatibilité des accords avec le traité. La mise en œuvre de restrictions aux mouvements de capitaux et de paiements décidées par le Conseil ne saurait en effet dépendre de l'approbation desdites restrictions par le pays tiers concerné.
18. Par ailleurs, la République d'Autriche a également avancé que les mesures communautaires restreignant les mouvements de capitaux et de paiements ne seraient possibles que dans des situations exceptionnelles et qu'il s'agirait donc probablement d'un changement fondamental des circonstances données au moment de la conclusion de l'accord, ce qui autoriserait l'Autriche à suspendre ledit accord⁹.
19. Il y a lieu de répliquer à cet égard qu'en se prévalant de la clause «rebus sic stantibus», l'Autriche invoque une exception aux obligations incontestées qui lui incombent en vertu des accords d'investissement bilatéraux. Selon la jurisprudence de la Cour, c'est alors à la République d'Autriche qu'incombe la charge de la preuve concernant l'existence des conditions de cette exception¹⁰.
20. Il n'a pas non plus été démontré que les conditions de la clause «rebus sic stantibus» seraient remplies dans le cas des accords d'investissement bilatéraux. Ainsi que l'a souligné la Cour internationale de justice dans l'affaire Gabcikovo, la stabilité des relations conventionnelles internationales exige que cette clause ne

⁸ Mémoire en défense, point 8.

⁹ Mémoire en défense, point 9.

¹⁰ Affaire 199/85, Commission/Italie, Rec. 1987, points 14-15; affaire C-414/97, Commission/Espagne, Rec. 1999, p. I-5585, point 22.

trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels¹¹. C'est également ce qui découle du fait que l'article 62, paragraphe 1, de la convention de Vienne sur le droit des traités est libellé en termes négatifs, excluant justement tout recours systématique au moyen tiré du changement fondamental de circonstances.

21. Qui plus est, l'Autriche n'a pas davantage établi que l'adoption d'une restriction des mouvements de capitaux et de paiements sur la base de l'article 57, paragraphe 2, 59 ou 60, paragraphe 1, CE équivaldrait effectivement à un changement fondamental des circonstances données au moment de la conclusion des accords. Au contraire: les restrictions de ce genre, sanctions économiques ou mesures en cas de difficultés liées à la balance des paiements par exemple, ne sont nullement inhabituelles dans les relations internationales et ne peuvent donc être considérées comme imprévisibles, surtout dans le cadre de négociations visant à conclure un accord d'investissement. La Commission signale à cet égard que la République d'Autriche ne semble d'ailleurs pas entièrement sûre de son fait puisqu'elle se contente d'alléguer que ce type de mesures vaudrait «probablement» un changement fondamental de circonstances.
22. L'Autriche n'a pas non plus démontré que les conditions de l'article 62, paragraphe 1, point b), de la convention de Vienne sur le droit des traités était remplies: cette clause prévoit que le changement de circonstances doit transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du contrat. Or rien n'indique qu'une suspension partielle ou totale de la disposition relative aux transferts figurant dans les accords d'investissement bilatéraux aurait un effet pareil dans le contexte global des accords.
23. En ce qui concerne spécifiquement les sanctions, l'Autriche fait valoir que les sanctions à l'égard des particuliers présupposent des agissements de nature criminelle. En outre, elle avance que les sanctions se fondent généralement sur des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies, dont l'effet est contraignant¹².

¹¹ Arrêt de la Cour internationale de justice du 25 septembre 1997 dans l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), point 104.

¹² Mémoire en défense, point 13.

24. Ces arguments sont également dénués de fondement. Tout d'abord, les mesures prévues à l'article 60, paragraphe 1, CE, même lorsqu'elles visent des particuliers, ne sont pas nécessairement liées à la constatation d'un comportement criminel. L'Autriche n'a pas non plus précisé quelle disposition de ses accords, justifierait dans un tel cas une limitation des dispositions en matière de transfert.
25. Ensuite, en ce qui concerne les résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies conformément au chapitre VII de la charte des Nations unies, il est exact que ces résolutions sont obligatoires, conformément aux articles 25 et 103 de la charte et prévalent sur les autres obligations de droit international. Toutefois, les mesures prises au titre de l'article 60, paragraphe 1, CE ne sont pas nécessairement liées à l'existence d'une autorisation du Conseil de sécurité des Nations Unies. Parmi les restrictions aux mouvements de capitaux et de paiements que le Conseil a arrêtées en vertu de l'article 60, paragraphe 1, CE ces dernières années, plusieurs n'étaient pas fondées sur une résolution préalable du Conseil de sécurité¹³.
26. Enfin, la République d'Autriche a également allégué que les accords bilatéraux ne préjugeraient pas de son vote au Conseil et ne pourraient donc faire obstacle à une éventuelle décision du Conseil en la matière¹⁴. Cependant, comme la Commission l'a déjà fait remarquer dans sa requête, la question déterminante pour l'article 307, deuxième alinéa, CE n'est pas de savoir comment l'Autriche se comporte en cas de vote, mais comment elle peut appliquer ces mesures tout en respectant ses obligations de droit international.
27. C'est pour la même raison qu'il convient de réfuter l'argument de l'Autriche selon lequel elle ne pourrait pas empêcher l'adoption d'une décision du Conseil qui devrait être prise à la majorité qualifiée. Qui plus est, il est inexact d'affirmer que le Conseil décide à la majorité qualifiée dans les cas en cause. Ce n'est par exemple pas le cas des mesures prises conformément à la deuxième phrase de l'article 57, paragraphe 2, CE, qui constituent dans le cadre du droit

¹³ Parmi les cas cités plus haut, dans la note en bas de page n° 4, il s'agissait des mesures concernant la Birmanie, la Biélorussie, l'Ouzbékistan et le Zimbabwe.

¹⁴ Mémoire en défense, point 14.

communautaire un pas en arrière dans la libéralisation des mouvements de capitaux avec les pays tiers et qui requièrent l'unanimité. En outre, les mesures arrêtées au titre de l'article 60, paragraphe 1, CE en liaison avec l'article 301 CE impliquent l'adoption préalable, par le Conseil, d'une position commune ou d'une action commune en vertu des dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ce qui présuppose en principe aussi l'unanimité, conformément à l'article 23, paragraphe 1, du traité sur l'UE.

28. Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de retenir que les accords d'investissement bilatéraux de l'Autriche sont incompatibles avec le traité CE.

IV. La République d'Autriche n'a pas utilisé les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités

29. Dans son mémoire en défense, la République d'Autriche a également prétendu qu'elle avait déjà recouru aux moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités. Elle fait notamment valoir qu'elle aurait communiqué le libellé d'une nouvelle clause OIER à la Commission lors d'une réunion des experts en investissement le 6 décembre 2005 et explique que cette clause, qui aurait été révisée encore une fois par la suite, serait utilisée dans le cadre de la renégociation des accords avec les parties contractantes pertinentes en l'espèce.
30. Il convient tout d'abord de rappeler à cet égard que la question de savoir si la République d'Autriche a rempli les obligations qui lui incombent en vertu du traité doit être appréciée en fonction de la situation telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé¹⁵. Ce délai a expiré le 21 mai 2005. Rien n'indique que la République d'Autriche aurait pris les mesures appropriées à cette date. Dans sa réponse à l'avis motivé de la Commission, la République d'Autriche ne s'est d'ailleurs pas référée à des moyens appropriés concrets, mais uniquement, en termes vagues et en «complément», à «la révision en cours du modèle autrichien d'accord d'investissement bilatéral» tout en niant en principe l'existence de la moindre incompatibilité¹⁶.

¹⁵ Affaire 58/99, Commission/Italie, Rec. 2000, p. I-3811, point 17.

¹⁶ Points 5 et 6 des observations de la République d'Autriche, annexe 11 de la requête.

31. En ce qui concerne la communication à la Commission dans le cadre de la réunion d'experts du 6 décembre 2005, il y a lieu de noter que l'Autriche a effectivement présenté à cette occasion un texte qui correspond à celui du point 4 b) de la troisième colonne de l'annexe 1 du mémoire en défense (ci-joint, **annexe 1**), mais sans faire la moindre référence à la procédure en manquement en cours. L'Autriche n'a notamment pas précisé si elle avait déjà utilisé la clause en question ou si elle avait déjà pris des mesures pour éliminer les incompatibilités dans les accords litigieux.
32. Or il ressort aujourd'hui du mémoire en défense que cette clause est seulement «sur le point d'être finalisée» et qu'elle ne sera d'application qu'au cours des négociations à venir. C'est ce qui résulte aussi de l'indication, par la République d'Autriche, que les négociations avec certains pays, comme la Chine ou la Russie par exemple, ont été suspendues «en attendant que le libellé de la nouvelle clause soit finalisé»¹⁷.
33. En ce qui concerne le contenu du projet de clause figurant à l'annexe 1 du mémoire en défense, la Commission n'exclut pas que l'insertion d'une indication telle que celle du point 4 b) de la troisième colonne soit en mesure – en fonction du contexte global de l'accord en cause – pourrait éliminer l'incompatibilité des clauses de transfert avec le traité CE. La Commission constate toutefois que ce texte n'apparaît plus dans la version «révisée encore une fois par la suite» contenue dans l'annexe 2 du mémoire en défense.
34. Il n'est donc pas certain que les éventuelles négociations que la République d'Autriche compte entamer représenteront effectivement des moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités des accords d'investissement.
35. La République d'Autriche a également fait valoir que, dans le cadre du droit de choisir le moyen approprié conformément à l'article 307, deuxième alinéa, CE, il convenait de respecter le principe de proportionnalité, raison pour laquelle il y

¹⁷ Mémoire en défense, point 20.

aurait également lieu de présumer que l'Autriche avait utilisé tous les moyens appropriés¹⁸.

36. La Commission ne peut partager cette opinion, ne serait-ce que du point de vue juridique. Contrairement à l'opinion de la République d'Autriche, le principe de proportionnalité n'a pas pour effet de limiter l'obligation de recourir à des moyens appropriés conformément à l'article 307, deuxième alinéa, CE. Ainsi que la Cour l'a dit pour droit, l'équilibre entre les intérêts des États membres et l'intérêt communautaire trouve déjà son expression dans l'article 307, premier et deuxième alinéas, CE¹⁹. Les moyens appropriés peuvent donc également inclure la dénonciation des accords litigieux si les autres mesures n'ont pas de succès²⁰.
37. Quoiqu'il en soit, la République d'Autriche n'a en tout état de cause pas démontré qu'elle avait pris des mesures appropriées quelconques au moment où le délai imparti par l'avis motivé est arrivé à expiration. La question du choix entre divers moyens appropriés ne se pose donc pas en l'espèce.
38. En résumé, il convient de constater que l'Autriche n'a pas respecté les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE.

V. Conclusions

39. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission a l'honneur de maintenir ses conclusions précédentes et de conclure à ce qu'il plaise à la Cour

¹⁸ Mémoire en défense, points 2, 22 et 23.

¹⁹ Affaire C-62/98, Commission/Portugal, Rec. 2000, p. I-5171, point 50; affaire C-84/98, Commission/Portugal, Rec. 2000, p. I-5215, point 59.

²⁰ Affaire C-62/98, Commission/Portugal, Rec. 2000, p. I-5171, point 49; affaire C-84/98, Commission/Portugal, Rec. 2000, p. I-5215, point 58.

1. constater que la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, du traité CE en omettant de recourir aux moyens appropriés pour éliminer des incompatibilités relatives aux dispositions en matière de transfert contenues dans les accords d'investissement conclus avec la Corée, le Cap-Vert, la Chine, la Malaisie, la Fédération de Russie et la Turquie;
2. condamner la République d'Autriche aux dépens de l'instance.

Hans Stovlbaek

Bernd Martenczuk

Agents de la Commission