CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
MME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 10 septembre 2009 [1]

1. Avant son adhésion à l'Union européenne, la République de Finlande a conclu des conventions bilatérales d'investissement avec la Fédération de Russie [2], la République du Bélarus [3], la République populaire de Chine [4], la Malaisie [5], la République socialiste démocratique de Sri Lanka [6] et la République d'Ouzbékistan [7]. Ces accords garantissent aux investisseurs de chaque partie contractante le libre transfert des paiements liés à un investissement, dans une monnaie librement convertible [8].

2. La Commission des Communautés européennes estime qu'une telle liberté de circulation des capitaux, dépourvue de toute restriction, est incompatible avec les articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE, qui prévoient la possibilité pour le Conseil de l'Union européenne de restreindre, dans certaines circonstances, les mouvements de capitaux et les paiements à destination ou en provenance de pays tiers. Elle considère que la République de Finlande aurait dû renégocier ces conventions, sur le fondement de l'article 307, deuxième alinéa, CE pour les rendre conformes au droit communautaire et mettre en place des mécanismes permettant au Conseil d'instaurer d'éventuelles restrictions à l'avenir.

3. De ce fait, la Commission demande à la Cour de constater que, en ne recourant pas aux moyens appropriés pour éliminer ces incompatibilités, la République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE.

4. La Commission a également introduit des recours en manquement similaires contre la République d'Autriche et le Royaume de Suède. Les arrêts relatifs à ces affaires ont été rendus le 3 mars 2009 [9]. Le présent recours en manquement porte, en substance, sur les mêmes questions que celles en cause dans lesdites affaires.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — N° 58/1991, signée le 8 février 1989 et entrée en vigueur le 15 août 1991.

3 — N° 89/1994, signée le 28 octobre 1992 et entrée en vigueur le 11 décembre 1994.

4 — N° 4/1986, signée le 4 septembre 1984 et entrée en vigueur le 26 janvier 1986.

5 — N° 79/1987, signée le 15 avril 1985 et entrée en vigueur le 3 janvier 1988.

6 — N° 54/1987, signée le 27 avril 1985 et entrée en vigueur le 25 octobre 1987.

7 — N° 74/1993, signée le 1er octobre 1992 et entrée en vigueur le 22 octobre 1993.

8 — Voir aussi, de manière générale, Eilmansberger, T., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review*, 2009, p. 383 à 429 et plus spécifiquement, sur certaines questions se posant en l'espèce, p. 409 à 413.

9 — Arrêts Commission/Autriche (C-205/06, Rec. p. I-1301) et Commission/Suède (C-249/06, Rec. p. I-1335).

5. Par conséquent, l'analyse effectuée dans les présentes conclusions sera fondée, pour l'essentiel, sur ce qu'a jugé la Cour dans ces deux arrêts. Toutefois, j'aborderai spécifiquement la question, nouvelle en l'espèce, des effets d'une clause garantissant la protection des investissements *dans les limites autorisées par la législation nationale de la partie contractante* (ci-après la «clause litigieuse»), incluse par la République de Finlande dans les conventions en cause [10]:

«Chacune des parties contractantes garantit dans toutes les situations, dans les limites autorisées par ses propres lois et décrets et conformément au droit international, un traitement raisonnable et approprié aux investissements des citoyens et des sociétés de l'autre partie contractante» [11].

6. En particulier, j'examinerai si, comme le soutient le gouvernement finlandais, la formulation «dans les limites autorisées par ses propres lois et décrets» est susceptible de permettre à la République de Finlande d'appliquer des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements conformément aux articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE.

7. Si tel est le cas, la République de Finlande n'aura pas enfreint les obligations auxquelles elle est soumise en vertu de l'article 307, deuxième alinéa, CE [12]. Cette disposition oblige les États membres à recourir à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités avec le droit communautaire qui ont été constatées dans des conventions conclues antérieurement à leur adhésion. En cas de besoin, les États membres doivent se prêter une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune [13].

Dispositions juridiques pertinentes

La convention de Vienne sur le droit des traités

8. L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités [14] contient une règle générale d'interprétation des traités:

«1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux

10 — La Commission fait observer que ladite clause est absente des conventions passées avec la République du Bélarus, la Fédération de Russie et la République d'Ouzbékistan, tandis que la République de Finlande maintient qu'elle figure dans toutes les conventions, à l'exception de celle conclue avec la Fédération de Russie. Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis parvenue, je n'ai pas étudié ce point plus avant.

11 — Article 3 de la convention passée avec la République socialiste démocratique de Sri Lanka. Il est constant qu'il s'agit de la formulation type de la clause litigieuse.

12 — Excepté, le cas échéant, s'agissant des conventions conclues avec la République du Bélarus, la Fédération de Russie et la République d'Ouzbékistan: voir note 10 supra.

13 — Voir arrêts précités note 9 Commission/Autriche, points 32 et 34, et Commission/Suède, points 33 et 35.

14 — Faite à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980, UN Doc.A/Conf.39/27, Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, 8 ILM 679 (1969) (ci-après la «convention de Vienne»).

termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;

c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.»

9. L'article 62 de la convention de Vienne énonce les possibilités existantes en cas de changement fondamental de circonstances (clause rebus sic stantibus):

«1. Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que:

a) l'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité; et que

b) ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité.

2. Un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer:

a) s'il s'agit d'un traité établissant une frontière; ou

b) si le changement fondamental résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité.

3. Si une partie peut, conformément aux paragraphes qui précèdent, invoquer un changement fondamental de circonstances comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer, elle peut également ne l'invoquer que pour suspendre l'application du traité.»

Le traité CE

10. L'article 57, paragraphe 2, CE énonce:

«Tout en s'efforçant de réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers, dans la plus large mesure possible et sans préjudice des autres chapitres du présent traité, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux. L'unanimité est requise pour l'adoption de mesures en vertu du présent paragraphe qui constituent un pas en arrière dans le droit communautaire en ce qui concerne la libéralisation des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers.»

11. L'article 59 CE dispose:

«Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation de la BCE, peut prendre, à l'égard de pays tiers, des mesures de sauvegarde pour une période ne dépassant pas six mois pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires.»

12. Aux termes de l'article 60, paragraphe 1, CE:

«Si, dans les cas envisagés à l'article 301, une action de la Communauté est jugée nécessaire, le Conseil, conformément à la procédure prévue à l'article 301, peut prendre, à l'égard des pays tiers concernés, les mesures urgentes nécessaires en ce qui concerne les mouvements de capitaux et les paiements.»

13. Selon l'article 307 CE:

«Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1er janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent traité, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.

Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent traité par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres.»

Procédure

14. En réponse à la lettre de mise en demeure du 7 mai 2004, à l'avis motivé du 16 mars 2005 et à l'avis motivé complémentaire du 4 juillet 2006, le gouvernement finlandais a soutenu que les dispositions en cause dans les conventions bilatérales d'investissement étaient conformes aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE. Il ne voyait donc pas la nécessité de prendre les mesures visées à l'article 307 CE pour éliminer les incompatibilités alléguées [15].

15. La Commission a formé le présent recours le 20 février 2007.

16. Elle a conclu à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en ne recourant pas aux moyens appropriés visés à l'article 307, deuxième alinéa, CE pour éliminer les incompatibilités avec le traité, touchant les dispositions relatives aux transferts, contenues dans les conventions bilatérales d'investissement qu'elle a respectivement conclues avec la Fédération de Russie (ex-Union soviétique), la République du Bélarus, la République populaire de Chine, la Malaisie, la République socialiste démocratique de Sri Lanka et la République d'Ouzbékistan, la République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu dudit article 307 CE;

— condamner la République de Finlande aux dépens.

17. Des observations écrites ont été présentées par les gouvernements finlandais, allemand, lituanien, hongrois, autrichien et suédois, ainsi que par la Commission.

18. Le gouvernement finlandais a formulé une demande d'audition, qu'il a retirée par la suite. Il n'y a donc pas eu de procédure orale.

L'incompatibilité des conventions avec le traité

19. La République de Finlande et les États membres intervenants font valoir que, en

15 — Par lettre du 27 octobre 2006, la République de Finlande a informé la Commission qu'elle avait conclu une nouvelle convention bilatérale d'investissement avec la République populaire de Chine, devant entrer en vigueur le 15 novembre 2006. Toutefois, elle n'a pas transmis de copie du texte à la Commission, ni indiqué si la date d'entrée en vigueur était définitive. Les choses en sont là.

l'absence de mesure prise par le Conseil à l'encontre des pays tiers en cause, le manquement allégué est purement hypothétique, car il n'y a aucune «incompatibilité constatée» au sens de l'article 307, deuxième alinéa, CE. C'est seulement lorsque la Commission établit l'existence d'une telle incompatibilité que l'obligation d'éliminer les «incompatibilités constatées» prend naissance pour les États membres. Le même argument a été avancé par les gouvernements autrichien et suédois, ainsi que par les États membres intervenants, y compris la République de Finlande, dans les litiges à l'origine des arrêts Commission/Autriche et Commission/Suède [16].

20. Tout en ne répondant pas explicitement à cet argument, la Cour a jugé que, pour assurer l'effet utile des articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE, il est nécessaire que les mesures restreignant la libre circulation des capitaux puissent être, dans le cas où elles seraient adoptées par le Conseil, immédiatement appliquées à l'égard des États qu'elles concernent et qui peuvent être certains des États ayant signé l'un des accords litigieux avec l'État membre en cause. Il semble donc que l'argument tiré du «défaut de constatation (en l'état actuel des choses) d'une incompatibilité» n'a pas été considéré comme pertinent.

21. La Cour a également dit pour droit que «ces compétences du Conseil, consistant à adopter unilatéralement des mesures restrictives à l'égard des États tiers dans une matière qui est identique ou connexe à celle réglée par un accord antérieur conclu entre un État membre et un État tiers, font apparaître une incompatibilité avec ledit accord lorsque, d'une part, celui-ci ne prévoit pas de disposition permettant à l'État membre concerné d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté et que, d'autre part, aucun mécanisme de droit international ne le permet non plus» [17].

22. J'examinerai chacune de ces conditions d'incompatibilité tour à tour.

Les accords en cause contiennent-ils une disposition permettant à la République de Finlande d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté?

23. Il est constant que les conventions litigieuses ne comportent aucune disposition réservant explicitement la possibilité à la Communauté d'appliquer des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements au titre des articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE.

16 — Arrêts précités Commission/Autriche, points 18 à 23, et Commission/Suède, points 17 à 21.

17 — Arrêts précités Commission/Autriche, point 37, et Commission/Suède, point 38.

24. Néanmoins, les gouvernements finlandais et lituanien font valoir que la clause litigieuse permet à la République de Finlande de respecter les mesures restrictives adoptées par le Conseil sur le fondement desdites dispositions du traité.

25. Le gouvernement finlandais soutient que ces mesures pourraient être appliquées immédiatement, car toutes les mesures restrictives adoptées par le Conseil seraient incluses dans la législation finlandaise à laquelle renvoie la clause litigieuse, en raison de la mise en œuvre du principe de l'effet direct du droit communautaire. Il est sans importance que la Communauté ne soit pas elle-même partie contractante aux conventions en cause. Le gouvernement lituanien, pour sa part, rappelle que le droit communautaire fait partie du droit national.

26. Cependant, la question n'est pas, selon moi, de déterminer si (ce qui est effectivement le cas) le droit communautaire est partie intégrante du droit national. En réalité, le point crucial du présent litige consiste à savoir si le fait que la République de Finlande puisse, potentiellement, se prévaloir de la stipulation «dans les limites autorisées par ses propres lois et décrets» à l'encontre des pays tiers avec lesquels elle a conclu les conventions litigieuses constitue une *garantie suffisante* de l'application de restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements impliquant des pays tiers sur le fondement des articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE.

27. Je ne le crois pas. Comme l'avocat général Poiares Maduro, je considère que l'application de l'article 307 CE n'est pas garantie de manière adéquate par l'interprétation incertaine de clauses figurant dans un accord international [18]. Au contraire, l'article 307 CE «a une portée générale et il s'applique à toute convention internationale, quel que soit son objet, *susceptible d'avoir une incidence* sur l'application du traité» [19].

28. À cet égard, j'aimerais établir un parallèle avec la jurisprudence de la Cour sur la transposition inadéquate de directives par un État membre.

29. Selon une jurisprudence constante, s'il est vrai que la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une action législative de la part d'un État membre, il est toutefois indispensable que le droit national en cause *garantisse effectivement* la pleine application de la directive, que la situation juridique découlant de ce droit soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales [20].

18 — Conclusions relatives aux arrêts Commission/Autriche et Commission/Suède, précités note 9, point 62.

19 — Arrêts du 14 octobre 1980, Burgoa (812/79, Rec. p. 2787, point 6, c'est moi qui souligne), et du 5 novembre 2002, Commission/Royaume-Uni (C-466/98, Rec. p. I-9427, point 23 et jurisprudence citée).

20 — Voir arrêt du 9 septembre 2004, Commission/Espagne (C-70/03, Rec. p. I-7999, point 15 et jurisprudence citée). À titre d'exemple, la Cour a jugé que «l'existence des principes généraux de droit constitutionnel ou administratif» (arrêt du 23 mai 1985, Commission/Allemagne, 29/84, Rec. p. 1661, point 23) ou d'un «contexte juridique général» (arrêt du 20 mai 1992, Commission/Pays-Bas, C-190/90, Rec. p. I-3265, point 17) peut suffire à transposer la directive, pourvu qu'ils satisfassent à ces exigences minimales.

30. La Cour a également dit pour droit que la simple existence d'une pratique administrative conforme à la directive [21] ou la possibilité pour le pouvoir judiciaire d'interpréter le droit national en conformité avec la directive [22] ne déchargent pas l'État membre de son obligation d'adopter des mesures de transposition adéquates et contraignantes. La Cour a indiqué qu'il doit être impossible, en pratique ou même en théorie, que le mode de transposition de la directive puisse compromettre la correcte mise en œuvre du régime imposé par celle-ci [23].

31. En outre, la Cour a affirmé clairement qu'un État membre ne peut pas invoquer l'effet direct des directives pour réfuter une allégation tirée de la transposition incomplète de l'une d'entre elles [24].

32. Selon moi, ces principes peuvent et devraient être appliqués en l'espèce, mutatis mutandis. En effet, la Cour semble avoir adopté, dans les arrêts Commission/Autriche et Commission/Suède, une règle très comparable à celle posée par la jurisprudence précitée; elle a, en fait, exigé la *garantie* que les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements prévues aux articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE, puissent être mises en œuvre si nécessaire [25].

33. Je ne crois pas que la République de Finlande puisse fournir une telle garantie.

34. À l'évidence, son aptitude à y parvenir dépendrait, en fin de compte, de la manière dont une juridiction internationale ou un tribunal arbitral interpréterait la stipulation: «dans les limites autorisées par ses propres lois et décrets». En vertu d'une jurisprudence constante, un traité international doit être interprété en fonction des termes dans lesquels il est rédigé et à la lumière de ses objectifs. L'article 31 de la convention de Vienne [26], qui exprime à cet égard le droit international général coutumier [27], dispose qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes qu'il contient dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but [28]. Il n'est pas à exclure qu'un argument soit avancé, faisant application de cette disposition, en vue de persuader une juridiction internationale ou un tribunal arbitral d'interpréter la clause litigieuse comme une référence au droit communautaire.

21 — Voir, à titre d'exemple, arrêt du 15 mars 1990, Commission/Pays-Bas (C-339/87, Rec. p. I-851, point 36).

22 — Voir, à titre d'exemple, arrêt du 27 octobre 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Rec. p. I-5475, points 32 à 34).

23 — Voir, à titre d'exemple, arrêt du 9 avril 1987, Commission/Italie (363/85, Rec. p. 1733, points 10 et 12).

24 — Voir, à titre d'exemple, arrêts du 6 mai 1980, Commission/Belgique (102/79, Rec. p. 1473, point 12); du 25 juillet 1991, Emmott (C-208/90, Rec. p. I-4269, point 20), et du 20 mars 1997, Commission/Allemagne (C-96/95, Rec. p. I-1653, point 37).

25 — Voir arrêts Commission/Autriche, points 38 et 40, et Commission/Suède, points 39 et 41, tous deux précités note 9.

26 — Voir point 8 et note 14 ci-dessus.

27 — Voir, à titre d'exemple, Cour internationale de justice, Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 625, point 37.

28 — Voir arrêts du 20 novembre 2001, Jany e.a. (C-268/99, Rec. p. I-8615, point 35), et du 10 janvier 2006, IATA et ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403, point 40).

35. Toutefois, j'estime que cette issue est trop incertaine. Sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question en détail, je ne crois pas que l'application de l'article 31 de la convention de Vienne ou de toute autre règle pertinente en matière d'interprétation des traités puisse fournir une garantie suffisante de la mise en œuvre, par la République de Finlande, de restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements conformément aux articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE. La simple éventualité d'une interprétation en ce sens de la clause litigieuse par une juridiction internationale ou par un tribunal arbitral ne suffit pas à exonérer la République de Finlande de ses obligations.

36. En revanche, dans l'arrêt Commission/Autriche, la Cour a indiqué que la République d'Autriche envisageait d'introduire, dans les accords d'investissement en cours de négociation ou à l'occasion du renouvellement des accords existants, une clause réservant certaines compétences à des organisations régionales, ce qui permettrait, dès lors, d'appliquer les mesures restreignant les mouvements de capitaux et les paiements qui seraient adoptées par le Conseil. La Cour a reconnu qu'une telle clause devrait, en principe, être considérée comme de nature à faire disparaître l'incompatibilité constatée [29].

29 — Arrêt Commission/Autriche, précité note 9, points 40 et 41. Cependant, comme la Cour l'a fait observer, il était constant que la République d'Autriche n'avait entamé, «dans le délai imparti par la Commission dans son avis motivé, aucune démarche à l'égard des États tiers concernés pour éliminer le risque de conflit avec les mesures que le Conseil peut adopter en vertu des articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE pouvant naître de l'application des accords d'investissement conclus avec ces États tiers» (point 42).

Toutefois, une clause présentant ces caractéristiques diffère sensiblement de la clause litigieuse.

37. L'appréciation portée par la Cour sur la clause que la République d'Autriche entendait inclure dans des accords futurs ne peut donc pas être appliquée par analogie.

38. J'en conclus, par conséquent, que les conventions litigieuses ne contiennent aucune disposition permettant à la République de Finlande d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté.

Existe-t-il un mécanisme de droit international permettant à la République de Finlande d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté?

39. Les gouvernements lituanien et hongrois considèrent qu'un État membre pourrait adopter des mesures restrictives en recourant aux possibilités offertes par le droit international, à savoir en suspendant le traité ou en

y mettant un terme, en application de la clause rebus sic stantibus [30].

40. Dans les litiges ayant donné lieu aux arrêts Commission/Autriche et Commission/Suède, les États membres défendeurs ont mis en avant divers mécanismes du droit international, y compris la clause rebus sic stantibus, qui, selon eux, leur permettrait d'exercer leurs droits et de remplir leurs obligations en tant que membres de la Communauté [31].

41. La Cour a catégoriquement rejeté ces arguments [32]. Elle a jugé que les mécanismes identifiés par la République d'Autriche et par le Royaume de Suède ne paraissaient pas garantir que ces derniers seraient en mesure de satisfaire à leurs obligations communautaires, pour deux raisons: «En premier lieu, les délais inhérents à toute négociation internationale qui seraient nécessaires pour rediscuter les accords en cause sont par nature incompatibles avec l'effet utile de ces mesures. En second lieu, la possibilité d'avoir recours à d'autres moyens offerts par le droit international, comme la suspension de l'accord, voire la dénonciation des accords en cause ou de certaines de leurs stipulations, est trop incertaine dans ses effets pour garantir que les mesures prises par le Conseil pourraient être utilement appliquées» [33].

42. J'en conclus qu'il n'existe aucun mécanisme, en droit international, garantissant que la République de Finlande sera en mesure d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté.

Conclusion sur l'incompatibilité des conventions avec le droit communautaire

43. Les conventions litigieuses ne contiennent aucune disposition expresse permettant à la République de Finlande d'exercer ses droits et de remplir ses obligations en tant que membre de la Communauté. En outre, il n'existe aucun mécanisme de droit international garantissant que la République de Finlande sera en mesure d'y parvenir. J'en conclus donc que les conventions litigieuses sont incompatibles avec les compétences du Conseil en matière de restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements prévues aux articles 57, paragraphe 2, CE, 59 CE et 60, paragraphe 1, CE; et que la République de Finlande est tenue d'adopter les mesures visées à l'article 307, deuxième alinéa, CE.

30 — Voir article 62 de la convention de Vienne, cité au point 9 ci-dessus.

31 — Voir points 55 à 62 des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro dans les affaires Commission/Autriche et Commission/Suède, arrêts précités note 9.

32 — Arrêts Commission/Autriche, points 38 à 40, et Commission/Suède, points 39 à 41, tous deux précités note 9.

33 — Voir aussi arrêt de la Cour internationale de justice, projet Gabčíkovo — Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 7, point 104: «Le fait que l'article 62 de la convention de Vienne sur le droit des traités soit libellé en termes négatifs et conditionnels indique d'ailleurs clairement que la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels», cité par la Cour de justice dans l'arrêt du 16 juin 1998, Racke (C-162/96, Rec. p. I-3655, point 50).

La République de Finlande a-t-elle recouru aux moyens appropriés conformément à l'article 307 CE?

44. La République de Finlande n'a cessé d'affirmer que les conventions bilatérales d'investissement ne sont pas incompatibles avec le traité et que, de ce fait, aucune action sur le fondement de l'article 307 CE n'est nécessaire. Il est constant que la République de Finlande n'a effectivement pris aucune mesure en application dudit article.

45. Les gouvernements autrichien, hongrois et allemand font valoir que, en raison de l'importance économique et politique des conventions bilatérales d'investissement en cause, il ne pourrait être envisagé qu'en dernier ressort d'y mettre fin pour assurer le respect du droit communautaire. En effet, comme les clauses restrictives sont généralement de nature temporaire, mettre définitivement un terme aux conventions existantes serait disproportionné.

46. Dans les arrêts Commission/Autriche et Commission/Suède, la Cour n'a indiqué à aucun moment que les États membres défendeurs étaient dans l'obligation de mettre un terme aux accords bilatéraux d'investissement litigieux.

47. La Cour a simplement fait observer que les incompatibilités avec le traité auxquelles conduisaient ces accords d'investissement n'étaient pas limitées à l'État membre défendeur dans chaque cas individuel. La Cour a donc jugé que, conformément à l'article 307, deuxième alinéa, CE, les États membres se prêtent, en cas de besoin, une assistance mutuelle en vue d'arriver à éliminer les incompatibilités constatées et adoptent le cas échéant une attitude commune. La Cour a ajouté qu'il appartient à la Commission, dans le cadre de la responsabilité qui incombe à celle-ci en vertu de l'article 211 CE, de veiller à l'application des dispositions du traité, de prendre toute initiative susceptible de faciliter l'assistance mutuelle entre les États membres concernés ainsi que l'adoption par lesdits États membres d'une attitude commune [34].

48. Ces remarques s'appliquent également en l'espèce.

49. Par ailleurs, dans l'arrêt Commission/Portugal [35], la Cour a expliqué comment il peut être remédié à une violation de l'article 307 CE. Elle a jugé que si, dans le

34 — Arrêts Commission/Autriche, points 43 et 44, et Commission/Suède, points 43 et 44 (tous deux précités, note 9).

35 — Arrêt du 4 juillet 2000 (C-62/98, Rec. p. I-5171).

cadre de l'article 307 CE, «les États membres ont le choix quant aux mesures appropriées à prendre, ils n'en ont pas moins l'obligation d'éliminer les incompatibilités existant entre une convention précommunautaire et le traité CE. Si un État membre rencontre des difficultés rendant la modification d'un accord impossible, on ne saurait […] exclure qu'il lui incombe de dénoncer cet accord» [36]. En réponse à l'argument de la République portugaise selon lequel pareille dénonciation comporterait une exclusion disproportionnée de ses intérêts en matière de politique extérieure par rapport à l'intérêt communautaire, la Cour a indiqué que l'équilibre entre les intérêts liés à la politique extérieure d'un État membre et l'intérêt communautaire trouve déjà son expression dans l'article 307 CE, dans la mesure où cette disposition «permet à un État membre de tenir en échec une norme communautaire afin de respecter les droits des pays tiers résultant d'une convention antérieure et d'observer ses obligations correspondantes. Cet article leur donne également le choix des moyens appropriés afin que l'accord concerné soit rendu compatible avec le droit communautaire» [37].

50. Je conclus donc que, en ne recourant pas aux moyens appropriés visés à l'article 307, deuxième alinéa, CE pour éliminer les incompatibilités affectant les dispositions sur les transferts figurant dans les conventions bilatérales d'investissement conclues avec la Fédération de Russie (l'ex-Union soviétique), la République du Bélarus, la République populaire de Chine, la Malaisie, la République socialiste démocratique de Sri Lanka et la République d'Ouzbékistan, la République de République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 307 CE.

Le principe de non-discrimination

51. Les gouvernements hongrois et allemand font valoir que la constatation d'une incompatibilité sur le fondement de l'article 307, deuxième alinéa, CE serait contraire au principe de libre concurrence dans le marché interne et au principe de non-discrimination. Les citoyens et les entreprises finlandais, tout comme ceux de l'Union européenne, auxquels le traité s'applique seraient désavantagés par rapport aux autres États membres et personnes auxquels s'appliquent des conventions bilatérales d'investissement n'ayant *pas* été critiquées par la Commission.

52. Selon une jurisprudence constante, le principe de non-discrimination requiert que des situations comparables ne soient pas

36 — Ibidem, point 49.
37 — Ibidem, point 50.

traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié [38].

53. Cependant, la situation des États membres qui ont fait l'objet d'un recours au titre de l'article 226 CE est objectivement différente de celle des autres États membres. La position contraire porterait sérieusement atteinte à la liberté de la Commission de former des recours en manquement, comme elle le juge nécessaire, en raison de son rôle de gardienne du traité.

54. En effet, en tant que gardienne du traité, la Commission est seule compétente pour décider s'il est opportun d'engager une procédure en constatation de manquement, et en raison de quel agissement ou omission imputable à l'État membre concerné cette procédure doit être introduite. Dans le cadre de l'exercice de ses compétences en vertu de l'article 226 CE, la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt spécifique à agir [39].

55. En outre, il est constant qu'un État membre ne saurait justifier l'inexécution des obligations qui lui incombent en vertu du traité par la circonstance que d'autres États membres manqueraient également à leurs obligations. En effet, dans l'ordre juridique communautaire établi par le traité, la mise en œuvre du droit communautaire par les États membres ne peut être soumise à une condition de réciprocité. Les articles 226 CE et 227 CE prévoient les voies de recours appropriées pour faire face aux manquements [40].

56. L'argument fondé sur l'interdiction de la discrimination doit donc être rejeté.

Dépens

57. En vertu de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission a conclu à la condamnation de la République de Finlande aux dépens. Il y a donc lieu de statuer en ce sens.

38 — Arrêt du 14 mai 2009, Azienda Agricola Disarò Antonio e.a. (C-34/08, Rec. p. I-4023, point 67 et jurisprudence citée).

39 — Arrêt du 5 novembre 2002, Commission/Allemagne (C-476/98, Rec. p. I-9855, point 38 et jurisprudence citée).

40 — Arrêt du 29 mars 2001, Portugal/Commission (C-163/99, Rec. p. I-2613, point 22 et jurisprudence citée).

Conclusion

58. Par conséquent, j'estime que la Cour devrait:

— constater que, en ne recourant pas aux moyens appropriés visés à l'article 307, deuxième alinéa, CE pour éliminer les incompatibilités avec le traité CE, touchant les dispositions relatives aux transferts, contenues dans les conventions bilatérales d'investissement qu'elle a respectivement conclues avec la Fédération de Russie (ex-Union soviétique), la République du Bélarus, la République populaire de Chine, la Malaisie, la République socialiste démocratique de Sri Lanka et la République d'Ouzbékistan, la République de Finlande a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu dudit article 307 CE;

— condamner la République de Finlande aux dépens.