

# Accords bilatéraux d'investissement antérieurs vs droit de l'UE, la saga continue

*Auteur : Macovei Oana*

[CJUE, 1ère CHBRE, 15 septembre 2011 Commission c. République slovaque Aff. C-264/09](#)

Comment s'articulent les obligations incombant à un Etat membre en vertu du droit de l'Union avec ses obligations conventionnelles contractées envers des Etats tiers, avant son adhésion ? L'affaire Commission c/ Slovaquie est une illustration éloquente de ces rapports délicats dans le cadre du contentieux particulier des accords bilatéraux d'investissement.

Au cœur du litige se trouve un contrat de droit privé signé entre la SEPS, gestionnaire du réseau de transport slovaque et ATEL, une société suisse. Aux termes de ce contrat, en contrepartie de sa participation financière à la construction d'une ligne de transport d'électricité connectant le réseau slovaque aux réseaux polonais et hongrois, ATEL bénéficie d'un accès prioritaire pour une période déterminée et non renouvelable de seize ans. La Commission estime que la Slovaquie a manqué aux obligations lui incombant en vertu du droit de l'Union, car le contrat viole les dispositions de la directive 2003/54 visant à garantir un accès non-discriminatoire aux réseaux de transport de l'électricité. En sa défense, la Slovaquie fait valoir que le contrat litigieux est protégé par un accord portant sur la promotion et la protection réciproques des investissements signé avec la Suisse, avant son adhésion à l'Union. Dans la mesure où le contrat n'est que l'application d'une obligation conventionnelle incombant à la Slovaquie avant son adhésion à l'UE, il devrait être maintenu, malgré la violation de la législation européenne. Car, en vertu de l'article 307 alinéa premier CE, les droits et les obligations résultant des conventions conclues par un Etat membre avant son adhésion à l'Union avec un Etat tiers ne sont pas affectés par les dispositions du traité.

Ainsi, la Cour est amenée à établir le rapport entre d'une part, les obligations incombant à un Etat membre en vertu de son appartenance à l'Union et d'autre part, des obligations issues de ses engagements conventionnels antérieurs à l'adhésion. Dans l'espèce, si la Slovaquie était tenue, conformément à l'accord d'investissement avec la Suisse, de satisfaire aux obligations découlant du contrat litigieux, la discrimination éventuelle liée au traitement préférentiel accordé à ATEL serait justifiée, même si elle est non conforme à la directive européenne. Afin de vérifier si tel est le cas, la Cour élabore un raisonnement en deux temps axé sur le lien entre l'accord et le contrat litigieux. Tout d'abord, elle constate que l'accès préférentiel accordé à ATEL en vertu du contrat peut être considéré comme un investissement au sens de l'accord bilatéral conclu avec la Suisse.

Ensuite, elle examine si l'accord prévoit une obligation pour la Slovaquie qui doit être réalisée par le contrat. A ce titre, elle constate que le contrat ne peut être ni résilié, ni modifié afin de le rendre conforme à la législation européenne, au risque de porter atteinte aux obligations fixées par l'accord bilatéral d'investissement. En effet, une résiliation du contrat en cause aurait le même effet qu'une expropriation et serait contraire à l'obligation pour la Slovaquie de ne pas prendre de mesures d'expropriation à l'encontre des investissements protégés par l'accord bilatéral avec la Suisse (points 46 à 49). En plus, si une législation slovaque pouvait empêcher la mise en œuvre du contrat, permettant ainsi d'éviter la violation du droit de l'Union, elle conduirait toutefois à une violation des obligations de l'accord bilatéral d'investissement (point 50).

La Cour remarque donc qu'il n'existe aucune modalité pour la Slovaquie de se conformer aux obligations lui incombant en vertu du droit de l'Union sans violer les obligations découlant de l'accord bilatéral avec la Suisse qui sont garanties et protégées par les prescriptions de l'article 307 alinéa premier CE.

Ainsi, le droit dérivé de l'UE peut être tenu en échec par un accord antérieur, dans la mesure où celui-ci impose à l'Etat membre concerné des obligations dont l'exécution peut encore être exigée par l'Etat tiers cocontractant.

La solution est adaptée aux spécificités de l'espèce comme le fait remarquer l'avocat général dans ses conclusions. Le maintien du contrat litigieux semble à première vue en contradiction avec l'idée de libéralisation du marché de l'électricité que la directive cherche à promouvoir. Toutefois, la solution n'est pas incompatible avec les dérogations de la législation européenne qui permettent l'accès préférentiel temporaire aux investissements dans le secteur de l'électricité (Directive 96/92 et Règlement

n°1228/2003). En plus, ATEL est une société d'un Etat tiers et non un monopole historique qui jouit d'un droit acquis avant l'adhésion de la Slovaquie, lequel est limité dans le temps.

L'affaire Commission c/ Slovaquie semble rompre avec la logique restrictive suivie par la Cour dans sa jurisprudence relative aux accords bilatéraux d'investissement conclus par les Etats membres avant l'adhésion à l'UE. En effet, le raisonnement fondé principalement sur l'incompatibilité avec le droit de l'UE, en vertu du deuxième alinéa de l'article 307 TCE, qui pouvait conduire à la dénonciation des accords, même en cas d'incompatibilité potentielle/hypothétique (CJCE, 3 mars 2009, Commission c/ Suède, Aff. C-249/06, Rec., p. I-01335, Commission c/ Autriche, Aff. C-205/06, Rec., p. I-01301) est désormais remplacé par une démarche plus protectrice des engagements des Etats membres avec des Etats tiers axée sur la garantie de leurs obligations conventionnelles, en vertu du premier alinéa de l'article 307 CE. Ainsi, le contentieux des accords bilatéraux d'investissements conclus par les Etats membres avant leur adhésion à l'UE ne cesse de surprendre.

Macovei Oana

[JADE](#)