



A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Achmea vs Eslováquia coloca mais de 190 tratados bilaterais intracomunitários numa espécie de limbo jurídico

A morte anunciada dos tratados de investimento intracomunitários

Flípe Vaz Pinto
e Carolina Pitta e Cunha

Naquela que é uma das mais importantes decisões da história da arbitragem de investimento no contexto europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no passado dia 6, decidiu que a cláusula de arbitragem do tratado bilateral para a promoção e proteção do investimento estrangeiro entre a Holanda e a então Checoslováquia (Tratado) é incompatível com o direito da União.

À primeira vista, poderá parecer uma matéria relativamente obscura, de interesse apenas para especialistas. Trata-se, contudo, de uma decisão com importantes consequências políticas, económicas e jurídicas, em parte ainda por revelar.

O contexto é o seguinte: tipicamente, os tratados para a proteção do investimento estrangeiro contêm um sistema de proteção duplo: (i) regras substantivas que vinculam os Estados perante os investidores do outro Estado (p. ex., proibição de expropriação, salvo se para fins de interesse público, e acompanhamento de indemnização adequada; obrigação de conferir um tratamento justo e equitativo) e (ii) convenção de arbitragem, conferindo aos investidores estrangeiros a possibilidade de submeterem eventuais litígios relativos ao tratado a arbitragem internacional, consagrando um sistema hoje vulgarmente conhecido pelo acrónimo “ISDS”, que significa *investor-state dispute settlement*.

A decisão do TJUE incidiu sobre este segundo aspeto.

O que estava em causa? Na sequência

de um programa de liberalização do mercado dos seguros de saúde implementado na Eslováquia durante o ano de 2004, o grupo holandês Achmea investiu naquele Estado. Posteriormente, a partir de 2006, a Eslováquia “reverteu” parte das medidas liberalizadoras, incluindo a proibição da distribuição de lucros obtidos a partir da atividade de prestação de seguros de saúde. Inconformada, a Achmea recorreu à cláusula de arbitragem prevista no Tratado, iniciando um processo arbitral, no qual pediu uma indemnização de cerca de €65 milhões. O tribunal arbitral deu em parte razão à Achmea, condenando a Eslováquia a pagar uma

Esta decisão incentiva as partes a sediar as arbitragens fora da União Europeia e a promover a (re)localização para fora da Comunidade

indemnização de cerca de €22 milhões por violação das regras do Tratado que conferem o direito a um tratamento justo e equitativo e a garantia de livre transferência dos resultados.

A Eslováquia iniciou uma ação de anulação nos tribunais alemães e o caso chegou até ao Supremo Tribunal Federal alemão, que colocou ao TJUE a questão de saber se a convenção de arbitragem em causa viola o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Em termos simplificados, a resposta do TJUE foi no sentido de que a referida convenção de arbitragem viola o princípio da autonomia do direito da União, na medida em que, segundo o

Tribunal, um tribunal arbitral pode aplicar o direito da União sem que esteja suficientemente subordinado à jurisdição do TJUE.

Do ponto de vista político, a decisão do TJUE deve ser vista no contexto mais amplo da discussão, nem sempre bem informada, sobre ISDS. No contexto particular da UE, a Comissão Europeia tem liderado a ofensiva contra os chamados tratados intracomunitários, instando os Estados-membros a fazê-los cessar e até intervindo em processos arbitrais sustentando a sua incompatibilidade com o direito da União, o que tem sido consistentemente rejeitado pelos tribunais arbitrais.

Do ponto de vista económico, esta decisão pode vir a afetar profundamente os níveis de proteção conferidos a investidores da UE com investimentos noutros Estados-membros, uma vez que poderão ficar privados da possibilidade de submeter eventuais litígios a arbitragem. Por outro lado, esta decisão poderá incentivar as partes a sediar as suas arbitragens fora da UE e, também, a promover a (re)localização de investimentos em Estados extracomunitários, não abrangidos pela decisão.

Finalmente, do ponto de vista jurídico, o tema é muito complexo e esta decisão suscita dúvidas e deixa em aberto um número considerável de questões que só o tempo, e outras decisões, ajudarão a dissipar.

Por um lado, a decisão coloca os mais de 190 tratados bilaterais intracomunitários numa espécie de limbo jurídico, sendo que, muitos deles, preveem arbitragem ao abrigo de um outro tratado internacional, a denominada Convenção CIRDI/ICSID, sob a égide do Banco Mundial, a qual é também autónoma, o que suscita dificuldades específicas quanto aos possíveis efeitos da decisão

do TJUE. Acresce que as arbitragens podem decorrer fora do espaço comunitário e as sentenças arbitrais podem, pelo menos em teoria, ser executadas em países fora da UE, sem sujeição necessária à jurisdição do TJUE.

Portugal é parte em pelo menos 10 tratados bilaterais intracomunitários (Bulgária, República Checa, Alemanha, Hungria, Letónia, Lituânia, Polónia, Roménia, Eslováquia, Eslovénia), podendo os investimentos portugueses nestes Estados ser afetados por esta decisão.

Por outro lado, é também incerto o que irá suceder às cláusulas de arbitragem incluídas em tratados assinados pela própria UE, como é o caso paradigmático do Tratado da Carta da Energia (TCE), um tratado multilateral na área da energia do qual são ainda parte muitos Estados-membros, incluindo Portugal. Aparentemente, esta decisão não afeta o TCE, mas não se pode excluir hipóteses de responsabilidade da própria UE. Para se perceber a importância do tema, veja-se que existem mais de 35 arbitragens de investimento pendentes contra Espanha ao abrigo do TCE, com um valor em litígio de vários milhares de milhões de euros, na sequência da retirada de um conjunto de apoios que haviam sido dados aos produtores de energia renovável, sendo que Espanha está já a tentar usar esta decisão do TJUE a seu favor.

Enfim, a decisão do TJUE tem sido recebida como representando a morte anunciada dos tratados de investimento intracomunitários. Face à incerteza existente, porém, só o tempo dirá se assim é ou se, pelo contrário, é uma “notícia manifestamente exagerada”.

Advogados da Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados