

O acórdão Achmea: dúvidas subsistentes

04 Setembro 2018 - por [Carolina Pitta e Cunha](#)

Muito provavelmente, o acontecimento mais importante deste ano no que respeita à arbitragem de investimento na Europa terá sido o [acórdão Achmea, proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia \(TJUE\) em 6 de Março de 2018](#)^[1]. E o ano ainda não terminou...

Nesse acórdão, o TJUE decidiu que a cláusula arbitral constante do artigo 8.º do [tratado bilateral de investimento celebrado pelos Países Baixos e a antiga Checoslováquia em 1991](#)^[2] (“TBI entre os Países Baixos e a República Eslovaca”), dois Estados-Membros da UE, seria incompatível com o direito da União por violar a sua autonomia^[3]. Segundo o TJUE, considerando que os litígios abrangidos pela cláusula arbitral prevista no tratado podem implicar a interpretação do direito da União, tais litígios não deverão poder ser decididos em arbitragem, uma vez que os árbitros não se enquadram no sistema jurisdicional instituído pelos Tratados da União e consequentemente não estarão obrigados nem habilitados a colocar questões relativas à interpretação do direito da União ao TJUE (em sede de reenvio prejudicial).

O acórdão foi proferido em resposta a um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Supremo Tribunal Federal alemão no âmbito de uma ação iniciada pela República Eslovaca tendo em vista a anulação de sentença proferida em 2012 por um tribunal arbitral constituído ao abrigo do TBI entre os Países Baixos e a República Eslovaca. Na sequência de um programa de liberalização do mercado dos seguros de saúde privados implementado na República Eslovaca, a empresa holandesa Achmea investira naquele Estado. Posteriormente, a partir de 2006, a República Eslovaca reverteu parte das medidas liberalizadoras adotadas, o que levou a Achmea a iniciar um processo arbitral contra a República Eslovaca, com fundamento na violação de normas substantivas do TBI entre os Países Baixos e a República Eslovaca. Na sentença em recurso, o tribunal arbitral deu em parte razão à Achmea, condenando a República Eslovaca no pagamento de uma indemnização no montante de 22.1 milhões de euros...

A decisão do TJUE levantou sérias dúvidas relativamente às suas reais implicações, presentes e futuras, no investimento intra-UE, ao abrigo dos 190 tratados bilaterais de investimento celebrados entre países da União (“tratados intra-UE”) e do [Tratado da Carta da Energia](#)^[4] (“TCE”). Na medida em que todos estes tratados, celebrados por

Estados-Membros da União^[5], preveem a possibilidade de recurso à arbitragem em caso de diferendo entre os investidores e os respetivos Estados Contratantes^[6], a argumentação adotada pelo TJUE no acórdão Achmea parecia poder aplicar-se, de igual forma, às convenções de arbitragem contidas nesses tratados (tornando-as, desta forma, inaplicáveis).

No entanto, esta conclusão parecia – e parece – difícil de aceitar, dado o seu potencial impacto económico e as próprias incertezas legais relacionadas com a questão de saber se a fundamentação adotada no acórdão Achmea deveria, e em que termos, ser adotada relativamente a outros tratados intra-UE e ao TCE: seriam os Estados-Membros obrigados a terminar os seus tratados intra-UE? Em que medida deveria esta solução afetar os investimentos, litígios e sentenças arbitrais existentes ao abrigo dos tratados?

Recentemente, numa [comunicação datada de 19 de julho de 2018 \(“Comunicação da Comissão”\)\[7\]](#), a Comissão Europeia procurou clarificar algumas dessas questões. Em linha com a posição anteriormente adotada pela Comissão[8], a comunicação em causa veio afirmar a “incompatibilidade incontestável”[9] dos tratados intra-UE com o direito da União, bem como esclarecer a posição da Comissão quanto às consequências, para todos os Estados-Membros, do acórdão Achmea. Segundo a Comissão, “todas as cláusulas de arbitragem entre os investidores e o Estado estabelecidas nos TBI intra-UE são inaplicáveis e [...] qualquer tribunal arbitral constituído com base em tais cláusulas é incompetente devido à ausência de uma convenção de arbitragem válida”[10].

No documento em causa, a Comissão procura fundamentar as suas conclusões não apenas no acórdão Achmea mas também na demonstração de que o direito da União contém normas substantivas e processuais aplicáveis ao tratamento de investimentos transfronteiriços na UE, para além das proteções atualmente conferidas pelos tratados intra-UE e pelo TCE. Esse é precisamente o autoproclamado objetivo da Comunicação da Comissão: “fornecer orientações sobre as regras da UE em vigor para o tratamento de investimentos transfronteiras na UE”[11].

Entre as normas substantivas mencionadas pela Comissão, incluem-se as quatro liberdades fundamentais na base do Mercado Único (v.g., livre circulação de capitais e liberdade de estabelecimento[12]) e a proibição contra discriminações (injustificadas) reconhecidas nos Tratados da UE, na legislação e na jurisprudência europeia, os princípios gerais de direito da União (v.g., proporcionalidade, segurança jurídica e confiança legítima) e algumas liberdades fundamentais consagradas na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (p. ex., a liberdade de empresa e o direito de propriedade[13]).

Quanto aos mecanismos processuais à disposição dos investidores em caso de violação dos seus direitos

- *i.e.*, as intencionais “vias de substituição” do sistema de *investor-state dispute settlement (ISDS)* consagrado nos tratados considerados inaplicáveis pela Comissão -, são referidas, na Comunicação da Comissão, as vias de recurso judicial ao nível da UE e dos Estados-Membros, incluindo o recurso aos tribunais nacionais e a possibilidade que a estes assiste de submeterem questões relacionadas com a interpretação do direito da União ao TJUE.

Segundo o artigo 17.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia[14], a Comissão supervisiona a aplicação do direito da União e, neste sentido, poderá iniciar um procedimento de infração contra os Estados-Membros que não cumpram a legislação europeia aplicável. Nestes termos, e tendo em conta o veredito da Comissão sobre a incompatibilidade da arbitragem entre investidores e Estados com o direito da União, é possível que os tribunais nacionais de Estados-Membros se recusem a reconhecer como válidas as convenções de arbitragem contidas em tratados intra-UE ou no TCE e as sentenças arbitrais proferidas nessa base, ainda que a última palavra (sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de cada tratado) pertença ao TJUE, em particular no que respeita aos aspetos da Comunicação da Comissão não especificamente considerados no acórdão Achmea.

Menos claro ainda é o efeito que deverá ser dado a esta Comunicação em Estados não membros da União, relativamente a arbitragens iniciadas com base em tratados intra-UE ou no TCE, nomeadamente quando se trate de arbitragens conduzidas ao abrigo da Convenção *ICSID*, que escapam, em grande medida, ao controlo da União. Em particular, é legítimo questionar se e em que medida os comités de anulação *ICSID* ou Estados não membros da UE irão pôr em prática a posição adotada ao nível da UE e se os próprios Estados Membros, quando chamados a intervir em sede de execução e reconhecimento de sentenças, deverão recusar o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais provenientes de arbitragens sediadas em Estados não membros da UE.

Fica ainda por saber se (e em que sentido) o acórdão Achmea e a Comunicação da Comissão afetarão as decisões de futuros árbitros, considerando que, no passado, a maioria dos tribunais arbitrais discordou da posição da Comissão sobre a (in)compatibilidade dos tratados de investimento com o direito da União.

A situação do TCE é particularmente complexa... Enquanto os tratados intra-UE são apenas aplicáveis pelos respetivos Estados-Membros signatários, podendo ser terminados mediante simples decisão desses Estados-Membros (ainda que alguns contenham cláusulas que preveem a sobrevivência de

algumas obrigações previstas nesses tratados por um determinado período de tempo após a respetiva cessação), o TCE é atualmente aplicável por mais de 50 signatários, incluindo não só Estados-Membros da UE, mas também a própria UE e países não membros da União.

Segundo a Comissão, o acórdão Achmea é “relevante para o mecanismo de arbitragem entre os investidores e o Estado estabelecido no artigo 26.º do Tratado da Carta de Energia no que diz respeito às *relações intracomunitárias*”, sendo que esse artigo não deverá ser aplicado “*entre os investidores de um dos Estados-Membros da UE e de outros Estados-Membros da UE*”[15], tendo em conta o primado do direito da União. Porém, e deixando por ora de parte considerações relativas à potencial responsabilidade da União ao abrigo do TCE, é legítimo perguntar se, e com que fundamento, deverá o tribunal de um Estado que seja Parte do TCE mas não seja membro da União – não estando como tal sujeito a qualquer obrigação de aplicar o direito da União ou à interpretação feita pelo TJUE no acórdão Achmea –, quer seja no contexto de um diferendo “extraeuropeu”, quer seja no contexto de um diferendo entre um investidor de um Estado Membro e outro Estado Membro, recusar-se a dar efeito à convenção de arbitragem prevista no artigo 26.º do TCE ou a uma sentença arbitral proferida nessa base.

Em particular, relativamente às normas substantivas de direito da União mencionadas na Comunicação da Comissão, o facto de os tratados, da legislação e da jurisprudência europeia, entre outros instrumentos europeus, serem apenas invocáveis, em regra, por “Partes da União”, *i.e.*, investidores europeus e Estados-Membros da UE, torna bastante improvável que os Estados não membros da UE que são Partes do TCE concordem, sem mais, na cessação deste tratado.

Conforme defendido por nós num artigo publicado logo após a divulgação do acórdão Achmea[16], a implementação da decisão do TJUE e todas as referidas incertezas legais, relacionadas com a implementação teórica e prática da decisão, poderão ter consequências económicas relevantes no quadro do investimento intraeuropeu. Ainda que a Comissão acredite que a proteção atualmente conferida pelo direito da União é suficiente para acautelar o investimento intra-UE, resta saber se a mesma posição será acolhida pelos tribunais nacionais e, ainda, pelos investidores estrangeiros, que poderão estar dispostos a abdicar da possibilidade de submeterem eventuais litígios relacionados com os seus investimentos a arbitragem internacional ou não, acabando por decidir relocalizar esses investimentos e litígios para outros países, não diretamente afetados pelos fundamentos do acórdão.

Neste contexto, a criação de um tribunal multilateral de investimento (TMI) para resolver litígios em matéria de investimento na UE, autorizada pelo Conselho Europeu no primeiro trimestre deste ano[17], poderá permitir aos investidores manter algumas das características essenciais da arbitragem internacional (v.g., a imparcialidade e a independência dos juízes/árbitros) mesmo na ausência dos sistemas bilaterais de tribunais de investimento previstos nos acordos de investimento intra-UE considerados inaplicáveis pela Comissão.

[1] Acórdão de 6 de março de 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, Case C-284/16, EU:C:2018:158.

[2] Acordo de proteção e promoção recíproca de investimentos entre o Reino dos Países Baixos e a República Federal Checa e Eslovaca, assinado em 29 de abril de 1991.

[3] Acórdão *Achmea*, proc. C-284/16, EU:C:2018:158, ¶ 59.

[4] Tratado da Carta Europeia de Energia, aberto para assinatura a 17 de dezembro de 1994, em vigor desde 16 de abril de 1998.

[5] E, no caso do TCE, pela própria UE e por outros países não membros da União.

[6] V., p. ex., o artigo 26.º do TCE.

[7] Comunicação da Comissão COM/2018/547 final, *Protection of intra-EU investment*, 19 de julho de 2018.

[8] V., p. ex., o [Relatório de 2007 do Comité Económico e Financeiro para a Comissão e o Conselho sobre a situação relativa aos movimentos de capitais e à liberdade de pagamentos](#), ST 5123 2008 INIT, 8 de janeiro 2008.

[9] Comunicação da Comissão, p. 2.

[10] *Id.*, p. 3.

[11] *Id.*, p. 1.

[12] [Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia \[2012\] JO C326/47](#), arts. 63 e 49, respetivamente.

[13] [Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia \[2007\] JO C303/1](#), arts. 16 e 17.

[14] [Versão Consolidada do Tratado da União Europeia \[2016\] JO C202](#), art. 17.

[15] Comunicação da Comissão, pp. 3-4 (realce nosso).

[16] Filipe Vaz Pinto e Carolina Pitta e Cunha, “A morte anunciada dos tratados de investimento intracomunitários”, *Expresso*, 17 de março de 2018, disponível [aqui](#).

[17] Conselho da UE, “Tribunal multilateral de investimento: Conselho confere mandato à Comissão para encetar negociações”, Comunicado de imprensa 144/18, 20 de março de 2018, <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/> (consultado em 30 de agosto de 2018).

