

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

M. POIARES MADURO

apresentadas em 10 de Julho de 2008<sup>1</sup>

1. Os presentes processos têm por objecto acordos de investimento celebrados entre a Áustria ou a Suécia, por um lado, e vários países terceiros, por outro, nos termos dos quais é garantida aos investidores a transferência de capital relacionado com os seus investimentos.

2. Todos esses acordos de investimento bilaterais são anteriores à adesão da Áustria e da Suécia e, por conseguinte, são disciplinados pelo artigo 307.º CE. Nos termos desse artigo, a Áustria e a Suécia estão obrigadas a recorrer a todos os meios adequados para eliminar quaisquer incompatibilidades com o Tratado contidas nesses acordos. A Comissão alega que a Áustria e a Suécia infringiram essa obrigação, na medida em que os seus acordos não prevêm as restrições à livre circulação de capitais indicadas nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE, e que nada fizeram para corrigir essa situação.

3. Assim, a Áustria e a Suécia são «acusadas» de terem garantido a livre circulação de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros de forma demasiado zelosa. No entanto, a questão principal nos presentes processos não é este aparente paradoxo. Embora os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE permitam criar restrições à livre circulação de capitais, a Comunidade ainda não introduziu tais restrições em relação aos países terceiros envolvidos. Em que medida podem a Áustria e a Suécia ser responsabilizadas por não terem eliminado uma incompatibilidade que, aparentemente, ainda não se concretizou?

**I — Contexto factual e jurídico**

4. A Áustria celebrou vários acordos de investimento bilaterais com países terceiros

1 — Língua original: inglês.

antes da sua adesão à União Europeia<sup>2</sup>. Esses acordos contêm uma cláusula designada «cláusula de transferência», que garante aos investidores de ambas as partes a livre transferência, sem atrasos injustificados, do capital relacionado com os respectivos investimentos.

5. Antes da sua adesão, a Suécia também celebrou uma série de acordos de investimento bilaterais com países terceiros, que contêm uma cláusula de transferência<sup>3</sup>. Nos acordos da Suécia, essa cláusula autoriza a transferência de vários tipos de capitais relacionados com o investimento, nomeadamente lucros, montantes liquidatórios, o reembolso de empréstimos e o pagamento de despesas. Em alguns acordos, está previsto que a transferência será efectuada de acordo com a legislação nacional aplicável.

2 — Com a China (BGBL 537/1986, que entrou em vigor em 11 de Outubro de 1986), com a Malásia (BGBL 537/1986, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1987), com a Federação Russa (BGBL 387/1991, que entrou em vigor em 1 de Setembro de 1991, inicialmente celebrado com a ex-URSS e que passou a ser aplicável entre a Áustria e a Federação Russa através da troca de notas publicada no BGBL 257/1994), com a Coreia (BGBL 523/1991, que entrou em vigor em 1 de Novembro de 1991), com a Turquia (BGBL 512/1991, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1992), e com Cabo Verde (BGBL 83/1993, que entrou em vigor em 1 de Abril de 1993).

3 — Com o Vietname (SÓ 1994:69, que entrou em vigor em 2 de Agosto de 1994), com a Argentina (SÓ 1992:91, que entrou em vigor em 28 de Setembro de 1992), com a Bolívia (SÓ 1992:19, que entrou em vigor em 3 de Julho de 1992), com a Costa do Marfim (SÓ 1966:31, que entrou em vigor em 3 de Novembro de 1966), Com o Egipto (SÓ 1979:1, que entrou em vigor em 29 de Janeiro de 1979), com Hong Kong (SÓ 1994:19, que entrou em vigor em 26 de Junho de 1994), com a Indonésia (SÓ 1993:68, que entrou em vigor em 18 de Fevereiro de 1993), com a China (SÓ 1982:28, que entrou em vigor em 29 de Março de 1982), com Madagáscar (SÓ 1967:33, que entrou em vigor em 23 de Junho de 1967), com a Malásia (SÓ 1979:17, que entrou em vigor em 6 de Julho de 1979), com o Paquistão (SÓ 1981:8, que entrou em vigor em 14 de Junho de 1981), com o Peru (SÓ 1994:22, que entrou em vigor em 1 de Agosto de 1994), com o Senegal (SÓ 1968:22, que entrou em vigor em 23 de Fevereiro de 1968), com o Sri Lanka (SÓ 1982:16, que entrou em vigor em 30 de Abril de 1982), com a Tunísia (SÓ 1985:25, que entrou em vigor em 13 de Maio de 1985), com o Iémen (SÓ 1983:110, que entrou em vigor em 23 de Fevereiro de 1984), com a Jugoslávia (SÓ 1979:29, que entrou em vigor em 21 de Novembro de 1979, renovado com a Sérvia e Montenegro na sequência de um acordo celebrado em Estocolmo, em 28 de Fevereiro de 2002).

6. A importância dos acordos de investimento começou a aumentar nos anos 90, tendo inclusivamente levado a negociações malogradas, sob a égide da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico, para a adopção de um instrumento multilateral. Em vez disso, desenvolveu-se uma rede de acordos bilaterais, que actualmente se contam por milhares. A Áustria e a Suécia alegaram, sem que a Comissão o tenha contestado, que as cláusulas de transferência dos seus acordos são cláusulas-padrão cruciais neste tipo de acordos.

7. O Tratado coloca a livre circulação de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros em pé de igualdade com a livre circulação de capitais entre Estados-Membros. O artigo 56.º CE proíbe todas as restrições a ambos os tipos de movimentos de capitais, bem como todas as restrições aos pagamentos entre Estados-Membros e provenientes de ou com destino a países terceiros. No entanto, o Tratado permite que os Estados-Membros imponham certas restrições (nomeadamente no artigo 58.º CE, que prevê várias justificações) e, mais importante para os presentes processos, permite que a própria Comunidade o faça.

8. O artigo 57.º, n.º 2, CE habilita a Comunidade a regular os movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros, incluindo a introdução de restrições:

«Ao mesmo tempo que se esforça por alcançar, em toda a medida do possível, o objectivo da livre circulação de capitais entre Estados-Membros e países terceiros, e sem prejuízo dos restantes capítulos do presente Tratado, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode adoptar medidas relativas à circulação de capitais provenientes ou com destino a países terceiros que envolva investimento directo, incluindo o investimento imobiliário, estabelecimento, prestação de serviços financeiros ou admissão de valores mobiliários em mercados de capitais. É exigida unanimidade relativamente às medidas a adoptar ao abrigo do presente número que constituam um retrocesso da legislação comunitária em relação à liberalização dos movimentos de capitais provenientes ou com destino a países terceiros.»

9. A Comunidade também pode adoptar medidas de salvaguarda para fazer face a dificuldades no funcionamento da União Económica e Monetária, como dispõe o artigo 59.º CE:

«Sempre que, em circunstâncias excepcionais, os movimentos de capitais provenientes ou com destino a países terceiros causem ou ameacem causar graves dificuldades ao funcionamento da União Económica e Monetária, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão e após consulta do BCE, pode tomar medidas de salvaguarda em relação a países terceiros, por um período não superior a seis meses, se essas medidas forem estritamente necessárias.»

10. Por último, em aplicação do artigo 60.º, n.º 1, CE, a Comunidade pode introduzir restrições às relações económicas com países terceiros, nomeadamente em matéria de movimentos de capitais, com base numa acção comum adoptada no âmbito da política externa e de segurança comum:

«Se, no caso previsto no artigo 301.º, for considerada necessária uma acção da Comunidade, o Conselho, de acordo com o procedimento previsto no artigo 301.º, pode tomar, relativamente aos países terceiros em causa, as medidas urgentes necessárias em matéria de movimentos de capitais e de pagamentos.»

O artigo 301.º CE, referido nesta disposição, dispõe:

«Sempre que uma posição comum ou uma acção comum adoptada nos termos das disposições do Tratado da União Europeia relativas à política externa e de segurança comum prevejam uma acção da Comunidade para interromper ou reduzir, total ou parcialmente, as relações económicas com um ou mais países terceiros, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, toma as medidas urgentes necessárias.»

11. Não obstante as possibilidades acima referidas, a Comunidade ainda não introduziu restrições susceptíveis de afectar a livre circulação de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros que sejam partes nos acordos celebrados com a Áustria e a Suécia ou provenientes desses países. Concretamente, a Comunidade ainda não fez uso do artigo 57.º, n.º 2, CE, para regular a matéria; não houve até agora necessidade de introduzir as medidas de salvaguarda previstas no artigo 59.º CE; e, embora o Conselho já tenha feito uso do artigo 60.º, n.º 1, CE, não visou nenhum desses países terceiros de modo significativo<sup>4</sup>.

12. O artigo 307.º CE seria aplicável em caso de conflito entre os acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia e o Tratado. Segundo esse artigo, os acordos manter-se-iam em vigor, mas a Áustria e a Suécia estariam obrigadas a recorrer a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades:

«As disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou, em relação aos Estados que aderem à Comunidade, anteriormente à data da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.

4 — Já foram aplicadas sanções, ao abrigo do artigo 60.º, n.º 1, CE, à Costa do Marfim e à Sérvia e Montenegro, com os quais a Suécia tinha celebrado ou renovado acordos. Todavia, a Comissão não alegou que existissem conflitos entre essas sanções e os acordos celebrados pela Suécia.

Na medida em que tais convenções não sejam compatíveis com o presente Tratado, o Estado ou os Estados-Membros em causa recorrerão a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades verificadas. Caso seja necessário, os Estados-Membros auxiliar-se-ão mutuamente para atingir essa finalidade, adoptando, se for caso disso, uma atitude comum.

Ao aplicar as convenções referidas no primeiro parágrafo, os Estados-Membros terão em conta o facto de que as vantagens concedidas no presente Tratado por cada um dos Estados-Membros fazem parte integrante do estabelecimento da Comunidade, estando, por conseguinte, inseparavelmente ligadas à criação de instituições comuns, à atribuição de competências em seu favor e à concessão das mesmas vantagens por todos os outros Estados-Membros.»

## II — Procedimento pré-contencioso

13. Em 12 de Maio de 2004, a Comissão, ao abrigo do artigo 226.º CE, notificou a Áustria e a Suécia, indicando que, em sua opinião, os acordos bilaterais entre estes Estados-Membros e países terceiros estariam em conflito com a introdução, pela Comunidade, das restrições previstas nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE. Assim, a Comissão perguntou à Áustria e à Suécia se tinham tomado medidas destinadas a eliminar a incompatibilidade, na acepção do artigo 307.º CE, que tinha identificado.

14. Nas suas respostas, respectivamente, de 14 e 12 de Julho de 2004, a Áustria e a Suécia negaram a existência de tal incompatibilidade. Consequentemente, a Comissão emitiu dois pareceres fundamentados em 21 de Março de 2005, tendo concedido um prazo de dois meses à Áustria e à Suécia para darem cumprimento às respectivas obrigações por força do artigo 307.º CE e eliminarem a alegada incompatibilidade.

15. Em resposta aos pareceres fundamentados, tanto a Áustria como a Suécia continuaram a negar a existência de qualquer incompatibilidade, tendo a Áustria acrescentado que, no processo de revisão do seu modelo de acordos de investimento bilaterais, seria adoptada uma cláusula, designada de «organizações internacionais de integração económica regional», que evitaria conflitos com as obrigações decorrentes do Tratado.

16. Atendendo a essas respostas, a Comissão intentou a presente acção nos termos do artigo 226.º CE. A Finlândia, a Alemanha, a Hungria e a Lituânia pediram para intervir nos processos em apoio da posição da Áustria e da Suécia.

### III — Apreciação

17. O principal pomo de discórdia entre a Comissão e os Estados-Membros tem que ver com a existência de uma incompatibilidade na acepção do artigo 307.º CE. A resolução dessa discórdia seria bastante mais simples se a Comunidade já tivesse introduzido restrições aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros parte nos acordos com a Áustria e a Suécia. No entanto, a Comunidade ainda não o fez. Enquanto não o fizer, coloca-se a questão do alcance das obrigações da Áustria e da Suécia. Até que a Comunidade introduza essas restrições, segundo os Estados-Membros, qualquer incompatibilidade será meramente «hipotética». A Comissão, por outro lado, alega que a incompatibilidade é, de qualquer forma, suficiente para desencadear a aplicação do artigo 307.º CE e obrigar a Áustria e a Suécia a alterar os acordos.

18. Do ponto de vista lógico, o conceito de incompatibilidade do artigo 307.º CE é composto por dois elementos conflituantes: uma obrigação decorrente do Tratado e uma obrigação decorrente de um acordo com um país terceiro<sup>5</sup>.

5 — V., a este respeito, acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 2003, Budějovický Budvar (C-216/01, Colect., p. I-13617, n.º 146), e de 10 de Março de 1998, T. Port (C-364/95 e C-365/95, Colect., p. I-1023, n.º 60), e conclusões do advogado-geral C. O. Lenz no processo Evans Medical e Macfarlan Smith (acórdão de 28 de Março de 1995, C-324/93, Colect., pp. I-563, I-566, n.º 34). Relativamente à obrigação decorrente do Tratado, o teste legal para verificar se existe uma incompatibilidade na acepção do artigo 307.º CE é o mesmo que o seguido para determinar a existência de um incumprimento para efeitos do artigo 226.º CE.

19. Por conseguinte, começarei por analisar se algum dos argumentos da Comissão é suficiente para servir de base a uma obrigação decorrente do Tratado (A). Em seguida, debruçar-me-ei sobre os argumentos dos Estados-Membros segundo os quais, em qualquer caso, os acordos de investimento não podem dar origem a obrigações internacionais conflitantes (B). Por último, se da conjugação desses dois elementos resultar uma incompatibilidade, tentarei determinar se a Áustria e a Suécia actuaram de forma adequada para lhe dar uma solução e analisarei o alcance de tal obrigação (C).

20. Ao longo das presentes conclusões, tornar-se-á claro que as obrigações dos Estados-Membros relativamente a uma potencial actuação da Comunidade têm um carácter muito particular. Paraphrasing Saint-Exupéry, o seu dever não é prever o futuro, mas torná-lo possível<sup>6</sup>.

#### A — A obrigação decorrente do Tratado

21. A Comissão sugeriu três fontes de obrigações decorrentes do Tratado que poderiam desencadear a aplicação do artigo 307.º CE: i) a regulamentação prevista nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE; ii) os próprios artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE; e

iii) o dever de cooperação leal<sup>7</sup>. Analisá-las-ei uma a uma.

22. Analisarei também iv) o aparente paradoxo destes processos, que consiste no facto de o artigo 307.º CE ser invocado para pôr em causa acordos que prosseguem a obrigação existente, nos termos do artigo 56.º CE, de estabelecer a livre circulação de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros.

i) Regulamentação prevista nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE

23. Tanto o direito primário como o direito derivado podem dar origem a uma obrigação decorrente do Tratado para efeitos do artigo 307.º CE. Mas pode essa obrigação resultar de uma regulamentação, como a prevista nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE, que ainda não existe?

24. A resposta é obviamente negativa. A incompatibilidade a que se refere o artigo 307.º CE deve resultar de duas obrigações

6 — Antoine de Saint-Exupéry — *Citadelle*, ed. Gallimard, col. NRF, 1948, p. 167.

7 — Vários Estados-Membros censuraram, com razão, à Comissão a falta de clareza em relação à fonte exacta da obrigação decorrente do Tratado, uma vez que os seus argumentos foram variando ao longo do processo.

ções conflituantes. Na falta de legislação comunitária — de direito primário ou de direito derivado —, não há uma obrigação e, portanto, não há incompatibilidade<sup>8</sup>.

ii) Artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE

25. Diversamente do direito derivado cuja adopção autorizam, para que os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE ou 60.º, n.º 1, CE sejam juridicamente vinculativos, não é necessária a adopção de uma medida comunitária, uma vez que já são vinculativos no processo legislativo. A questão é saber se também impõem uma obrigação aos Estados-Membros.

26. A letra dos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE ou 60.º, n.º 1, CE não indica que assim seja. Estes artigos limitam-se a habilitar a Comunidade a actuar. Para que estas disposições pudessem estar na origem de uma incompatibilidade na acepção do artigo 307.º CE, seria

8 — A própria Comissão reformulou a sua alegação de que os acordos de investimento «infringem possíveis futuras medidas comunitárias» para passar a alegar a existência de uma incompatibilidade com os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE.

necessário que essa habilitação implicasse uma obrigação para os Estados-Membros. Todavia, é difícil inferir a existência dessa obrigação dos próprios artigos<sup>9</sup>.

27. Contrariamente ao que a Comissão alegou, essa obrigação nunca pode consistir em alterar acordos por poderem vir a revelar-se incompatíveis com a regulamentação que a Comunidade tem competência para adoptar. A obrigação de alterar acordos seria a consequência da aplicação do artigo 307.º CE. No entanto, para que este artigo seja aplicável, é ainda necessário que sobre os Estados-Membros impenda uma obrigação, quando o que existe é apenas uma habilitação dada à Comunidade para actuar.

28. Há um caso em que a habilitação cria uma obrigação: quando a Comunidade tem competência exclusiva. Nessa situação, os Estados-Membros estão obrigados a abster-se de legislar. Não é essa, porém, a situação no caso em apreço. Enquanto a Comunidade não

9 — Confrontado com a mesma dificuldade, o advogado-geral A. Tizzano considerou, nas conclusões que apresentou no processo Comissão/Reino Unido, dito «Open Skies» (acórdão de 5 de Novembro de 2002, C-466/98 a C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98, Colect., pp. I-9427, I-9431), que a «competência externa da Comunidade em matérias já reguladas por acordos dos Estados-Membros não pode, por si só, tornar esses acordos incompatíveis [com as regras relativas à repartição de competências]» (n.º 113). O Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre esse ponto, uma vez que considerou que os acordos em causa tinham sido substituídos por acordos posteriores à adesão, não abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo 307.º CE.

actuar, os Estados-Membros são livres de regular os movimentos de capitais com destino a países terceiros e deles provenientes<sup>10</sup>. Por outras palavras, estamos perante uma competência partilhada.

dade não actuar. Pelo contrário, estou convencido de que a resposta à questão de saber se os Estados-Membros têm alguma obrigação não depende do âmbito da competência, mas será de aplicar a todos os domínios de competência partilhada.

29. Como observaram alguns dos Estados-Membros intervenientes, impor aos Estados-Membros uma obrigação de se absterem de legislar, quer através de medidas nacionais quer através de instrumentos internacionais, para evitar qualquer potencial conflito com regulamentação comunitária futura, transformaria a livre circulação de capitais com destino a países terceiros e deles provenientes num domínio de competência exclusiva. Com efeito, todos os domínios de competência partilhada poderiam ter esse mesmo destino.

31. Como deixarei claro mais adiante no ponto iii), tenho algumas preocupações acerca dos efeitos que o exercício pelos Estados-Membros da sua competência partilhada, através da celebração de acordos internacionais, pode ter na liberdade e na efectividade da competência própria da Comunidade. Não creio, no entanto, que o caminho certo para resolver esse problema seja transformar as referidas disposições de habilitação em competências exclusivas supostamente limitadas.

30. A Comissão responde que os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE têm um conteúdo tão específico que as obrigações dos Estados-Membros seriam limitadas, contrariamente ao que acontece noutros domínios de competência partilhada. A Comissão, por conseguinte, parece aceitar que a competência se tornaria exclusiva, mas de forma limitada. Não considero, porém, que isso seja uma razão para não respeitar os princípios da competência partilhada e impedir os Estados-Membros de legislar no caso de a Comuni-

32. Consequentemente, considero que os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE se limitam a conferir à Comunidade uma habilitação para actuar e não impõem uma obrigação aos Estados-Membros. Não podem dar origem, por si sós, a uma incompatibilidade na aceção do artigo 307.º CE.

10 — Desde que respeitem o disposto no artigo 56.º CE, que proíbe as restrições, ou desde que as restrições impostas sejam justificadas por razões imperiosas de interesse geral ou ao abrigo do artigo 58.º CE.



iii) O dever de cooperação leal

-Membros durante o prazo de transposição das directivas.

33. A obrigação imposta pelo artigo 307.º CE é uma expressão do dever de cooperação leal formulado no artigo 10.º CE<sup>11</sup>. É esse dever que explica por que razão os Estados-Membros estão obrigados a alterar acordos que sejam incompatíveis com o Tratado, mesmo que esses acordos sejam considerados plenamente válidos.

34. Todavia, o dever de cooperação leal é igualmente fonte de muitas outras obrigações, que podem por sua vez ser usadas para desencadear a aplicação do artigo 307.º CE (como, aliás, qualquer obrigação decorrente do Tratado). Faz parte da sua própria natureza que o dever de cooperação leal não pode ser aplicado por si só, sendo necessária a aplicação de outras normas comunitárias. Neste contexto, os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE podem tornar-se novamente relevantes. Estas disposições permitem formular a questão em termos gerais: o dever de cooperação leal impõe aos Estados-Membros alguma obrigação nos domínios em que partilham competências com a Comunidade?

35. Neste ponto, proponho que se trace um paralelismo com outro domínio em que o dever de cooperação leal foi aplicado, concretamente, o das obrigações dos Estados-

36. Recorde-se que, antes de expirar o prazo de transposição de uma directiva, os Estados-Membros não têm a obrigação de garantir a conformidade da sua legislação nacional com essa directiva<sup>12</sup>. No entanto, o Tribunal de Justiça tem considerado que, mesmo não existindo essa obrigação, os Estados-Membros não são completamente livres. Por força do dever de cooperação leal, estão obrigados a abster-se de adoptar «disposições susceptíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito [pela directiva]»<sup>13</sup>. Isto não significa que todos os conflitos sejam proibidos, sendo-o apenas aqueles que possam pôr em perigo a realização do objectivo da directiva<sup>14</sup>.

37. A transposição das directivas é semelhante às competências partilhadas, na medida em que um conflito com a legislação nacional apenas pode ocorrer a partir de um determinado momento, isto é, o termo do período de transposição ou o exercício da competência comunitária. A diferença é que o período de transposição tem um termo certo,

11 — V. conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Budějovický Budvar, já referido na nota 5, n.º 150, e as minhas conclusões no processo Kadi/Conselho e Comissão, C-402/05, ainda pendente, n.º 32.

12 — V., a este respeito, acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Colect., p. I-7411, n.º 43).

13 — Acórdão Inter-Environnement Wallonie, já referido na nota 12, n.º 45.

14 — V. a minha análise desta obrigação no âmbito da acção prevista no artigo 226.º CE, nas minhas conclusões no processo Comissão/Bélgica (acórdão de 14 de Junho de 2007, C-422/05, Colect., p. I-4749, n.º 27 a 51).

ao passo que a competência comunitária pode nunca vir a ser exercida. Será isto suficiente para tratar diferentemente as duas situações no que diz respeito ao dever de cooperação leal?

38. Creio que não. Por força do dever de cooperação leal, os Estados-Membros não podem frustrar nenhuma forma de acção comunitária. O artigo 10.º CE não faz distinções. Dispõe que os Estados-Membros «[se devem abster] de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado». Que, até à data, o Tribunal de Justiça tenha considerado que o artigo 10.º CE é aplicável ao período de transposição das directivas, mas não ao exercício da competência comunitária concedida pelo Tratado, é um mero acaso.

39. O facto de o exercício da competência comunitária ser uma mera possibilidade não é susceptível de alterar esta conclusão. Os Estados-Membros não podem comprometer um objectivo comunitário, mesmo que este seja tão-só potencial. É irrelevante que a prossecução desse objectivo imponha determinadas acções em concreto (no caso vertente, o exercício efectivo da competência), pois a obrigação de respeitar o objectivo existe e vincula os Estados-Membros<sup>15</sup>.

15 — Do mesmo modo, é jurisprudência assente que o facto de uma actividade ainda não existir num Estado-Membro não pode isentar esse Estado da sua obrigação de transpor uma directiva relativa a essa actividade; v. acórdão Comissão/Bélgica, já referido na nota 14, n.º 59 e jurisprudência aí referida. V., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1998, Comissão/França, dito «Foire gras» (C-184/96, Colect., p. I-6197), mencionado nas observações de alguns Estados-Membros.

40. Quero deixar claro, porém, que o problema não reside na possibilidade de um qualquer conflito futuro com a regulamentação comunitária e os seus objectivos. Se qualquer possibilidade de conflito tivesse de ser eliminada, deixaria de haver uma competência partilhada, mas apenas uma competência exclusiva. O problema apenas se coloca quando as medidas nacionais ou as obrigações internacionais dos Estados-Membros sejam susceptíveis de comprometer a efectividade de uma possível futura regulamentação comunitária e, deste modo, restringir de facto a liberdade que o Tratado confere à Comunidade para actuar nesses domínios. Isso vai depender tanto da natureza das medidas nacionais ou obrigações internacionais como da natureza das competências comunitárias afectadas, por exemplo, o carácter urgente das medidas a adoptar ao abrigo dessas competências.

41. Isto é particularmente importante em relação aos acordos salvaguardados pelo artigo 307.º CE. Enquanto que a legislação nacional, por força dos princípios do efeito directo e do primado, será automaticamente afastada pela futura regulamentação comunitária, o mesmo poderá não acontecer com esses acordos. Consequentemente, a existência de tais acordos pode comprometer a efectividade da regulamentação que a Comunidade tem competência para adoptar<sup>16</sup>.

16 — No que diz respeito à actuação dos Estados-Membros durante o prazo de transposição das directivas, já observei, nas minhas conclusões apresentadas no processo Comissão/Bélgica, já referido na nota 14, que «[a] legislação nacional pode, por exemplo, impor ónus cujo cumprimento seja susceptível de privar de utilidade a harmonização realizada a nível europeu, ou impor opções que podem subsistir muito depois do prazo de transposição da directiva e de influenciar, por seu turno, a posterior execução das decisões comunitárias» (n.º 49).

42. Proponho, por conseguinte, que o Tribunal de Justiça adopte a formulação já utilizada em relação à transposição das directivas, e declare que os Estados-Membros estão obrigados a abster-se de tomar medidas susceptíveis de comprometer seriamente o exercício da competência comunitária. Em particular, os Estados-Membros estão obrigados a recorrer a todos os meios adequados para evitar que as suas obrigações internacionais anteriores ponham em perigo o exercício da competência comunitária.

43. Essa obrigação decorrente do Tratado pode, por sua vez, servir de base à aplicação do artigo 307.º CE. Assim, para que, nos presentes processos, exista uma incompatibilidade nos termos desse artigo, é necessário que o exercício da competência comunitária previsto nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE ou 60.º, n.º 1, CE possa vir a ser seriamente comprometido pelos acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia.

iv) Existência de um conflito com o artigo 56.º CE

44. Sugeri que o dever de cooperação leal obriga os Estados-Membros a não compro-

meterem o exercício da competência comunitária. Mas será isso aplicável quando, como no caso dos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE, a competência em causa permite impor restrições à liberdade de circulação?

45. Como observaram alguns Estados-Membros, isso parece contradizer a obrigação imposta pelo artigo 56.º CE de não introduzir restrições aos movimentos de capitais provenientes de ou com destino a países terceiros. Poderia parecer que possíveis futuras restrições teriam prioridade sobre a obrigação existente de possibilitar a liberdade de circulação.

46. Essa preocupação não tem razão de ser, muito simplesmente porque não há conflito. A obrigação de os Estados-Membros garantirem a liberdade de circulação é aplicável independentemente do seu dever de não comprometerem a actuação comunitária futura. Se esse dever implicar a necessidade de afastar a aplicação de uma norma nacional que garanta a liberdade de circulação — ou, como nos presentes processos, de alterar um acordo internacional em conformidade com o artigo 307.º CE —, isso é porque foi dado à Comunidade o poder, em circunstâncias limitadas, de introduzir restrições à livre circulação de capitais. O dever de não comprometer o exercício da competência comunitária não deve ser confundido com as obrigações e os direitos associados à actuação dos Estados-Membros neste domínio.

B — *A obrigação decorrente de um acordo com um país terceiro*

47. Estabelecida a existência de uma obrigação decorrente do Tratado, para que se verifique uma incompatibilidade nos termos do artigo 307.º CE deve ainda haver uma obrigação conflituante resultante de um acordo com um país terceiro.

48. Assim, i) examinarei os acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia em busca dessa obrigação internacional conflituante. Em seguida, ii) debruçar-me-ei sobre os argumentos dos Estados-Membros segundo os quais se pode evitar a incompatibilidade sem recorrer ao artigo 307.º CE.

i) Obrigações internacionais susceptíveis de comprometer seriamente o exercício da competência comunitária

49. O Tribunal de Justiça declarou que o artigo 307.º CE é aplicável a quaisquer acordos internacionais «que possam afectar a aplicação do Tratado»<sup>17</sup>. Isso estabelece o nível de análise a que se deve proceder. Contrariamente ao que a Suécia alegou, não é necessário determinar o significado preciso de um acordo com base nas suas circunstâncias específicas. Basta que, com base na

sua letra, o acordo «possa» ser incompatível com o Tratado.

50. As cláusulas de transferência dos acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia foram acima descritas. Todas as partes estão de acordo quanto ao seu conteúdo: garantir a livre circulação de todos os capitais relacionados com investimentos. Se a Comunidade introduzisse restrições à livre circulação nos termos dos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE, é muito provável que os acordos fossem incompatíveis com essa regulamentação<sup>18</sup>. Todavia, como já foi referido várias vezes, essa potencial incompatibilidade não é pertinente para a apreciação dos presentes processos. Só haverá incompatibilidade se os acordos forem susceptíveis de comprometer seriamente o exercício de uma competência comunitária.

51. Penso que essa incompatibilidade existe. O exercício da competência comunitária pode, nos termos dos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE, ter diversos objectivos, mas comum a todos eles é o facto de a sua realização poder ser posta em perigo se a Áustria e a Suécia forem autorizadas a manter obrigações internacionais susceptíveis de comprometer a efectividade da regulamentação que a Comunidade pode adoptar ao abrigo desses artigos.

17 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1980, *Burgoa* (812/79, Recueil, p. 2787, n.º 6).

18 — A Áustria alegou que determinados elementos da cláusula em questão permitiriam que a incompatibilidade fosse evitada, enquanto a Suécia invocou o mesmo argumento em relação a outras cláusulas dos seus acordos. Esses argumentos serão tratados no ponto ii), *infra*.

52. Em algumas situações, a acção comunitária perderia claramente a sua efectividade. O artigo 59.º CE, por exemplo, permite a adopção de medidas por um período não superior a seis meses. É difícil conceber como é que essas medidas poderiam ser adoptadas e impostas a tempo aos países que são parte nos acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia. O mesmo se diga em relação ao artigo 60.º, n.º 1, CE. O carácter urgente (e imediatamente aplicável) das sanções aplicadas ao abrigo deste artigo é incompatível com a subsistência das obrigações internacionais previamente assumidas pela Áustria e pela Suécia. Nestes casos, ter de esperar por um conflito efectivo entre a regulamentação comunitária e as obrigações internacionais, antes de se recorrer a todos os meios necessários para eliminar essa incompatibilidade, privaria a regulamentação comunitária da sua efectividade. Isso equivaleria a uma restrição ao poder que o Tratado confere à Comunidade.

53. Noutras situações, a perda de efectividade é menos clara, por exemplo, no que respeita a uma futura regulamentação da livre circulação de capitais nos termos do artigo 57.º, n.º 2, CE, ou a uma redução das relações económicas, nos termos do artigo 60.º, n.º 1, CE, por razões diferentes da aplicação de sanções. Todavia, subsiste o facto de os acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia poderem impedir a aplicação imediata de restrições, e essa aplicação poder ser essencial para os objectivos da regulamentação comunitária. O poder conferido à Comunidade pelos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE não deve ser limitado pela possibilidade de a Áustria e a Suécia manterem em vigor obrigações internacionais

que podem, *ex ante*, privar a regulamentação comunitária de efectividade.

54. Assim, concluo que há incompatibilidade, nos termos do artigo 307.º CE, entre as cláusulas de transferência dos acordos celebrados pela Áustria e pela Suécia e a obrigação decorrente do Tratado de não comprometer o exercício das competências previstas nos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE.

ii) Evitar uma incompatibilidade na aceção do artigo 307.º CE

55. A Áustria e a Suécia, apoiadas por todos os Estados-Membros intervenientes, alegaram que há vários meios de evitar que surja uma incompatibilidade dos acordos que celebraram, para efeitos do artigo 307.º CE. Todos esses meios implicam que se impeça que os acordos sejam aplicados, seja através de mecanismos interpretativos, do direito internacional, ou o simples incumprimento.

56. Por uma questão de princípio, penso que esses argumentos não devem ser aceites. Quando, pela sua letra, um acordo é suscep-

tível de constituir um obstáculo à aplicação do Tratado, o artigo 307.º CE já prevê uma solução adequada: os Estados-Membros devem recorrer a todos os meios adequados para eliminar a incompatibilidade, o que tem sido interpretado pelo Tribunal de Justiça no sentido de que devem alterar ou, se necessário, denunciar o acordo<sup>19</sup>.

57. Se os Estados-Membros tivessem razão quando afirmam que qualquer incompatibilidade poderia ser solucionada simplesmente interpretando os acordos em conformidade com o direito comunitário, aplicando determinados princípios de direito internacional — nomeadamente o princípio *rebus sic stantibus* — ou não cumprindo o acordo, isso aconteceria sempre, e a obrigação imposta aos Estados-Membros pelo artigo 307.º CE de recorrer a todos os meios adequados para eliminar essa incompatibilidade não teria nenhuma utilidade.

58. De qualquer forma, nem a abordagem interpretativa proposta pela Áustria e a Suécia nem a aplicação do direito internacional podem sanar a incompatibilidade dos acordos. Embora, do meu ponto de vista, a questão não seja relevante para definir a obrigação que incumbe à Áustria e à Suécia

por força do artigo 307.º CE, passarei, no entanto, a analisar brevemente as cláusulas de transferência.

59. A Áustria alega que a expressão «sem atrasos injustificados», constante das cláusulas de transferência dos acordos que celebrou, lhe permite protelar qualquer transferência, dando assim aplicação às medidas temporárias previstas no artigo 59.º CE. Todavia, isso não se aplica aos artigos 57.º, n.º 2, CE e 60.º, n.º 1, CE, e mesmo em relação ao artigo 59.º CE é duvidoso que a expressão possa ser interpretada nesse sentido.

60. A Suécia alega que, devido a uma cláusula contida em alguns dos acordos que celebrou, que estipula que as transferências devem ser feitas de acordo com a sua legislação, esses acordos nunca poderiam ser contrários ao direito comunitário. Essa cláusula não está incluída em todos os acordos celebrados pela Suécia. Além disso, é igualmente discutível que se refira ao direito comunitário.

61. Por último, tanto a Áustria como a Suécia alegam que a cláusula *rebus sic stantibus* se aplica aos acordos que celebraram. Essa

19 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, Comissão/Portugal (C-62/98, Colect., p. I-5171, n.º 49).

doutrina está consagrada na Convenção de Viena e é comumente considerada um princípio de direito internacional público<sup>20</sup>. A Áustria e a Suécia alegam que o exercício da competência comunitária nos termos dos artigos 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE seria excepcional. Consequentemente, esse princípio seria aplicável aos acordos que celebraram e estes não poderiam aplicar-se contra a regulamentação comunitária. No entanto, o princípio *rebus sic stantibus* é aplicável em circunstâncias muito limitadas, e se tal é possível nos presentes processos é controvertido.

62. Todos estes argumentos devem ser rejeitados. O artigo 307.º CE não pode depender da interpretação definitiva de cláusulas de um acordo ou da aplicabilidade de um ponto controverso de direito internacional público, como o princípio *rebus sic stantibus*. O Tribunal de Justiça já o confirmou, ao declarar que a mera possibilidade de um acordo ser incompatível é suficiente para desencadear a aplicação do artigo 307.º CE<sup>21</sup>.

20 — Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de Maio de 1969, artigo 62.º, «Alteração fundamental das circunstâncias»: «1. Uma alteração fundamental das circunstâncias relativamente às que existiam no momento da conclusão de um tratado e que não fora prevista pelas partes não pode ser invocada como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar, salvo se: a) A existência dessas circunstâncias tiver constituído uma base essencial do consentimento das partes em ficarem vinculadas pelo tratado; e b) Essa alteração tiver por efeito a modificação radical da natureza das obrigações assumidas no tratado. 2. Uma alteração fundamental das circunstâncias não pode ser invocada como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar: a) Se se tratar de um tratado que estabeleça uma fronteira; ou b) Se a alteração fundamental resultar de uma violação, pela parte que a invoca, de uma obrigação decorrente do tratado ou de qualquer outra obrigação internacional relativa a qualquer outra parte no tratado. 3. Se uma parte puder, nos termos dos números anteriores, invocar uma alteração fundamental das circunstâncias como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar, pode também invocá-la apenas para suspender a aplicação do tratado.»

21 — V. nota 17, *supra*

### C — Medidas adoptadas para eliminar a incompatibilidade

63. Quando há uma incompatibilidade na acepção do artigo 307.º CE, os Estados-Membros têm a obrigação de recorrer a todos os meios adequados para a eliminar.

64. A Suécia considerou que o seu comportamento era legal e, por conseguinte, recusou adoptar qualquer medida no prazo fixado no parecer fundamentado da Comissão. Assim, violou a obrigação que lhe incumbe por força do artigo 307.º CE.

65. A Áustria adoptou uma postura semelhante, mas, contrariamente à Suécia, referiu que estava a trabalhar na introdução de uma cláusula designada «organizações internacionais de integração económica regional» («IREO») no seu modelo de acordos de investimento. Essa cláusula impediria a aplicação de um acordo no caso de o mesmo conflitar com uma obrigação comunitária. Porém, aplicar-se-ia apenas a acordos futuros. Relativamente aos acordos que são objecto dos presentes processos, a Áustria apenas referiu que estavam agendadas negociações

com a China para um «futuro próximo» e que a renegociação do acordo com a Rússia tinha começado, mas tinha sido suspensa até ao fim dos trabalhos relativos à cláusula IREO.

esses meios podem consistir, designadamente, em alterar e, se necessário, denunciar os acordos<sup>22</sup>. Os Estados-Membros estão vinculados pelo resultado a alcançar e limitados apenas pela legalidade dos meios.

66. A única medida que a Áustria adoptou efectivamente dentro do prazo fixado pelo parecer fundamentado da Comissão foi abrir negociações em relação a um dos acordos. A Áustria é responsável por essas negociações terem sido posteriormente suspensas. Por conseguinte, considero que a Áustria também violou a obrigação que lhe incumbe por força do artigo 307.º CE.

67. Apesar de não terem adoptado nenhuma medida significativa para eliminar a incompatibilidade, a Áustria e a Suécia alegam que a obrigação decorrente do artigo 307.º CE não vai ao ponto de as obrigar a denunciar os acordos que celebraram. A este respeito, alguns Estados-Membros alegaram que os interesses dos seus investidores no estrangeiro devem ser tomados em consideração na determinação do alcance da obrigação de eliminar uma incompatibilidade nos termos do artigo 307.º CE.

68. O artigo 307.º CE exige que os Estados-Membros recorram a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades. O Tribunal de Justiça já esclareceu que

69. Neste contexto, podem evidentemente tomar em consideração os interesses dos seus investidores. No entanto, esses interesses em caso algum podem isentar os Estados-Membros da obrigação que lhes incumbe de respeitar o direito comunitário, a menos que haja uma disposição específica nesse sentido. O artigo 307.º CE já permite algumas derrogações ao direito comunitário, ao reconhecer obrigações internacionais anteriores assumidas pelos Estados-Membros. O seu objectivo não é autorizar os Estados-Membros a darem prevalência a essas obrigações sobre as suas obrigações comunitárias, se isso for mais favorável aos interesses dos seus investidores<sup>23</sup>.

70. Posto isto, a denúncia deve ser considerada, a meu ver, a *ultima ratio*<sup>24</sup>. Mas isso é porque o Tratado prefere evitar, na medida do possível, qualquer interferência nas obrigações internacionais anteriores dos Estados-Membros.

22 — V. nota 19, *supra*.

23 — De igual modo, no que diz respeito aos interesses dos Estados-Membros relativos à sua política externa, v. Comissão/Portugal, já referido na nota 19, *supra*, n.º 50.

24 — V., igualmente, conclusões do advogado-geral J. Mischo no processo Comissão/Portugal, já referido na nota 19, *supra*, n.º 69.



#### **IV — Conclusão**

71. Concluo propondo que o Tribunal de Justiça declare que, não tendo recorrido a todos os meios adequados para eliminar a incompatibilidade entre os acordos de investimento bilaterais que celebraram antes da respectiva adesão e o artigo 10.º CE, em conjugação com os artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE, a Áustria e a Suécia não cumpriram a obrigação que lhes incumbe por força do artigo 307.º CE.