

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

N. JÄÄSKINEN

apresentadas em 15 de Março de 2011<sup>1</sup>

### I — Introdução

1. O presente caso tem por objecto a correção entre a obrigação que incumbe à Eslováquia, ao abrigo do direito da EU, de garantir um acesso não discriminatório à rede de transporte de electricidade nos termos da Directiva 2003/54/CE (a seguir «Directiva 2003/54»)<sup>2</sup>, e as obrigações que lhe incumbem em matéria de protecção dos investimentos por força do acordo de promoção e protecção recíproca de investimentos (a seguir «acordo de protecção dos investimentos») assinado em 5 de Outubro de 1990 e

celebrado com a Suíça antes da adesão da Eslováquia à UE, em 1 de Maio de 2004<sup>3</sup>.

2. No âmbito do litígio encontra-se um contrato de direito privado (a seguir «contrato») celebrado em 27 de Outubro de 1997 entre uma sociedade suíça (Aare-Tessin AG für Elektrizität, a seguir «ATEL») e um operador público da rede da Eslováquia (à data com a denominação «Slovenské elektraná a.s.» e, subsequentemente, «Slovenská elektrizačná prenosová sústava a.s.»), a seguir «SEPS»). Nos termos deste contrato, a ATEL pagava mais de metade dos custos da obra para a construção da linha Lemesany-Krosno entre a Polónia e a Eslováquia, em contrapartida pelo acesso prioritário à linha por um período predefinido e não renovável de 16 anos.

1 — Língua original: inglês.

2 — Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE (JO L 176, p. 37). A Directiva 2003/54 foi precedida pela Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade (JO L 027, p. 20, a seguir «Directiva 96/92»). A Directiva 2003/54 foi recentemente revogada e substituída pela Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 2003/54/CE (JO 2009 L 211, p. 55, a seguir «Directiva 2009/72»).

3. A Comissão pede agora que o Tribunal de Justiça declare que, não tendo garantido

3 — O acordo foi celebrado entre as Repúblicas Checa e Eslovaca e a Confederação Helvética. Não foram suscitadas quaisquer questões relativamente à sucessão da Checoslováquia e à aplicabilidade do acordo de protecção dos investimentos relativamente à Eslováquia após a sua independência.

um acesso não discriminatório à rede de transporte de electricidade, a Eslováquia não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do disposto no artigo 20.º, n.º 1, e no artigo 9.º, alínea e), da Directiva 2003/54. Embora a Comissão não peça expressamente que o Tribunal de Justiça declare que a Eslováquia deve resolver o contrato, refere nas suas alegações perante o Tribunal que a Eslováquia não está obrigada a mantê-lo em vigor. Alega ainda que a sua simples não aplicação é insuficiente para sanar a alegada violação. A este respeito, a Comissão está implicitamente a convidar o Tribunal de Justiça a apreciar a questão de saber se a Eslováquia deve ser obrigada a resolver o contrato.

## II — Quadro jurídico

### *Direito internacional*

— Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados<sup>4</sup>

5. O artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, intitulado «Regra geral de interpretação», prevê:

«1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim.

[...]

4. Um termo será entendido num sentido particular se estiver estabelecido que tal foi a intenção das Partes.»

4. A Eslováquia, por seu turno, alega que o contrato está protegido como um investimento ao abrigo do Tratado da Carta da Energia e que a Directiva 2003/54 deve ser interpretada em conformidade com as obrigações que incumbem à UE nos termos desse Tratado.

<sup>4</sup> — Feita em Viena em 23 de Maio de 1969 e que entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980, UN Doc. A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (a seguir «Convenção de Viena»). Os dois países são partes na Convenção de Viena, a Eslováquia em virtude da sucessão de Estados.

— Tratado da Carta da Energia<sup>5</sup>

6. O artigo 10.º, n.º 1, do Tratado da Carta da Energia dispõe:

«Em conformidade com as disposições do presente Tratado, cada Parte Contratante incentivará e criará condições estáveis, equitativas, favoráveis e transparentes para que investidores de outras Partes Contratantes realizem investimentos no seu território. Essas condições incluirão o compromisso de concessão de um tratamento justo e equitativo, em todos os momentos, a investimentos de investidores de outras Partes Contratantes. Esses investimentos devem também gozar da mais constante protecção e segurança e nenhuma Parte Contratante deve, de forma alguma, prejudicar, através de medidas desproporcionadas ou discriminatórias, a sua gestão, manutenção, uso, fruição ou alienação. Esses investimentos não devem, em caso algum, ser tratados de forma menos favorável que o exigido pelo direito internacional, incluindo obrigações decorrentes de tratados. Cada Parte Contratante deve cumprir quaisquer obrigações contraídas em relação a um investidor ou a um investimento de um investidor de outra Parte Contratante.»

7. O artigo 13.º do Tratado da Carta da Energia trata da expropriação. Na parte que releva para efeitos do presente processo, prevê o seguinte:

«1. Os investimentos de investidores de uma Parte Contratante no território de qualquer outra Parte Contratante não serão nacionalizados, expropriados ou sujeitos a uma medida ou medidas com efeito equivalente à nacionalização ou expropriação (a seguir denominadas “expropriação”), excepto se essa expropriação for:

- a) Para fins de interesse público;
- b) Não discriminatória;
- c) Realizada nos devidos termos da lei; e
- d) Acompanhada pelo pagamento de indemnização rápida, adequada e efectiva».

— Acordo de protecção dos investimentos

8. O artigo 1.º do acordo de protecção dos investimentos, intitulado «Definições», dispõe, na parte que releva para efeitos do presente processo:

5 — O Tratado da Carta da Energia foi assinado em Dezembro de 1994 e entrou em vigor em Abril de 1998. A Eslováquia, a Suíça e a UE eram todas signatárias do Tratado da Carta da Energia à data dos factos.

«(2) O termo “investimentos” incluirá todo o tipo de valores patrimoniais e, em especial:

[...]

(c) reivindicações e direitos a uma qualquer prestação com valor económico;

[...]»

9. O artigo 3.º do acordo de protecção dos investimentos, intitulado «Promoção, admissão», prevê:

«(1) Cada Parte Contratante promoverá, no seu território, os investimentos de investidores da outra Parte Contratante e admitirá tais investimentos em conformidade com a sua legislação e regulamentação.

[...]»

10. O artigo 4.º, intitulado «Protecção, tratamento», determina:

«(1) Cada Parte Contratante protegerá, no seu território, os investimentos realizados em conformidade com a sua legislação e regulamentação pelos investidores da outra Parte Contratante e não deve prejudicar, através de medidas desproporcionadas ou discriminatórias, a gestão, manutenção, uso, fruição, ampliação, venda e liquidação de tais investimentos [...]

(2) Cada Parte Contratante assegurará um tratamento justo e equitativo, no seu

território, dos investimentos de investidores da outra Parte Contratante. Este tratamento não será menos favorável do que o concedido por cada Parte Contratante aos investimentos feitos no seu território pelos seus próprios investidores ou do que os concedidos por cada Parte Contratante aos investimentos feitos no seu território pelos investidores da nação mais favorecida, se este último tratamento for mais favorável [...]

11. O artigo 6.º, intitulado «Expropriação, indemnização», dispõe:

«(1) Nenhuma das Partes Contratantes adoptará, directa ou indirectamente, medidas de expropriação, nacionalização ou qualquer outra medida de natureza ou efeito equivalentes contra os investimentos de investidores da outra Parte Contratante, salvo se as medidas forem para fins de interesse público, não discriminatórias e realizadas nos devidos termos da lei, e desde que seja providenciada uma indemnização adequada e efectiva [...]

12. O artigo 9.º, intitulado «Diferendos entre uma Parte Contratante e um investidor da outra Parte Contratante», prevê:

«(1) Para efeitos da resolução dos diferendos entre uma Parte Contratante e um investidor da outra Parte Contratante referentes a

investimentos, e sem prejuízo do artigo 10.º do presente acordo de protecção dos investimentos (Diferendos entre Partes Contratantes), as partes em questão procederão a consultas.

(2) Se estas consultas não resultarem numa solução, no prazo de seis meses, o diferendo será submetido, a pedido do investidor, a um tribunal arbitral. Tal tribunal arbitral será estabelecido da seguinte forma:

(a) O tribunal arbitral será constituído para cada caso individual. [...]

(b) Se os prazos especificados na alínea a) do presente artigo não tiverem sido observados, qualquer uma das partes no diferendo poderá, na ausência de qualquer outro acordo, convidar o Presidente do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Paris a proceder às necessárias designações. [...]

(c) Salvo se as partes no diferendo tiverem acordado de forma diferente, o tribunal definirá o seu próprio procedimento. As suas decisões são finais e vinculativas. Cada Parte Contratante deverá assegurar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral. [...]

(3) No caso de ambas as Partes Contratantes se terem tornado membros da Convenção de Washington, de 18 de Março de 1965, para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros

Estados, os diferendos ao abrigo deste artigo poderão, a pedido do investidor, como alternativa ao procedimento mencionado no n.º 2 do presente artigo, ser submetidos ao Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos.

[...]

(5) Nenhum dos Estados Contratantes procurará resolver por via diplomática o diferendo submetido a arbitragem, salvo se o outro Estado Contratante não respeitar ou não cumprir a sentença emitida por um tribunal arbitral.»

13. O artigo 10.º, intitulado «Diferendos entre Partes Contratantes», dispõe:

«(1) Os diferendos entre as Partes Contratantes respeitantes à interpretação ou aplicação das disposições do presente acordo de protecção dos investimentos serão resolvidos por via diplomática.

(2) Se as duas Partes Contratantes não conseguirem chegar a um acordo no prazo de doze meses a contar do início do diferendo entre ambas, este último será submetido, a pedido de qualquer uma das Partes Contratantes, a um tribunal arbitral composto por três elementos. Cada Parte Contratante nomeará um árbitro e estes dois árbitros nomearão um presidente que será um nacional de um Estado terceiro.

[...]

(7) As decisões do tribunal são finais e vinculativas para cada Parte Contratante.»

da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro.

14. O artigo 11.º, intitulado «Cumprimento dos compromissos», dispõe o seguinte, na parte que ora interessa:

«Cada uma das Partes Contratantes garantirá de forma permanente o cumprimento dos compromissos que assumiu relativamente aos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante.»

2. 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.

[...]»

### *Direito da UE*

— Directiva 2003/54

— Tratado CE<sup>6</sup>

15. O artigo 307.º CE prevê:

«1. 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

16. O artigo 9.º da Directiva 2003/54, intitulado «Atribuições dos operadores das redes de transporte», dispõe, na parte que releva para efeitos do presente processo:

«Para efeitos da presente directiva, o operador da rede de transporte é responsável por:

e) Velar por que não haja discriminação, designadamente entre os utilizadores ou categorias de utilizadores da rede, em especial em benefício das empresas suas coligadas.»

6 — Visto que a acção por incumprimento foi intentada antes da entrada em vigor do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2008 C 115, p. 47), mantêm-se ao longo da exposição as referências ao Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO 2002, C 325, p. 33).

17. O artigo 20.º da Directiva 2003/54, intitulado «Acesso de terceiros», dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem garantir a aplicação de um sistema de acesso de terceiros às redes de transporte e distribuição baseado em tarifas publicadas, aplicáveis a todos os clientes elegíveis e aplicadas objectivamente e sem discriminação entre os utilizadores da rede. Os Estados-Membros devem assegurar que essas tarifas, ou as metodologias em que se baseia o respectivo cálculo, sejam aprovadas nos termos do artigo 23.º antes de entrarem em vigor, bem como a publicação dessas tarifas - e das metodologias, no caso de apenas serem aprovadas metodologias - antes da respectiva entrada em vigor.

2. O operador da rede de transporte ou de distribuição pode recusar o acesso no caso de não dispor da capacidade necessária. Essa recusa deve ser devidamente fundamentada, especialmente tendo em conta o disposto no artigo 3.º Os Estados-Membros devem assegurar, se apropriado e quando o acesso for recusado, que o operador da rede de transporte ou distribuição forneça informações relevantes sobre as medidas necessárias para reforçar a rede. Pode ser cobrada ao requerente dessas informações uma taxa razoável que reflecta o custo do fornecimento das mesmas.»

18. As derrogações previstas pelo artigo 26.º da Directiva 2003/54 não se aplicam no caso em apreço.

19. O artigo 29.º da Directiva 2003/54 revogou a Directiva 96/92/CE com efeitos a partir de 1 de Julho de 2004, sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros em matéria de prazos de transposição e de aplicação da referida directiva.

20. Por força do artigo 30.º da Directiva 2003/54, os Estados-Membros deviam pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para lhe dar cumprimento o mais tardar até 1 de Julho de 2004.

21. De acordo com o seu artigo 31.º, a Directiva 2003/54 devia entrar em vigor 20 dias após a sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia, o que se verificou em 15 de Julho de 2003.

— Regulamento 1228/2003<sup>7</sup>

22. O artigo 7.º, intitulado «Novas interligações», dispõe, na parte que releva para efeitos do presente processo:

«1. As novas interligações de corrente contínua podem ser isentas, a pedido, do disposto

7 — Regulamento (CE) n.º 1228/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade (JO L 176, p. 1).

no n.º 6 do artigo 6.º do presente regulamento, bem como no artigo 20.º e nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 23.º da Directiva 2003/54/CE, nas seguintes condições:

a) O investimento deve aumentar a concorrência no fornecimento de electricidade;

b) O nível de risco associado ao investimento deve ser tal que o investimento não se realizaria se não fosse concedida uma isenção;

c) O proprietário da interligação deve ser uma pessoa singular ou colectiva, separada, pelo menos no plano jurídico, dos operadores em cujas redes será construída a interligação;

d) Devem ser aplicadas tarifas aos utilizadores dessa interligação;

e) Desde a abertura parcial do mercado referida no artigo 19.º da Directiva 96/92/CE, nenhuma parte do capital ou dos custos de exploração da interligação foi recuperada por via de algum componente das tarifas aplicadas pela utilização das redes de transporte ou distribuição ligadas pela interligação;

f) A isenção não deve prejudicar a concorrência nem o funcionamento efectivo do mercado interno da electricidade ou o funcionamento efectivo do sistema regulado ao qual está ligada a interligação.

[...]

3. O n.º 1 é igualmente aplicável aos aumentos significativos de capacidade em interligações existentes.

4. a) A entidade reguladora pode determinar, caso a caso, uma isenção em conformidade com os n.ºs 1 e 2. Todavia, os Estados-Membros podem determinar que as entidades reguladoras apresentem ao organismo competente dos Estados-Membros, para decisão formal, o seu parecer quanto ao pedido de isenção. Esse parecer deve ser publicado juntamente com a decisão.

[...]

5. A decisão de isenção deve ser imediatamente notificada à Comissão pela entidade competente, acompanhada de todas as informações pertinentes para a decisão. Essas informações podem ser apresentadas à Comissão de forma agregada, de modo a que esta possa formular uma decisão bem fundamentada.

[...]

No prazo de dois meses após a recepção da notificação, a Comissão pode solicitar que a entidade reguladora ou o Estado-Membro em



questão altere ou anule a decisão de conceder a isenção. Este prazo de dois meses pode ser prorrogado por mais um mês sempre que a Comissão pretenda obter informações complementares.

[...]»

### III — Matéria de facto e tramitação processual

23. Em 27 de Outubro de 1997, a ATEL e a antecessora jurídica da SEPS concluíram o contrato pelo qual a SEPS concedeu à ATEL o direito de transmitir 300 MW numa linha de transporte de electricidade de 400 kV. A linha em questão era a linha de transporte Lemesany-Krosno, ainda a construir, entre a Polónia e a Eslováquia. O direito de transporte seria permitido por um período de 16 anos com termo em 30 de Setembro de 2014. A Eslováquia não era parte no contrato. Esperava-se que a linha de transporte estivesse em funcionamento a partir de 1 de Outubro de 1998. A ATEL tinha o direito de resolver o contrato se a linha não estivesse em funcionamento até 1 de Outubro de 1999 o mais tardar.

24. À ATEL foi concedido o direito a esta capacidade de transporte como contrapartida pelo pagamento numa única vez de uma quantia global que ascendia a mais de 50% dos custos necessários à construção da linha de transporte Lemesany-Krosno na

Eslováquia e de uma tarifa de transporte a ser reactualizada cada dois anos nos termos de um mecanismo enunciado no contrato. As partes podem transferir os direitos e obrigações que lhes incumbem por força do contrato a um sucessor, desde que este último possa cumprir as referidas obrigações.

25. O contrato, redigido em alemão, é um acto de direito privado, regulado pelo direito austríaco. O mesmo prevê que os diferendos entre as partes serão submetidos a arbitragem nos termos das regras da Câmara de Comércio Internacional de Paris.

26. O Tratado de Adesão foi assinado pela Eslováquia em 16 de Abril de 2003. Pouco tempo depois, em 26 de Junho de 2003 foi publicada a Directiva 2003/54. Em 1 de Maio de 2004, a Eslováquia aderiu à UE<sup>8</sup>. Enquanto Estado-Membro, está obrigada a cumprir todas as obrigações decorrentes do Tratado CE. Uma vez que o prazo de transposição da Directiva 2003/54 terminou em Junho de 2004, esta directiva não fazia parte do acervo comunitário que a Eslováquia estava obrigada a cumprir a partir da data da adesão. Além disso, o Acto de Adesão não previu quaisquer condições no tocante à aplicação da Directiva 96/92 à Eslováquia<sup>9</sup>.

8 — Tratado entre o Reino da Bélgica, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a Irlanda, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República Portuguesa, a República da Finlândia, o Reino da Suécia, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Estados-Membros da União Europeia) e a República Checa, a República da Estónia, a República de Chipre, a República da Letónia, a República da Lituânia, a República da Hungria, a República de Malta, a República da Polónia, a República da Eslovénia, a República Eslovaca relativo à adesão à União Europeia da República Checa, da República da Estónia, da República de Chipre, da República da Letónia, da República da Lituânia, da República da Hungria, da República de Malta, da República da Polónia, da República da Eslovénia e da República Eslovaca (JO L 236, p. 17).

9 — De acordo com a Comissão, a Eslováquia devia ter solicitado a inclusão no respectivo Acto de Adesão de uma disposição transitória que confirmasse o seu direito de continuar a reservar capacidade de transporte à ATEL. Analisarei a relevância deste argumento *infra*.

27. Em 10 de Abril de 2006, a Comissão enviou à Eslováquia uma notificação para cumprir, seguida de um parecer fundamentado em 15 de Dezembro de 2006. Na sua petição, a Comissão alega que o acesso prioritário concedido à ATEL nos termos do contrato é contrário às obrigações que incumbem à Eslováquia por força dos artigos 9.º, alínea e), e 20.º, n.º 1, da Directiva 2003/54, respeitantes ao acesso não discriminatório à rede de transporte.

28. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a existência de um incumprimento deve ser apreciada em função da situação tal como se apresentava no termo do prazo fixado no parecer fundamentado, ou seja, no presente caso, decorridos dois meses após 15 de Dezembro de 2006<sup>10</sup>.

#### IV — Análise

29. Na análise do presente processo, considerarei, em primeiro lugar, algumas questões preliminares, seguindo-se uma análise da questão de saber se o tratamento da ATEL pela Eslováquia constitui uma discriminação contrária à Directiva 2003/54. Em caso afirmativo, passarei a analisar a questão de saber se esse tratamento está ressalvado pelo

Tratado da Carta da Energia ou por força do artigo 307.º, n.º 1, CE.

#### A — Questões preliminares

30. No presente processo, suscitam-se duas questões preliminares: (i) a questão de saber se a conduta da SEPS pode ser atribuída à Eslováquia, e (ii) a questão de saber se o Tribunal de Justiça pode obrigar a Eslováquia a resolver um contrato de direito privado de molde a eliminar o incumprimento.

31. Quanto à primeira questão, embora nenhuma parte tenha feito qualquer alusão à titularidade da SEPS, verifica-se que esta é detida a 100% pela Eslováquia<sup>11</sup>. Consequentemente, a sua conduta pode ser atribuída à Eslováquia, uma vez que os actos das empresas públicas são imputáveis aos Estados-Membros<sup>12</sup>.

32. Quanto à segunda questão, de acordo com a defesa da Eslováquia, o organismo regulador da energia eslovaco (URSO) deu um parecer negativo relativamente ao acesso

10 — Acórdãos de 27 de Novembro de 1990, Comissão/Grécia (C-200/88, Colect., p. I-4299, n.º 13), de 31 de Março de 1992, Comissão/Itália (C-362/90, Colect., p. I-2353, n.º 10) e de 7 de Março de 2002, Comissão/Espanha (C-29/01, Colect., p. I-2503, n.º 11).

11 — [http://www.sepsas.sk/seps/en\\_Clanok012.asp?kod=128](http://www.sepsas.sk/seps/en_Clanok012.asp?kod=128)

12 — V., por exemplo, acórdão de 25 de Abril de 1996, «Autocarros Valões» (Comissão/Bélgica) (C 87/94, Colect., p. I-2043).

prioritário concedido à ATEL, o que provocou uma alteração na prática de concessão do acesso à rede. De acordo com as cartas anexas à defesa da Eslováquia, do Presidente da URSO e do Presidente da SEPS, ambas datadas de 10 de Julho de 2009 e escritas com vista ao presente processo, a ATEL deixou de ter acesso prioritário à rede e passou a obter a totalidade da sua capacidade em leilão desde 1 de Janeiro de 2008.

33. A Comissão alega que isto não é suficiente, uma vez que o contrato entre a ATEL e a SEPS continua a existir. Para alicerçar este argumento, invoca o facto de o Tribunal de Justiça ter declarado que uma prática administrativa não basta para eliminar um incumprimento.

34. No acórdão Comissão/Grécia, o Tribunal de Justiça enunciou que uma simples prática administrativa, por natureza modificável à vontade da administração, não desvincula esse Estado-Membro da obrigação de remover as disposições legislativas contrárias ao direito comunitário<sup>13</sup>. De acordo com esta jurisprudência, só a alteração da própria legislação pode assegurar o fim do incumprimento.

35. No entanto, no caso em apreço, o incumprimento decorre de um contrato de direito privado entre duas empresas, regulado pelo direito austríaco, e não de um acto legislativo ou regulamentar. Por conseguinte, não resulta claro que medidas legais deverá a Eslováquia ser obrigada a tomar, enquanto Estado-Membro, relativamente ao contrato, para eliminar o alegado incumprimento. O enunciado no acórdão Comissão/Grécia não pode ser aplicado, enquanto tal, no presente caso.

36. Assim, a presente situação coloca questões interessantes quanto à obrigação que também pode incumbir ao Estado-Membro de resolver um contrato de direito privado que não é regulado pelo seu direito a fim de eliminar um incumprimento. A questão de saber se um Estado-Membro está obrigado a resolver um contrato quando o Tribunal de Justiça declare existir um incumprimento tem sido discutida sobretudo em matéria de concursos públicos<sup>14</sup>. Creio que esta jurisprudência tem pouca relevância no caso em apreço, uma vez que a legislação em matéria de concursos públicos se destina precisamente a regular o modo como devem ser celebrados e adjudicados os contratos por entidades públicas ou que utilizam fundos públicos. Este não é o caso no domínio da distribuição da electricidade.

37. Fora do domínio dos concursos públicos, é duvidoso que o Estado-Membro esteja

13 — Acórdão de 14 de Julho de 1988, Comissão/Grécia (C-38/87, Colect., p. 4415, n.º 9, 10, 12 e 16).

14 — Acórdãos de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha (C-20/01 e 28/01, Colect., p. 1-3609) e de 28 de Outubro de 1999, Comissão/Austria (328/96, Colect., p. 1-7479).

obrigado a resolver um contrato válido de direito privado. De facto, tal seria contrário ao princípio da segurança jurídica e poderia punir terceiros que são inocentes relativamente à violação cometida por um Estado-Membro. Os princípios do direito europeu dos contratos prevêem que só em casos excepcionais poderá a violação da lei conduzir automaticamente à invalidade de um contrato. Para que tal suceda, deve haver uma violação suficientemente grave de um princípio geral do direito ou de uma norma jurídica compulsória<sup>15</sup>.

38. Importa observar que mesmo que a Eslováquia fosse parte no contrato, não teria, em meu entender, o direito de se retirar do contrato sem o acordo da ATEL. Resulta dos autos que a ATEL insistiu no seu direito de invocar o contrato<sup>16</sup>.

*B — Existe discriminação nos termos da Directiva 2003/54?*

39. A Comissão sustenta que a reserva de uma parte da capacidade de transporte a

uma empresa se traduz na concessão de uma posição privilegiada a um utilizador em detrimento dos outros, o que constitui, por sua vez, uma discriminação entre as diferentes empresas que pretendem ter acesso à rede. Para alicerçar este argumento, invoca o acórdão VEMW, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 96/92 se opõe a medidas que atribuem uma capacidade prioritária de transporte transfronteiriço de electricidade quando não tenham sido autorizadas no âmbito da derrogação prevista no artigo 24.º da referida directiva<sup>17</sup>.

40. A Eslováquia alega que, pelo facto de a ATEL ter feito contribuições importantes para a construção da linha de transporte Lemesany-Krosno se encontra numa posição diferente dos demais utilizadores e que o seu tratamento diferente não constitui uma discriminação.

41. Segundo jurisprudência assente, o princípio geral da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, excepto se

15 — Artigos 15:101 e 15:102.V.: [http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/Skabelon/pecl\\_engelsk.htm](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm)

16 — Não existe nenhuma explicação nos autos do motivo pelo qual o contrato deixou de se aplicar entre as partes. Uma vez que a ATEL não é parte no presente processo, é impossível conhecer a sua opinião sobre esta matéria. A meu ver, podem existir motivos económicos ou jurídicos válidos para que a ATEL não exija a aplicação do contrato e, simultaneamente, também não renuncie aos seus direitos daí decorrentes.

17 — Acórdão de 7 de Junho de 2003, VEMW (C-17/03, Colect., p. I-4983).

esse tratamento diferente for objectivamente justificado<sup>18</sup>.

42. O acesso prioritário a 300 MW de capacidade de transporte na linha Lemesany-Krosno constitui uma diferença de tratamento entre a ATEL e as demais empresas que pretendem ter acesso à rede. Coloca-se, por conseguinte, a questão de saber se a ATEL se encontra numa situação comparável à de todas estas empresas.

1. O acesso prioritário constitui sempre uma discriminação? – a lógica estabelecida no acórdão VEMW

43. O acórdão VEMW tinha por objecto a reserva de uma parte da capacidade da rede transfronteiriça para a importação de electricidade para os Países Baixos a favor de um antigo monopólio («Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven NV», posteriormente designada «Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV», a seguir «SEP/

NEA»), que estava incumbida de desempenhar uma missão de interesse económico geral cujo objecto era garantir o abastecimento eléctrico nos Países Baixos para revenda a preços razoáveis. Em vista disto, a SEP/NEA tinha celebrado, antes da entrada em vigor da Directiva 96/92, diversos contratos internacionais de importação de electricidade e, portanto, necessitava da capacidade que tinha reservado para esse efeito. Com base nestes factos, alegava que a sua situação era diferente da dos outros operadores e que, portanto, não havia discriminação.

44. O Tribunal de Justiça rejeitou implicitamente este argumento, afirmando que, pelo facto de a SEP/NEA ter deixado de estar incumbida desta missão, em consequência da entrada em vigor de Directiva 96/92 e da legislação nacional relevante que procedeu à transposição desta directiva, se encontrava numa situação comparável à dos demais operadores.

45. O Tribunal de Justiça considerou, seguidamente, a questão de saber se o tratamento diferenciado se justificava<sup>19</sup>, tendo concluído negativamente. Para o fazer, remeteu para o artigo 24.º de Directiva 96/92, que prevê o direito de um Estado-Membro derrogar as disposições gerais desta directiva. O Tribunal de Justiça declarou que, uma vez que a Directiva 96/92 prevê a possibilidade de derrogar as disposições relativas à não discriminação, os Estados-Membros não podiam unilateralmente tratar diferenciadamente importadores de electricidade devido a considerações susceptíveis, precisamente, de justificar

18 — Acórdão de 12 de Março de 2002, Omega Air (C-27/00 e C-122/00, Colect., p. I-2569, n.º 79, e jurisprudência aí referida), V. também acórdão de 12 de Março de 2002, AEM e AEM Torino (C-128/03 e C-129/03, Colect., p. I-2861, n.º 58 e jurisprudência aí referida); e os acórdãos de 12 de Dezembro de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Colect., p. I-11915), de 9 de Setembro de 2003, Milk Marque e National Farmers' Union (C-137/00, Colect., p. I-7975, n.º 126); de 20 de Setembro de 1988, Espanha/Conselho (C-203/86, Colect., p. 4563, n.º 25); de 17 de Abril de 1997, EARL de Kerlast (C-15/95, Colect., p. I-1961, n.º 35); de 13 de Abril de 2000, Karlsson (C-292/97, Colect., p. I-2737, n.º 39); e de 6 de Março de 2003, Niemann (C-14/01, Colect., p. I-2279, n.º 49).

19 — Acórdão VEMW, já referido na nota 17, n.º 53.

uma derrogação a disposições da Directiva 96/92<sup>20</sup>, uma vez que tal poria em perigo o efeito útil tanto do artigo 24.º como da própria directiva<sup>21</sup>. Por conseguinte, verifica-se que o Tribunal de Justiça concluiu, no essencial, que a discriminação nunca pode ser justificada ao abrigo da directiva, a menos que tenha sido concedida uma derrogação<sup>22</sup>.

46. Foi já sugerido que a interpretação deste acórdão no sentido de que estabelece um princípio geral, segundo o qual o acesso prioritário constituirá sempre uma discriminação, salvo quando tenha havido uma derrogação, conforme invoca a Comissão, é demasiado ampla e, portanto, indesejável.

47. A primeira crítica visa o tratamento das situações nas quais uma derrogação não é possível. Tecnicamente, a lógica do acórdão VEMW não se pode aplicar a situações nas quais uma derrogação não é possível, criando, assim, um hiato no tempo e provocando um tratamento discriminatório entre os investidores, consoante a data em que o investimento tenha sido efectuado. Assim, os investimentos feitos antes de ter expirado a disposição de derrogação prevista na Directiva 96/92 (a saber, 20 de Fevereiro de 1998) e os posteriores à data da entrada em vigor do

Regulamento 1228/2003 (a saber, 1 de Julho de 2004) poderão ser isentos das disposições em matéria de discriminação, ao passo que os investimentos feitos entre estas datas não o poderão ser. Foi salientado, com razão, que este é um resultado estranho<sup>23</sup>.

48. A segunda crítica refere-se ao facto de que poderão existir bons motivos para tratar os investidores independentes de uma forma diferente relativamente às empresas que pretendem ter acesso às linhas de transporte de electricidade. Os investimentos no sector da energia são importantes, porque esse sector necessita da construção de novas linhas de transporte, assim como do desenvolvimento das tecnologias existentes<sup>24</sup>. A realização destes projectos também é muito dispendiosa<sup>25</sup>. Uma vez que as redes de electricidade constituem monopólios naturais<sup>26</sup>, é desejável, do ponto de vista da liberalização do mercado, que as empresas externas invistam nas redes, uma vez que isto também contribui para o desmantelamento dos antigos monopólios. Além disso, a Comissão já decidiu que as reservas de capacidade para assegurar o investimento não são anti-concorrenciais nos

20 — Acórdão VEMW, já referido na nota 17, n.º 61.

21 — Acórdão VEMW, já referido na nota 17, n.ºs 58, 61, 62, 63.

22 — É esta a interpretação que é dada pela Comissão ao acórdão VEMW. V. documento de trabalho da Comissão sobre o acórdão de Junho de 2005 do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo C-17/03 [SEC (2006) 547, 26 de Abril 2006].

23 — Talus K., Role of the European Court of Justice in the Opening of Energy Markets. ERA Forum (2007) 8, p. 435.

24 — V., por exemplo, o plano de investimento de 10 anos, de âmbito europeu, previsto no Regulamento 1228/2003.

25 — Talus K. e Wälde T., Electricity interconnectors in UE law: energy, security, long term infrastructure contracts and competition law. European Law Review, 2007, Vol. 32, n.º 1, p. 133.

26 — Helm D., Energy, the State and the Market – British Energy Policy since 1979, OUP, 2003, p. 407.

termos do artigo 81.º CE e também não violam o artigo 82.º CE<sup>27</sup>.

49. Embora partilhe destas preocupações, entendo que a lógica seguida no acórdão VEMW se encaixa melhor na lógica de todo o sistema de liberalização do mercado que o legislador está a prosseguir no domínio da política energética.

50. A política energética da UE tem por objectivo a abertura dos mercados e a criação de condições de concorrência equitativas, com o abandono do tratamento preferencial dos antigos monopólios, a fim de aumentar a concorrência no mercado<sup>28</sup>. O princípio da igualdade de acesso é fundamental para se atingir este objectivo<sup>29</sup>.

51. Contudo, o objectivo da liberalização deve ser contrabalançado com a necessidade de encorajar os investimentos no sector da

energia<sup>30</sup>, uma vez que estes são particularmente importantes para garantir a segurança do fornecimento na UE<sup>31</sup>.

52. Creio que o objectivo de se encorajar os investimentos não é posto em causa pelo acórdão VEMW ou pela Directiva 2003/54, uma vez que não se traduzem na proibição total das discriminações<sup>32</sup>. De facto, o legislador teve em conta a necessidade de se protegerem os investimentos, em determinadas circunstâncias, no quadro da Directiva 2003/54<sup>33</sup>. Assim, o artigo 7.º do Regulamento 1228/2003 prevê que as novas interligações podem ser isentas, a pedido, do disposto no artigo 20.º da Directiva 2003/54/CE, nas condições referidas nesse artigo. Para efeitos do Regulamento, as interligações são definidas como linhas de transporte que

27 — Comunicação nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho relativa ao processo COMP/E-3/37.921 - Cabo Viking (JO C 247, p. 11). V. também Comissão, XXXIII Relatório sobre a Política da Concorrência, de 2003, p. 220.

28 — Considerandos 1 a 5 da Directiva 2003/54. V. também acórdãos de 22 de Maio de 2008, Energy management proceedings citiworks AG (C-439/06, Colect., p. I-3913, n.º 38) e de 9 de Outubro de 2008, Julius Sabatauskas (C-239/07, Colect., p. I-7523, n.º 31).

29 — V. as conclusões apresentadas em 28 de Outubro de 2004 pelo advogado-geral Stix-Hackel no processo na origem do acórdão VEMW, já referido na nota 17, n.º 58.

30 — V., designadamente, o Livro Verde da Comissão sobre a «Estratégia europeia para uma energia sustentável, competitiva e segura», 08.03.2006 [(COM) 2006 105 final], na qual a Comissão refere que a política energética da UE procura estabelecer um mercado interno de energia que seja integrado, sustentável, competitivo e seguro.

31 — Assim, a Directiva 2005/89/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Janeiro de 2006, relativa a medidas destinadas a garantir a segurança do fornecimento de electricidade e o investimento em infra-estruturas (JO L 33, p. 22), tem por objectivo específico assegurar um investimento suficiente na capacidade de produção de electricidade para garantir um equilíbrio adequado entre a oferta e a procura.

32 — Também é interessante observar que a Directiva 2009/72, a nova directiva que revoga a Directiva 2003/54, contém disposições expressas relativas à promoção da coordenação do planeamento do investimento na UE entre Estados-Membros (v. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu 2007/0195 COD).

33 — Artigo 7.º do Regulamento 1228/2003, aplicável desde 1 de Julho de 2004.

atravessam ou transpõem uma fronteira entre Estados-Membros<sup>34</sup>.

com a necessidade de atrair e proteger os investimentos, e é o que pretendia o legislador.

53. Assim, o sistema permite um tratamento diferenciado em determinados casos, restringindo-o embora a um quadro que se encontra sob o controlo, em última instância, da Comissão. Ao abrigo do procedimento descrito no artigo 7.º do Regulamento 1228/2003, a entidade reguladora pode, caso a caso, decidir conceder uma isenção do disposto no artigo 20.º da Directiva 2003/54 para o caso de investimentos em novas interligações de corrente contínua. Acresce que os Estados-Membros podem determinar que estas entidades reguladoras devem apresentar ao organismo competente dos Estados-Membros o seu parecer quanto ao pedido de isenção<sup>35</sup>. Em seguida, a decisão de isenção é notificada à Comissão para que esta a possa examinar. Depois de examinar a notificação, a Comissão pode solicitar que a entidade reguladora altere ou anule a decisão de concessão da isenção<sup>36</sup>.

54. Creio, pois, que a regra geral de que não é permitido um acesso prioritário a menos que tal seja permitido por uma correspondente derrogação constitui uma forma correcta de contrabalançar a liberalização do mercado

2. O caso da ATEL e dos investidores independentes

55. Consequentemente, o argumento da Eslováquia de que os investidores se encontram numa situação diferente não pode proceder.

56. É certo que esta conclusão tem consequências mais sérias para a empresa do caso em apreço do que a em causa no acórdão VEMW, porque a SEP/NEA podia vender a electricidade que se tinha comprometido a adquirir ao abrigo dos contratos internacionais fora dos Países Baixos<sup>37</sup>, ao passo que, no presente caso, a ATEL não pode razoavelmente dispor dos seus direitos contratuais de acesso prioritário porque estes passarão a ser inúteis.

57. Todavia, permitir que os investidores possam ser tratados de forma diferente equivaleria a deixar que um pequeno grupo de

34 — Artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento 1228/2003.

35 — Artigo 7.º, n.º 4, alínea a) do Regulamento 1228/2003.

36 — Artigo 7.º, n.º 5, do Regulamento 1228/2003.

37 — Acórdão VEMW, já referido na nota 17, n.º 83. O Tribunal de Justiça também referiu a possibilidade de o operador nacional procurar obter uma indemnização das autoridades pelo facto de estas não terem solicitado uma derrogação ao abrigo do artigo 24.º da Directiva 96/92 (v. n.º 86).



empresas adquirisse um acesso prioritário, o que seria contrário aos próprios objectivos da Directiva 2003/54 e, de um modo mais geral, à política energética da UE.

58. A ATEL é simplesmente uma empresa mais que pretende ter acesso à rede para efeitos do transporte de electricidade para os seus clientes. Como tal, está em concorrência com vários outros potenciais vendedores de electricidade, pelo que deve ser considerada em situação comparável à destes.

59. Por conseguinte, o tratamento prioritário constitui, no caso em apreço, uma discriminação na acepção da Directiva 2003/54, pelo que é necessário apreciar se este tratamento está justificado.

### C — *Justificação*

#### 1. O Tratado da Carta da Energia

60. A principal linha de defesa da Eslováquia relativamente ao acesso privilegiado concedido à ATEL consiste em invocar as obrigações que decorrem do Tratado da Carta da Energia. Refere, correctamente, que a Directiva 2003/54 deve ser interpretada em

conformidade com as obrigações da UE decorrentes do Tratado da Carta da Energia<sup>38</sup>. Além disso, sendo o Tratado da Carta da Energia um acordo misto, a UE está juridicamente vinculada pelas obrigações de tratamento justo e equitativo e de não expropriação que assumiu no quadro deste Tratado e que se assemelham às disposições substantivas do acordo de protecção dos investimentos.

61. Creio, porém, que as disposições pormenorizadas que constam da Directiva 2003/54 e foram interpretadas de forma minuciosa no acórdão VEMW não podem ser substituídas pelas disposições mais gerais que constam do Tratado da Carta da Energia<sup>39</sup>. Isto é tanto mais certo quanto se trata de uma interpretação que procura estabelecer uma isenção retroactiva das disposições em matéria de não discriminação que a Directiva 2003/54 não permite.

62. Resta, pois, a questão das obrigações que a UE assumiu directamente enquanto parte contratante do Tratado da Carta da Energia.

63. Entendo que o Tratado da Carta da Energia não oferece ao investidor maior protecção do que o acordo de protecção dos investimentos. Não se pode afirmar que a legislação da UE em matéria de energia, tal como existe nos termos da Directiva 2003/54 e do Regulamento 1228/2003, não atinge os níveis

38 — Acórdão de 10 de Setembro de 1996, Comissão/Alemanha (C-61/94 Colect., p. I-3898, n.º 52).

39 — Acórdão de 16 de Julho de 1998, Scotch Whisky Association (C-136/96, Colect., p. I-4571, n.º 47).

exigidos pelo Tratado da Carta da Energia no que se refere aos investimentos abrangidos *ratione temporis* por estes actos legislativos. Além disso, no que diz respeito à fruição e protecção dos investimentos, o nível geral da protecção dos direitos fundamentais proporcionado pelo direito da UE garante aos investidores uma protecção que cumpre as obrigações resultantes dos artigos 10.º, n.º 1, e 13.º, n.º 1, do Tratado da Carta da Energia<sup>40</sup>.

64. No caso em apreço, uma vez que o contrato está protegido pelo artigo 307.º, n.º 1, CE, como seguidamente demonstrarei, a UE não está a agir relativamente à ATEL em violação das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado da Carta da Energia. Portanto, não é necessário aprofundar mais a interpretação do Tratado da Carta da Energia.

## 2. Derrogação

65. A Comissão sustenta que a Eslováquia devia ter negociado uma derrogação a respeito do contrato no seu Acto de Adesão.

66. Entendo, porém, que não se podia esperar que a Eslováquia negociasse uma derrogação a uma disposição cujo estatuto no quadro do direito da UE era ainda incerto. À data da adesão, não era claro que o acesso prioritário constituísse uma discriminação na acepção da Directiva 2003/54. Em primeiro lugar, na altura em que o Tratado de Adesão estava a ser negociado, o acórdão VEMW ainda não tinha sido proferido<sup>41</sup>. Além disso, no processo na origem desse acórdão, os Governos dos Países Baixos, francês e finlandês, bem como a Comissão, consideraram que as medidas de acesso prioritário em causa não constituíam uma discriminação<sup>42</sup>. Acresce que, no seu relatório anual de 2003 sobre a política da concorrência, a Comissão adoptou a posição de que os contratos anteriores à liberalização eram válidos, embora suscitasse questões em matéria de concorrência<sup>43</sup>. É duvidoso que os Estados-Membros e a Comissão tivessem aceite uma derrogação a favor de um Estado candidato nas negociações de adesão, assentando esta derrogação numa interpretação do acervo comunitário que na altura não partilhavam.

67. Por outro lado, estando o contrato protegido ao abrigo do artigo 307.º, n.º 1, CE, uma especulação a respeito das negociações de

40 — Quanto à protecção do investimento da ATEL, não creio que pudesse haver uma sucessão de obrigações entre a Eslováquia e a UE tal que incumbessem a esta última obrigações específicas, nos termos do Tratado da Carta da Energia, relativamente a um investidor que fez o investimento no território de uma parte contratante antes da adesão desta última à UE.

41 — O Tratado de Adesão, que inclui o Acto de Adesão, foi assinado em Atenas em 16 de Abril de 2003. O acórdão VEMW foi proferido pela Grande Secção do Tribunal de Justiça em 7 de Junho de 2005.

42 — n.º 39.

43 — Comissão, XXXIII Relatório Anual sobre a Política da Concorrência, de 2003, p. 202.

adesão passa a ser irrelevante, porque, nesse caso, a Eslováquia não necessitava de uma isenção.

D — *Artigo 307.º CE: Obrigações internacionais contraídas antes da adesão*

68. A Comissão alega que não existe nenhuma obrigação decorrente de uma convenção concluída antes da adesão, na aceção do artigo 307.º CE, e que, portanto, tal não pode constituir uma justificação para o tratamento discriminatório concedido à ATEL.

1. O contrato é um investimento que pode ser protegido ao abrigo do acordo de protecção dos investimentos?

69. O acordo de protecção dos investimentos aplica-se aos investimentos, definidos como «todo o tipo de valores patrimoniais», e a uma lista não exaustiva de possíveis outros exemplos do que poderá constituir um investimento, inclusive «reivindicações e direitos a uma qualquer prestação com valor económico»<sup>44</sup>.

44 — Artigo 1.º, n.º 2, alínea c), do acordo de protecção dos investimentos.

70. No caso em apreço, a ATEL adquiriu um direito de transporte de uma determinada capacidade na linha Lemesany-Krosno, mediante o pagamento de mais de metade dos custos de construção, a um preço a ser calculado nos termos das estipulações do contrato. Em contrapartida, a SEPS obrigou-se a conceder esta capacidade à ATEL quando esta o exija, ou seja, deve oferecer um serviço preferencial de operador de rede de transporte. Este direito que a ATEL adquiriu tem um valor económico, uma vez que garante o acesso à rede de transporte eslovaca de que necessita para poder vender electricidade proveniente ou que acesse a Hungria em direcção à Polónia.

71. Pode, pois, ser considerado um investimento na aceção de artigo 1.º, alínea c), do acordo de protecção dos investimentos.

2. O acordo de protecção dos investimentos cria uma obrigação na aceção do artigo 307.º CE?

72. O artigo 307.º CE destina-se a encontrar um equilíbrio entre, por um lado, os direitos anteriores à adesão de países terceiros (nos termos do artigo 307.º, n.º 1, CE) e, por outro, a sanar as incompatibilidades com o Tratado UE que daí possam resultar por força da obrigação que incumbe aos Estados-Membros de recorrer a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades entre os acordos

anteriores à adesão e as obrigações que assumem no quadro da UE (nos termos do artigo 307.º, n.º 2, CE)<sup>45</sup>. A jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça vergou sobre esta última obrigação prevista no artigo 307.º, n.º 2, CE<sup>46</sup>. Todavia, o presente processo centra-se exclusivamente no artigo 307.º, n.º 1, CE, pois a Comissão não invocou o artigo 307.º, n.º 2, CE.

73. Nos termos do artigo 307.º, n.º 1, CE, as disposições do Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de uma convenção concluída antes da data da adesão de um Estado-Membro entre este Estado-Membro e um ou mais Estados terceiros<sup>47</sup>. Por conseguinte, essa disposição resolve o conflito entre as duas obrigações incompatíveis a favor da obrigação anterior e, assim, codifica o princípio do direito internacional de que um tratado subsequente que conflita com um anterior não pode prejudicar juridicamente os direitos de um Estado que só é parte no Tratado anterior<sup>48</sup>.

74. Apesar de o artigo 307.º, n.º 1, CE se referir unicamente às obrigações dos Estados-Membros, este artigo não alcançaria a sua finalidade se não implicasse também a obrigação de as instituições da Comunidade não colocarem entraves à execução dos compromissos dos Estados-Membros decorrentes de um acordo anterior<sup>49</sup>.

75. Além disso, o artigo 307.º, n.º 1, CE não tem por efeito conferir aos particulares que invoquem um acordo anterior à adesão direitos que os tribunais nacionais dos Estados-Membros devessem confirmar e também não prejudica os direitos de que os particulares poderão beneficiar com base em tal acordo<sup>50</sup>.

76. No caso em apreço, é claro que a Eslováquia assumiu obrigações para com a Suíça nos termos do acordo de protecção dos investimentos, obrigando-se a proteger os investimentos realizados por investidores suíços na Eslováquia. Além disso, é manifesto que o acordo de protecção dos investimentos também confere direitos aos investidores nos termos do direito internacional, podendo estes invocar a cláusula de arbitragem que consta

45 — Acórdão de 4 de Julho de 2000, Comissão/Portugal (C-62/98, Colect., p. 1 5171, n.º 50).

46 — V., por exemplo, acórdãos de 3 de Março de 2009, Comissão/Austria (C-205/06, Colect., p. I-1301); Comissão/Suécia (C-249/06, Colect., p. 1335); e de 19 de Novembro de 2009, Comissão/Finlândia (C-118/07, Colect., p. I-10889).

47 — V. também acórdão de 3 de Março de 2009, Comissão/Austria (C-205/06, Colect., p. I-1301, n.º 33) e processos aí referidos [acórdãos de 14 de Outubro de 1980, Burgoa (812/79, Colect., p. 2787, n.º 8); de 4 de Julho de 2000, Comissão/Portugal, (C-84/98, Colect., p. I-5215, n.º 53); e de 18 de Novembro de 2003, Budějovický Budvar, (C-216/01, Colect., p. I-13617, n.ºs 144 e 145)].

48 — Artigo 34.º da Convenção de Viena.

49 — Acórdão Burgoa, já referido na nota 47, n.º 9.

50 — Acórdão Burgoa, já referido na nota 47, n.º 10. O princípio da «não inferência» foi claramente afirmado pelo advogado-geral Capotorti nas conclusões apresentadas no processo na origem desse acórdão em 10 de Julho de 1980 (p.2), quando afirmou «...o n.º 1 do artigo 234.º nada acrescenta à situação jurídica original dos direitos e obrigações que decorrem de acordos anteriores entre Estados-Membros e países terceiros e tais direitos e obrigações permanecem completamente estranhos ao direito comunitário. Em última análise, mesmo que a disposição em apreciação não tivesse sido inserida no Tratado, a posição jurídica pré-existente das relações com países terceiros teria permanecido igualmente inalterada.»

deste acordo contra uma Parte Contratante, independentemente dos efeitos jurídicos que o acordo de protecção dos investimentos produza nas ordens jurídicas internas das Partes Contratantes e sem a necessidade de procurar protecção diplomática por força do direito público internacional.

resolução do contrato não constituirá (i) uma violação do tratamento justo e equitativo previsto na disposição relativa aos investimentos que consta do acordo de protecção dos investimentos ou (ii) uma expropriação como definida nos termos do referido acordo.

77. Uma vez que os direitos que resultam para os particulares de um acordo internacional anterior à adesão não são afectados, se a Eslováquia assumiu obrigações nos termos do acordo de protecção dos Investimentos relativamente à ATEL que não podem ser satisfeitas caso aplique a Directiva 2003/54 conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça no acórdão VEW, pode invocar em sua defesa o disposto no artigo 307.º, n.º 1, CE, e justificar deste modo o tratamento discriminatório.

79. Como princípio geral, o Tribunal de Justiça não é competente para interpretar o acordo de protecção dos investimentos, uma vez que esta missão é da competência exclusiva dos tribunais arbitrais a constituir por uma Parte Contratante e por um investidor de outra Parte Contratante nos termos da artigo 9.º do acordo de protecção dos investimentos, ou pelas Partes Contratantes nos termos do seu artigo 10.º O mesmo se aplica à interpretação do próprio contrato. Além disso, há também o risco de, da análise das cláusulas de arbitragem do acordo de protecção dos investimentos e do próprio contrato, serem retiradas, por um tribunal arbitral, conclusões diferentes das conclusões que delas possa retirar o Tribunal de Justiça.

78. A Comissão alega, em primeiro lugar, que não há conflito entre o direito da UE e o próprio acordo de protecção dos investimentos, porque nada há no referido acordo que seja incompatível com o direito da UE. Além disso, a Comissão nega que exista uma obrigação decorrente do acordo de protecção dos investimentos, uma vez que a Eslováquia não está obrigada a manter em vigor o contrato nos termos deste acordo. Sustenta que a

80. Para efeitos da presente acção por incumprimento, o Tribunal de Justiça deve, contudo, seguir uma certa «reconstrução interpretativa» dos elementos da situação jurídica criada por estas empresas, a fim de determinar se existe uma obrigação na aceção

de artigo 307.º, n.º 1, CE<sup>51</sup>. Porém, para o Tribunal de Justiça, estes elementos jurídicos surgem como factos relacionados com a alegada violação e não como normas jurídicas que devam ser por ele interpretadas.

81. Quando o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar acordos internacionais, fá-lo em conformidade com o artigo 31.º da Convenção de Viena. Nos termos do artigo 31.º da Convenção de Viena, um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim. Neste sentido, ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto, qualquer norma relevante do direito internacional que seja aplicável às relações entre as partes.

82. Nos termos do artigo 31.º, n.º 4, da Convenção de Viena, na interpretação das disposições de um acordo internacional, é também importante considerar o eventual sentido particular atribuído pelas partes a um determinado termo. No caso em apreço, é claro que as partes no acordo de protecção dos investimentos tencionavam dar às palavras deste acordo o significado que lhes foi atribuído pelos tribunais arbitrais e pelo Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (a seguir «CIRDI»), uma vez que o acordo de protecção dos

investimentos faz referência expressa à resolução dos diferendos por um tribunal arbitral estabelecido de acordo com o procedimento previsto no próprio acordo ou mediante a submissão dos diferendos ao CIRDI<sup>52</sup>. Embora, no quadro das arbitragens, não exista uma doutrina clara em matéria do carácter vinculativo dos precedentes, os tribunais arbitrais fazem habitualmente alusão, nas suas conclusões, às decisões de outros tribunais.

83. O objecto e a finalidade do acordo de protecção dos investimentos, conforme este refere no seu preâmbulo, consistem em criar e manter condições favoráveis para os investimentos, assim como em promover e proteger tais investimentos. Além disso, o artigo 3.º do acordo de protecção dos investimentos prevê expressamente que as Partes Contratantes promoverão os investimentos no seu território.

84. O artigo 4.º do referido acordo determina o modo como os investimentos serão tratados e protegidos, uma vez admitidos. Relacionadas com a protecção dos investimentos, as estipulações respeitantes aos casos de expropriação estão previstas no artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos. Considerarei sucessivamente cada um destes artigos.

51 — V. acórdão de 2 de Agosto de 1993, Levy (C-158/91, Colect., p. I 4287) no qual o Tribunal declarou que, para determinar se pode ser afectado o efeito útil de norma comunitária por uma convenção internacional anterior, «importa examinar se esta impõe ao Estado Membro em causa obrigações cujo cumprimento pode ainda ser exigido pelos Estados terceiros que são partes na convenção». (n.º 13). V. também acórdãos de 14 de Janeiro de 1997, Centro-Com (C-124/95, Colect., p. I-81, n.º 57), e de 10 de Março de 1998, T. Port. (C-364/95 e C-365/95, Colect., p. I-102, n.º 60).

52 — Artigo 9.º, n.º 3, do acordo de protecção dos investimentos.

a) «Tratamento justo e equitativo» ao abrigo do artigo 4.º do Acordo de Protecção dos Investimentos

Europeu de Helsínquia, em Dezembro de 1999, que a Eslováquia foi convidada a iniciar negociações para aderir à UE. Esta data é posterior à data em que foi convidado a iniciar negociações o primeiro grupo de Estados candidatos que aderiram à UE simultaneamente com a Eslováquia<sup>54</sup>.

85. Em relação ao artigo 4.º do acordo de protecção dos investimentos, a Comissão refere que a ATEL não tinha a confiança legítima de que o quadro jurídico permanecesse inalterado. Em especial, devia estar ciente de que a Eslováquia estava prestes a aderir à UE, uma vez que já tinha celebrado o acordo europeu e apresentado o seu pedido de adesão.

88. Esta cronologia pode sugerir que, em 1997, um investidor não podia estar certo ou antecipar se e em que data a Eslováquia aderiria à UE, uma vez que a sua situação era ainda incerta.

86. A Eslováquia alega que, na data da realização do investimento, em 1997, a ATEL não podia prever a data de adesão da Eslováquia. Em todo o caso, não esperava ser privada do seu investimento, sobretudo porque a política da UE, à data, indicava o seu desejo de desenvolver as capacidades de transporte de electricidade, inclusive fora da Europa, como resulta da Directiva 90/547/CEE<sup>53</sup>.

89. Apesar deste facto, a ATEL podia, ainda assim, esperar que o quadro jurídico permanecesse inalterado?

87. É verdade que a cronologia da adesão da Eslováquia foi diferente da dos outros países que aderiram na mesma altura. A Eslováquia assinou o Acordo de Associação em 4 de Outubro de 1993 e o Primeiro Ministro eslovaco apresentou o pedido de adesão à UE no Conselho Europeu de Cannes em 27 de Junho de 1995. Contudo, foi só durante o Conselho

90. Os termos literais do artigo 4.º do acordo de protecção dos investimentos indicam que, para assegurar a protecção dos investimentos, o Estado de acolhimento não deve prejudicá-los através da adopção de medidas desproporcionadas ou discriminatórias. Além disso, exige que o Estado de acolhimento trate os investimentos de forma justa e não menos favorável do que os investimentos feitos pelos seus próprios investidores.

53 — Directiva 90/547/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1990, relativa ao trânsito de electricidade nas grandes redes (JO L 313, p. 30).

54 — O Conselho Europeu do Luxemburgo decidiu, em Dezembro de 1997, que as negociações sobre a adesão se iniciassem com seis países candidatos (República Checa, Chipre, Estónia, Hungria, Polónia e Eslovénia) em 1998. Conclusões da Presidência - Conselho Europeu do Luxemburgo, 12-13 de Dezembro de 1997; Conselho da União Europeia, 16.04.2004, SN400/97. Disponível em <http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/>.

91. Creio que o nível de protecção que o artigo 4.º confere no seu todo não indica que o quadro jurídico e comercial nunca será alterado, mas unicamente que as alterações não devem ser arbitrárias nem prejudicar o investidor estrangeiro de uma forma desproporcionada ou discriminatória, relativamente aos investidores nacionais que fazem investimentos no território.

92. Verifica-se que esta conclusão tem apoio na prática arbitral. Em geral, existe a obrigação de não alterar o ambiente jurídico e comercial em que o investimento foi feito<sup>55</sup>. Todavia, no contexto de investimentos num país num processo de transição a partir do seu passado comunista, os tribunais arbitrais decidiram que o investidor não tinha a confiança legítima de que as leis se manteriam inalteradas<sup>56</sup>. Nestas situações, poder-se-ia esperar que o investidor mitigasse a sua exposição ao ambiente jurídico instável, incluindo uma cláusula de estabilização ou qualquer outra disposição que o protegesse de alterações

indesejáveis. O facto de o não ter feito pode levar à conclusão de que o investidor assumiu um risco comercial calculado, aceitando a possibilidade de uma alteração à lei que poderá ser, ou é provável que seja, prejudicial aos seus interesses e investimento<sup>57</sup>.

93. Resulta destes processos que é necessário que as alterações legislativas tenham sido expressamente adoptadas a fim de prejudicar o investimento<sup>58</sup>, salvo se tiver sido feita uma promessa em contrário pelo Estado que incentivou o investidor a investir.

94. Contudo, apesar disto, não estou convencido de que a alteração do quadro jurídico com que a ATEL se deparou não é irrazoável, pois está confrontada com a ameaça da total destruição da contrapartida dada ao seu investimento.

95. Para dar um exemplo de uma alteração de um quadro jurídico contra a qual um investidor privado não está protegido, poderia

55 — V., por exemplo, processo arbitral *Occidental Exploration and Production Company/República do Equador*. Decisão arbitral final, London Court of International Arbitration, Processo n.º UN 3467.

56 — No processo *Parkerings-Compagniet/República da Lituânia* (CIRDI, Processo de arbitragem n.º ARB/05/8) os factos relevantes tiveram lugar entre 1991 e 1999 «na sequência da gradual transição da Lituânia, entre 1991 e 1997, de República Soviética a candidata à adesão à UE e à economia de mercado» (n.º 51 da decisão arbitral). No processo *Eastern Sugar/República Checa* (SCC n.º 088/2004), o tribunal arbitral considerou que a mera introdução de um regime de açúcar semelhante ao regime de açúcar da UE, tendo em vista a adesão da República Checa à UE, não constituía uma violação do tratamento justo e equitativo, mas que havia uma violação sempre que a legislação visasse de forma injusta e não equitativa a empresa privada em questão. (n.ºs 271 a 274, 284 ao 287, e 333 a 338). V. também *Genin/Estónia* (processo CIRDI n.º ARB/99/2) (n.º 356).

57 — Decisão arbitral *Parkerings*, n.º 336.

58 — V., por exemplo, decisões arbitrais *Parkerings*, n.º 337, e *Eastern Sugar*, n.º 335.



referir-se a situação de uma agência de viagens estrangeira que participa no financiamento de uma estância de férias em contrapartida pelo direito de utilização de até 20% da sua capacidade de alojamento por um período de 20 anos. A atracção da estância de férias assenta na sua proximidade a uma área natural protegida. Se a estância de férias perder a sua rentabilidade porque uma nova regulamentação proíbe o acesso dos turistas à área protegida, não se pode invocar que a confiança legítima do investidor tenham sido violada, salvo se o Estado em causa tiver participado directa ou indirectamente no negócio ou, de outro modo, tiver feito promessas no sentido da manutenção do *status quo*. Por outro lado, se o Estado, a fim de promover a igualdade de acesso à área protegida, introduzir um nova regulamentação, nos termos da qual todas as agências de viagem devem estar em condições de igualdade quanto ao uso da capacidade de alojamento da nova instância, a situação deve ser apreciada de modo diferente. Um investidor não tem de antecipar as intervenções regulamentares que transformam um investimento privado feito em toda a legalidade num bem comum e, consequentemente, inútil para si.

96. Por conseguinte, mesmo que a ATEL devesse esperar por alterações no quadro regulamentar, é duvidoso que devesse ter antecipado uma alteração regulamentar que lhe retira a possibilidade de fruir do uso

privilegiado da propriedade que adquiriu em consequência do investimento<sup>59</sup>.

b) Expropriação nos termos do artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos

97. O artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos estipula que nenhuma das Partes Contratantes adoptará, directa ou indirectamente, medidas de expropriação, ou qualquer outra medida de natureza ou efeito equivalente, contra os investimentos. Isto, sem prejuízo das medidas adoptadas para fins de interesse público, não discriminatórias, realizadas nos devidos termos da lei e desde que seja providenciada uma indemnização adequada e efectiva.

98. A Comissão sustenta que o artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos não corresponde a uma obrigação internacional de manter o contrato em vigor, uma vez que uma violação do contrato não constituiria uma expropriação. Alega que é raro que a

59 — Creio que o direito que a ATEL tem com base no contrato pode constituir um direito de propriedade na acepção do artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Para uma noção ampla de «posses» protegidas nos termos do artigo 1.º do referido protocolo, v. Harris D., *Law of the European Convention on Human Rights*, p. 656 a 662. Quanto à jurisprudência relativa a investimentos v., por exemplo, o acórdão de 9 de Dezembro de 1994 do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Raffineries Grecques Stran e Stratis Abdradis/Grécia* (petição n.º 13427/87).

interferência de um Estado nos direitos relativos ao investimento de um contraente seja tal que possa constituir uma expropriação indirecta.

redacção lata do artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos, é manifesto que uma acção da Eslováquia no sentido de resolver o contrato interferirá nos direitos da ATEL. Esta ficará privada da *única* retribuição do seu investimento<sup>61</sup>.

99. A Eslováquia argumenta que tal situação corresponderia a uma expropriação indirecta. Em seu entender, a expropriação é uma acção do Estado que interfere de modo negativo na gestão, na fruição e no valor do investimento e que esta se verifica quando a medida pública é irreversível, permanente e afecta o investimento de um modo tal que parte deste investimento desaparece<sup>60</sup>.

100. O artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos está redigido em termos latos. Não só inclui a expropriação directa e indirecta, mas também as medidas de efeito equivalente. Por conseguinte, conclui-se que tem em vista uma ampla protecção dos investimentos.

102. A Comissão alega que expropriação não é ilegal, uma vez que o artigo 6.º do acordo de protecção dos investimentos prevê o pagamento de uma indemnização em caso de expropriação. Assim, segundo esta, o que existe não é uma obrigação de não expropriar, mas sim a obrigação de não expropriar *sem indemnizar*. A Comissão alega que, a se entender isto como uma condição capaz de justificar um tratamento discriminatório, tal se traduziria em aceitar que um argumento através do qual se invoca um encargo financeiro é

101. No caso em apreço, tendo em conta o significado de expropriação, bem como a

60 — Plama Consortium Limited/República da Bulgária (Processo CIRDI n.º ARB/03/24).

61 — É interessante observar que a necessidade do cumprimento do direito da UE não justificará necessariamente as medidas tomadas pelo país de acolhimento que sejam incompatíveis com um tratado bilateral de investimento. Assim, no processo ADCIADMC/Hungria, o tribunal arbitral não aceitou que o cumprimento do direito da UE (nos termos do qual, o *ground handling* no Aeroporto de Budapeste tinha de ser harmonizado com a Directiva 96/97 e o controlo do tráfego aéreo tinha de ser separado dos serviços de operação do aeroporto nos termos do direito da UE) obrigasse à adopção das medidas tomadas pelo país de acolhimento contra o investidor estrangeiro. Considerou que estas medidas constituíam uma expropriação e que, portanto, eram contrárias às obrigações que incumbiam à Hungria por força do tratado bilateral de investimento objecto de análise. V. ADCIADMC/Hungria, processo CIRDI n.º ARB/03/16.

admissível, o que é contrário à jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>62</sup>.

público, e num total respeito pelos direitos do homem e os direitos fundamentais.

103. Creio que, este argumento atribui mais valor ao remédio do que ao direito. O artigo 6.º consagra o direito a indemnização pela violação do direito de não ser expropriado que assiste ao investidor. Este direito a indemnização não nega a existência do direito de não ser expropriado e, portanto, da obrigação internacional, na acepção do artigo 307.º CE, que incumbe à Eslováquia, de não expropriar o investimento, a menos que estejam preenchidas as condições do artigo 6.º, das quais a indemnização é apenas uma de entre outras.

104. Entendo que a expropriação legal não corresponde a uma medida política *ad hoc* dirigida contra um investidor conhecido, ainda que mitigada através de uma indemnização, mas consiste na aplicação de um quadro jurídico pré-existente em situações predefinidas, caracterizadas por um superior interesse

105. Esta conclusão é apoiada pela análise do que se poderia esperar que a Eslováquia fizesse para conseguir alcançar o que a Comissão considera ser a situação jurídica correcta nos termos da Directiva 2003/54. Não é a Eslováquia que é parte no contrato, mas sim a SEPS, a qual não o pode resolver. O contrato deve ser interpretado nos termos do direito austríaco, pelo que a Eslováquia não pode alterar os seus termos ou os seus efeitos através da sua legislação, ou torná-lo desprovido de efeitos jurídicos. Uma lei eslovaca que declarasse inválidos e inaplicáveis na Eslováquia os contratos que proporcionam um acesso privilegiado às redes de transporte não alteraria o facto de que a SEPS permaneceria juridicamente vinculada pelo contrato. Portanto, a única forma concebível do cumprimento pela Eslováquia da obrigação que lhe incumbiria no caso em apreço seria a adopção de legislação que visasse a SEPS e a impedisse de executar o contrato. Creio que tal provavelmente constituiria uma expropriação, ou uma medida de efeito equivalente, e que, além disso, seria provavelmente contrária ao requisito relativo a um tratamento justo e equitativo.

62 — Acórdão de 20 de Fevereiro de 1986, Comissão/Itália (C-309/84, Colect., p. 599, n.º 17). Refira-se que não há qualquer indicação nos autos da concessão à ATEL de uma qualquer compensação pela nova situação. Além disso, uma compensação financeira concedida a um investidor como indemnização pela perda da vantagem discriminatória proibida poderia ser problemática do ponto de vista dos auxílios de Estado. Sobre esta matéria v., por exemplo, Eilmansberfer T., «*Bilateral Investment Treaties and UE law*», 2009, 46 *Common Market Law Review* 383, página 423 e nota 171.

106. Acresce que, uma vez que o actual direito da UE permite derrogações ao princípio de um acesso não discriminatório às redes de transporte de electricidade, não se pode afirmar que a expropriação do investimento da ATEL seria imposta pelo interesse público. Também não se pode afirmar que tal medida

seria tomada numa base não discriminatória, uma vez que existe um hiato entre o fim do período de derrogação permitido ao abrigo do artigo 24.º de Directiva 96/92 e a entrada em vigor do artigo 7.º do Regulamento 1228/2003. Com efeito, este hiato implica que alguns investimentos podem beneficiar de uma derrogação, ao passo que outros não, o que por seu turno significa que não se pode afirmar que a medida seria tomada numa base não discriminatória.

107. Donde se deve concluir que existe uma obrigação internacional na acepção do artigo 307.º, n.º 1, CE e que a Eslováquia não pode forçar a SEPS a não cumprir os termos do contrato sem violar as obrigações que lhe incumbem nos termos do acordo de protecção dos investimentos.

c) Conclusão a respeito da obrigação internacional

108. Donde se conclui que tal obrigação, contraída antes da entrada em vigor do Tratado, não pode ser afectada pelas disposições deste último e, como tal, a Eslováquia não pode ser acusada de violar as obrigações que

lhe incumbem por força dos artigos 9.º e 20.º da Directiva 2003/54.

109. Chego a esta conclusão não sem alguma hesitação. Apesar de a aplicação de artigo 307.º CE justificar este resultado, este parece, à primeira vista, contradizer a ideia de liberalização do mercado que a Directiva 2003/54 visa promover. Contudo, chego a esta conclusão convencido pelo facto de que esta solução não é incompatível com as disposições de derrogação previstas no artigo 24.º da Directiva 96/92 e no artigo 7.º de Regulamento n.º 1227/2003, que excepcionalmente permitem a concessão de um acesso privilegiado temporário aos investimentos feitos no domínio da electricidade.

110. Acresce que o presente caso não representa uma ameaça para a liberalização do mercado, uma vez que a ATEL é uma sociedade de um país terceiro, não um monopólio estabelecido, que goza de um direito que foi adquirido antes da adesão da Eslováquia e que é válido por um período de tempo predefinido e não renovável.

## **V — Conclusão**

111. Em face do anteriormente exposto, proponho que o Tribunal de Justiça julgue a acção improcedente e condene a Comissão no pagamento das despesas.