



# Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
JULIANE KOKOTT  
apresentadas em 22 de abril de 2021<sup>1</sup>

**Processo C-109/20**

**República da Polónia**  
**contra**  
**LP Holdings Sàrl**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Högsta domstolen (Supremo Tribunal, Suécia)]

«Reenvio prejudicial — Acordo de investimento celebrado em 1987 entre a Polónia, o Luxemburgo e a Bélgica — Disposição que permite a um investidor de uma das partes contratantes intentar uma ação num tribunal arbitral em caso de litígio com a outra parte contratante — Inaplicabilidade desta cláusula de arbitragem — Convenção de arbitragem — Comparência em juízo sem formular objeções — Aplicabilidade — Compatibilidade com os artigos 267.º e 344.º TFUE — Autonomia do direito da União»

## I. Introdução

1. No Acórdão Achmea<sup>2</sup>, o Tribunal de Justiça decidiu que as cláusulas de arbitragem a favor de investidores constantes de acordos de investimento celebrados entre Estados-Membros são incompatíveis com os artigos 267.º e 344.º TFUE e, portanto, não devem ser aplicadas. Mas quais são as consequências se um Estado-Membro não invocar a invalidade da cláusula de arbitragem antes de ser proferida a sentença arbitral? Um órgão jurisdicional sueco concluiu, no âmbito da fiscalização da validade da sentença arbitral, que o Estado-Membro em causa celebrara, através da sua comparência sem formular objeções no processo de arbitragem *ad hoc*, uma convenção de arbitragem relativamente ao litígio em causa. No entanto, o Högsta domstol (Supremo Tribunal, Suécia) tem dúvidas quanto à compatibilidade desta abordagem com o referido acórdão, pedindo, por conseguinte, ao Tribunal de Justiça que se pronuncie.

<sup>1</sup> Língua original: alemão.

<sup>2</sup> Acórdão de 6 de março de 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158).

## II. Quadro jurídico

### *A. Acordo de investimento celebrado entre a Polónia, o Luxemburgo e a Bélgica*

2. Em 19 de maio de 1987, a Polónia celebrou com o Luxemburgo e a Bélgica um acordo de investimento. O acordo entrou em vigor em 2 de agosto de 1991. A fim de proteger os investidores destes Estados, prevê a possibilidade de, em caso de litígios relacionados com investimentos com esses outros Estados, recorrer a um tribunal arbitral, nomeadamente ao Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, Suécia). O tribunal arbitral aplica nesses casos, *inter alia*, o direito vigente no Estado que é parte no litígio e no qual o investimento foi realizado. As decisões do tribunal arbitral são definitivas.

### *B. Lei sueca relativa ao processo de arbitragem*

3. O pedido de decisão prejudicial apresenta as disposições relevantes da skiljeförfarandelagen (Lei Sueca Relativa ao Processo de Arbitragem, a seguir «SFL») do seguinte modo.

4. Nos termos do § 1 da SFL, os litígios para cuja transação as partes têm capacidade jurídica podem ser submetidos, por acordo, à decisão de um ou mais árbitros.

5. O processo de arbitragem deve basear-se na convenção de arbitragem. Esta convenção assenta na autonomia da vontade das partes quanto ao objeto do litígio. Em conformidade com o § 1, os litígios nos quais o interesse público seja predominante devem ser excluídos da arbitragem. Pode igualmente decorrer de outras disposições legais que um litígio relativo a certas questões em particular não possa ser submetido a arbitragem.

6. Nos termos do § 34, primeiro parágrafo, n.º 1, da SFL, uma sentença arbitral objeto de recurso por uma das partes deve ser anulada, total ou parcialmente, se não estiver abrangida por uma convenção de arbitragem válida celebrada entre as partes.

7. Contudo, em conformidade com o § 34, segundo parágrafo, da SFL, as partes não podem invocar um facto a cuja alegação se possa considerar que essa parte renunciou, ao intervir no processo sem o contestar ou de qualquer outra forma.

8. Nos termos do § 33, primeiro parágrafo, n.º 1, da SFL, é inválida uma sentença arbitral que implique o exame de uma questão que, por força do direito sueco, não possa ser decidida por árbitros. Nos termos do § 33, primeiro parágrafo, n.º 2, da SFL, é igualmente inválida uma sentença arbitral caso o procedimento ou procedimentos para a sua adoção sejam manifestamente incompatíveis com a ordem pública sueca. O tribunal deve conhecer officiosamente dos fundamentos de invalidade.

9. Nos termos do direito sueco, a celebração de uma convenção de arbitragem não está sujeita a qualquer exigência de forma. A questão de saber se uma convenção de arbitragem foi, ou não, validamente celebrada tem de ser examinada à luz das regras gerais do direito dos contratos. Uma convenção de arbitragem válida pode resultar, por exemplo, da ação das partes ou da omissão de uma das partes.

### III. Matéria de facto e pedido de decisão prejudicial

#### A. Litígio sobre o investimento

10. A PL Holdings S.à.r.l. (a seguir «PL Holdings») é uma sociedade anónima com sede no Luxemburgo e regulada pelo direito luxemburguês.

11. Entre 2010 e 2013, a PL Holdings adquiriu ações de dois bancos polacos que foram objeto de uma operação de fusão em 2013. A PL Holdings tornou-se proprietária de cerca de 99 % das ações do novo banco.

12. Em julho de 2013, a Komisja Nadzoru Finansowego (Autoridade de Supervisão Financeira, Polónia), autoridade responsável pela supervisão dos bancos e instituições de crédito na Polónia, decidiu suspender os direitos de voto relativos às participações sociais detidas pela PL Holdings nesse banco e instou a PL Holdings a vender as suas participações sociais. A influência exercida pela PL Holdings prejudicou a gestão sã e prudente do banco<sup>3</sup>.

#### B. Processo de arbitragem

13. A PL Holdings tentou, com base no acordo de investimento, uma ação arbitral contra a Polónia no Skiljedomsinstitu (Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo). A Polónia respondeu à carta de notificação formal em 30 de novembro de 2014.

14. Em 7 de agosto de 2015, a PL Holdings interpôs recurso. Na sua defesa, apresentada em 13 de novembro de 2015, a Polónia alegou que a PL Holdings não podia ser considerada um investidor na aceção do acordo de investimento e que, por conseguinte, o tribunal arbitral não tinha competência para se pronunciar sobre o litígio. Por articulado de 27 de maio de 2016, a Polónia impugnou ainda a validade da cláusula de arbitragem, com o fundamento de que o acordo de investimento era contrário ao direito da União.

15. Numa sentença arbitral interlocutória de 28 de junho de 2017, isto é, antes da prolação do Acórdão Achmea em 8 de março de 2018, o tribunal arbitral rejeitou, designadamente, a exceção de invalidade da cláusula. Considerou que embora intempestiva, esta exceção revestia a maior importância para o processo de arbitragem. No entanto, a adesão da Polónia à União não teve por efeito, à luz do direito internacional, invalidar o acordo de investimento<sup>4</sup>.

16. Além disso, na sentença arbitral interlocutória, o tribunal arbitral concluiu, desde logo, que a Polónia tinha violado o acordo de investimento, ao obrigar à venda da participação social detida pela PL Holdings no banco polaco. Segundo estas constatações, as autoridades de supervisão atuaram de forma contraditória<sup>5</sup> e impediram uma proteção jurídica efetiva contra as medidas de supervisão<sup>6</sup>. A PL Holdings tinha, portanto, direito a indemnização<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.º 189).

<sup>4</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 306 e segs.).

<sup>5</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 229 e 234, bem como n.ºs 418 e segs.).

<sup>6</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 408 e 444).

<sup>7</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 318 e segs.).

17. Em 28 de setembro de 2017, o tribunal arbitral proferiu uma sentença definitiva. A sentença arbitral condenou a Polónia a pagar à PL Holdings o montante de 653 639 384 zlóti (PLN) (cerca de 150 milhões de euros), acrescido de juros, e a suportar as despesas do processo de arbitragem incorridas pela sociedade<sup>8</sup>.

### ***C. Processo judicial***

18. A Polónia interpôs, em seguida, recurso nos órgãos jurisdicionais suecos contra a PL Holdings, com vista à anulação tanto da sentença arbitral interlocutória como da sentença definitiva. A Polónia continuou, nomeadamente, a alegar que a cláusula de arbitragem constante do acordo de investimento era inválida devido à violação do direito da união.

19. O Svea Hovrätt (Tribunal de Recurso, Estocolmo, Suécia) negou provimento ao recurso da Polónia. Embora a cláusula de arbitragem constante do acordo de investimento fosse inválida segundo o Acórdão Achmea, a invalidade não impedia que um Estado-Membro e um investidor celebrassem uma convenção de arbitragem relativa ao mesmo litígio numa fase posterior. Nesse caso, essa convenção de arbitragem baseia-se na vontade comum das partes e é celebrada em conformidade com os mesmos princípios que um processo de arbitragem comercial. A admissibilidade de tais convenções não foi, porém, diretamente excluída pelo Acórdão Achmea. No presente caso, a convenção foi celebrada porque a Polónia compareceu em juízo sem invocar tempestivamente a exceção de invalidade da cláusula de arbitragem.

### ***D. Pedido de decisão prejudicial***

20. O recurso da Polónia encontra-se agora pendente no Högsta domstol (Supremo Tribunal). Este último submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão:

Os artigos 267.º e 344.º TFUE, conforme interpretados pelo Acórdão Achmea<sup>9</sup>, implicam que uma convenção de arbitragem é inválida quando tiver sido celebrada entre um Estado-Membro e um investidor — nos casos em que um acordo de investimento inclui uma cláusula de arbitragem que é inválida em resultado de o acordo ter sido celebrado entre dois Estados-Membros — pelo facto de o Estado-Membro, depois de iniciado o processo de arbitragem por iniciativa do investidor, ter renunciado, por sua livre vontade, a invocar exceções relativas à competência?

21. No presente processo, a PL Holdings e a República da Polónia, na qualidade de parte no processo principal, bem como a República Checa, a República Federal da Alemanha, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República Italiana, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a Hungria, o Reino dos Países Baixos, a Polónia na qualidade de Estado-Membro, a República da Eslováquia, a República da Finlândia, o Reino da Suécia e a Comissão Europeia apresentaram, primeiro, alegações escritas e, posteriormente, alegações orais na audiência de 15 de março de 2021.

<sup>8</sup> Final Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163).

<sup>9</sup> Acórdão de 6 de março de 2018 (C-284/16, EU:C:2018:158).

#### IV. Apreciação jurídica

22. O Högsta domstol (Supremo Tribunal) pretende saber se as constatações do Acórdão Achmea também se opõem a uma convenção individual de arbitragem (v., a este respeito, *infra*, ponto A). Neste contexto, importa debater que importância assume a jurisprudência relativa à compatibilidade da arbitragem comercial com o direito da União (v., a este respeito, *infra*, ponto B), bem como o princípio da igualdade de tratamento (v., a este respeito, *infra*, ponto C). Analisarei ainda, a título subsidiário, qual a influência da forma da convenção adotada, nomeadamente a renúncia do Estado-Membro a invocar, por meio de uma exceção, a falta de competência do tribunal arbitral, a denominada comparência em juízo sem contestar a competência (v., a este respeito, *infra*, ponto D). Por último, há que analisar se se deve limitar no tempo os efeitos da decisão proposta (v., a este respeito, *infra*, ponto E).

##### *A. Direito da União e convenções arbitrais entre Estados-Membros e investidores*

23. Através do Acórdão Achmea, o Tribunal de Justiça decidiu que os artigos 267.º e 344.º TFUE se opõem a uma disposição constante de um acordo internacional celebrado entre os Estados-Membros, nos termos da qual um investidor de um desses Estados-Membros pode, em caso de litígio relativo a investimentos realizados no outro Estado-Membro, intentar uma ação contra este último Estado-Membro num tribunal arbitral, cuja competência esse Estado-Membro se comprometeu a aceitar<sup>10</sup>.

24. O acórdão dizia respeito a uma regra geral que permitia, em determinados casos, recorrer a um tribunal arbitral. Em contrapartida, no presente caso é necessário determinar se os artigos 267.º e 344.º TFUE se opõem a uma convenção individual de arbitragem entre um Estado-Membro e um investidor.

25. O artigo 267.º TFUE regula o processo de reenvio prejudicial e não contém quaisquer regras explícitas sobre processos de arbitragem. Todavia, neste processo, o Tribunal de Justiça garante a aplicação uniforme do direito da União em litígios entre Estados-Membros e investidores perante os órgãos jurisdicionais nacionais, interpretando de forma vinculativa e em última instância o direito da União.

26. Com efeito, os Tratados instituíram o sistema jurisdicional da União para garantir a preservação das características específicas e da autonomia da ordem jurídica da União. Neste quadro, em conformidade com o artigo 19.º, n.º 1, TUE, cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça garantir a aplicação plena do direito da União em todos os Estados-Membros, bem como a proteção jurisdicional dos direitos conferidos aos particulares pelo referido direito. Em especial, a pedra angular do sistema jurisdicional assim concebido é constituída pelo processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, que, ao instituir um diálogo de juiz para juiz, precisamente entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, tem por objetivo assegurar a unidade de interpretação do direito da União. O processo de reenvio prejudicial permite assim assegurar a coerência, o pleno efeito e a autonomia, bem como, em última instância, o caráter adequado do direito instituído pelos Tratados<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 60).

<sup>11</sup> Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.ºs 35 a 37 e jurisprudência referida).

27. O artigo 344.º TFUE garante a ordem das competências estabelecida nos Tratados e, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União, cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça<sup>12</sup>. Com efeito, mediante esta disposição, os Estados-Membros comprometem-se a não submeter um diferendo relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos. A interpretação ou a aplicação dos Tratados abrange todo o direito da União<sup>13</sup>.

28. Além do disposto nos artigos 272.º e 273.º TFUE, os Tratados não preveem quaisquer outros processos de arbitragem. Estas disposições estabelecem competências do Tribunal de Justiça como tribunal arbitral, não permitindo, contudo, recorrer a outros tribunais arbitrais.

29. De resto, o artigo 344.º TFUE engloba não só a resolução abstrata de diferendos em geral, mas também de diferendos concretos. Neste sentido, o Acórdão MOX-Plant dizia respeito ao recurso individual a um tribunal arbitral pela Irlanda num litígio com o Reino Unido<sup>14</sup>.

30. Consequentemente, no Acórdão Achmea, o Tribunal de Justiça pôs em causa o acordo em apreço celebrado entre dois Estados-Membros por este subtrair ao sistema de vias de recurso jurisdicionais que o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE lhes impõe que estabeleçam nos domínios abrangidos pelo direito da União, os litígios que possam dizer respeito à aplicação ou à interpretação desse direito<sup>15</sup>. Com efeito, na medida em que os tribunais arbitrais não têm legitimidade para submeter um pedido de decisão prejudicial, estes não fazem parte deste sistema.

31. Uma convenção individual de arbitragem celebrada entre um Estado-Membro e um investidor também pode subtrair ao sistema jurisdicional da União litígios que digam respeito à aplicação e à interpretação do direito da União, da mesma forma que pode fazê-lo um acordo geral de investimento celebrado entre Estados-Membros, que preveja a resolução de litígios entre um Estado-Membro e um investidor através da arbitragem. A questão de saber se um caso específico é subtraído ao sistema jurisdicional depende do litígio em concreto, e não de saber se o litígio pode ser julgado num tribunal arbitral com base num acordo geral de investimento celebrado entre Estados-Membros ou com base numa convenção individual de arbitragem celebrada entre um investidor e um Estado-Membro.

32. No presente processo principal, as partes discordam, segundo as suas próprias alegações, quanto à aplicação de regras de supervisão bancária decorrentes do direito da União, nomeadamente, em especial, do artigo 21.º, n.º 2, da Diretiva relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício<sup>16</sup>. A PL Holdings invoca também a liberdade de estabelecimento. Apesar de que competirá aos órgãos jurisdicionais suecos verificar se estas alegações são plausíveis, afigura-se que, segundo as mesmas, pelo menos aparentemente, a convenção de arbitragem dizia efetivamente respeito a um litígio de direito da União.

<sup>12</sup> V. Acórdãos de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, n.º 123), e de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 32).

<sup>13</sup> V. Acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, n.ºs 127 e 128).

<sup>14</sup> Acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345).

<sup>15</sup> Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 55). V., também, Parecer 1/09 (Criação de um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123, n.º 80).

<sup>16</sup> Então Diretiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006 (JO 2006, L 177, p. 1), conforme alterada pelo Tratado de Adesão da Croácia (JO 2012, L 112, p. 10). Substituída pela Diretiva 2013/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento (JO 2013, L 176, p. 338), aqui artigo 26.º, n.º 2.

33. A sentença arbitral não aplica as disposições de direito da União em matéria de supervisão bancária<sup>17</sup>, baseando-se antes nas regras previstas no acordo de investimento. Não obstante, a sentença arbitral fundamenta critérios que, segundo o tribunal arbitral, a Polónia deveria ter observado no exercício da supervisão bancária prevista pelo direito da União, por exemplo, no que se refere à proporcionalidade<sup>18</sup> ou à proteção jurídica efetiva<sup>19</sup>. Embora o tribunal arbitral admita que estes critérios são conformes ao direito da União<sup>20</sup>, não examina de forma exaustiva esta questão.

34. Subtrair ao sistema jurisdicional da União um litígio deste tipo, mediante uma convenção individual de arbitragem celebrada entre um Estado-Membro e um investidor de outro Estado-Membro, seria efetivamente incompatível, segundo o Acórdão Achmea, com os artigos 267.º e 344.º TFUE. Em todo o caso, seria uma forma de contornar este acórdão, como salientam com razão, em especial a Espanha, mas também a Polónia, a Alemanha, a Hungria, a Eslováquia e a Comissão.

35. O Tribunal de Justiça reconheceu certos tribunais arbitrais como órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros na aceção do artigo 267.º TFUE e, portanto, como parte do sistema jurisdicional da União. Estes tribunais arbitrais apresentam uma série de elementos, como origem legal, o carácter permanente e vinculativo, a natureza contraditória do processo, a aplicação das regras de direito, bem como a sua independência<sup>21</sup>. Por conseguinte, tais tribunais arbitrais têm legitimidade para submeter um pedido de decisão prejudicial. Isto foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça, por exemplo, no caso de um tribunal arbitral dinamarquês para interpretação de contratos coletivos<sup>22</sup> e no caso de tribunais arbitrais portugueses em matéria fiscal<sup>23</sup> ou de propriedade intelectual<sup>24</sup>. Por esta razão, a sua competência para litígios de direito da União não viola os artigos 267.º e 344.º TFUE.

36. Pelo contrário, os órgãos jurisdicionais suecos consideram que a competência do tribunal arbitral controvertido se baseia no acordo entre as partes, nomeadamente numa convenção de arbitragem. Logo não se verifica, pelo menos, o carácter obrigatório da jurisdição<sup>25</sup>. Por outro lado, o tribunal arbitral, tal como o que estava em causa no Acórdão Achmea, não constitui um elemento do sistema jurisdicional de um Estado-Membro e foi chamado a decidir do diferendo precisamente por esta razão<sup>26</sup>. O tribunal arbitral em causa no processo principal também não constitui, portanto, um elemento do sistema jurisdicional da União e não pode, em caso de dúvidas em matéria de direito da União, recorrer nomeadamente ao Tribunal de Justiça<sup>27</sup>.

<sup>17</sup> O processo Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 87, 88 e 248) menciona, contudo, o quadro jurídico da União.

<sup>18</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, em especial n.ºs 229 e 234, bem como n.ºs 418 e segs.).

<sup>19</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 408 e 444).

<sup>20</sup> Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.º 339).

<sup>21</sup> V. Acórdão de 12 de junho de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Autoestradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, n.º 23).

<sup>22</sup> Acórdão de 17 de outubro de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383, n.ºs 7 a 9).

<sup>23</sup> Acórdão de 12 de junho de 2014, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, n.ºs 28 a 34).

<sup>24</sup> Despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, n.ºs 19 a 25).

<sup>25</sup> V. Acórdãos de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.º 11), e de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, n.º 13).

<sup>26</sup> Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 45).

<sup>27</sup> Acórdãos de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.ºs 11 a 13), e de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.º 34).

37. É certo que da interpretação de regras de direito da União por uma instância externa ao sistema de União, o Tribunal de Justiça deduz sistematicamente uma ameaça à autonomia do direito da União<sup>28</sup>. Este risco é reduzido, se o tribunal arbitral — como aparentemente no caso em apreço<sup>29</sup> — aplicar principalmente as disposições de um acordo internacional sobre proteção dos investimentos celebrado entre Estados-Membros<sup>30</sup>. Por outro lado, contrariamente à opinião da Polónia, o tribunal arbitral, apesar da importância fundamental do princípio da proporcionalidade no direito da União, não aplicou tão-pouco este princípio como um elemento do direito da União, por entender que este princípio também se aplica noutras ordens jurídicas e, em especial, no domínio da proteção internacional dos investimentos<sup>31</sup>.

38. No entanto, a Alemanha e a França referem corretamente que, nos termos do acordo de investimento, o tribunal arbitral deveria, em princípio, considerar o direito da União como parte da ordem jurídica interna. Porém, existe sobretudo o risco de o tribunal arbitral tomar decisões que *resultam* numa violação do direito da União.

39. Deste modo, não se pode excluir, no caso em apreço, que o tribunal arbitral tenha ignorado as obrigações da supervisão bancária polaca decorrentes da respetiva diretiva. Receia-se também que a supervisão bancária polaca, bem como as autoridades de outros Estados-Membros tenham em consideração a decisão de um tribunal arbitral na aplicação futura dessa regulamentação da União, especialmente quando o Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre esta questão. Com efeito, a sentença arbitral poderia constituir um precedente e conduzir a que seja reconhecido a outros investidores em situações semelhantes um direito a indemnização.

40. É verdade que tanto o risco de uma violação do direito da União como o risco de uma interpretação divergente poderiam ser limitados ou mesmo excluídos, se o cumprimento do direito da União pelas sentenças arbitrais fosse objeto de uma fiscalização exaustiva por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais, eventualmente após tramitação de um processo de reenvio prejudicial.

41. Na Suécia, o § 33, primeiro parágrafo, n.º 1, da SFL prevê que é inválida uma sentença arbitral que implique o exame de uma questão que, por força do direito sueco, não possa ser decidida por árbitros. Nos termos § 33, primeiro parágrafo, n.º 2, da mesma lei, é igualmente inválida uma sentença arbitral caso o procedimento ou procedimentos para a sua adoção sejam manifestamente incompatíveis com a ordem pública sueca. O tribunal deve conhecer oficiosamente dos fundamentos de invalidade. A questão de saber em que medida estas disposições permitem a plena aplicação do direito da União compete apenas aos órgãos jurisdicionais suecos avaliar. *Prima facie*, trata-se, todavia, apenas de uma fiscalização extremamente limitada na aceção da *ordre public*, o que também se encontra em conformidade com o critério de avaliação aplicado pelo tribunal de recurso no processo principal<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Pareceres 1/91 (Acordo EEE —I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490, n.ºs 34 e 35), 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.ºs 184 e 223 a 231) e 1/17 (CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341, n.ºs 123 a 126), bem como Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.ºs 40 a 42).

<sup>29</sup> No entanto, a Espanha salienta corretamente que, ao determinar a sua competência, o tribunal arbitral interpretou o artigo 344.º TFUE em sentido contrário ao Acórdão subsequente de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158) [Partial Award PL Holdings S.à.r.l. c. República da Polónia (V 2014/163, n.ºs 314 e 315)].

<sup>30</sup> V. Parecer 1/17 (CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341, n.ºs 121 a 123).

<sup>31</sup> V., por exemplo, De Brabandere, E., & da Cruz, P. B. M. (2020), «The Role of Proportionality in International Investment Law and Arbitration: A System-Specific Perspective», *Nordic Journal of International Law*, 89(3-4), 471 a 491.

<sup>32</sup> V. Acórdão do Svea Hovrätt (Tribunal de Recurso) de 22 de fevereiro de 2019, Polónia/PL Holdings (T 8538-17 e T 12033-17, pp. 48 e 49 da tradução inglesa).



42. Assim, o reconhecimento de convenções individuais de arbitragem celebradas entre Estados-Membros e investidores de outros Estados-Membros cria o risco de uma violação do direito da União pelos tribunais arbitrais, na medida em que os órgãos jurisdicionais nacionais não possam impor o cumprimento do direito da União pelas sentenças arbitrais.

### ***B. Jurisprudência relativa à arbitragem comercial***

43. No entanto, o Tribunal de Justiça reconheceu, pelo menos implicitamente, como admissível a resolução de determinados litígios por via de arbitragem, aceitando, deste modo, uma fiscalização limitada do cumprimento do direito da União. Esta situação refere-se à chamada arbitragem comercial.

44. É certo que inicialmente, no Acórdão Nordsee, o Tribunal de Justiça considerou, relativamente a um processo de arbitragem, que as partes num contrato não têm autonomia para derrogar ao direito da União, visto que este deverá ser inteiramente respeitado no território dos Estados-Membros. A este título, o Tribunal de Justiça salientou que os órgãos jurisdicionais nacionais podiam examinar questões de direito da União, que se colocassem no âmbito do processo de arbitragem, pelo que estes poderiam, em determinadas circunstâncias, submeter estas questões ao Tribunal de Justiça<sup>33</sup>. Estas considerações poderiam ter sido entendidas no sentido de que os órgãos jurisdicionais nacionais deveriam fiscalizar de forma exaustiva o cumprimento do direito da União nos processos de arbitragem.

45. No entanto, posteriormente, o Tribunal de Justiça reconheceu, no Acórdão Eco Swiss, que as exigências ligadas à eficácia do processo arbitral justificam que o controlo das decisões arbitrais revista um carácter limitado e que a anulação de uma decisão só possa ser obtida, ou o seu reconhecimento recusado, em casos excecionais. Todavia, os órgãos jurisdicionais nacionais deveriam assegurar o cumprimento das disposições fundamentais indispensáveis para o cumprimento das missões confiadas à União e, em particular, para o funcionamento do mercado interno<sup>34</sup>.

46. Por conseguinte, ambas as abordagens permitem o recurso aos tribunais arbitrais para a resolução de litígios, apesar de estes não poderem garantir a aplicação correta e uniforme do direito da União por meio de um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE. O mais recente acórdão aceita mesmo a violação do direito da União por parte de sentenças arbitrais se as regras em causa não revestirem natureza fundamental.

47. O Acórdão Achmea distingue a arbitragem comercial entre particulares, admissível em conformidade com esta jurisprudência, de uma arbitragem inadmissível entre um particular e um Estado-Membro com base em acordos de investimento, pelo facto de a primeira ter origem na autonomia da vontade das partes em causa ao passo que a segunda resulta de um Tratado celebrado entre os Estados-Membros<sup>35</sup>.

48. Tal como indicam a PL Holdings, o Luxemburgo, a Finlândia e a Suécia, de acordo com esta distinção, uma convenção individual de arbitragem entre um investidor e um Estado-Membro seria admissível. Com efeito, também esta convenção tem origem na autonomia das partes no

<sup>33</sup> Acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.ºs 14 e 15).

<sup>34</sup> Acórdão de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.ºs 35 e segs.). V., também, Acórdãos de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, n.º 35), e de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 54).

<sup>35</sup> Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 55).

processo de arbitragem. Neste caso, seria possível limitar a fiscalização da sentença arbitral em matéria de proteção dos investimentos pelos órgãos jurisdicionais nacionais ao cumprimento das disposições fundamentais do direito da União.

49. No entanto, há que concordar com a Itália que a simples referência à vontade das partes não define de forma exaustiva esta delimitação.

50. Pelo contrário, o advogado-geral M. Szpunar entendeu recentemente a delimitação feita no Acórdão Achmea relativamente à arbitragem comercial no sentido de que o Acórdão Achmea apenas exclui que os Estados-Membros subtraíam sistematicamente ao sistema jurisdicional da União, através de um compromisso *ex ante*, os litígios de direito da União<sup>36</sup>. Este entendimento também permite autorizar a presente convenção de arbitragem.

51. Esta opinião não me convence, tal como também não convence vários intervenientes. Por que razão devem os Estados-Membros ser autorizados, num caso concreto, a subtrair ao sistema jurisdicional da União litígios de direito da União, se não lhes é possível assumir qualquer compromisso geral *ex ante* deste tipo? Para além dos riscos em matéria de aplicação uniforme do direito da União, existiria também o perigo de que os diferentes investidores serem tratados de forma desigual<sup>37</sup>.

52. Na verdade, através do argumento da autonomia das partes ou do livre exercício da sua vontade, o Tribunal de Justiça referiu-se expressamente apenas à *arbitragem comercial*. Esta diz respeito a litígios entre partes numa posição de paridade. Neste tipo de litígios, não só a convenção de arbitragem, mas também a relação jurídica em causa assentam na vontade autónoma das partes.

53. Já no caso de processos de arbitragem em matéria de consumo, que, pelo menos na prática, já não se caracterizam por uma posição de paridade, o Tribunal de Justiça exige uma fiscalização *ex officio* rigorosa da própria validade da convenção de arbitragem<sup>38</sup>.

54. Por outro lado, como salientam a Polónia, a Itália, a Hungria, os Países Baixos, a Eslováquia e a Comissão, o processo principal não constitui um litígio comercial com partes numa posição de paridade, respeitando antes ao exercício da autoridade pública pelas autoridades polacas. Quando uma parte privada está sujeita a uma medida de autoridade pública — neste caso, a supervisão bancária — não se pode falar, pelo menos em relação a esta, de livre vontade. Portanto, desde logo por este motivo, afigura-se pouco provável que um Estado-Membro conclua numa fase posterior com a parte privada, por livre vontade, uma convenção de arbitragem sobre esta medida.

55. No entanto, acima de tudo, os Estados-Membros não devem subtrair ao sistema jurisdicional de União litígios relativos à aplicação do direito da União no exercício da autoridade pública<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Conclusões no processo República da Moldávia (C-741/19, EU:C:2021:164, n.ºs 61 e 62).

<sup>37</sup> V., a este respeito, também n.ºs 66 e segs., *infra*.

<sup>38</sup> Acórdãos de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, n.º 39), e de 6 de outubro de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615, n.º 59); Despacho de 16 de novembro de 2010, Pohotovost' (C-76/10, EU:C:2010:685, n.º 54).

<sup>39</sup> Além disso, a Comissão indica que atos praticados no exercício da autoridade pública pelas autoridades suecas não se podem subtrair, em conformidade com o direito sueco, aos órgãos jurisdicionais nacionais. Segundo o princípio da equivalência, os órgãos jurisdicionais suecos também devem aplicar esta regra a atos praticados no exercício da autoridade pública por outros Estados-Membros, desde que estes tenham por base o direito da União.

56. De facto, em virtude do princípio da cooperação leal consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, é da responsabilidade de todas as autoridades dos Estados-Membros assegurar, no âmbito das respetivas competências, o cumprimento do direito da União<sup>40</sup>. O artigo 344.º TFUE concretiza esta obrigação dos Estados-Membros<sup>41</sup>. Esta obrigação não se limita ao cumprimento de disposições fundamentais, dizendo antes respeito a *todas* as disposições do direito da União.

57. Por conseguinte, uma rede estruturada de princípios, de regras e de relações jurídicas mutuamente interdependentes vinculam, reciprocamente, a própria União e os seus Estados-Membros, e estes entre si, justificando a autonomia do direito da União, no que respeita tanto ao direito dos Estados-Membros como ao direito internacional<sup>42</sup>.

58. Os particulares que se submetem de livre vontade à arbitragem comercial não estão sujeitos a estas obrigações. Mais concretamente, o artigo 344.º TFUE não se aplica aos litígios entre particulares<sup>43</sup>. Por conseguinte, apesar do risco de violação do direito da União, é coerente permitir processos de arbitragem relativos a litígios entre particulares.

59. Em contraste, é problemático se as autoridades dos Estados-Membros utilizarem, no caso de litígios de direito da União, um tribunal arbitral que não faz parte do sistema da União nem está sujeito, no que diz respeito ao cumprimento do direito da União, a uma fiscalização exaustiva por parte dos órgãos jurisdicionais nacionais. Com efeito, neste caso, não se pode excluir que a sentença arbitral desrespeite o direito da União e, conseqüentemente, comprometa a sua eficácia<sup>44</sup>.

60. É certo que as violações do direito da União que resultam de uma convenção individual de arbitragem podem conferir direitos a indemnização relativamente ao Estado-Membro em causa ou ser objeto de um procedimento por infração<sup>45</sup>. Todavia, estas formas de aplicação do direito da União são relativamente complicadas e podem, por conseguinte, não assegurar a sua plena eficácia.

61. O Tribunal de Justiça aceita o risco de uma violação do direito da União, se o processo de arbitragem se basear num acordo da União com Estados terceiros<sup>46</sup> ou num acordo anterior ainda eficaz por força do artigo 351.º TFUE, que os Estados-Membros celebraram anteriormente à sua adesão à União com *Estados terceiros*<sup>47</sup>. Em contrapartida, o direito da União tem primado sobre os acordos internacionais que os Estados-Membros celebrem entre si<sup>48</sup>. Também não é compatível com o primado da aplicação do direito da União que Estados-Membros celebrem

<sup>40</sup> Acórdãos de 12 de junho de 1990, Alemanha/Comissão (C-8/88, EU:C:1990:241, n.º 13), de 13 de janeiro de 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, n.º 20), e de 4 de outubro de 2012, Byankov (C-249/11, EU:C:2012:608, n.º 64). V., também, Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.ºs 34 e 58).

<sup>41</sup> Acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (MOX-Plant) (C-459/03, EU:C:2006:345, n.º 169).

<sup>42</sup> Acórdãos de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 33), e de 10 de dezembro de 2018, Wightman e o. (C-621/18, EU:C:2018:999, n.º 45).

<sup>43</sup> Parecer 1/09 (Criação de um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123, n.º 63).

<sup>44</sup> V., *supra*, n.º 39.

<sup>45</sup> Diferente é a situação de partida no Parecer 1/09 (Criação de um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123, n.ºs 86 e 87).

<sup>46</sup> Parecer 1/17 (CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341, n.º 117).

<sup>47</sup> Acórdão de 15 de setembro de 2011, Comissão/Eslováquia (C-264/09, EU:C:2011:580, n.º 32).

<sup>48</sup> Acórdão de 27 de fevereiro de 1962, Comissão/Itália (10/61, EU:C:1962:2, n.º 22), de 27 de setembro de 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, n.ºs 21 e 22), e de 20 de maio de 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, n.º 37), bem como, neste sentido, Acórdão de 6 de março de 2018, Achmea (C-284/16, EU:C:2018:158, n.º 58).

convenções individuais de arbitragem com determinados investidores sobre medidas de autoridade pública para aplicação do direito da União que criem o risco de a sentença arbitral violar o direito da União.

62. No entanto, o risco de uma violação do direito da União pode ser combatido se os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros não examinarem a sentença arbitral apenas quanto à questão de saber se cumpre as disposições fundamentais do direito da União, fiscalizando antes também de forma exaustiva o cumprimento do direito da União e recorrendo ao Tribunal de Justiça, se necessário.

63. Tal como já referido, é duvidoso que o direito sueco garanta essa fiscalização<sup>49</sup>. Em todo o caso, contrariamente ao que foi especificado pela PL Holdings, o tribunal de recurso sueco *não* examinou de forma exaustiva a compatibilidade da sentença arbitral com o direito da União, tendo apenas excluído uma violação das obrigações de base. Neste âmbito, o tribunal de recurso sueco limitou-se à questão de saber se a convenção de arbitragem era compatível com o direito da União, não se pronunciando, porém, quanto aos requisitos do direito da União aplicáveis em matéria de supervisão bancária<sup>50</sup>.

64. A imunidade dos Estados-Membros ao abrigo do direito internacional, invocada pela França, não se opõe tão-pouco a uma fiscalização exaustiva. É certo que a imunidade dos Estados impede, em princípio, que os atos praticados no exercício da autoridade pública de um Estado sejam fiscalizados pelos órgãos jurisdicionais de outros Estados<sup>51</sup>. Contudo, o Estado, que se sujeitar a um processo de arbitragem, já renunciou a esta imunidade, na medida em que o direito interno da sede do tribunal arbitral preveja a fiscalização da sentença arbitral e dos atos em causa praticados no exercício da autoridade pública.

65. Consequentemente, as convenções individuais de arbitragem celebradas entre Estados-Membros e investidores de outros Estados-Membros sobre a aplicação do direito da União no exercício da autoridade pública só são compatíveis com o dever de cooperação leal previsto nos termos do artigo 4.º, n.º 3, TFUE, bem como com a autonomia do direito da União prevista nos termos dos artigos 267.º e 344.º TFUE, se os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros puderem fiscalizar exaustivamente a sentença arbitral quanto à sua compatibilidade com o direito da União, se necessário mediante o mecanismo de reenvio prejudicial ao abrigo do 267.º TFUE.

### ***C. Quanto à igualdade de tratamento***

66. A Comissão salienta ainda, com razão, o direito de todos os investidores à igualdade de tratamento na aplicação do direito da União.

67. O princípio da igualdade de tratamento é um princípio geral do direito da União, que está consagrado no artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais. Este princípio exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a menos que esse tratamento seja objetivamente justificado. Uma

<sup>49</sup> V. n.º 41, *supra*.

<sup>50</sup> Acórdão do Svea Hovrätt (Tribunal de Recurso) de 22 de fevereiro de 2019, Polónia/PL Holdings (T 8538-17 e T 12033-17, pp. 48 e 49 da tradução inglesa).

<sup>51</sup> V. Acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 3 de fevereiro de 2012, Immunités juridictionnelles de l'Etat [Alemanha c. Itália; Grécia (interveniente)], C.I.J. Recueil 2012, p. 99, n.º 55 a 61).

diferença de tratamento é justificada quando se baseie num critério objetivo e razoável, ou seja, quando esteja relacionada com um objetivo legalmente admissível prosseguido pela legislação em causa, e seja proporcionada ao objetivo prosseguido pelo tratamento em questão<sup>52</sup>.

68. Existirá uma diferença de tratamento se, perante diferendos com o Estado-Membro, alguns investidores forem encaminhados para os órgãos jurisdicionais nacionais, e outros, porém, puderem recorrer a um tribunal arbitral.

69. Baseando-se esta diferença de tratamento — *contrariamente* ao que acontece no caso em apreço — num acordo de investimento, esta poderá justificar-se pelo facto de o acordo representar um equilíbrio entre os interesses legítimos de ambas as partes<sup>53</sup>. Considerações semelhantes poderão justificar igualmente cláusulas de arbitragem acordadas entre um Estado-Membro e um investidor internacional como condição prévia do investimento ou acordadas por um Estado-Membro no âmbito de uma relação jurídica em situação de paridade.

70. Em contrapartida, dificilmente será concebível um objetivo legítimo que permita a um Estado-Membro justificar a realização de uma convenção de arbitragem com certos investidores em relação a um diferendo que já tenha surgido, encaminhando, porém, outros investidores para os órgãos jurisdicionais nacionais.

71. Contudo, em última análise, cabe ao órgão jurisdicional nacional analisar uma eventual justificação<sup>54</sup>. Para efeitos do presente processo, basta referir que as convenções individuais de arbitragem celebradas entre Estados-Membros e investidores de outros Estados-Membros quanto à aplicação do direito da União no exercício da autoridade pública devem ser igualmente compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento nos termos do artigo 20.º da Carta.

#### ***D. Forma da convenção de arbitragem***

72. Tendo em conta o que precede, para a incompatibilidade da convenção de arbitragem com o direito da União não é relevante saber se esta convenção foi adotada por meio da comparência em juízo sem formular objeções. Por conseguinte, apenas abordarei a relevância desta forma para o caso de o Tribunal de Justiça ter outra opinião sobre as questões já analisadas.

73. Antes de mais, importa salientar que um reconhecimento de tais convenções de arbitragem pode revestir transitoriamente uma grande importância prática. Com efeito, deve considerar-se que esta situação diz respeito a muitos processos arbitrais ainda pendentes e sentenças de arbitragem controvertidas entre Estados-Membros e investidores de outros Estados-Membros, em que os respetivos Estados-Membros, antes do Acórdão Achmea, não invocaram tempestivamente a exceção da incompatibilidade da cláusula arbitral do respetivo acordo de investimento com o direito da União<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Acórdãos de 17 de outubro de 2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, n.ºs 76 e 77), bem como de 3 de fevereiro de 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, n.º 95).

<sup>53</sup> Acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, n.º 62). V., também, Parecer 1/17 (CETA UE-Canadá), de 30 de abril de 2019 (EU:C:2019:341, n.º 169). V., também, Acórdão de 27 de setembro de 1988, Matteucci (235/87, EU:C:1988:460, n.º 23).

<sup>54</sup> Acórdão de 3 de fevereiro de 2021, Fussl Modestraße Mayr (C-555/19, EU:C:2021:89, n.º 97).

<sup>55</sup> V., por exemplo, Vattenfall AB and others v. Germany (Energia nuclear), Decision on the Achmea Issue de 31 de agosto de 2018 (ICSID Case No. ARB/12/12, n.º 18). Neste processo, as partes parecem, porém, ter-se equiparado recentemente (Governo federal, conferência de imprensa do governo de 5 de março de 2021, e Vattenfall, comunicado de imprensa de 5 de março de 2021).

74. Em contrapartida, é de esperar, a médio prazo, que os Estados-Membros em causa invoquem tempestivamente esta exceção<sup>56</sup>, caso investidores ainda deem início aos correspondentes processos de arbitragem.

75. Este aspeto prático demonstra que o reconhecimento de tais convenções de arbitragem por meio de comparência em juízo sem formular objeções limita, em certa medida, a eficácia do Acórdão Achmea no tempo, nomeadamente no que respeita a determinados processos de arbitragem já pendentes neste momento, embora o Tribunal de Justiça não tenha abordado essa limitação neste acórdão. No entanto, se as reflexões apresentadas até ao momento ainda não convenceram o Tribunal de Justiça de que a compatibilidade da presente convenção de arbitragem com o direito da União é duvidosa, então a eficácia do Acórdão Achmea também não terá uma relevância determinante no que diz respeito à apreciação da forma da convenção de arbitragem.

76. De uma forma mais geral, o direito da União não contém — contrariamente à opinião da Alemanha e da França — qualquer disposição que proíba os Estados-Membros de celebrarem uma convenção de arbitragem por comparência em juízo sem formular objeções.

77. Pelo contrário, como salienta a PL Holdings, o direito da União reconhece o conceito de comparência em juízo sem formular objeções em diferentes disposições não aplicáveis no caso em apreço<sup>57</sup>. É certo que a França se apoia no facto de que, em matéria de consumo, apesar da não invocação de exceções, o Tribunal de Justiça exige aos órgãos jurisdicionais que examinem oficiosamente a validade de uma cláusula de arbitragem<sup>58</sup>. No entanto, não é necessário proteger os Estados-Membros desta forma em processos de arbitragem. Pelo contrário, deve partir-se do princípio de que, neste tipo de processos, os Estados-Membros são representados de forma altamente profissional e, portanto, dispõem de oportunidades suficientes para invocar quaisquer exceções tempestivamente.

78. Assim, uma vez que o direito da União não regula esta questão para efeitos do presente caso, a forma da convenção de arbitragem não assume qualquer relevância para a sua compatibilidade com o direito da União.

79. Em contrapartida, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, as disposições das organizações de arbitragem destacadas pela Suécia devem assumir uma importância particular. Porém, tanto a UNCITRAL<sup>59</sup> como a CIRDI<sup>60</sup> estabelecem que as partes deixam de poder invocar exceções que não suscitaram imediatamente. No entanto, a Hungria sublinha que, nas negociações da Convenção CIRDI, as partes contratantes consideraram que a competência do tribunal arbitral devia ser logo estabelecida no momento da sua constituição, não podendo ser determinada numa fase posterior<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Em 5 de maio de 2020, 23 Estados-Membros assinaram assim o Acordo relativo à cessação da vigência de Tratados Bilaterais de Investimento entre os Estados-Membros da União Europeia (JO 2020, L 169, p. 1).

<sup>57</sup> V., por exemplo, artigo 5.º do Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares (JO 2009, L 7, p. 1) ou artigo 26.º do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2012, L 351, p. 1). V., igualmente, Acórdãos de 14 de dezembro de 1995, van Schijndel e van Veen (C-430/93 e C-431/93, EU:C:1995:441, n.º 21), e de 27 de fevereiro de 2014, Cartier parfums-lunettes e Axa Corporate Solutions assurances (C-1/13, EU:C:2014:109, n.ºs 34 e 36, e jurisprudência aí referida).

<sup>58</sup> V. Acórdão de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675, n.ºs 36 a 39).

<sup>59</sup> Artigo 4.º da Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

<sup>60</sup> Convenção CIRDI — Artigos 27.º e 41.º das Rules of Procedure for Arbitration Proceedings.

<sup>61</sup> A Hungria faz referência a Christoph H. Schreuer (*et al.*), *The ICSID Convention — A Commentary* (Cambridge University Press, 2.ª ed., 2009), artigo 25.º, n.º 481. V., porém, também, n.º 498.

### ***E. Quanto à limitação dos efeitos no tempo***

80. Por último, se o Tribunal de Justiça declarar a convenção individual de arbitragem incompatível com o direito da União, a PL Holdings solicita a limitação no tempo dos efeitos do acórdão no presente caso. Pelo menos os processos de arbitragem já pendentes e, deste modo, sobretudo os processos de arbitragem encerrados não devem ser afetados.

81. Através da interpretação que o Tribunal de Justiça faz de uma regra de direito da União, no exercício da competência que lhe é conferida pelo artigo 267.º TFUE, clarifica e precisa o significado e o alcance dessa regra, tal como deve ser ou deveria ter sido entendida e aplicada desde o momento da sua entrada em vigor<sup>62</sup>. A este respeito, há que recordar que só a título verdadeiramente excecional pode o Tribunal de Justiça, aplicando o princípio geral da segurança jurídica inerente à ordem jurídica da União, ser levado a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição por si interpretada para pôr em causa relações jurídicas estabelecidas de boa-fé. Para decidir esta limitação, é necessário que estejam preenchidos dois critérios essenciais, a saber, a boa-fé dos meios interessados e o risco de perturbações graves<sup>63</sup>.

82. No entanto, a resposta ao pedido de decisão prejudicial aqui proposta pressupõe simplesmente como condição que o cumprimento do direito da União pela sentença arbitral esteja sujeito a uma fiscalização judicial exaustiva. A boa-fé dos interessados não pode, contudo, estar relacionada com a expectativa de o direito da União não ser plenamente aplicado. Desde logo por este motivo, proíbe-se uma limitação dos efeitos no tempo.

83. Além disso, tal limitação só pode ser admitida no próprio acórdão que decide quanto à interpretação solicitada. Na verdade, os efeitos no tempo da interpretação de uma disposição de direito da União realizada pelo Tribunal de Justiça no âmbito de um pedido prejudicial têm necessariamente de ser determinados em função de um momento preciso. Neste contexto, o princípio de que uma limitação só pode ser admitida no próprio acórdão que decide quanto à interpretação solicitada garante a igualdade de tratamento dos Estados-Membros e dos demais interessados perante o direito da União e, simultaneamente, cumpre as exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica<sup>64</sup>.

84. No presente caso, as orientações fundamentais resultam desde logo do Acórdão Achmea, cujos efeitos no tempo não foram limitados pelo Tribunal de Justiça. Além disso, a admissão sem restrições de convenções de arbitragem com base em exceções intempestivas quanto à competência do tribunal arbitral privaria provisoriamente esse acórdão do seu efeito útil<sup>65</sup>. Também por esta razão, não é possível limitar o efeito no tempo do acórdão que será proferido no presente processo.

<sup>62</sup> Acórdãos de 6 de março de 2007, Meilicke e o. (C-292/04, EU:C:2007:132, n.º 34), e de 23 de abril de 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, n.º 54).

<sup>63</sup> Acórdãos de 6 de março de 2007, Meilicke e o. (C-292/04, EU:C:2007:132, n.º 35), e de 23 de abril de 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, n.º 56).

<sup>64</sup> Acórdãos de 6 de março de 2007, Meilicke e o. (C-292/04, EU:C:2007:132, n.ºs 36 e 37), e de 23 de abril de 2020, Herst (C-401/18, EU:C:2020:295, n.º 57).

<sup>65</sup> V., *supra*, n.º 73.

## V. Conclusão

85. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que decida do modo seguinte:

As convenções individuais de arbitragem celebradas entre Estados-Membros e investidores de outros Estados-Membros sobre a aplicação do direito da União no exercício da autoridade pública só são compatíveis com o dever de cooperação leal previsto nos termos do artigo 4.º, n.º 3, TFUE, bem como com a autonomia do direito da União prevista nos termos dos artigos 267.º e 344.º TFUE, se os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros puderem fiscalizar exaustivamente a sentença arbitral quanto à sua compatibilidade com o direito da União, se necessário mediante o mecanismo de reenvio prejudicial ao abrigo do 267.º TFUE. Tais convenções de arbitragem devem ainda ser compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento nos termos do artigo 20.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.