Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 19 de setembro de 2017[1]

Processo C-284/16

Slowakische Republik
contra
Achmea BV

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Princípios do direito da União — Tratado Bilateral de Investimento celebrado em 1991 entre o Reino dos Países Baixos e a República Federal Checa e Eslovaca e que ainda se aplica entre o Reino dos Países Baixos e a República Eslovaca — Compatibilidade do mecanismo de resolução dos diferendos entre investidores e Estados instituído por um tratado bilateral de investimento interno à União Europeia com o artigo 18.º, n.º 1, TFUE, e com os artigos 267.º TFUE e 344.º TFUE»

Índice

I. Introdução 3

II. Quadro jurídico 4

A. Tratado FUE 4

B. O TBI Países Baixos/Checoslováquia 5

C. Direito alemão 8

III. Litígio no processo principal e questões prejudiciais 8

IV. Tramitação processual no Tribunal de Justiça 11

V. Análise 11

A. Observações preliminares 11

B. Quanto à terceira questão prejudicial 15

1 Língua original: francês.

1. Quanto à admissibilidade 15

2. Quanto ao mérito 15

C. Quanto à segunda questão prejudicial 19

1. A origem legal dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI 21

2. A permanência dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI 22

3. O caráter vinculativo da jurisdição dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI 24

4. A natureza contraditória do processo perante os tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI, a aplicação por estes das regras de direito na resolução dos litígios que lhes são submetidos, bem como a independência e imparcialidade dos árbitros 25

D. Quanto à primeira questão prejudicial 27

1. Um diferendo entre um investidor e um Estado-Membro, como o visado pelo artigo 8.º do referido TBI, é visado pelo artigo 344.º TFUE? 28

2. O diferendo em causa é «relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados»? 31

a) A competência do tribunal arbitral limita-se a pronunciar-se quanto às violações do TBI 33

b) O âmbito de aplicação do referido TBI e as normas jurídicas introduzidas por este não são idênticos aos dos Tratados UE e FUE 34

1) O âmbito de aplicação do referido TBI é mais amplo do que o dos Tratados UE e FUE 36

2) As normas jurídicas do referido TBI que não têm equivalente no direito da União e que não são incompatíveis com este 39

i) Cláusula NMB 39

ii) Cláusula de respeito pelos compromissos contratuais, dita «umbrella clause» 39

iii) Cláusula sunset 40

iv) O recurso à arbitragem internacional como mecanismo de RDIE 40

3) A sobreposição das outras disposições do referido TBI com certas disposições dos Tratados UE e FUE é meramente parcial 41

i) Proteção e segurança plenas e absolutas dos investimentos 41

ii) Tratamento justo e equitativo dos investimentos 42

iii) Proibição das expropriações ilegais 43

3. O TBI Países Baixos/Checoslováquia tem, à luz da sua finalidade, por efeito prejudicar a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União? 45

VI. Conclusão 51

I. Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial foi submetido no âmbito de uma ação intentada nos órgãos jurisdicionais alemães com vista à anulação da decisão final de 7 de dezembro de 2012, proferida pelo tribunal arbitral composto por Vaughan Lowe, QC (presidente), Albert Jan van den Berg e V. V. Veeder, QC (árbitros), e constituído em conformidade com o disposto no Acordo sobre o Encorajamento e a Proteção Recíprocos dos Investimentos entre o Reino dos Países Baixos e a República Federal Checa e Eslovaca (a seguir «TBI Países Baixos/Checoslováquia») [2] e no Regulamento de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Cnudci), exercendo o Tribunal Permanente de Arbitragem (CPA) as funções de Secretaria [3].

2. Este pedido confere ao Tribunal de Justiça a primeira oportunidade de se exprimir sobre a espinhosa questão da compatibilidade dos TBI [4] celebrados entre Estados-Membros [5], e nomeadamente sobre mecanismos de resolução de diferendos entre investidores e Estados (a seguir «RDIE») criados por estes, com os artigos 18.º, 267.º e 344.º TFUE.

2 O acrónimo TBI significa «Tratado Bilateral de Investimento».

3 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença final de 7 de dezembro de 2012, disponível no sítio Internet do Investment Policy Hub da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (Cnuced) http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/323.

4 Este tipo de TBI é conhecido como «TBI interno à União Europeia» (*intra-EU BIT*).

5 Os processos que deram origem aos acórdãos de 3 de março de 2009, Comissão/Áustria (C-205/06, EU:C:2009:118); de 3 de março de 2009, Comissão/Suécia (C-249/06, EU:C:2009:119); e de 19 de novembro de 2009, Comissão/Finlândia (C-118/07, EU:C:2009:715), diziam respeito a TBI celebrados entre Estados-Membros e países terceiros. O acórdão de 15 de setembro de 2011, Comissão/Eslováquia (C-264/09, EU:C:2011:580), dizia respeito a um diferendo entre um investidor proveniente de um país terceiro, a saber, a Confederação Suíça, e a República Eslovaca, que tinha na base o Tratado sobre a Carta da energia, assinada em Lisboa em 17 de dezembro de 1994. Embora, nos três primeiros recursos, o Tribunal de Justiça tenha constatado a existência de um incumprimento, negou provimento ao último recurso quanto ao mérito.

3. Esta questão reveste uma importância primordial à luz dos 196 TBI internos à União que estão atualmente em vigor [6] e dos numerosos processos arbitrais entre investidores e Estados-Membros em cujo âmbito a Comissão Europeia interveio como *amicus curiae* para defender a sua tese segundo a qual os TBI internos à União são incompatíveis com o Tratado FUE, tese que os tribunais arbitrais rejeitaram sistematicamente por a considerarem improcedente [7].

II. Quadro jurídico

A. Tratado FUE

4. O artigo 18.º, primeiro parágrafo, TFUE dispõe que, «[n]o âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade».

5. O artigo 267.º, parágrafos primeiro a terceiro, TFUE dispõe:

«O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação dos Tratados;

b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.»

6. O artigo 344.º TFUE prevê que «[o]s Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos».

6 O mais antigo é o TBI Alemanha/Grécia (1961) e o mais recente é o TBI Lituânia/Croácia (2008).

7 Cito aqui os mais importantes processos arbitrais entre investidores e Estados-Membros nos quais os tribunais arbitrais foram levados a pronunciar-se sobre a questão da compatibilidade com o Tratado FUE de um TBI interno à União ou de um tratado multilateral de investimento (como o Tratado sobre a Carta da Energia) do qual a União e os seus Estados-Membros são partes: Eastern Sugar BV c/ República Checa (Cnudci) [processo da Câmara de Comércio de Estocolmo (CCE) n.º 088/2004], sentença parcial de 27 de março de 2007; Rupert Joseph Binder c/ República Checa (Cnudci), sentença de 6 de junho de 2007 sobre a competência; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ República Eslovaca (Cnudci), decisão de 30 de abril de 2010 sobre a competência; AES Summit Generation Limited & AES-Tisza Erömü Kft c/ Hungria [processo do Centro Internacional para a Resolução dos diferendos relativos aos Investimentos (CIRDI) n.º ARB/07/22], sentença de 23 de setembro de 2010; Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão e sentença final de 7 de dezembro de 2012; European American Investment Bank AG c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2010-17), sentença de 22 de outubro de 2012 sobre a competência; Electrabel SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/07/19), decisão de 30 de novembro de 2012 sobre a competência, o direito aplicável e a responsabilidade e sentença final de 25 de novembro de 2015; Charanne BV e Construction Investments Sàrl. c/ Reino de Espanha (processo CCS n.º 062/2012), sentença final de 21 de janeiro de 2016; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl. c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/30), decisão de 6 de junho de 2016 sobre a competência; Isolux Infrastructure Netherlands BV c/ Reino de Espanha (processo CCS V 2013/153), sentença de 12 de julho de 2016; WNC Factoring Ltd c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2014-34), sentença de 22 de fevereiro de 2017; Anglia Auto Accessories Limited c/ República Checa (processo CCS V 2014/181), sentença final de 10 de março de 2017; I. P. Busta e J. P. Busta c/ República Checa (processo CCS V 2015/014), sentença final de 10 de março de 2017; e Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/36), sentença de 4 de maio de 2017. Todas as sentenças arbitrais às quais me referirei nas presentes conclusões estão disponíveis no sítio Internet da Cnuced http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS. Referir-me-ei igualmente a sentenças arbitrais proferidas sobre TBI entre Estados-Membros e países terceiros ou, inclusivamente, entre países terceiros, uma vez que os princípios do direito internacional se aplicam a todos estes casos de forma indistinta.

B. O TBI Países Baixos/Checoslováquia

7. O TBI Países Baixos/Checoslováquia foi concluído em 29 de abril de 1991 e entrou em vigor em 1 de outubro de 1992[8]. A República Eslovaca, como sucessora da República Federal Checa e Eslovaca, sucedeu aos direitos e às obrigações desta última em 1 de janeiro de 1993 e tornou-se membro da União em 1 de maio de 2004.

8. Este TBI foi concluído em línguas checa, inglesa e neerlandesa, fazendo a versão em língua inglesa fé em caso de diferença de interpretação.

9. O artigo 2.º do referido TBI prevê que «[c]ada Parte Contratante promove no seu território os investimentos dos investidores da outra Parte Contratante e admite semelhantes investimentos em conformidade com as disposições do seu direito»[9].

10. O artigo 3.º do referido TBI dispõe o seguinte:

«1) Cada Parte Contratante assegura um tratamento justo e equitativo aos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante e não impedirá, através de medidas desrazoáveis e discriminatórias, a operação, a gestão, a utilização e o gozo ou a cessão destes por esses investidores [[10]].

2) Mais concretamente, cada Parte Contratante atribuirá a semelhantes investimentos uma proteção e uma segurança absolutas que, de qualquer forma, não serão inferiores às que são concedidas aos investimentos dos seus próprios investidores ou aos investimentos de qualquer Estado terceiro, consoante o que for mais favorável ao investidor em causa [[11]].

3) As disposições deste artigo não devem ser interpretadas no sentido de que obrigam cada uma das Partes Contratantes a conceder aos investimentos dos investidores da outra Parte Contratante preferências e vantagens semelhantes às que são conferidas a investidores de um Estado terceiro.

(a) devido à participação deste último em uniões aduaneiras ou económicas ou em instituições semelhantes existentes ou futuras, […] [[12]].

4) Cada uma das Partes Contratantes assegura o respeito de todos os compromissos assumidos junto de investidores da outra Parte Contratante [[13]].

8 O texto encontra-se disponível em língua inglesa no sítio Internet da Cnuced http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mostRecent/treaty/2650.

9 *«Each Contracting Party shall in its territory promote investments by investors of the other Contracting Party and shall admit such investments in accordance with its provisions of law.»*

10 *«Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.»*

11 *«More particularly, each Contracting Party shall accord to such investments full security and protection which in any case shall not be less than that accorded either to investments of its own investors or to investments of investors of any third State, whichever is more favourable to the investor concerned.»*

12 *«The provisions of this Article shall not be construed so as to oblige either Contracting Party to accord preferences and advantages to investors of the other Contracting Party similar to those accorded to investors of a third State (a) by virtue of membership of the former of any existing or future customs union or economic union, or similar institutions; […]»*

13 *«Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investment of investors of the other Contracting Party.»*

5) Se as disposições do direito de cada uma das Partes Contratantes ou as obrigações ao abrigo do direito internacional já existentes ou que de futuro venham ser criadas entre as Partes Contratantes para além do presente acordo contiverem regras, gerais ou específicas, que concedem a investimentos dos investidores da outra Parte Contratante um tratamento mais favorável do que aquele que é previsto no presente acordo, essas regras prevalecem sobre o presente acordo na medida em que forem mais favoráveis [14].»

11. O artigo 4.º dispõe que «[c]ada uma das Partes Contratantes garantirá que os pagamentos relativos a um investimento possam ser transferidos». As transferências serão feitas em moeda livremente convertível sem restrições ou atrasos injustificados [...]» [15]. A livre transferência dos pagamentos abrange, entre outros, os lucros, os juros e os dividendos.

12. O artigo 5.º prevê que «[n]enhuma das Partes Contratantes tomará medidas que privem, direta ou indiretamente, os investidores da outra Parte Contratante dos seus investimentos» [16], exceto se três requisitos forem preenchidos, a saber, que as medidas sejam tomadas no interesse geral e em conformidade com o processo legal exigido, que não sejam discriminatórias e que sejam acompanhadas de uma provisão para o pagamento de uma compensação justa. De acordo com esta disposição, a indemnização deve representar o valor real (*genuine value*) do investimento.

13. O artigo 8.º enuncia:

«1) Qualquer diferendo entre uma das Partes Contratantes e um investidor da outra Parte Contratante relativo a um investimento deste último será, tanto quanto possível, resolvido de forma amigável [17].

2) Cada uma das Partes Contratantes consente pelo presente que um diferendo na aceção do n.º 1 do presente artigo seja sujeito a um tribunal arbitral se não tiver sido resolvido de forma amigável num prazo de seis meses a partir da data em que uma das partes no diferendo pediu a resolução amigável [18].

3) O tribunal arbitral visado no n.º 2 do presente artigo é constituído para cada caso da seguinte forma: cada parte no diferendo designa um árbitro e os dois árbitros assim designados escolhem de comum acordo um terceiro árbitro, nacional de um Estado terceiro, que será o presidente do tribunal. Cada parte no diferendo designa o seu árbitro no prazo de dois meses a contar da data em que o investidor notificou a outra Parte Contratante da sua decisão de submeter o diferendo a um tribunal arbitral, e o presidente é designado num prazo de três meses a contar da mesma data [19].

14 *«If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.»*

15 *«Each Contracting Party shall guarantee that payments related to an investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay.»*

16 *«Neither Contracting Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, investors of the other Contracting Party of their investments [...]»*

17 *«All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.»*

18 *«Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.»*

19 *«The arbitral tribunal referred to in paragraph (2) of this Article will be constituted for each individual case in the following way: each party to the dispute appoints one member of the tribunal and the two members thus appointed shall select a national of a third State as Chairman of the tribunal. Each party to the dispute shall appoint its member of the tribunal within two months, and the Chairman shall be appointed within three months from the date on which the investor has notified the other Contracting Party of his decision to submit the dispute to the arbitral tribunal.»*

4) Se as designações não ocorrerem dentro dos prazos acima indicados, cada parte no diferendo pode convidar o presidente do Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo a proceder às designações necessárias. Se o presidente for nacional de uma das Partes Contratantes ou se estiver impossibilitado de exercer a referida função por qualquer outro motivo, o vice-presidente é convidado a proceder às necessárias designações. Se o vice-presidente for nacional de uma das Partes Contratantes ou se também estiver impossibilitado de exercer a referida função, o membro mais velho do Instituto de Arbitragem que não tiver a nacionalidade de uma das Partes Contratantes é convidado a proceder às necessárias designações [20].

5) O tribunal arbitral fixa as suas próprias regras processuais em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da [Cnudci] [21].

6) O tribunal arbitral pronuncia-se ao abrigo da lei, tomando em consideração designadamente, mas não exclusivamente:

– o direito em vigor na Parte Contratante em causa;

– as disposições do presente acordo e de qualquer outro acordo pertinente entre as Partes Contratantes;

– disposições de acordos especiais relativos ao investimento;

– princípios gerais do direito internacional [22].

7) O tribunal pronuncia-se por maioria de votos; a sua decisão é definitiva e obrigatória para as partes no diferendo [23].»

14. O artigo 13.º dispõe:

«1) O presente acordo […] vigora por um período de dez anos [24].

2) Exceto se for apresentado um aviso prévio de denúncia por uma ou por outra das Partes Contratantes pelo menos seis meses antes da data em que expira a sua validade, o presente acordo será tacitamente renovado por um período de dez anos, reservando-se cada uma das Partes Contratantes o direito de denunciar o acordo através de um aviso prévio enviado pelo menos seis meses antes de expirar o presente período de validade [25].

20 *«If the appointments have not been made in the above mentioned periods, either party to the dispute may invite the President of the Arbitration Institute of the Chamber of Commerce of Stockholm to make the necessary appointments. If the President is a nation al of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the most senior member of the Arbitration Institute who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.»*

21 *«The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).»*

22 *«The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively: the law in force of the Contracting Party concerned; the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties; the provisions of special agreements relating to the investment; the general principles of international law.»*

23 *«The tribunal takes its decision by majority of votes; such decision shall be final and binding upon the parties to the dispute.»*

24 *«The present Agreement […] shall remain in force for a period of ten years.»*

25 *«Unless notice of termination has been given by either Contracting Party at least six months before the date of the expiry of its validity, the present Agreement shall be extended tacitly for periods of ten years, each Contracting Party reserving the right to terminate the Agreement upon notice of at least six months before the date of expiry of the current period of validity.»*

3) Relativamente aos investimentos realizados antes da data em que o presente acordo deixar de produzir efeitos, os artigos precedentes continuam em vigor durante um período adicional de quinze anos a partir dessa data [26].

[…]»

C. Direito alemão

15. O § 1040 da Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil), intitulado «Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua própria competência», dispõe:

«(1) O tribunal pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, incluindo sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. […]

(2) A exceção de incompetência do tribunal arbitral pode ser suscitada, o mais tardar, até à apresentação dos pedidos da defesa. […]

(3) Se o tribunal arbitral considerar que é competente, pronuncia-se sobre a exceção visada no n.º 2 de forma geral através de sentença interlocutória. […]»

16. O § 1059 do Código de Processo Civil, intitulado «Pedido de anulação», enuncia:

«(1) O recurso interposto perante um tribunal do Estado que tenha por objeto uma sentença arbitral só pode revestir a forma de um pedido de anulação em conformidade com o disposto nos n.os 2 e 3.

(2) A sentença arbitral só pode ser anulada se

1. a parte que a requer tiver legitimidade para alegar

   a) […] que [a convenção de arbitragem] não é válida nos temos da lei à qual as partes a subordinaram ou, se não houver indicação a este respeito, da lei alemã ou

   […]

2. se o juiz nacional competente constatar

   […]

   b) que o reconhecimento ou a execução da sentença conduziria a um resultado contrário à ordem pública.[…]»

III. Litígio no processo principal e questões prejudiciais

17. A Achmea BV, anteriormente Eureko BV, é uma empresa que pertence a um grupo de seguros neerlandês.

26 *«In respect of investments made before the date of the termination of the present Agreement the foregoing Articles thereof shall continue to be effective for a further period of fifteen years from that date.»*

18. No âmbito de uma reforma do seu sistema de saúde, a República Eslovaca abriu, durante o ano de 2004, o mercado aos operadores nacionais e estrangeiros que oferecessem prestações de seguros de saúde privados. Depois de ter obtido licença como organismo de seguro de saúde, a Achmea estabeleceu na Eslováquia uma filial (a Union Healthcare), na qual injetou capital (cerca de 72 milhões de euros) e por intermédio da qual prestava seguros de saúde privados.

19. Após uma alteração governamental ocorrida em 2006, a República Eslovaca reviu parcialmente a sua liberalização do mercado dos seguros de saúde. Começou por proibir a intervenção de corretores de seguros, em seguida proibiu a distribuição dos lucros obtidos a partir das atividades dos seguros de saúde e, por fim, proibiu a venda de carteiras de seguros. Por um acórdão de 26 de janeiro de 2011, o Ústavný súd Slovenskej republiky (Tribunal Constitucional da República Eslovaca) declarou que a proibição legal de distribuir lucros era contrária à Constituição. Através de uma lei que alterou os seguros de saúde entrada em vigor em 1 de agosto de 2011, a República Eslovaca voltou a autorizar a distribuição de lucros.

20. Considerando que as medidas legislativas da República Eslovaca constituíam violações do artigo 3.º, n.os 1 e 2, e dos artigos 4.º e 5.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia, a Achmea, logo em outubro de 2008, deu início contra este Estado a um processo arbitral, em aplicação do artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia, e pediu uma indemnização de um montante de 65 milhões de euros.

21. O tribunal arbitral e as partes acordaram que a CPA exerceria funções de Secretaria e que o inglês seria a língua de processo. Através do seu despacho processual n.º 1, o tribunal arbitral determinou que o local de arbitragem era fixado em Frankfurt-am-Main (Alemanha).

22. No âmbito do processo arbitral, a República Eslovaca suscitou uma exceção de incompetência do tribunal arbitral. Alegou que o Tratado FUE e o TBI Países Baixos/Checoslováquia regulavam a mesma matéria e que, por conseguinte, havia que considerar que este último se tornara inaplicável ou que caducara em conformidade com o disposto nos artigos 30.º e 59.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969 (a seguir «Convenção de Viena»)[27]. A República Eslovaca também sustentou que, por conseguinte, a convenção de arbitragem contida no artigo 8.º, n.º 2, deste TBI não podia ser aplicável porque era incompatível com o Tratado FUE. A este respeito, acrescenta que o Tribunal de Justiça tem competência exclusiva para conhecer dos pedidos da Achmea e que determinadas disposições do referido TBI, como o seu artigo 4.º relativo à livre transferência dos pagamentos, foram declaradas incompatíveis com o Tratado FUE pelo Tribunal de Justiça[28].

23. Através da sua sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, o tribunal arbitral julgou esta exceção de competência improcedente e declarou-se competente[29]. O recurso de anulação desta sentença interposto pela República Eslovaca nos órgãos jurisdicionais alemães não prosperou.

27 *Coletânea de Tratados das Nações Unidas*, vol. 1155, p. 331.

28 V. jurisprudência citada na nota n.º 5.

29 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão.

24. Por sentença final de 7 de dezembro de 2012, o tribunal arbitral declarou que uma parte das medidas adotadas pela República Eslovaca, a saber, a proibição de distribuição de lucros [30] e a proibição de transferências [31], violava o artigo 3.º (tratamento justo e equitativo) e o artigo 4.º (livre transferência dos pagamentos) do referido TBI e pediu a condenação da República Eslovaca no pagamento à Achmea de uma indemnização de 22,1 milhões de euros, acrescida de juros, bem como das despesas da arbitragem e os honorários do advogado da Achmea [32].

25. Situando-se o local de arbitragem em Frankfurt-am-Main, a República Eslovaca interpôs recurso de anulação da sentença final no Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (Tribunal Regional Superior de Frankfurt-am-Main, Alemanha). Tendo este negado provimento a este recurso, a República Eslovaca interpôs recurso desta decisão no Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha).

26. Neste contexto, a República Eslovaca sustenta que a sentença final deve ser anulada por ser contrária à ordem pública e por a convenção de arbitragem que deu origem a esta sentença ser igualmente nula e contrária à ordem pública [33].

27. Quanto à contradição da sentença final com a ordem pública, a República Eslovaca sustenta que, não tendo o tribunal arbitral possibilidade de submeter um pedido de decisão prejudicial ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 267.º TFUE, não tomou em consideração disposições de valor hierarquicamente superior do direito da União em matéria de livre circulação de capitais e violou os seus direitos de defesa quando fixou o montante dos prejuízos.

28. No que respeita à nulidade da convenção de arbitragem instaurada pelo artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia, a República Eslovaca sustenta que esta convenção é contrária aos artigos 267.º e 344.º TFUE, bem como ao princípio da não discriminação enunciado no artigo 18.º TFUE.

29. Embora o Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça) não partilhe das dúvidas manifestadas pela República Eslovaca quanto à compatibilidade do artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia com os artigos 18.º, 267.º e 344.º TFUE, constatou que o Tribunal de Justiça ainda não se tinha pronunciado sobre estas questões e que seria impossível deduzir a resposta da jurisprudência existente com uma certeza suficiente, sobretudo atendendo à posição da Comissão que interveio em apoio da República Eslovaca, tanto aquando da arbitragem em causa como aquando do processo de anulação perante os órgãos jurisdicionais alemães.

30. Por estas razões, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve considerar-se que o artigo 344.º TFUE obsta à aplicação de um regime de um acordo bilateral de investimento entre Estados-Membros da União (designado por "TBI interno à União"), que prevê que um investidor de um Estado contratante pode, em caso de diferendo acerca de investimentos efetuados no outro Estado contratante, instaurar um processo contra este último num tribunal arbitral, quando o referido acordo tenha sido celebrado antes da adesão de um dos Estados contratantes à União, mas o processo arbitral só é instaurado depois dessa data?

30 Segundo a lei n.º 530/2007 de 25 de outubro de 2007, os lucros que tenham origem em seguros de saúde deviam ser utilizados para as necessidades do sistema de saúde do país. Esta lei foi declarada contrária à Constituição pelo Ústavný súd Slovenskej republkiky (Tribunal Constitucional da República Eslovaca), razão pela qual o tribunal arbitral declarou que, contrariamente ao que a Achmea invocava, a proibição da distribuição de lucros não constituía uma expropriação do seu investimento. V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença final de 7 de dezembro de 2012, n.º 288.

31 A Lei n.º 192/2009 de 30 de abril de 2009 tinha posto termo à possibilidade de uma sociedade de seguros de saúde vender a sua carteira de seguros a outra sociedade de seguros. Além disso, segundo esta lei, em caso de insolvência de tal sociedade, a sua carteira de seguros devia ser cedida a uma das duas sociedades de seguros que pertencem ao Estado, e isto sem contrapartidas.

32 O tribunal arbitral rejeitou o argumento da Achmea segundo o qual as medidas adotadas pela República Eslovaca constituíam uma expropriação contrária ao artigo 5.º do referido TBI.

33 V. § 1059, n.º 2, ponto 1, alínea a), e § 1059, n.º 2, ponto 2, alínea b), do Código de Processo Civil.

Em caso de resposta negativa à primeira questão:

2) Deve considerar-se que o artigo 267.º TFUE obsta à aplicação do referido regime?

Em caso de resposta negativa à[s] primeira e […] segunda quest[ões]:

3) Deve considerar-se que, nas condições descritas na primeira questão, o artigo 18.º, primeiro parágrafo, TFUE obsta à aplicação do referido regime?»

IV. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

31. O presente pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 23 de maio de 2016. Apresentaram observações escritas a República Eslovaca, a Achmea, os Governos checo, estónio, grego, espanhol, cipriota, húngaro, neerlandês, austríaco, polaco, romeno e finlandês, bem como a Comissão.

32. Realizou-se uma audiência em 19 de junho de 2016 na qual apresentaram as suas observações orais a República Eslovaca, a Achmea, os Governos checo, alemão, estónio, grego, espanhol, francês, italiano, cipriota, letão, húngaro, neerlandês, austríaco, polaco, romeno e finlandês, bem como a Comissão.

V. Análise

A. Observações preliminares

33. Antes de abordar as três questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, gostaria de fazer algumas observações preliminares.

34. Os Estados-Membros intervenientes no presente processo dividem-se em dois grupos. O primeiro grupo é composto pela República Federal da Alemanha, pela República Francesa, pelo Reino dos Países Baixos, pela República da Áustria e pela República da Finlândia, que são essencialmente países de origem dos investidores e, por conseguinte, nunca ou raramente são citados como partes demandadas em processos arbitrais intentados por investidores, tal nunca tendo sucedido com o Reino dos Países Baixos nem com a República da Finlândia [34], tendo sucedido três vezes com a República Federal da Alemanha [35] e com a República Francesa [36] e tendo sucedido com a República da Áustria uma única vez [37].

35. O segundo grupo é formado pela República Checa, pela República da Estónia, pela República Helénica, pelo Reino de Espanha, pela República Italiana, pela República de Chipre, pela República da Letónia, pela Hungria, pela República da Polónia, pela Roménia e pela República Eslovaca. Estes Estados foram todos citados como partes demandadas em vários processos de arbitragem de

34 V. estatísticas disponíveis no sítio Internet do Investment Policy Hub da Cnuced, http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

35 Trata-se do processo arbitral pendente, Vattenfall AB e o. c/ República Federal da Alemanha (II) (processo CIRDI n.º ARB/12/12), intentado por um investidor sueco ao abrigo do Tratado sobre a Carta da Energia, e dos processos arbitrais que foram objeto de uma transação, a saber, Ashok Sancheti c/ República Federal da Alemanha, iniciado por um investidor indiano ao abrigo do TBI Alemanha/Índia, e Vattenfall AB e o. c/ República Federal da Alemanha (I) (processo CIRDI n.º ARB/09/6), iniciado por um investidor sueco ao abrigo do Tratado sobre a Carta da Energia.

36 Trata-se do processo arbitral pendente, Erbil Serter c/ República Francesa (processo CIRDI n.º ARB/13/22), iniciado por um investidor turco ao abrigo do TBI França/Turquia.

37 No que respeita à República da Áustria, trata-se da arbitragem pendente, BV Belegging-Maatschappij Far East c/ República da Áustria (processo CIRDI n.º ARB/15/32), iniciado ao abrigo do TBI Áustria/Malta.

investimento internos à União, tendo a República Checa sido demandada 26 vezes, a República da Estónia 3 vezes, a República Helénica 3 vezes, o Reino de Espanha 33 vezes, a República Italiana 9 vezes, a República de Chipre 3 vezes, a República da Letónia 2 vezes, a Hungria 11 vezes, a República da Polónia 11 vezes, a Roménia 4 vezes e a República Eslovaca 9 vezes [38].

36. Atendendo a estas realidades económicas, não é de estranhar que os Estados-Membros do segundo grupo sejam intervenientes para apoiar a tese da República Eslovaca, ela própria demandada na arbitragem de investimento em causa no presente processo.

37. Em contrapartida, é surpreendente que, neste segundo grupo que defende a incompatibilidade dos TBI internos à União com os Tratados UE e TFUE, só a República Italiana tenha posto termo aos seus TBI internos à União com exceção do TBI Itália/Malta, ao passo que os outros Estados-Membros deste grupo os mantêm, todos ou a maioria destes, em vigor, permitindo assim que os seus próprios investidores deles beneficiem. Com efeito, as arbitragens de investimento iniciadas por investidores destes Estados-Membros são numerosas e são muito frequentemente dirigidas contra outro Estado-Membro do mesmo grupo [39].

38. Questionada na audiência sobre a razão pela qual não denunciava pelo menos os TBI assinados com os Estados-Membros que, no presente processo, litigam como ela no sentido de que os TBI são incompatíveis com o direito da União [40], a República Eslovaca invocou o objetivo de que os seus próprios investidores não sejam vítimas de uma discriminação face aos investidores dos outros Estados-Membros nos Estados-Membros com os quais já não tem TBI. No entanto, esta preocupação não a impediu de pôr termo ao seu TBI com a República Italiana. Em simultâneo, os seus próprios investidores continuam a beneficiar dos TBI celebrados com Estados-Membros do mesmo grupo, como demonstra, por exemplo, o processo arbitral Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/ República Helénica (processo CIRDI n.º ARB/13/8).

39. Também tenho dúvidas sobre a tese da Comissão.

38 V. estatísticas disponíveis no sítio Internet do Investment Policy Hub da Cnuced ,http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

39 V., nomeadamente, Indrek Kuivallik c/ República da Letónia (Cnudci), ao abrigo do TBI Estónia/Letónia; UAB E energija c/ República da Letónia (processo CIRDI n.º ARB/12/33), ao abrigo do TBI Lituânia/Letónia; Spółdzielnia Pracy Muszynianka c/ República Eslovaca (Cnudci), ao abrigo do TBI Polónia/Eslováquia; ČEZ a.s. c/ República da Bulgária (processo CIRDI n.º ARB/16/24), e ENERGO-PRO a.s. c/ República da Bulgária (processo CIRDI n.º RB/15/19), ao abrigo do TBI República Checa/Bulgária; Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/ República Helénica (processo CIRDI n.º ARB/13/8), ao abrigo do TBI Grécia/Eslováquia e Grécia/Chipre; MOL Hungarian Oil and Gas Company plc c/ República da Croácia (processo CIRDI n.º ARB/13/32), ao abrigo do TBI Hungria/Croácia; Theodoros Adamakopoulos e o. c/ República de Chipre (processo CIRDI n.º ARB/15/49), Cyprus Popular Bank Public Co. Ltd c/ República Helénica (processo CIRDI n.º ARB/14/16), e Marfin Investment Group Holdings SA e o. c/ República de Chipre (processo CIRDI n.º ARB/13/27), ao abrigo do TBI Grécia/Chipre; WCV Capital Ventures Cyprus Limited e Channel Crossings Limited c/ República Checa (Cnudci), Forminster Enterprises Limited c/ República Checa (Cnudci), e WA Investments-Europa Nova Limited c/ República Checa (Cnudci), ao abrigo do TBI República Checa/Chipre; Juvel Ltd and Bithell Holdings Ltd c/ República da Polónia (CCI), e Seventhsun Holding Ltd e o. c/ República da Polónia (CCS), ao abrigo do TBI Chipre/Polónia; Natland Investment Group NV e o. c/ República Checa (Cnudci), ao abrigo, entre outros, do TBI Chipre/República Checa; Mercuria Energy Group c/ República da Polónia (CCS), ao abrigo do Tratado sobre a Carta da Energia entre a República de Chipre e a República da Polónia; Vigotop Limited c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/11/22), ao abrigo do TBI Chipre/Hungria; Impresa Grassetto SpA, em liquidação, c/ República da Eslovénia (processo CIRDI n.º ARB/13/10), ao abrigo do TBI Itália/Eslovénia; Marco Gavazzi e Stefano Gavazzi c/ Roménia (processo CIRDI n.º ARB/12/25), ao abrigo do TBI Itália-Roménia, e Luigiterzo Bosca c/ República da Lituânia (processo CPA n.º 2011-05), ao abrigo do TBI Itália/Lituânia.

40 Trata-se da República Helénica, do Reino de Espanha, da República da Letónia, da Hungria, da República da Polónia e da Roménia.

40. Com efeito, durante um período muito longo, a tese das instituições da União, incluindo a Comissão, consistia em dizer que, longe de serem incompatíveis com o direito da União, os TBI eram instrumentos necessários para preparar a adesão à União dos países da Europa Central e Oriental. Os acordos de associação assinados entre a União e os países candidatos continham aliás disposições que previam a celebração de TBI entre os Estados-Membros e os países candidatos [41].

41. Na audiência, a Comissão tentou explicar esta evolução da sua posição sobre a incompatibilidade dos TBI com os Tratados UE e FUE, alegando que se tratava de acordos necessários para preparar a adesão dos países candidatos. Contudo, estes TBI só se justificavam durante o período de associação e se cada parte soubesse que passariam a ser incompatíveis com os Tratados UE e FUE a partir do momento em que o Estado terceiro em causa passasse a ser membro da União, por que motivo não previram os tratados de adesão que fosse posto termo a estes acordos, deixando-os assim numa incerteza jurídica que para alguns Estados-Membros perdura há mais de 30 anos e para muitos outros perdura há 13 anos?

42. Para mais, na União não há tratados de investimento unicamente entre países que funcionam em economia de mercado e países que no passado conheceram uma economia dirigida pelo Estado [42] ou entre Estados-Membros e países candidatos à adesão [43], como a Comissão deu a entender.

43. Além disso, todos os Estados-Membros e a União ratificaram o Tratado sobre a Carta da Energia, assinado em Lisboa em 19 de dezembro de 1994 [44]. Este tratado multilateral em matéria de investimento no domínio da energia opera inclusivamente entre os Estados-Membros, porque foi não celebrado como um acordo entre, por um lado, a União e os seus Estados-Membros [45] e, por outro, países terceiros, mas como um acordo multilateral comum no qual todas as partes contratantes participam em pé de igualdade. Neste sentido, as disposições materiais para a proteção do investimento previstas neste Tratado e no mecanismo de RDIE também operam entre os Estados-Membros. Noto que, se nenhuma instituição da União nem nenhum Estado-Membro pediu um parecer ao Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade deste Tratado com os Tratados UE e TFUE, foi porque nenhum deles teve a menor dúvida a respeito de uma pretensa incompatibilidade.

41 V., nomeadamente, artigo 72.º, n.º 2, primeiro travessão, do Acordo europeu que cria uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Hungria, por outro, assinado em Bruxelas, em 16 de dezembro de 1991 (JO 1993, L 347, p. 2); artigo 73.º, n.º 2, primeiro travessão, do Acordo europeu que cria uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Polónia, por outro, assinado em Bruxelas, em 16 de dezembro de 1991 (JO 1993, L 348, p. 2); o artigo 74.º, n.º 2, segundo travessão, do Acordo europeu que cria uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a Roménia, por outro, assinado em Bruxelas, em 1 de fevereiro de 1993 (JO 1994, L 357, p. 2); artigo 74.º, n.º 2, segundo travessão, do Acordo europeu que cria uma associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República Eslovaca, por outro, assinado no Luxemburgo, em 4 de outubro de 1993 (JO 1994 L 359, p. 2); e o artigo 85.º, n.º 2, segundo travessão, do Acordo de Estabilização e de Associação entre as Comunidades Europeias e os seus Estados-Membros, por um lado, e a República da Croácia, por outro, assinado no Luxemburgo, em 29 de outubro de 2001 (JO 2005, L 26, p. 3).

42 V., nomeadamente, os TBI Bélgica e Luxemburgo/Chipre, Bélgica e Luxemburgo/Malta e Chipre/Malta.

43 V., nomeadamente, os TBI Chipre/Malta, Estónia/Letónia, Estónia/Lituânia, Estónia/Polónia, Polónia/Bulgária, Polónia/Eslováquia, Hungria/Eslovénia, Hungria/Eslováquia, Hungria/Polónia, República Checa/Bulgária e República Checa/Letónia.

44 V. Decisão 98/181/CE, CECA e Euratom, do Conselho e da Comissão, de 23 de setembro de 1997, relativa à conclusão pelas Comunidades Europeias do Tratado da Carta da Energia e do Protocolo da Carta da Energia relativo à eficiência energética e aos aspetos ambientais associados (JO 1998, L 69, p. 1).

45 A República Italiana denunciou recentemente este Tratado citando um exame global dos custos resultantes das contribuições financeiras a título da sua participação em várias organizações internacionais, incluindo o secretariado da Carta da Energia que tem sede em Bruxelas. V. https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_Comissãoe/files/000/002/788/2015__06_03_-_audizione_risposte_senatori_-_VICARI.pdf, na página 7.

44. Acrescento que o risco sistémico que as TBI internos à União colocariam, segundo a Comissão, para a uniformidade e a eficácia do direito da União é amplamente exagerado. As estatísticas da Cnuced [46] indicam que, em 62 processos arbitrais internos à União que, num período de várias décadas, foram findos, os investidores só obtiveram sucesso em 10 processos [47], o que representa 16,1% desses 62 processos, a saber, um valor sensivelmente inferior aos 26,9% de «vitórias» para os investidores a nível mundial [48].

45. Os tribunais arbitrais deram uma possibilidade muito ampla à Comissão de intervir nas arbitragens e, que seja do meu conhecimento, em nenhum desses 10 processos os tribunais arbitrais fiscalizaram a validade dos atos da União ou a compatibilidade de atos dos Estados-Membros à luz do direito da União. Nas suas observações escritas, vários Estados-Membros e a Comissão referiram-se a apenas um único exemplo, a saber, à arbitragem Ioan Micula e o. c/ Roménia (processo CIRDI n.º ARB/05/20), que deu lugar a uma sentença arbitral pretensamente incompatível com o direito da União. Embora este exemplo não seja, em minha opinião, pertinente para o presente caso [49], o facto de existir um único exemplo conforta a minha ideia de que é amplamente exagerado o receio de certos Estados-Membros e da Comissão de um risco sistémico que os TBI internos à União criariam.

46. Por último, há que sublinhar que desde a adesão da República Eslovaca à União, o TBI Países Baixos/Checoslováquia deixou de ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 351.º TFUE [50].

47. No entanto, isto não implica que este TBI tenha automaticamente caducado ou passado a ser incompatível com os Tratados UE e FUE. Como o Tribunal de Justiça já declarou, «as disposições de uma convenção que vincula dois Estados-Membros não podem aplicar-se às relações entre ambos caso sejam contrárias às regras do Tratado [FUE]» [51]. Dito por outras palavras, as disposições de semelhante convenção são aplicáveis entre Estados-Membros na medida em que sejam compatíveis com os Tratados UE e FUE.

48. Há, assim, que examinar se o artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia é incompatível com o Tratado FUE e, nomeadamente, com os seus artigos 18.º, 267.º e 344.º TFUE.

46 V. o seu sítio Internet http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

47 V. Eastern Sugar BV c/ República Checa (Cnudci) (processo da Câmara do Comércio de Estocolmo CCS n.º 088/2004), sentença parcial de 27 de março de 2007; Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença final de 7 de dezembro de 2012; Les Laboratoires Servier, SAS e o. c/ República da Polónia (CPA), sentença de 14 de fevereiro de 2012; EDF International SA c/ Hungria (processo CPA), sentença de 3 de dezembro de 2014; EDF International SA c/ Hungria (Cnudci), sentença de 3 de dezembro de 2014; Dan Cake (Portugal) SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/12/9), decisão de 24 de agosto de 2015 sobre a competência e a responsabilidade; Edenred SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/13/21), sentença de 13 de dezembro de 2016; Eiser Infrastructure Limited e Energía Solar Luxembourg Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/36), sentença de 4 de maio de 2017; Horthel Systems BV e o. c/ República da Polónia (processo CPA n.º 2014-31), sentença proferida em 2017, bem como Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi c/ Roménia (processo CIRDI n.º ARB/12/25), sentença de 13 de julho de 2017.

48 V. estatísticas da Cnuced disponíveis no seu sítio Internet http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS.

49 Não se trata de um diferendo que tem origem num TBI interno à União uma vez que a Roménia ainda não tinha aderido à União em 2005, momento em que a arbitragem começou e em que o diferendo se cristalizou. Por conseguinte, o direito da União não era aplicável aos factos visados nesse processo de arbitragem.

50 V. acórdão de 8 de setembro de 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, EU:C:2009:521, n.ºs 97 a 99), que visava tratados bilaterais celebrados em 11 de junho de 1976 e 7 de junho de 1979 entre a República da Áustria e a República Socialista Checoslovaca. No momento dos factos do processo que deram origem a este acórdão, a República da Áustria já era um Estado-Membro ao passo que a República Checa ainda não o era, mas a adesão desta última à União ocorreu durante o decurso do processo.

51 Acórdão de 20 de maio de 2003, Ravil (C-469/00, EU:C:2003:295, n.º 37). V. igualmente, neste sentido, acórdão de 10 de novembro de 1992, Exportur (C-3/91, EU:C:1992:420, n.º 8). Esta posição é conforme com o artigo 30.º, n.º 3, da Convenção de Viena, segundo o qual «[q]uando todas as partes no tratado anterior são também partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59.º, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior». V., neste sentido, Electrabel SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/07/19), decisão de 30 de novembro de 2012 sobre a competência, o direito aplicável e a responsabilidade, n.ºs 4.182 a 4.191.

B. Quanto à terceira questão prejudicial

49. Proponho que as três questões sejam abordadas na ordem inversa àquela que foi adotada pelo órgão jurisdicional de reenvio uma vez que será inútil responder às primeira e segunda questões se o artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia constituir uma discriminação em razão da nacionalidade proibida pelo artigo 18.º TFUE.

50. Com a sua terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta em substância se o artigo 118.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que se opõe a um mecanismo de RDIE como o que foi criado pelo artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia e que confere aos investidores neerlandeses o direito de recorrerem à arbitragem internacional contra a República Eslovaca, direito de que não gozam os investidores de outros Estados-Membros.

1. Quanto à admissibilidade

51. A Achmea, bem como os Governos neerlandês, austríaco e finlandês contestam a admissibilidade desta questão por não ser pertinente para a resolução do litígio do processo principal, na medida em que a Achmea não se queixa de modo nenhum de ter sido discriminada. Pelo contrário, se o artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia constituísse uma discriminação, a Achmea teria beneficiado desta.

52. Em minha opinião, esta exceção de inadmissibilidade deve ser julgada improcedente porque a resposta à terceira questão é necessária para apreciar a compatibilidade do artigo 8.º deste TBI com os Tratados UE e FUE.

53. Foi submetido ao órgão jurisdicional de reenvio um recurso de anulação da sentença final de 7 de dezembro de 2012, proferida no processo arbitral Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), devido, entre outros motivos, à invalidade da cláusula compromissória na qual o tribunal arbitral baseou a sua competência. Neste sentido, pouco importa que a Achmea seja ou não vítima de discriminação.

2. Quanto ao mérito

54. A título preliminar, noto que vários intervenientes e a Comissão salientam que, através da sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio se deveria referir não ao artigo 18.º TFUE, mas sim aos artigos 49.º e 63.º TFUE, que constituem, face ao artigo 18.º TFUE, regras especiais.

55. Com efeito, é facto assente que «o artigo 18.º TFUE só deve ser aplicado autonomamente a situações regidas pelo direito da União em relação às quais o Tratado não preveja regras específicas de não discriminação» [52].

56. No entanto, o mecanismo de RDIE instituído pelo artigo 8.º do referido TBI não é abrangido pelo âmbito de aplicação *ratione materiae*, nem pela liberdade de estabelecimento, nem pela livre circulação de capitais, nem por outra disposição do Tratado FUE, uma vez que o direito da União não cria vias de recurso que permitam aos particulares intentarem ações contra os Estados-Membros no Tribunal de Justiça [53].

52 Acórdão de 5 de fevereiro de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, n.º 25). V. igualmente, neste sentido, acórdão de 11 de março de 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, n.º 37 e jurisprudência referida).

53 V. n. º 205 das presentes conclusões.

57. Além disso, como explicarei nos n.os 183 a 198 e 210 a 228 das presentes conclusões, o âmbito de aplicação material do referido TBI ultrapassa amplamente os limites da liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º TFUE e da livre circulação de capitais consagrada no artigo 63.º TFUE.

58. Esta situação verifica-se no presente caso, no qual o tribunal arbitral declarou na sua sentença final que, por ter adotado as proibições de transferência e de distribuição de lucros [54], a República Eslovaca violou o artigo 3.º (tratamento justo e equitativo) e o artigo 4.º (livre transferência de pagamentos) do referido TBI. Embora o artigo 4.º do referido TBI corresponda em substância ao artigo 63.º TFUE, não existe no direito da União uma disposição equivalente ao artigo 3.º do referido TBI, não obstante a sua sobreposição parcial com diversas disposições do direito da União [55].

59. Há, assim, que examinar a compatibilidade do artigo 8.º do referido TBI com o princípio geral do direito da União, expresso no artigo 18.º TFUE, que proíbe as discriminações em razão da nacionalidade.

60. A este respeito, a República Eslovaca, os Governos estónio, grego, espanhol, italiano, cipriota, húngaro, polaco e romeno, assim como a Comissão, sustentam que as disposições materiais do referido TBI, incluindo o seu artigo 8.º, são discriminatórias por concederem, no presente caso, um tratamento preferencial aos investidores do Reino dos Países Baixos que investiram na República Eslovaca, ao passo que os investidores dos Estados-Membros que não celebraram um TBI com a República Eslovaca [56] não beneficiam desse tratamento [57].

61. Impõe-se uma observação preliminar sobre o âmbito da pretensa discriminação. A República Eslovaca celebrou um TBI com a maioria dos Estados-Membros, a saber, com o Reino da Bélgica, a República da Bulgária, o Reino da Dinamarca, a República Federal da Alemanha, a República Helénica, o Reino de Espanha, a República Francesa, a República da Croácia, a República da Letónia, o Grão-Ducado do Luxemburgo, a Hungria, a República de Malta, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria, a República da Polónia, a República Portuguesa, a Roménia, a República da Eslovénia, a República da Finlândia, o Reino da Suécia e o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Estes TBI estão atualmente em vigor.

62. É certo que os investidores destes Estados-Membros não são abrangidos pelo artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia. Contudo, os TBI que os seus Estados-Membros de origem celebraram com a República Eslovaca preveem todos a arbitragem internacional como forma de RDIE. Não existe, assim, uma diferença de tratamento a seu respeito.

63. A República Eslovaca também celebrou um TBI com a República Checa e outro com a República Italiana, mas as partes puseram termos a estes TBI [58]. Se há, assim, uma diferença de tratamento relativamente aos investidores checos e italianos, tal ocorre porque os seus Estados-Membros decidiram retirar este benefício que lhes era precisamente concedido pelo TBI.

54 V. n.º 24 das presentes conclusões.

55 V. n.os 213 a 216 das presentes conclusões.

56 Este argumento reforça a tese da inexistência de contrariedade entre os Tratados UE e FUE e o referido TBI que apresentarei nos n.os 174 a 228 das presentes conclusões porque subentende que, em princípio, a proteção jurídica concedida por este último aos investimentos neerlandeses na Eslováquia é superior e por conseguinte complementar à proteção concedida a esses investimentos pelos Tratados UE e FUE. O direito da União só proíbe uma discriminação, levada a cabo por um Estado-Membro, de um nacional de outro Estado-Membro à luz do tratamento que o primeiro Estado-Membro concede aos seus próprios nacionais. Em contrapartida, as discriminações em sentido inverso e os benefícios concedidos aos nacionais de outro Estado-Membro não são visadas nem são incompatíveis com o direito da União.

57 Nenhum dos intervenientes no presente processo alega que existe discriminação entre os investidores estrangeiros e os investidores nacionais. Em minha opinião, esta diferença não constitui uma discriminação porque respeita o duplo motivo de interesse geral relativo, por um lado, a criar, de forma recíproca, um quadro protetor para os investimentos neerlandeses na Eslováquia e os investimentos eslovacos nos Países Baixos e, por outro lado, encorajar e promover os investimentos entre estes dois países. V., neste sentido, n.os 37 a 40 da decisão n.º 2017-749-DC do Conseil constitutionnel, de 31 de julho de 2017, sobre o Acordo Económico e Comercial Global entre o Canadá, por um lado, e a União Europeia e os seus Estados-Membros, por outro (JORF de 18 de agosto de 2017, texto 1).

58 A questão que continua a colocar-se é a de saber se, devido a uma cláusula *sunset*, estes TBI continuam a produzir efeitos relativamente aos investimentos efetuados durante o período em que esses TBI estavam em vigor.

64. Assim sendo, os investidores estónios, irlandeses, cipriotas e lituanos não beneficiam de uma disposição equivalente ao artigo 8.º do referido TBI relativamente à República Eslovaca, exceto para investimentos no domínio da energia, caso no qual o Tratado sobre a Carta da Energia lhes confere semelhante oportunidade.

65. Em minha opinião, mesmo para estes investidores, não existe discriminação proibida pelo direito da União.

66. Com efeito, o Tribunal de Justiça já tratou a questão de saber se pode existir uma discriminação relativamente a um nacional de um Estado-Membro envolvido num investimento transfronteiriço quando o Estado-Membro de acolhimento não lhe concede um benefício (fiscal) que concede aos nacionais de outro Estado-Membro ao abrigo de um acordo bilateral celebrado com este último.

67. O processo que deu origem ao acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424) [59], dizia respeito à recusa das autoridades neerlandesas de concederem o direito a um abatimento em matéria de imposto sobre a fortuna a um nacional alemão que tinha investido em bens imóveis situados nos Países Baixos. D. alegava que existia uma discriminação por esse benefício ser concedido aos nacionais belgas que tinham efetuado investimentos semelhantes nos Países Baixos, verificando-se tal situação ao abrigo do disposto nos artigos 24.º e 25.º da Convenção assinada em 19 de outubro de 1970 entre o Governo do Reino da Bélgica e o Governo do Reino dos Países Baixos relativa à prevenção da dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre a fortuna e à resolução de determinadas questões em matéria fiscal (a seguir «CDT Países Baixos/Bélgica»).

68. O Tribunal de Justiça começou por recordar que «a […] questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio parte da premissa de que um não residente, como D., não está numa situação comparável à de um residente dos Países Baixos. Com a questão procura saber-se se a situação de D. pode ser comparada à de um outro não residente que beneficie de um tratamento especial ao abrigo da convenção preventiva da dupla tributação» [60].

69. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que «[o] facto de [os] direitos e obrigações recíprocos [criados pela CDT Países Baixos/Bélgica] apenas se aplicarem a pessoas residentes num dos dois Estados-Membros contratantes é uma consequência inerente às convenções bilaterais preventivas da dupla tributação. De onde resulta que um sujeito passivo residente na Bélgica não se encontra na mesma situação que um sujeito passivo que resida fora da Bélgica no que respeita ao imposto sobre a fortuna liquidado com base nos bens imobiliários situados nos Países Baixos» [61].

70. O Tribunal de Justiça acrescentou em seguida que «[u]ma regra como a prevista no artigo 25.º, n.º 3, da convenção belgo-neerlandesa não pode ser considerada uma vantagem destacável do resto da convenção, sendo parte integrante e contribuindo para o seu equilíbrio geral» [62].

71. Resulta claramente deste acórdão não apenas que o Tratado FUE não contém uma cláusula da nação mais beneficiada (NMB) como aquela que contém o referido TBI no seu artigo 3.º, n.º 2 [63], mas também que não há discriminação quando um Estado-Membro não concede aos nacionais de outro Estado-Membro o tratamento que concede por meio de uma convenção aos nacionais de um terceiro Estado-Membro.

59 V. igualmente, neste sentido, acórdãos de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, n.ºs 84 e 88 a 93); de 20 de maio de 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, n.ºs 50 e 51); e de 30 de junho de 2016, Riskin e Timmermans (C-176/15, EU:C:2016:488, n.º 31).

60 N.º 58 deste acórdão.

61 N.º 61 deste acórdão.

62 N.º 62 deste acórdão.

63 V. n.ºs 200 e 201 das presentes conclusões.

72. O facto de o Tratado FUE não conter uma cláusula NMB é confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o artigo 18.º TFUE, segundo a qual «[o artigo 18.º TFUE] exige uma perfeita igualdade de tratamento de pessoas que se encontrem numa situação regulada pelo direito [da União], *com os nacionais [do] Estado-Membro*» [64], ou seja, com os cidadãos nacionais.

73. Em minha opinião, a analogia entre o presente processo e o processo que deu origem ao acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), é perfeita porque a comparação feita pela República Eslovaca e a Comissão diz igualmente respeito a dois investidores não eslovacos, beneficiando um deles (no caso concreto, neerlandês) da proteção material conferida pelo referido TBI e dela não beneficiando o outro.

74. Com efeito, à semelhança da CDT Países Baixos/Bélgica, o referido TBI é um tratado internacional cujo «âmbito de aplicação […] está limitado às pessoas singulares ou coletivas nel[e] referidas» [65], a saber, as pessoas singulares que têm a nacionalidade de uma das partes contratantes e as pessoas coletivas constituídas nos termos do seu direito [66].

75. Neste sentido, o facto de os direitos e obrigações recíprocos criados pelo referido TBI só se aplicarem a investidores de um dos dois Estados-Membros contratantes é uma consequência inerente à natureza bilateral dos TBI. Daqui resulta que um investidor não neerlandês não está numa situação idêntica à de um investidor neerlandês no que respeita a um investimento efetuado na Eslováquia.

76. Para mais, tal como o artigo 25.º, n.º 3, da CDT Países Baixos/Bélgica, ao qual o Tribunal de Justiça se refere no n.º 62 do seu acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), o artigo 8.º do referido TBI não é um benefício destacável do resto do referido TBI, mas deste faz parte integrante a tal ponto que um TBI sem mecanismo de RDIE não teria nenhum sentido porque não atingiria o seu objetivo, que consiste em encorajar e chamar o investimento estrangeiro.

77. Com efeito, como o Tribunal de Justiça declarou no n.º 292 do parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376), a disposição do Acordo de Comércio Livre com a República de Singapura que cria a arbitragem internacional como mecanismo de RDIE «não pode revestir caráter meramente auxiliar». Segundo jurisprudência arbitral constante, o direito dos investidores de recorrerem à arbitragem internacional é a disposição mais essencial dos TBI porque, não obstante o seu conteúdo processual, é em si mesmo uma garantia indispensável que incita e protege os investimentos [67]. Não é, assim, minimamente estranho que os «antigos» TBI [68] que não contêm um mecanismo RDIE equivalente ao artigo 8.º do referido TBI não tenham sido particularmente úteis aos investidores.

64 Acórdão de 2 de fevereiro de 1989, Cowan (186/87, EU:C:1989:47, n.º 10). O sublinhado é meu. V. igualmente, neste sentido, acórdão de 6 de setembro de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, n.ºs 29 a 33), no qual a situação de A. Petruhhin foi comparada com a de um nacional do seu Estado-Membro de acolhimento.

65 Acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424, n.º 54).

66 V. artigo 1.º, alínea b), do referido TBI.

67 V., neste sentido, Emilio Agustín Maffezini c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/97/7), decisão do tribunal de 25 de janeiro de 2000 sobre as exceções de incompetência, n.ºs 54 e 55; Gas Natural SDG SA c/ República Argentina (processo CIRDI n.º ARB/03/10), decisão do tribunal de 17 de junho de 2005 sobre as exceções de incompetência, n.º 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ República Argentina (processo CIRDI n.º ARB/03/17), decisão de 16 de maio de 2006 sobre a competência, n.º 59; Eastern Sugar BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CCS n.º 088/2004), sentença parcial de 27 de março de 2007, n.ºs 165 e 166; Binder c/ República Checa (Cnudci), sentença de 6 de junho de 2007 sobre a competência, n.º 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ República Eslovaca (Cnudci), decisão de 30 de abril de 2010 sobre a competência, n.ºs 77 e 78; Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 264; WNC Factoring Ltd c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2014-34), sentença de 22 de fevereiro de 2017, n.º 300; Anglia Auto Accessories Limited c/ República Checa (processo CCS V 2014/181), sentença final de 10 de março de 2017, n.º 116; e I. P. Busta e J. P. c/ República Eslovaca (processo CCS V 2015/014), sentença final de 10 de março de 2017, n.º 116.

68 V., por exemplo, os TBI Alemanha/Grécia (1961), Itália/Malta (1967), Alemanha/Malta (1974), França/Malta (1976) e Alemanha/Portugal (1980).

78. A Comissão pretende, no entanto, distinguir o presente processo do processo que deu origem ao acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), devido à matéria fiscal deste último [69].

79. Em minha opinião, esta distinção não é de modo nenhum convincente. Começo por salientar que os TBI se aproximam das convenções de prevenção da dupla tributação por visarem as mesmas atividades económicas, simultaneamente a entrada e a saída de capital. Com efeito, um Estado pode chamar para o seu território a entrada de capital estrangeiro tanto através da concessão de um alto nível de proteção jurídica ao investimento no âmbito de um TBI como através da concessão de benefícios fiscais [70]. Como nas convenções de prevenção da dupla tributação, que nunca foram declaradas, em princípio, incompatíveis com os Tratados UE e FUE, a reciprocidade dos compromissos dos Estados é uma componente essencial dos TBI [71].

80. Para mais, contrariamente ao que sustenta a Comissão, as convenções de prevenção da dupla tributação entre Estados-Membros não têm o artigo 293.º, segundo travessão, CE como base jurídica. Se tal fosse o caso, atendendo a que o artigo 293.º CE não consta do Tratado de Lisboa, em que artigo deveriam basear as que negoceiam atualmente?

81. Disto isto, nada exclui a possibilidade de substituir os TBI internos à União por um único TBI multilateral ou por um ato da União, em função da repartição das competências entre a União e os seus Estados-Membros, que seria aplicável aos investidores de todos os Estados-Membros, conforme propuseram no seu *non-paper* de 7 de abril de 2016 a República Federal da Alemanha, a República Francesa, o Reino dos Países Baixos, a República da Áustria e a República da Finlândia [72].

82. Por estas razões, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à terceira questão que um mecanismo de RDIE como o que foi criado pelo artigo 8.º do referido TBI, que confere aos investidores neerlandeses o direito de recorrerem à arbitragem internacional contra a República Eslovaca, não constitui uma discriminação em razão da nacionalidade proibida pelo artigo 18.º TFUE.

83. Só no caso de o Tribunal de Justiça estar de acordo com esta proposta de resposta é que deverá examinar as questões prejudiciais primeira e segunda.

C. Quanto à segunda questão prejudicial

84. Com a sua segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 267.º TFUE, enquanto espinha dorsal do sistema jurisdicional da União que garante a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e a autonomia do sistema jurídico da União, se opõe à aplicação de uma disposição como a do artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia.

69 A Comissão tenta provar que, contrariamente à proteção dos investimentos, a matéria fiscal continua a ser de competência puramente nacional, citando, nomeadamente, o acórdão de16 de julho de 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471), que, com outros, não proíbe a dupla tributação jurídica. Noto que as convenções preventivas de dupla tributação têm precisamente por objetivo conferir esta proteção não conferida pelos Tratados UE e FUE. Sucede o mesmo com os TBI porque tanto para a proteção de investimentos como para a fiscalidade direta o direito da União só intervém essencialmente através das disposições relativas às grandes liberdades de circulação.

70 A Convenção entre o Reino dos Países Baixos e a República Socialista Checoslovaca para evitar a dupla tributação e para prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre o rendimento e sobre a fortuna, assinada em Praga em 4 de março de 1974, prevê 10% de retenção na fonte sobre os dividendos, 0% sobre os juros e 5% sobre *royalties*.

71 Os Estados negociam neste sede vários elementos como o conceito de investimento, a aplicação ou não da cláusula NMB ao mecanismo de RDIE, a presença ou não de uma cláusula de *carve-out* para as medidas fiscais e a duração da cláusula *sunset*.

72 Disponível no sítio Internet do Transnational Institute https://www.tni.org/files/artigo-downloads/intra-eu-bits2-18-05_0.pdf. É o que foi feito em matéria fiscal através de algumas diretivas como as Diretivas 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efetuados entre sociedades associadas de Estados-Membros diferentes (JO 2003, L 157, p. 49), 2009/133/CE do Conselho, de 19 de outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro (JO 2009, L 310, p. 34), e 2011/96/UE do Conselho, de 30 de novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-Membros diferentes (JO 2011, L 345, p. 8), que são na realidade muito mais do que convenções multilaterais de prevenção da dupla tributação.

85. Examino esta questão antes da primeira porque considero que um tribunal arbitral constituído ao abrigo do artigo 8.º deste TBI constitui um órgão jurisdicional na aceção do artigo 267.º FTUE, comum aos dois Estados-Membros, a saber, o Reino dos Países Baixos e a República Eslovaca, e pode assim interrogar o Tribunal de Justiça a título prejudicial. Tal implicaria automaticamente a inexistência de qualquer incompatibilidade com o artigo 344.º TFUE, o que é objeto da primeira questão prejudicial.

86. Segundo jurisprudência constante, para que um organismo jurisdicional revista o caráter de um «órgão jurisdicional» na aceção do artigo 267.º TFUE, é necessário tomar em consideração um conjunto de elementos, a saber, «como a origem legal do organismo, a sua permanência, o caráter vinculativo da sua jurisdição, a natureza contraditória do processo, a aplicação, pelo organismo, das regras de direito, bem como a sua independência» [73]. É, além disso, necessário que «se encontr[e] pendente um litígio [perante si] e [que seja] chamad[o] a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de caráter jurisdicional» [74].

87. Com base nestes critérios, os tribunais arbitrais não são automaticamente excluídos do conceito de «órgão jurisdicional de um [Estado-Membro]» na aceção do artigo 267.º TFUE. Com efeito, embora o Tribunal de Justiça tenha, diversas vezes, recusado responder a uma questão prejudicial colocada por árbitros [75], também julgou admissíveis, com base num exame casuístico, as questões prejudiciais colocadas por tribunais arbitrais nos processos que deram origem aos acórdãos de 17 de outubro de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), e 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), bem como ao despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

88. Os dois últimos casos deixam entrever uma abertura dos critérios de admissibilidade para a arbitragem particular-Estado (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) [76], e para a arbitragem internacional (despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada, C-555/13, EU:C:2014:92) [77].

89. Examinarei assim as características dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI à luz dos critérios enunciados no n.º 86 das presentes conclusões. Em minha opinião, todos estes critérios estão reunidos no presente caso [78].

73 Acórdão de 31 de janeiro de 2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, n.º 38 e jurisprudência referida). V. igualmente, neste sentido, acórdãos 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.º 23), e de 6 de outubro de 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, n.º 17).

74 Acórdão de 31 de janeiro de 2013, Belov (C-394/11, EU:C:2013:48, n.º 39 e jurisprudência referida). V. igualmente, neste sentido, 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.º 23).

75 V., nomeadamente, acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), e de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69).

76 Tratava-se de uma arbitragem entre um contribuinte e a República Portuguesa em matéria fiscal.

77 Tratava-se de uma arbitragem em matéria de patentes farmacêuticas, de caráter internacional, no sentido de que opunha uma sociedade canadiana a duas sociedades portuguesas, uma sociedade inglesa, uma sociedade grega e uma sociedade neerlandesa.

78 V., neste sentido, Basedow, J., «EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice», 2015, vol. 32(4), *Journal of International Arbitration*, p. 367; Paschalidis, P., «Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice», 2016, *Arbitration International*, p. 1; Szpunar, M., «Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU» *in* Ferrari, F. (ed.), *The Impact of EU Lax on International Commercial Arbitration*, JurisNet, 2017, p. 85 a 123.

1. A origem legal dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI

90. A maioria dos processos que têm origem numa arbitragem que foram submetidos ao Tribunal de Justiça diziam respeito a apenas um tipo específico de arbitragem, a saber, a arbitragem comercial dita «convencional» na jurisprudência do Tribunal de Justiça, porque a sua base jurídica é uma cláusula compromissória incluída num contrato de direito privado [79].

91. Existem outros tipos de arbitragem. Para além das arbitragens previstas no artigo 272.º TFUE, existe a arbitragem entre Estados ao abrigo de uma convenção internacional [80] ou a arbitragem entre particulares e Estados, sendo estes dois últimos tipos muito diferentes das arbitragens entre particulares no plano da origem legal.

92. Neste último caso, a competência do tribunal arbitral tem a sua origem não numa lei, mas numa cláusula compromissória constante de um contrato.

93. Foi o que sucedeu, nomeadamente, com a arbitragem que deu origem ao acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), o qual dizia respeito a um contrato de «*pool*» concluído entre várias empresas privadas e que tinha por objeto, no âmbito de um programa comum de construção de treze navios-fábrica para pesca, a repartição entre elas de todas as contribuições financeiras que recebiam do Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (FEOGA). O tribunal arbitral constituído nos termos deste contrato tinha manifestado as suas dúvidas sobre a compatibilidade do contrato com o direito da União e submeteu esta questão ao Tribunal de Justiça.

94. O Tribunal de Justiça considerou que era «incompetente» [81], tendo declarado que este tribunal arbitral não era um órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros na aceção do artigo 267.º TFUE, por dois motivos. Em primeiro lugar, «não havia nenhuma obrigação, jurídica ou de facto, para as partes contratantes submeterem os seus diferendos à arbitragem» [82] porque tinham feito essa escolha por via contratual. Em segundo lugar, «as autoridades públicas alemãs não estão envolvidas na escolha da via da arbitragem, e […] não são chamadas a intervir oficiosamente durante o decorrer do processo na fase da arbitragem» [83].

95. O facto de a origem da competência do colégio arbitral ser uma cláusula compromissória concluída num contrato entre um consumidor e uma agência de viagens foi suficiente, no processo que deu origem ao acórdão de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69), para excluir este colégio arbitral do conceito de ordem jurisdicional na aceção do artigo 267.º TFUE, embora a cláusula compromissória fizesse parte das condições gerais impostas pela agência de viagens e o consumidor não pudesse negociar este ponto.

79 V., nomeadamente, os processos que deram origem aos acórdãos de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107); de 25 de julho de 1991, Rich (C-190/89, EU:C:1991:319); de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69); de 26 de outubro de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, EU:C:2006:675); de 10 de fevereiro de 2009, Allianz e Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, EU:C:2009:69); de 13 de maio de 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316); e de 7 de julho de 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526).

80 Há que notar que alguns acordos internacionais concluídos entre Estados-Membros preveem que o presidente do Tribunal de Justiça atuará como autoridade de nomeação dos árbitros para os diferendos entre Estados-Membros ou entre uma entidade pública e estes Estados-Membros. V., neste sentido, artigo 27.º do Acordo entre o Governo da República Francesa e o Governo da República Italiana para a realização e a exploração de uma nova linha ferroviária entre Lyon e Turim, assinado em 30 de janeiro de 2012. Em minha opinião, estes tribunais arbitrais também são jurisdições de um dos Estados-Membros na aceção do artigo 267.º TFUE.

81 Em minha opinião, trata-se não de uma questão de competência, mas de admissibilidade.

82 V. acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.º 11). V. igualmente, neste sentido, acórdão de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, n.º 13).

83 V. acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.º 12). V. igualmente, neste sentido, acórdão de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, n.º 13).

96. Em contrapartida, a origem legal de um tribunal arbitral constituído e instaurado em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI não pode ser contestada. Encontra-se não apenas num tratado internacional, mas também nas leis neerlandesa e checoslovaca de ratificação do referido TBI, através das quais este entrou em vigor nas suas ordens jurídicas. Contrariamente ao processo que deu origem ao acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), é manifesto o envolvimento das autoridades públicas na escolha da via da arbitragem e no próprio processo arbitral (porque, no caso concreto, a República Eslovaca era a parte demandada).

97. Esta apreciação é reforçada pelo 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.º 23), e pelo despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92).

98. O tribunal arbitral que questionou o Tribunal de Justiça a título prejudicial no processo que deu origem ao 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), preenchia o critério da origem legal, uma vez que uma lei portuguesa previa a arbitragem como meio de resolução jurisdicional dos litígios em matéria fiscal e atribuía competência genérica aos tribunais arbitrais em matéria fiscal para apreciar a legalidade da liquidação de qualquer imposto [84].

99. Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça declarou que o tribunal arbitral no processo que deu origem ao despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), preenchia o requisito da origem legal porque «a [sua] competência […] não resulta[va] da vontade das partes, mas da Lei [portuguesa] n.º 62/2011» [85], que criava a arbitragem como mecanismo de resolução de diferendos em matéria de direitos de propriedade intelectual quando estejam em causa medicamentos genéricos e medicamentos de referência.

2. A permanência dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI

100. A arbitragem internacional pode ser uma arbitragem institucional, na qual o processo é levado a cabo e administrado por uma instituição de arbitragem [86] segundo o seu regulamento e em contrapartida de uma remuneração, ou de uma arbitragem *ad hoc*, na qual as próprias partes administram o processo sem recorrem ao apoio de uma instituição arbitral.

101. Resulta dos n.os 25 e 26 do 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), e do n.º 24 do despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), que o critério de permanência visa não a composição do tribunal arbitral em si mesma, mas a institucionalização da arbitragem como via de resolução dos diferendos. Por outras palavras, é relativamente à instituição arbitral que administra o processo arbitral, e não ao tribunal arbitral cuja composição é efémera, que o critério de permanência deve ser apreciado.

84 V. n.º 24 deste acórdão.

85 V. n.º 19 deste despacho.

86 V., por exemplo, a CPA em Haia (Países Baixos), o CIRDI em Washington DC (Estados Unidos), a CCS na Suécia, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) em Paris (França) e o Tribunal Internacional de Arbitragem de Londres (TIAL) (Reino Unido).

102. Neste sentido, o Tribunal de Justiça declarou, no n.º 26 do 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), que, «embora a composição das formações de julgamento do Tribunal Arbitral Tributário [Portugal] seja efémera e a sua atividade termine após decidirem, não é menos verdade que, no seu todo, o Tribunal Arbitral Tributário apresenta caráter permanente, enquanto elemento do referido sistema». O sistema ao qual o Tribunal de Justiça se refere é o «Centro de Arbitragem Administrativa» (CAAD) (Portugal).

103. Do mesmo modo, no n.º 24 do despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), o Tribunal de Justiça declarou que o critério de permanência estava preenchido porque o tribunal arbitral «fo[ra] criado ao abrigo de uma base legal, que disp[unha], a título permanente, de competência obrigatória e que, além disso, a legislação nacional defin[ia] e enquadra[va] as regras processuais que o mesmo aplica[va]», isto embora pudesse variar nas suas formas, composições e regras processuais em função da escolha das partes e ainda que fosse dissolvido depois de ter proferido a sua decisão.

104. Neste último processo, era claro que o tribunal arbitral era um tribunal *ad hoc* e que não havia uma instituição arbitral que assegurasse a sua permanência, mas o Tribunal de Justiça deduziu a permanência do artigo 2.º da Lei portuguesa n.º 62/2011, que instituía a arbitragem como único meio de resolução dos diferendos em matéria de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos genéricos e medicamentos de referência.

105. A mesma conclusão pode ser tirada para os tribunais arbitrais constituídos e criados em conformidade com o disposto no artigo 8.º do referido TBI, porque, como nos processos que deram origem ao 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), e ao despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), o Reino dos Países Baixos e a República Eslovaca instituíram a arbitragem como meio de resolução de diferendos entre um deles e um investidor do outro Estado.

106. Outros elementos de institucionalização da arbitragem estão igualmente presentes no referido TBI.

107. Com efeito, o artigo 8.º, n.º 4, do referido TBI atribui o poder de nomeação dos árbitros à Câmara do Comércio de Estocolmo (CCS), que é uma instituição arbitral permanente, e no seu n.º 5 torna o Regulamento da Cnudci aplicável ao processo arbitral.

108. Além disso, o processo perante o tribunal arbitral em causa no presente processo correu os seus termos sob a égide de uma instituição arbitral permanente. Com efeito, o CPA, estabelecido em Haia e criado pelas Convenções para a Solução Pacífica dos Conflitos Internacionais, concluídas em Haia em 1899 e em 1907 [87], foi designado como instituição que serve de secretariado pela carta de mandato assinada por esta e pelas partes no processo principal.

109. Por conseguinte, parece-me que o critério da permanência também está preenchido.

87 Todos os Estados-Membros da União são igualmente partes destas convenções. No que respeita ao presente processo, o Reino dos Países Baixos é um Estado-Membro da CPA desde a sua fundação, ao passo que a República Eslovaca só passou a ser um Estado-Membro desta em 1993.

3. O caráter vinculativo da jurisdição dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI

110. Segundo jurisprudência constante, «[o caráter vinculativo do órgão jurisdicional] não está presente no âmbito da arbitragem convencional, uma vez que não há nenhuma obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem e que as autoridades públicas do Estado-Membro em causa não participam na escolha da via da arbitragem nem são chamadas a intervir oficiosamente no decorrer do processo perante o árbitro» [88].

111. Não é surpreendente que o Tribunal de Justiça tenha declarado que os tribunais arbitrais nos processos que deram origem ao acórdão de 17 de outubro de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (109/88, EU:C:1989:383), e ao despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92), preenchiam o requisito da condição da jurisdição vinculativa porque o direito dinamarquês e o direito português tornavam obrigatório o recurso à arbitragem.

112. Contudo, no processo que deu origem ao 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), o facto de o recurso à arbitragem ser facultativo e de o contribuinte ter optado por este para intentar uma ação contra a República Portuguesa, quando podia ter recorrido diretamente aos órgãos jurisdicionais comuns, não excluiu o tribunal arbitral do conceito de órgão jurisdicional de um Estado-Membro na aceção do artigo 267.º TFUE.

113. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, «[as suas] decisões [eram] vinculativas para as partes nos termos do artigo 24.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011 [e] a sua competência resulta[va] diretamente das disposições do Decreto-Lei n.º 10/2011, não estando por isso sujeita à expressão prévia da vontade das partes de submeterem o seu diferendo à arbitragem […]. Assim, quando o contribuinte recorrente submete o seu diferendo à arbitragem fiscal, a jurisdição do [Tribunal Arbitral] tem, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 10/2011, caráter vinculativo para a autoridade tributária e aduaneira» [89].

114. O mesmo sucede com os tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI.

115. O n.º 7 do referido artigo 8.º dispõe que a decisão de um tribunal arbitral constituído em conformidade com este artigo é «definitiva e *obrigatória* para as partes no diferendo» [90]. Não há, assim, nenhuma dúvida de que a sentença proferida por semelhante tribunal arbitral é vinculativa para as partes na aceção da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

116. Além disso, o n.º 2 desta disposição prevê que «[c]ada uma das Partes Contratantes *consente* pelo presente que um diferendo [entre investidor e Estado] seja sujeito a um tribunal arbitral se não tiver sido resolvido de forma amigável num prazo de seis meses a partir da data em que uma das partes no diferendo pediu a resolução amigável» [91].

88 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.º 27). V. igualmente, neste sentido, acórdãos de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107), e de 27 de janeiro de 2005, Denuit e Cordenier (C-125/04, EU:C:2005:69, n.º 13); despacho de 13 de fevereiro de 2014, Merck Canada (C-555/13, EU:C:2014:92, n.º 17).

89 N.º 29 deste acórdão. V. igualmente, neste sentido, acórdão de 6 de outubro de 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, n.º 23).

90 O sublinhado é meu.

91 O sublinhado é meu.

117. O facto de o investidor poder optar por atuar judicialmente através de um recurso aos órgãos jurisdicionais do Estado-Membro em causa ou a um tribunal arbitral [92] não afeta a natureza obrigatória do órgão jurisdicional do tribunal arbitral porque esta escolha era igual à do contribuinte no processo que deu origem ao 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).

118. Tendo a República Eslovaca dado previamente o seu consentimento à arbitragem, à semelhança do que a República Portuguesa tinha feito no processo que deu origem ao 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), a jurisdição do tribunal arbitral instaurado passou a revestir, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 2, do referido TBI, uma natureza obrigatória para este Estado-Membro e para o investidor.

119. Por conseguinte, os tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI também preenchem o critério da jurisdição vinculativa.

4. A natureza contraditória do processo perante os tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI, a aplicação por estes das regras de direito na resolução dos litígios que lhes são submetidos, bem como a independência e imparcialidade dos árbitros

120. No que respeita à natureza contraditória do processo que corre nos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o artigo 8.º do referido TBI, há que notar que, nos termos do seu n.º 5, «[o] tribunal arbitral fixa as suas próprias regras processuais em conformidade com o artigo com o Regulamento de Arbitragem da [Cnudci]» [93].

121. O artigo 15.º, n.º 1, deste regulamento, na sua versão de 1976 e aplicável no momento em que o referido TBI foi concluído, enunciava que, «[s]ob reserva das disposições do [r]egulamento, o tribunal arbitral pode proceder à arbitragem da forma que considerar adequada, desde que as partes sejam tratadas em pé de igualdade e *que a todo o momento do processo cada parte tenha tido possibilidade de fazer valer os seus direitos e de apresentar os seus fundamentos*» [94]. Esta garantia é retomada no artigo 17.º, n.º 1, do referido regulamento, na sua versão de 2010 e de 2013.

122. O respeito pelo princípio do contraditório também é assegurado por várias disposições do referido regulamento que visam a troca de articulados, a organização de uma audiência e a participação das partes nesta, bem como o encerramento da fase oral, a saber, os artigos 18.º a 20.º, 22.º, 24.º, 25.º e 29.º do Regulamento de 1976 e os artigos 20.º a 22.º, 24.º, 28.º e 31.º do Regulamento alterado em 2010 e em 2013.

123. No que respeita ao critério de aplicação pelos tribunais arbitrais de regras de direito, o artigo 8.º, n.º 6, do referido TBI dispõe que «[o] tribunal arbitral pronuncia-se ao abrigo da lei» e prevê uma série de regras jurídicas que o tribunal deve tomar em consideração. Está assim afastada a possibilidade de se pronunciar *ex aequo et bono*.

92 O referido TBI não contém uma cláusula de opção irrevogável (*fork-in-the-road*) que preveja que, depois de um investidor fazer a sua escolha quanto ao foro (entre os órgãos jurisdicionais internos do Estado em causa e um tribunal arbitral internacional), a opção que tenha sido feita passa a ser irrevogável.

93 O Regulamento de Arbitragem está disponível no sítio Internet da Cnudci http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html.

94 O sublinhado é meu.

124. Por último, no que se refere ao critério de independência e de imparcialidade, é jurisprudência constante que «[as] garantias de independência e de imparcialidade postulam a existência de regras, designadamente no que respeita à composição da instância, à nomeação, à duração das funções, bem como às causas de abstenção, de impugnação da nomeação e de destituição dos seus membros, que permitem afastar qualquer dúvida legítima, no espírito dos litigantes, quanto à impermeabilidade da referida instância em relação a elementos externos e à sua neutralidade relativamente aos interesses em confronto […] Para se considerar preenchida a condição relativa à independência do organismo de reenvio, a jurisprudência exige, designadamente, que os casos de destituição dos membros deste órgão sejam determinados por disposições legais expressa» [95].

125. Começo por notar que em nenhum dos processos que tratou o Tribunal de Justiça contestou a independência e a imparcialidade dos árbitros e, em seguida, que o Regulamento de Arbitragem da Cnudci garante a independência e a imparcialidade dos árbitros impondo-lhes uma obrigação clara de assinalar todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas legítimas sobre a sua imparcialidade ou sobre a sua independência [96], bem como instaurando-lhes um processo de recusa dos árbitros quando se verifiquem semelhantes circunstâncias [97].

126. À luz do que precede, os tribunais arbitrais instaurados pelo artigo 8.º do referido TBI constituem órgãos jurisdicionais na aceção do artigo 267.º TFUE. Mas constituem estes, igualmente, órgãos jurisdicionais «de um dos Estados-Membros» na aceção desta disposição?

127. Em minha opinião, sim.

128. A questão da qualidade de um órgão jurisdicional internacional estabelecido no âmbito de uma organização internacional criada por um tratado internacional concluído entre Estados-Membros foi examinada a propósito do Tribunal de Justiça do Benelux no processo que deu origem ao acórdão de 4 de novembro de 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517).

129. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que «não existe qualquer motivo válido suscetível de justificar que um órgão jurisdicional comum a vários Estados-Membros não possa submeter questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, tal como os órgãos jurisdicionais de cada um desses Estados-Membros» [98].

130. É, igualmente, o caso dos tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o disposto no artigo 8.º do referido TBI porque são instaurados como mecanismo de resolução de diferendos pelo Reino dos Países Baixos e pela República Eslovaca.

131. Por estas razões, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à segunda questão que o artigo 267.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição como o artigo 8.º do referido TBI, que permite a resolução dos diferendos entre investidores e Estados por um tribunal arbitral que deve ser considerado «uma jurisdição de um dos Estados-Membros» na aceção do artigo 267.º TFUE.

95 Acórdão de 9 de outubro de 2014, TDC (C-222/13, EU:C:2014:2265, n.º 32 e jurisprudência referida). Há que precisar que, contrariamente aos juízes, os árbitros não ocupam lugares permanentes. Não há, assim, no direito da arbitragem internacional, regras de destituição dos árbitros.

96 V. artigo 9.º do Regulamento de Arbitragem da Cnudci de 1976 e artigo 11.º do Regulamento de Arbitragem da Cnudci, alterado em 2010 e em 2013.

97 V. artigos 10.º a 12.º do Regulamento de Arbitragem da Cnudci de 1976 e artigos 12.º e 13.º do Regulamento de Arbitragem da Cnudci, alterado em 2010 e em 2013. V., igualmente, as Orientações da Association internationale des barreaux (AIB) sobre os Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional (disponíveis no sítio Internet da AIB http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx), que precisam os motivos de conflitos de interesses que podem conduzir à recusa dos árbitros.

98 N.º 21. V. igualmente, neste sentido, acórdão de 14 de junho de 2011, Miles e o. (C-196/09, EU:C:2011:388, n.º 40).

D. Quanto à primeira questão prejudicial

132. Com a sua primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 344.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que obsta à aplicação de disposições dos TBI internos à União, como o artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia, que permitem a resolução por um tribunal arbitral dos diferendos entre investidores e Estados.

133. Começo por notar que se o Tribunal de Justiça declarar, como proponho, que os tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o disposto no artigo 8.º deste TBI são órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros na aceção do artigo 267.º TFUE, estes inscrevem-se então no diálogo jurisdicional visado no n.º 176 do parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454), e são obrigados a aplicar o direito da União. Por conseguinte, o recurso à arbitragem internacional nas condições prescritas no artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia não pode prejudicar o artigo 344.º TFUE nem a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União.

134. Com efeito, neste caso, os tribunais arbitrais são obrigados, sob pena de nulidade por motivo de serem contrários à ordem pública, a respeitar os princípios enunciados pelo Tribunal de Justiça nos n.ºs 65 a 70 do parecer 1/09 (Acordo sobre a criação de um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123), e nos n.ºs 157 a 176 do parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454), entre os quais o primado do direito da União [99] sobre os direitos dos Estados-Membros e sobre qualquer compromisso internacional assumido entre Estados-Membros, o efeito direto de uma série de disposições aplicáveis aos seus nacionais e a eles próprios, a confiança mútua entre si no reconhecimento de valores comuns nos quais a União assenta, bem como a aplicação e o respeito pleno e absoluto do direito da União.

135. Por outro lado, a não aplicação ou a má aplicação do direito da União pelos tribunais arbitrais criados pelos Estados-Membros não apenas determinaria a responsabilidade dos Estados-Membros em causa, e isto em conformidade com o acórdão de 30 de setembro de 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), porque foram eles que os criaram, mas poderia, eventualmente, conduzir à constatação de um incumprimento por parte dos Estados em causa em conformidade com os artigos 258.º e 259.º TFUE [100].

136. Se, no entanto, o Tribunal de Justiça declarar que os tribunais arbitrais constituídos em conformidade com o disposto no artigo 8.º do referido TBI não constituem órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros na aceção do artigo 267.º TFUE, haveria ainda que examinar se o artigo 344.º TFUE obsta à aplicação do artigo 8.º do referido TBI e, se for caso disso, se este último é incompatível com a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e a autonomia do sistema jurídico da União.

137. Neste contexto, impõem-se três análises, sendo que a segunda só se impõe se a primeira concluir com uma resposta afirmativa e sendo que a terceira só se impõe se à primeira ou à segunda questão for dada uma resposta negativa:

– Um diferendo entre um investidor e um Estado-Membro, como o visado pelo artigo 8.º do referido TBI, é visado pelo artigo 344.º TFUE?

99 Vários tribunais arbitrais que se pronunciaram sobre diferendos entre investidores-residentes da União e Estados-Membros, entre os quais o tribunal arbitral em causa no presente processo, já reconheceram o primado do direito da União. V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 289; Electrabel SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/07/19), decisão de 30 de novembro de 2012 sobre a competência, o direito aplicável e a responsabilidade, n.ºs 4.189 a 4.191; Charanne BV e Construction Investments Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CCS n.º 062/2012), sentença final de 21 de janeiro de 2016, n.ºs 439 e 443; e RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/30), decisão de 6 de junho de 2016 sobre a competência, n.º 72 (seria diferente se os investidores fossem provenientes de um Estado terceiro, v. n.ºs 74 a 76).

100 V., neste sentido, Electrabel SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/07/19), decisão de 30 de novembro de 2012 sobre a competência, o direito aplicável e a responsabilidade, n.ºs 4.160 a 4.162.

– O objeto de semelhante diferendo permite que seja caracterizado como sendo «relativo à interpretação e à aplicação dos Tratados» na aceção do artigo 344.º TFUE?

– O referido TBI, à luz da sua finalidade, tem por efeito prejudicar a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União?

1. Um diferendo entre um investidor e um Estado-Membro, como o visado pelo artigo 8.º do referido TBI, é visado pelo artigo 344.º TFUE?

138. Em minha opinião, deve ser dada uma resposta negativa a esta pergunta, pelas seguintes razões.

139. Nos termos do artigo 344.º TFUE, «[o]s Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos».

140. O Tribunal de Justiça teve frequentemente oportunidade de interpretar o artigo 344.º TFUE e de se pronunciar sobre a compatibilidade com este artigo dos acordos internacionais, embora se tratassem de acordos internacionais celebrados pela União e pelos seus Estados-Membros com Estados terceiros [101].

141. Segundo jurisprudência constante, «um acordo internacional não pode pôr em causa a ordem das competências estabelecida pelos Tratados e, portanto, a autonomia do sistema jurídico da União, cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. Este princípio está nomeadamente inscrito no artigo 344.º TFUE segundo o qual os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que neles estão previstos» [102].

142. Segundo o Tribunal de Justiça, o artigo 344.º TFUE prevê «a obrigação dos Estados-Membros de recorrerem ao sistema jurisdicional [da União] e de respeitarem a competência exclusiva do Tribunal de Justiça que dele constitui um elemento fundamental[,] [obrigação que] deve ser entendida como uma manifestação específica do seu dever mais geral de lealdade que decorre do artigo [4.º, n.º 3, TUE]» [103].

143. Há que notar desde já que o tribunal arbitral que proferiu a sentença em causa no processo principal examinou minuciosamente os argumentos da República Eslovaca e da Comissão relativos ao artigo 344.º TFUE. A este respeito, declarou, com base no acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), que os diferendos entre investidores e Estados contratantes do TBI não eram abrangidos pelo artigo 344.º TFUE [104].

101 V. parecer 1/91 (Acordo EEE — I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490); 1/92 (Acordo EEE — II), de 10 de abril de 1992 (EU:C:1992:189); 2/94 (Adesão da Comunidade à CEDH), de 28 de março de 1996 (EU:C:1996:140); 1/09 (Acordo sobre a criação de um sistema unificado de resolução dos litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123), e parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454). V., igualmente, acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345).

102 Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 201). V. igualmente, neste sentido, parecer 1/91 (Acordo EEE — I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490, n.º 35), e acórdãos de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345, n.º 123), e de 3 de setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, n.º 282).

103 Acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345, n.º 169).

104 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 276. V. igualmente, neste sentido, European American Investment Bank AG c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2010-17), sentença de 22 de outubro de 2012 sobre a competência, n.ºs 248 a 267; Electrabel SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/07/19), decisão de 30 de novembro de 2012 sobre a competência, o direito aplicável e a responsabilidade, n.ºs 4.150 a 4.152; Charanne BV e Construction Investments Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CCS n.º 062/2012), sentença final de 21 de janeiro de 2016, n.ºs 441 a 445, RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/30), decisão de 6 de junho de 2016 sobre a competência, n.º 80; e Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/36), sentença de 4 de maio de 2017, n.º 204.

144. A República Eslovaca, apoiada por vários Estados-Membros e pela Comissão, contestam esta apreciação do tribunal arbitral. Em sua opinião, o artigo 344.º TFUE deve ser objeto de uma interpretação extensiva que o torne aplicável a litígios que opõem um particular a um Estado-Membro, especialmente à luz da sua redação que, contrariamente ao artigo 273.º TFUE, não limita expressamente o seu âmbito de aplicação aos litígios «entre Estados-Membros».

145. Não partilho deste entendimento.

146. Resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os diferendos entre Estados-Membros [105], bem como entre Estados-Membros e a União [106], são visados pelo artigo 344.º TFUE. Em contrapartida, os litígios entre particulares não o são, ainda que o órgão jurisdicional chamado a resolvê-los seja chamado a tomá-lo em consideração ou a aplicar o direito da União.

147. Com efeito, como o Tribunal de Justiça declarou a respeito do projeto de acordo sobre o órgão jurisdicional da patente europeia comunitária, «[a] criação do [órgão jurisdicional da patente europeia e da patente comunitária] também não pode ir contra o artigo 344.º TFUE, na medida em que este artigo se limita a proibir os *Estados-Membros* de submeter[em] um diferendo relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados a um meio de resolução diferente dos previstos nestes. Ora, as competências que o projeto de acordo visa atribuir ao órgão jurisdicional da patente europeia e da patente comunitária] dizem exclusivamente respeito aos litígios entre particulares no domínio das patentes» [107].

148. No que diz respeito aos diferendos entre particulares e Estados-Membros, a Comissão salienta que o sistema jurisdicional visado pelo parecer 1/91 (Acordo EEE — I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490), também incluía recursos interpostos por pessoas singulares contra o Órgão de Fiscalização da Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA) em matéria de concorrência [108].

149. Contudo, estes recursos não foram interpostos contra um Estado-Membro e, de qualquer modo, não há nenhum excerto do parecer do Tribunal de Justiça que possa fazer crer que este último considerou que este aspeto específico do projeto de Acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) era problemático.

150. Há ainda que sublinhar que a União devia passar a ser parte no acordo visado por este parecer e que, por conseguinte, este acordo devia fazer parte do direito da União, o que evidentemente não é o que sucede com o referido TBI. Por outro lado, conforme resulta claramente dos n.os 13 a 29 deste parecer, o Tribunal de Justiça manifestava preocupações pela existência de um risco sistémico criado pelo artigo 6.º do projeto de Acordo para a homogeneidade da interpretação e da aplicação do direito no EEE [109] e não pelo facto de que os recursos interpostos em matéria de concorrência por particulares contra o Órgão de Fiscalização da EFTA teriam sido da competência de um órgão jurisdicional situado fora da arquitetura jurisdicional da União.

105 V. acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345, n.º 128).

106 V. parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 202 e 205).

107 Parecer 1/09 (Acordo sobre a criação de um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123). O sublinhado é meu.

108 V. n.º 6 deste parecer.

109 O artigo 6.º do projeto de acordo dispunha que, para a sua implementação e aplicação, as disposições do acordo deviam ser interpretadas em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça *anterior* à data de assinatura do acordo e relativa às correspondentes disposições do Tratado CEE, do Tratado CECA e dos atos derivados, o que evidentemente criava um risco de divergências entre a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a do Tribunal EEE. V. parecer 1/91 (Acordo EEE — I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490, n.os 6 e 25 a 29).

151. O parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454), é de especial importância a este respeito, porque embora o artigo 6.º, n.º 2, TUE preveja a adesão da União à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), esta seria incompatível com os artigos 344.º TFUE se os diferendos entre particulares e Estados-Membros, que são os diferendos mais típicos intentados perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, fossem abrangidos por esta disposição.

152. É por este motivo que, nos n.ºs 201 a 214 deste parecer, o Tribunal de Justiça examinou, sob o ângulo do artigo 344.º TFUE, apenas os diferendos entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e a União [110], embora estivesse consciente do facto de que, pela sua adesão à CEDH, a União ficaria vinculada pelo artigo 34.º, primeiro parágrafo, desta, que prevê que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem «pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não-governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer [Parte Contratante] dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos» [111].

153. Por estes motivos, penso que um diferendo entre um investidor e um Estado-Membro, como o visado pelo artigo 8.º do referido TBI, não é abrangido pelo artigo 344.º TFUE.

154. Esta conclusão não pode ser afetada pelo argumento da Comissão segundo o qual os diferendos entre investidores e Estados-Membros são efetivamente diferendos entre Estados-Membros, porque, ao dar início a um processo arbitral contra um Estado-Membro ao abrigo de uma disposição como o artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia, o investidor exerce não um direito que é seu, mas um direito que este TBI confere ao seu Estado de origem.

155. A este respeito, a Comissão baseia-se em duas sentenças arbitrais citadas no n.º 81 das suas observações escritas [112]. Contudo, esta sua tese é contradita por esta mesma jurisprudência arbitral [113] e, de forma geral, está longe de recolher uma aprovação geral [114].

110 V., em especial, n.ºs 204, 205, 207 e 212.

111 V. parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.ºs 17 e 18).

112 V. Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Estados Unidos da América [processo CIRDI n.º ARB(AF)/98/3], sentença de 26 de junho de 2003, n.º 233, e Archer Daniels Midland Company et Tate & Lyle Ingredients Americas Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos [processo CIRDI n.º ARB(AF)/04/05], sentença de 21 de novembro de 2007, n.º 178.

113 V. Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Estados Unidos da América [processo CIRDI n.º ARB(AF)/98/3], sentença de 26 de junho de 2003, n.º 223, na qual o tribunal arbitral aceitou que o capítulo 11 do Acordo de Comércio Livre Norte Americano (ALENA) constitui um desenvolvimento progressivo do direito internacional no sentido de que permite ao investidor reivindicar os *seus próprios direitos* e submeter o *seu próprio pedido* à arbitragem internacional (*Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration*).

114 V. Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, p. 17 a 38.

156. Com efeito, é facto assente no direito internacional que as disposições de um tratado internacional podem, em certas condições, conferir direitos aos particulares [115]. Neste sentido, vários órgãos jurisdicionais arbitrais [116] e estatais [117] declararam que os TBI conferiam diretamente direitos aos investidores [118].

157. É este certamente o caso do artigo 3.º do referido TBI, cuja violação foi constatada pelo tribunal arbitral na sentença arbitral em causa no processo principal, porque menciona expressamente que os investidores das partes contratantes têm direito a um tratamento justo e equitativo, bem como ao tratamento da nação mais beneficiada.

158. Além disso, o direito aplicável aos diferendos visados pelo artigo 8.º, n.º 6, do referido TBI [119] é diferente do direito aplicável aos diferendos entre os dois Estados partes no referido TBI, em conformidade com o seu artigo 10.º, n.º 7 [120].

159. Daqui concluo que um diferendo entre um investidor e um Estado-Membro, como o visado no artigo 8.º do referido TBI, não é visado no artigo 344.º TFUE, o que dispensa que se questione se semelhante diferendo é «relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados [UE e FUE]». Para a eventualidade de o Tribunal de Justiça não partilhar da minha conclusão sobre o primeiro ponto, analiso também esta questão.

2. O diferendo em causa é «relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados»?

160. Ao citar os n.os 140, 149 e 151 a 153 do acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), o órgão jurisdicional de reenvio considera que só se pode verificar uma violação do artigo 344.º TFUE se a sentença arbitral em causa tiver por objeto a interpretação e a aplicação das próprias disposições do direito da União, o que, em sua opinião, não sucede com a sentença arbitral em causa no processo principal.

115 Para além do exemplo do Tratado FUE e da CEDH, cito a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 24 de abril de 1963. V., neste sentido, acórdão de 27 de junho de 2001, processo LaGrand (Alemanha c. Estados Unidos da América), TIJ, *Recueil* 2001, p. 466, n.º 78.

116 V., neste sentido, American Manufacturing & Trading Inc. c/ República do Zaire (processo CIRDI n.º ARB/93/1), sentença de 21 de fevereiro de 1997, n.º 6.06; CMS Gas Transmission Company c/ República da Argentina (processo CIRDI n.º ARB/01/8), decisão do tribunal de 17 de julho de 2003 sobre as exceções relativas à sua competência, n.º 45; Corn Products International, Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos [processo CIRDI n.º ARB(AF)04/01), sentença de 15 de janeiro de 2008, n.os 174 a 176; Cargill Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos (processo CIRDI n.º ARB(AF)05/2], sentença de 18 de setembro de 2009, n.os 424 a 426; e European American Investment Bank AG c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2010-17), sentença de 22 de outubro de 2012 sobre a competência, n.º 445. V. igualmente, neste sentido, Burdeau, G., «Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant l'Etat», 1995, *Revue de l'arbitrage*, p. 3 a p. 12; Paulsson, J., «Arbitration Without Privity», 1995, vol. 10, *ICSID Review — Foreign Investment Law Journal*, p. 232 a p. 256; Wälde, T., «Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty», 1996, *Arbitration International*, p. 429 e p. 435 a 437; e Douglas, Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pp. 32 a 38.

117 V. *Occidental Exploration & Production Company v Republic of Ecuador* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, n.º 22, no qual a Court of Appeal (England & Wales) [Tribunal de Segunda Instância (Inglaterra e País de Gales), Reino Unido] qualifica o n.º 233 da sentença de 26 de junho de 2003 na arbitragem Loewen Group & Raymond L. Loewen c/ Estados Unidos da América (processo CIRDI n.º ARB(AF)/98/3) de «controverso», acrescentado que não partilhava uma interpretação desta sentença segundo a qual os TBI conferem direitos não aos investidores, mas ao seu Estado de origem.

118 É certo que os TBI contêm sistematicamente convenções de arbitragem para os diferendos entre os Estados contratantes (v., no presente caso, o artigo 10.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia). No entanto, que eu saiba, tal arbitragem entre Estados nunca teve lugar desde a assinatura do primeiro TBI em 1959. Este é, certamente, o caso dos TBI entre Estados-Membros.

119 Segundo esta disposição, «[o]» tribunal arbitral pronuncia-se ao abrigo da lei, tomando em consideração designadamente, mas não exclusivamente: o direito em vigor na Parte Contratante em causa; as disposições do presente acordo e de qualquer outro acordo pertinente entre as Partes Contratantes; disposições de acordos especiais relativos ao investimento; princípios gerais do direito internacional».

120 «O tribunal pronuncia-se com base no presente acordo bem como com base noutros acordos pertinentes entre as duas partes contratantes, os princípios gerais do direito internacional e as regras gerais do direito que o tribunal considere aplicáveis. As disposições precedentes não prejudicam o poder do tribunal de se pronunciar *ex aequo et bono* se as partes estiverem de acordo» (*The tribunal shall decide on the basis of the present Agreement and other relevant Agreements between the two Contracting Parties, the general principles of international law, as well as such general rules of law as the tribunal deems applicable. The foregoing provisions shall not prejudice the power of the tribunal to decide the dispute ex aequo et bono if the Parties so agree*).

161. A República Eslovaca, apoiada por vários Estados-Membros e pela Comissão, contesta esta apreciação do órgão jurisdicional de reenvio. Considera que o artigo 344.º TFUE é aplicável a um diferendo como o que opõe a Achmea e a República Eslovaca, por este dizer efetivamente respeito à interpretação e à aplicação dos Tratados UE e FUE, incluindo na aceção do acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345).

162. Não partilho desta opinião.

163. É certo que no seu acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), e no seu parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454), o Tribunal de Justiça declarou que os diferendos eram relativos à interpretação e à aplicação dos Tratados UE e FUE ainda que fossem abrangidos por acordos internacionais (a saber, respetivamente, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, celebrada em Montego Bay em 10 de dezembro de 1982, e a CEDH).

164. No entanto, tal só se verificava porque a União era parte do acordo em causa (a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar), o qual fazia, assim, parte do direito da União, ou porque se pretendia que a União aderisse ao acordo em causa (CEDH), que devia, por conseguinte, fazer parte do direito da União.

165. Com efeito, como o Tribunal de Justiça declarou nos n.os 126 e 127 do acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345):

«Ficou demonstrado que as disposições da Convenção [das Nações Unidas sobre o Direito do Mar] em causa no diferendo relativo à fábrica MOX estão abrangidos pela competência que a [União] exerceu ao aderir à convenção, de forma que essas disposições fazem parte integrante da ordem jurídica [da União].

Por conseguinte, trata-se efetivamente, no caso em apreço, de um diferendo relativo à interpretação ou à aplicação do Tratado [TFUE], na aceção do artigo [344.º TFUE].»

166. Do mesmo modo, no parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de novembro de 2014 (EU:C:2014:2454), o Tribunal de Justiça declarou que «a CEDH faria parte integrante do direito da União. Consequentemente, sempre que este direito estivesse em causa, o Tribunal de Justiça teria competência exclusiva para conhecer de qualquer litígio entre os Estados-Membros e entre estes e a União, a respeito da observância desta Convenção». Com esta base, o Tribunal de Justiça declarou que a adesão da União à CEDH era suscetível de afetar o artigo 344.º TFUE [121].

167. No entanto, contrariamente aos acordos em causa no processo que deram origem ao acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), e ao parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454), a União não é parte do referido TBI, o qual não faz, assim, parte do direito da União, que é o critério definido nestas duas decisões do Tribunal de Justiça.

168. Por conseguinte, a competência exclusiva do Tribunal de Justiça garantida pelo artigo 344.º TFUE não é posta em causa.

169. Esta constatação não é afetada pelo argumento da Comissão segundo o qual o direito da União faz parte do direito aplicável aos diferendos entre investidores e Estados partes do referido TBI e que, no presente caso, a Achmea alegou uma violação do direito da União no processo arbitral.

121 Ver n.os 205 a 214 do parecer.

170. A este respeito, o tribunal arbitral em causa no presente processo declarou que, «[l]onge de estar impedido de tomar em consideração e de aplicar o direito da União, [estava] obrigado a aplicá-lo na medida em que fa[zia] parte do direito aplicável, independentemente de ser conforme com o artigo 8.º do TBI, com o direito alemão, ou não» [122]. Acrescentou que o Tribunal de Justiça possuía o «monopólio da interpretação final [exercendo] a autoridade da interpretação do direito da União» [123].

171. Acrescento que um tribunal arbitral constituído em conformidade com o disposto no artigo 8.º do referido TBI também pode ser levado a aplicar o direito da União em conformidade com o artigo 3.º, n.º 5, do referido TBI, que prevê, entre outros, que, se um tratado que venha a ser celebrado entre as partes [124] contiver regras, gerais ou específicas, que concedam a investimentos de investidores da outra parte contratante um tratamento mais favorável do que o previsto no referido TBI, essas regras prevaleceriam sobre este último na medida em que seriam mais favoráveis [125].

172. Além disso, os Tratados UE e FUE fariam, seja como for, parte das regras de direito que os tribunais arbitrais teriam de tomar em consideração, inclusivamente em caso de inexistência de uma disposição como a do artigo 8.º, n.º 6, do referido TBI, porque esta obrigação resulta por defeito do artigo 31.º, n.º 3, alíneas a) e c), da Convenção de Viena [126].

173. Contudo, o facto de o direito da União fazer parte do direito aplicável aos diferendos entre investidores e Estados em conformidade com o artigo 8.º, n.º 6, do TBI não implica que esses diferendos sejam relativos à interpretação e à aplicação dos Tratados UE e FUE, e isto por duas razões: em primeiro lugar, a competência do tribunal arbitral limita-se a pronunciar-se quanto às violações do referido TBI e, em segundo lugar, o âmbito de aplicação do referido TBI e as normas jurídicas introduzidas por este não são idênticos aos dos Tratados UE e FUE.

a) A competência do tribunal arbitral limita-se a pronunciar-se quanto às violações do TBI

174. Como declarado pelo tribunal arbitral em causa no presente processo, «a sua competência limita-se a pronunciar-se quanto às pretensas violações do TBI. O tribunal não é competente para se pronunciar quanto às pretensas violações do direito da União enquanto tais» [127].

122 Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, de 26 de outubro de 2010, n.º 281 [«Far from being precluded from considering and applying EU law the Tribunal is bound to apply it to the extent that it is part of the applicable law(s), whether under BIT Article 8, German law or otherwise»]. V. igualmente, neste sentido, Isolux Infrastructure Netherlands B. V. c/ Reino de Espanha (processo CCS V 2013/153), sentença de 12 de julho de 2016, n.º 654.

123 Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, de 26 de outubro de 2010, n.º 282 (*What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law*).

124 Como os Tratados UE e FUE.

125 V., neste sentido, a respeito de uma disposição semelhante (o artigo 16.º, n.º 2, do Tratado sobre a Carta da Energia), Eiser Infrastructure Limited et Energía Solar Luxembourg Sàrl c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/13/36), sentença de 4 de maio de 2017, n.º 202.

126 Segundo esta disposição, para efeitos da interpretação de um tratado, há que tomar em consideração quaisquer acordos posteriores celebrados entre as partes a respeito da interpretação do tratado ou da aplicação das suas disposições (no presente caso, os Tratados UE e FUE) bem como qualquer regras pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as partes (no presente caso, o direito da União).

127 Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, de 26 de outubro de 2010, n.º 290 (*the Tribunal notes that its jurisdiction is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT. The Tribunal does not have jurisdiction to rule on alleged breaches of EU law as such*). V. igualmente, neste sentido, Isolux Infrastructure Netherlands B. V. c/ Reino de Espanha (processo CCS V 2013/153), sentença de 12 de julho de 2016, n.º 651.

175. Com efeito, o tribunal não tem por missão determinar se, através do seu comportamento contestado pelo investidor, o Estado-Membro violou as suas obrigações decorrentes dos Tratados UE e FUE ou, mais genericamente, do direito da União. Pelo contrário, tem por missão constatar as violações do referido TBI pelo Estado de acolhimento do investimento, sendo o direito da União um dos elementos pertinentes a tomar em consideração para apreciar o comportamento do Estado à luz do referido TBI [128].

176. É neste sentido que «[o] direito da União pode ter um impacto no âmbito dos direitos e das obrigações que decorrem do TBI no presente processo, devido ao seu papel como parte do direito aplicável em conformidade com o artigo 8.º, n.º 6, do TBI e do direito alemão que é a *lex loci arbitri*» [129].

177. Dito isto, o direito da União não tem nenhum impacto quanto ao mérito do diferendo entre a Achmea e a República Eslovaca. Com efeito, não resulta das duas sentenças arbitrais proferidas no litígio em causa no processo principal que a Achmea tenha invocado no tribunal arbitral atos do direito da União com vista à sua interpretação e à sua aplicação no âmbito de um processo destinado a constatar uma violação das disposições dos referidos atos pela República Eslovaca [130]. Pelo contrário, a Achmea alegou que as medidas legislativas adotadas pela República Eslovaca no setor dos seguros de saúde [131], que de modo nenhum tinham a sua origem ou o seu fundamento no direito da União, violavam os artigos 3.º a 5.º do referido TBI.

178. Para mais, como foi declarado pelo tribunal arbitral, nem a Achmea nem a República Eslovaca se basearam em disposições do direito da União que podiam ter tido impacto no raciocínio ou na decisão do tribunal quanto ao mérito do seu diferendo. A sua sentença não podia assim ter tido impacto em questões de direito da União [132].

b) O âmbito de aplicação do referido TBI e as normas jurídicas introduzidas por este não são idênticos aos dos Tratados UE e FUE

179. A tese da Comissão, conforme foi expressa nas suas observações escritas [133] e na audiência, assenta na premissa de que o direito da União confere aos investidores, nomeadamente através das liberdades fundamentais e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), uma proteção completa em matéria de investimentos.

128 V., nomeadamente, Emilio Agustín Maffezini c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/97/7), sentença de 13 de novembro de 2000, n.ºs 65 a 71, na qual um investidor invocou a existência de uma violação por parte do Reino de Espanha da obrigação de conceder ao seu investimento um tratamento justo e equitativo. Em sua opinião, o seu investimento tinha incorrido em custos adicionais sob a forma de um estudo de impacte ambiental. O tribunal arbitral recordou que a obrigação de fazer semelhante estudo decorria do direito da União e que o Reino de Espanha mais não tinha do que assegurado que esta obrigação fosse respeitada. Rejeitou assim o pedido daquele a este respeito.

129 Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, de 26 de outubro de 2010, n.º 279 (*EU law may have a bearing upon the scope of rights and obligations under the BIT in the present case, by virtue of its role as part of the applicable law under BIT Article 8(6) and German law as the* lex loci arbitri). Seja como for, não vejo por que motivo se deveria proibir os tribunais arbitrais de tomarem em consideração o direito da União, visto que semelhante proibição lhes retiraria a possibilidade de procederem, se fosse caso disso, a uma interpretação do TBI conforme com o direito da União com o objetivo de evitar conflitos com este último.

130 Pelo contrário, conforme resulta do n.º 151 do acórdão de 30 de maio de 2006, Comissão/Irlanda (C-459/03, EU:C:2006:345), «a Irlanda [tinha submetido] atos de direito comunitário ao tribunal arbitral para a sua interpretação e aplicação no âmbito de um processo destinado a obter a declaração de que o Reino Unido violou os referidos atos».

131 V. n.º 24 das presentes conclusões.

132 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença final de 7 de dezembro de 2012, n.ºs 275 e 276.

133 V. n.ºs 13, 18, 57, 101 e 130 das suas observações escritas.

180. Não sei o que é que a Comissão entende pelos termos «proteção completa», mas a comparação do referido TBI com os Tratados UE e FUE demonstra que a proteção concedida por estes aos investimentos está ainda longe de estar completa. Em minha opinião, os TBI internos à União, e mais concretamente o TBI em causa no processo principal, instauram direitos e obrigações que não reproduzem nem contradizem as garantias de proteção dos investimentos transfronteiriços oferecidas pelo direito da União [134].

181. O TBI em causa no processo principal pode ser analisado à luz de três perspetivas. Em primeiro lugar, o seu âmbito de aplicação é mais amplo do que o dos Tratados UE e FUE (1). Em segundo lugar, algumas das normas jurídicas introduzidas pelo referido TBI não têm equivalente no direito da União (2). Em terceiro lugar, algumas das suas normas apresentam uma sobreposição parcial com o direito da União sem, no entanto, conduzir a resultados incompatíveis com os Tratados UE e FUE (3).

182. Antes de proceder a esta análise, identifico as principais normas jurídicas constantes neste TBI:

– o princípio da igualdade do investimento [135] (artigo 2.º);

– o tratamento justo e equitativo (artigo 3.º, n.º 1);

– a proteção e a segurança plenas e absolutas (artigo 3.º, n.º 2);

– a cláusula NMB (artigo 3.º, n.os 2 e 3);

– a cláusula do respeito pelos compromissos contratuais dita «*umbrella clause*» [136] (artigo 3.º, n.º 4);

– a livre transferência de pagamentos (artigo 4.º);

– a proibição de expropriações ilegais (artigo 5.º);

– a indemnização em caso de guerra, conflito armado, caso de urgência ou outras circunstâncias extraordinárias (artigo 6.º);

– a subrogação do segurador nos direitos do investidor no caso de seguro por riscos não comerciais (artigo 7.º);

– o mecanismo de RDIE (artigo 8.º);

– o mecanismo de resolução dos diferendos entre Estados (artigo 10.º), e

134 V. igualmente, neste sentido, Eastern Sugar BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CCS n.º 088/2004), sentença parcial de 27 de março de 2007, n.os 159 a 172; Rupert Joseph Binder c/ República Checa (Cnudci), sentença de 6 de junho de 2007 sobre a competência, n.º 63; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ República Eslovaca (Cnudci), decisão de 30 de abril de 2010 sobre a competência, n.os 74 a 79; Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.os 245 a 267; European American Investment Bank AG c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2010-17), sentença de 22 de outubro de 2012 sobre a competência, n.os 178 a 185; WNC Factoring Ltd c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2014-34), sentença de 22 de fevereiro de 2017, n.os 298 a 308; Anglia Auto Accessories Limited c/ República Checa (processo CCS V 2014/181), sentença final de 10 de março de 2017, n.os 115 e 116; I. P. Busta e J. P. Busta c/ República Checa (processo CCS V 2015/014), sentença final de 10 de março de 2017, n.os 115 e 116.

135 Segundo este princípio, um investidor só pode beneficiar da proteção do TBI para um investimento que respeitasse o direito do Estado de acolhimento no momento onde foi feito. V., por exemplo, Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c/ Reino de Marrocos (processo CIRDI n.º ARB/00/4), sentença de 31 de julho de 2001 sobre a competência, n.º 46 e Tokios Tokelés c/ Ucrânia (processo CIRDI n.º ARB/02/18), sentença de 29 de junho de 2004 sobre a competência, n.º 84.

136 A violação de um contrato celebrado entre um Estado e um investidor estrangeiro não constitui em si mesma uma violação do direito internacional. Uma cláusula de respeito dos compromissos contratuais que o Estado de acolhimento dos investimentos subscreveu relativamente a investidores do outro Estado que é parte no TBI teve, assim, por efeito integrar no TBI a obrigação de respeitar esses compromissos. Por conseguinte, quando considerem que ocorre uma violação desses compromissos, os investidores podem beneficiar das proteções concedidas pelo TBI, entre as quais nomeadamente o direito de recurso à arbitragem internacional, o que teria sido impossível sem a cláusula de respeito dos compromissos, uma vez que o direito internacional não a impõe.

– a cláusula de temporização dita «*sunset*» [137] (artigo 13.º, n.º 3).

1) O âmbito de aplicação do referido TBI é mais amplo do que o dos Tratados UE e FUE

183. Salvo limitação expressa, os TBI abrangem qualquer ato ou qualquer omissão do Estado que tenha impacto num investidor estrangeiro e no seu investimento. Neste sentido, aplicam-se a situações que não são abrangidas pelos Tratados UE e FUE.

184. Os melhores exemplos são os do mecanismo que garante a estabilidade da zona euro, do direito penal e da fiscalidade direta.

185. Refiro-me, assim, aos processos arbitrais iniciados ao abrigo dos TBI internos à União, aos quais se referiram na audiência a República Helénica e a República de Chipre, a respeito de medidas que adotaram em conformidade com os termos de condicionalidade da sua facilidade de assistência financeira fixados nos memorandos de entendimento e noutros instrumentos negociados no quadro do Tratado que institui o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MES), ou ao abrigo do regime que antecedeu o MES [a saber, o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira (FESF)]. Estas medidas são abrangidas ou pelo MES ou pela competência dos Estados-Membros, mas não pelos Tratados UE e FUE [138], em cujos âmbitos não podem ser contestadas por particulares ao abrigo da sua incompatibilidade com o direito da União.

186. Neste sentido, as medidas adotadas pelo Governo grego, conhecidas sob a denominação em língua inglesa «Private Sector Involvement» (a seguir «PSI»), e que, em substância, consistem na redução unilateral e retroativa das obrigações emitidas por este governo contra a vontade de alguns dos seus titulares, deram origem ao processo arbitral entre, por um lado, um investidor eslovaco e um investidor cipriota e, por outro, a República Helénica [139]. Segundo estes investidores, a sua participação «forçada» na redução das obrigações prevista no PSI constituía uma expropriação indireta e um tratamento injusto e não equitativo contrário aos TBI Grécia/Checoslováquia e Grécia/Chipre.

187. O PSI tinha sido negociado entre o Governo grego e a «Troika» [Comissão, BCE e Fundo Monetário Internacional (FMI)] e, em seguida aprovado pelo Eurogroupe [140]. Conforme foi declarado pelo Tribunal de Justiça, a participação da Comissão e do BCE na Troika é feita fora do âmbito dos Tratados UE e FUE e o Eurogrupo não é um órgão da União [141]. Os TBI não têm semelhante limite. Aplicam-se a qualquer ação do Estado.

137 Segundo esta cláusula, os investimentos feitos durante a duração do TBI continuam a beneficiar da proteção material concedida por este, ainda que já não esteja em vigor, e isto durante um período suplementar fixado naquele. Este período tem início na data em que o TBI cessa.

138 Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, embora as medidas específicas impostas aos Estados-Membros e que condicionam a assistência financeira que tinham pedido no âmbito do Tratado MES devam respeitar o direito da União, não são abrangidas por este direito. V., neste sentido, acórdãos de 27 de novembro de 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756, n.os 151, 164, 179 e 180), e de 20 de setembro de 2016, Mallis e o./Comissão e BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702, nomeadamente n.os 59 e 61). Com efeito, o memorando de entendimento, assinado em nome do Mecanismo Europeu de Estabilidade (MES) pela Comissão e pelo Banco Central Europeu (BCE), é um ato do MES e, enquanto tal, não pode ser sujeito a uma fiscalização da legalidade pelos órgãos jurisdicionais da União. A constatação do facto de que estas medidas não são abrangidas pelo direito da União não é no entanto afetada pela possibilidade de responsabilizar judicialmente a União na medida em que a Comissão e o BCE assinaram esse memorando de entendimento, o que poderia constituir por parte deste uma violação caracterizada do direito da União de que decorreu um dano. V., neste sentido, acórdão de 20 de setembro de 2016, Ledra Advertising e o./Comissão e BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, n.os 52 a 55).

139 V. Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE c/ República Helénica (processo CIRDI n.º ARB/13/8), sentença de 9 de abril de 2015, n.os 60 a 76.

140 V. declaração à imprensa do Eurogrupo de 21 de fevereiro de 2012.

141 V. acórdãos de 20 de setembro de 2016, Ledra Advertising e o./Comissão e BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, n.º 52) e de 20 de setembro de 2016, Mallis e o./Comissão e BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702, n.os 52 a 61).

188. Sucede o mesmo com as medidas de controlo de capitais impostas pela República de Chipre aquando da crise bancária que foi objeto do processo arbitral Theodoros Adamakopoulos e o. c/ República de Chipre (processo CIRDI n.º ARB/15/49). Na audiência, o Governo cipriota reconheceu que ele próprio tinha adotado estas medidas ao abrigo do artigo 65.º, n.º 1, TFUE que permite, e, portanto, não impõe, aos Estados-Membros introduzir restrições à livre circulação de capitais.

189. Conforme foi salientado pelo presidente do BCE, ainda que a adoção destas medidas possa ser tolerada como uma restrição à livre circulação de capitais pelo artigo 65.º, n.º 1, TFUE, não deixa de ser verdade que se trata de «medidas nacionais […] *unilaterais e soberanas* adotadas pelo Parlamento cipriota, pelo Governo cipriota e/ou pelo Banco Central de Chipre» [142]. Embora os Estados-Membros devam exercer as competências de uma forma que não viole o direito da União, o TBI pode conceder uma proteção útil aos investidores, nas situações em que as medidas pertencentes à competência exclusiva dos Estados-Membros os prejudiquem sem, no entanto, constituírem um obstáculo ao direito da União.

190. Do mesmo modo, as medidas de consolidação do setor bancário cipriota acordadas no âmbito do MES e aprovadas pelo Eurogrupo incluíam o desmantelamento do Banco Laïki, a sua cisão numa estrutura de «banco mau» e de «banco bom», bem como a integração deste último no Banco Trapeza Kyprou [143]. O Laïki foi igualmente objeto de medidas adotadas pelo Governo cipriota que, segundo o seu acionista Marfin Investment Group, conduziram ao aumento da participação da República de Chipre no capital do Laïki em seu detrimento. Foram instaurados procedimentos penais contra os dirigentes do Laïki nomeados pelo Marfin Investment Group e foram efetuadas penhoras provisórias de bens pertencentes ao Marfin Investment Group e aos seus dirigentes. Considerando que estas medidas constituíam uma expropriação indireta do seu investimento no Banco Laïki, bem como um tratamento arbitrário e discriminatório contrário ao TBI Grécia/Chipre, o Marfin Investment Group deu início a um processo arbitral contra a República de Chipre [144].

191. É evidente que o diferendo em causa nesta arbitragem também não é abrangido pelo âmbito de aplicação dos Tratados UE e FUE, tanto na sua parte penal como na sua parte de criação do «banco bom». Na audiência, o Governo cipriota acusou o tribunal arbitral de lhe ter ordenado a «não emissão e a não execução de certos mandados de detenção europeus» contra certos nacionais gregos, embora tivessem por objetivo permitir-lhes participarem como testemunhas nas audiências perante o tribunal arbitral.

192. No entanto, conforme resulta do comunicado de imprensa emitido pelo Serviço Jurídico da República de Chipre, a decisão de emitir ou não esses mandados de detenção é da competência exclusiva dos Estados-Membros. Não vejo assim de que forma a decisão do tribunal arbitral teria impedido a República de Chipre de executar as suas obrigações decorrentes da Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de junho de 2002, relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros [145], que visa, em substância, a execução nos outros Estados-Membros dos mandados emitidos por um Estado-Membro (no presente caso, a República de Chipre), bem como os procedimento de entrega das pessoas visadas. Quanto à suspensão da execução dos mandados, esta decisão-quadro não contém disposições que visem a execução dos mandados no

142 V. carta de 13 de julho de 2015 enviada por Mario Draghi, presidente do BCE, ao membro do Parlamento Europeu, Sven Giegold, disponível no sítio Internet do BCE https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/150714letter_giegold.en.pdf?1a6b3fcf462edc2c155fec04e0f9d475. O sublinhado é meu.

143 Estas medidas não estão abrangidas pelo direito da União. V. acórdão de 20 de setembro de 2016, Mallis e o./Comissão e BCE (C-105/15 P a C-109/15 P, EU:C:2016:702).

144 V. arbitragem pendente Marfin Investment Group Holdings SA, Alexandros Bakatselos e o. c/ República de Chipre (processo CIRDI n.º ARB/13/27). V., igualmente, comunicado de imprensa do Serviço Jurídico da República de Chipre, disponível no sítio Internet do seu Serviço de Imprensa e Comunicação (http://www.pio.gov.cy/moi/pio/pio2013.nsf/All/4D30C42F4FB53EB7C225802E00436251?OpenDocument&L=G).

145 JO 2002, L 190, p. 1. A decisão-quadro define os crimes para os quais pode ser emitido um mandado de detenção europeu, mas não visa as outras condições do direito penal que devem ser respeitadas em semelhante procedimento, que são da competência exclusiva do Estado-Membro de emissão do mandado de detenção.

país da sua emissão. Neste sentido, esta questão também é da competência exclusiva dos Estados-Membros. Seja como for, resulta que o tribunal arbitral em causa, na sequência do pedido do procurador-geral de Chipre, revogou a sua decisão, obrigando assim os cidadãos gregos em causa a comparecer perante os órgãos jurisdicionais cipriotas, o que era o objetivo dos mandados de detenção europeus em causa [146].

193. No que respeita ao âmbito da fiscalidade direta, o referido TBI aplica-se plenamente. Não é este o caso dos Tratados UE e FUE porque a fiscalidade direta é da competência dos Estados-Membros, ainda que estes últimos sejam obrigados a exercê-la em observância do direito da União [147]. A proteção conferida pelas liberdades fundamentais em matéria de fiscalidade direta [148] inclui apenas a proibição de diferença de tratamento entre contribuintes que estejam em situações que sejam objetivamente comparáveis ou de tratamento idêntico de contribuintes que estejam em situações diferentes [149].

194. Na audiência, a Comissão referiu-se ao acórdão de 5 de fevereiro de 2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47), embora este acórdão prove que, contrariamente à tese da Comissão, o direito da União não oferece uma proteção «completa» em matéria de investimentos [150]. Com efeito, resulta claramente dos n.os 23 e 30 do referido acórdão que o direito da União não confere proteção contra as discriminações no domínio abrangido por este mesmo acórdão, a saber, a fiscalidade direta.

195. Além disso, em conformidade com o artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as suas disposições só se dirigem aos Estados-Membros quando implementam o direito da União. Conforme o Tribunal de Justiça declarou, uma vez as medidas de fiscalidade direta em causa não são abrangidas por disposições do Tratado FUE ou por diretivas relativas à fiscalidade, as disposições da Carta não lhes são aplicáveis [151].

196. Em contrapartida, a proteção conferida aos investidores pelos TBI no domínio da fiscalidade direta é mais ampla do que no direito da União, uma vez que não visa unicamente um tratamento fiscal discriminatório, mas também qualquer imposição que viole as garantias de tratamento justo e equitativo, de tratamento da NMB, de proteção e de segurança plenas e absolutas, bem como qualquer expropriação indireta realizada a coberto de tributação [152].

146 V. artigo de imprensa «Bouloutas e Foros compareceram nos tribunais» no sítio Internet do jornal *Politis* https://politis.com.cy/article/parousiastikan-sto-dikastirio-mpouloutas-ke-foros.

147 V. acórdãos de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 21); de 12 de dezembro de 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, n.º 36); e de 10 de maio de 2012, Santander Asset Management SGIIC e o. (C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, n.º 14).

148 Com exceção dos raros casos em que o Tratado FUE o preveja (artigos 110.º TFUE a 112.º TFUE) e em que a União tenha legiferado. A título de exemplo, cito as Diretivas 2003/49; 2009/133/CE; 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade e que revoga a Diretiva 77/799/CEE (JO 2011, L 64, p. 1); 2011/96/EU; e 2015/2060 do Conselho, de 10 de novembro de 2015, que revoga a Diretiva 2003/48/CE relativa à tributação dos rendimentos da poupança sob a forma de juros (JO 2015, L 301, p. 1). V., igualmente, neste sentido, conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo (C-122/15, EU:C:2016:65, n.os 42 a 50). Nada impediria as instituições da União ou os Estados-Membros, consoante a repartição das suas competências nos domínios em causa, de implementarem um quadro jurídico único para a proteção dos investimentos em todo o território da União que substituiria os TBI.

149 V., neste sentido, acórdãos de 14 de novembro de 1995, Svensson e Gustavsson (C-484/93, EU:C:1995:379, n.os 12 a 19); 1 de abril de 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e o. (C-80/12, EU:C:2014:200, n.os 20, 21 e 25); de 17 de julho de 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, n.os 19 e 24); de 3 de fevereiro de 2015, Comissão/Reino Unido (C-172/13, EU:C:2015:50, n.os 21 e 24); e de 24 de novembro de 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 54).

150 Referindo-se a este acórdão, que diz respeito à fiscalidade direta, para demonstrar a existência de uma proteção completa em matéria de investimentos em direito da União, a Comissão contradiz-se a si mesma porque defende em simultâneo a tese segundo a qual o acórdão de 5 de julho de 2005, D. (C-376/03, EU:C:2005:424), que também diz respeito à existência de uma discriminação proibida pelo Tratado FUE em matéria de fiscalidade direta, não é pertinente para apreciar a compatibilidade do artigo 8.º do referido TBI com o artigo 18.º TFUE porque a fiscalidade direta é da competência dos Estados-Membros. V. n.º 78 das presentes conclusões.

151 V. acórdão de 2 de junho de 2016, C (C-122/15, EU:C:2016:391, n.os 28 e 29), e despacho de 15 de abril de 2015, Burzio (C-497/14, EU:C:2015:251, n.os 26 a 33).

152 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 251. Para o caso de expropriações, v., nomeadamente, Marvin Feldman c/ Estados Unidos Mexicanos [processo CIRDI n.º ARB(AF)/99/1], sentença de 16 de dezembro de 2002, n.os 101 a 107; EnCana Corporation c/ República do Equador (Cnudci), sentença de 3 de fevereiro de 2006, n.os 173 e 177, e Occidental Petroleum Corporation e Occidental Exploration and Production Company c/ República do Equador (processo CIRDI n.º ARB/06/11), sentença de 5 de outubro de 2012, n.º 455.

197. Por exemplo, um acionista minoritário numa sociedade estabelecida noutro Estado-Membro e que neste é expropriado [153] através de fiscalidade direta não está protegido pelas liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado FUE porque a sua participação não lhe dá controlo na sociedade visada pelas medidas de expropriação e, deste modo, não está abrangida pela liberdade de estabelecimento. Além disso, uma vez que as medidas fiscais visam apenas a sociedade, aplicam-se a uma situação puramente interna, o que torna inaplicáveis as disposições do Tratado FUE relativas à livre circulação de capitais. Não sendo aplicáveis as disposições do direito da União, a Carta e o seu artigo 17.º também não se aplicam.

198. Em contrapartida, sendo uma participação minoritária um investimento direto na aceção do referido TBI, um acionista minoritário pode beneficiar plenamente do artigo 5.º que proíbe as expropriações ilegais [154].

2) As normas jurídicas do referido TBI que não têm equivalente no direito da União e que não são incompatíveis com este

199. Diversas normas jurídicas do referido TBI não têm equivalente no direito da União. São elas a cláusula NMB, a cláusula de respeito pelos compromissos contratuais, a cláusula *sunset* e o mecanismo RDIE.

i) Cláusula NMB

200. O artigo 3.º, n.º 2, do referido TBI instaura o princípio segundo o qual cada Parte Contratante concederá aos investimentos dos investidores da outra parte uma proteção e uma segurança plenas e absolutas que, de qualquer modo, não serão mais fracas do que as concedidas aos investimentos dos seus próprios investidores ou aos investimentos de qualquer outro Estado, consoante aquele que seja o mais favorável para o investidor em causa.

201. Embora o direito da União reconheça o princípio do tratamento nacional [155], não contém uma cláusula NMB que permita aos nacionais de um Estado-Membro beneficiar noutro Estado-Membro do tratamento que este último concede aos nacionais de um terceiro Estado-Membro nos termos de um acordo bilateral [156].

ii) Cláusula de respeito pelos compromissos contratuais, dita «umbrella clause»

202. A cláusula de respeito pelos compromissos contratuais, dita «*umbrella clause*», do artigo 3.º, n.º 5, do referido TBI tem por efeito transformar em violação do TBI uma violação cometida por um Estado a um compromisso contratual que subscreveu relativamente a um investidor. Não há nada de equivalente no direito da União que transforme a violação de um compromisso contratual numa violação dos Tratados UE e FUE.

153 Para mais pormenores sobre a comparação da proteção contra as expropriações ilegais entre o referido TBI e os Tratados UE e FUE, v. n.os 217 a 226 das presentes conclusões.

154 V. neste sentido Quasar de Valores SICAV SA e o. c/ Federação da Rússia (processo CCS n.º 24/2007), sentença de 20 de julho de 2012, e RosInvestCo UK Ltd c/ Federação da Rússia (SCC processo V 079/2005), sentença final de 12 de setembro de 2010, anuladas pelos órgãos jurisdicionais suecos por outros motivos.

155 V., nomeadamente, acórdão de 21 de setembro de 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, n.º 59).

156 V. n.os 66 a 72 das presentes conclusões.

iii) Cláusula sunset

203. Contrariamente ao artigo 13.º, n.º 3, do referido TBI, os Tratados UE e FUE não contêm uma cláusula *sunset*. Pelo contrário, o artigo 50.º, n.º 3, TUE prevê que «[o]s Tratados deixam de ser aplicáveis ao Estado em causa a partir da data de entrada em vigor do acordo de saída ou, na falta deste, dois anos após a notificação referida no n.º 2», a menos que esse prazo seja prorrogado. Por conseguinte, os nacionais da União deixarão de beneficiar imediatamente da proteção conferida pelo direito da União às suas atividades económicas no Estado-Membro que decide retirar-se da União, ainda que os seus investimentos tenham sido realizados durante o período em que os Tratados estavam em vigor nesse Estado-Membro, e vice-versa.

iv) O recurso à arbitragem internacional como mecanismo de RDIE

204. O artigo 8.º do referido TBI contém a proposta permanente (*standing offer*) do Reino dos Países Baixos e da República Eslovaca aos investidores da outra parte contratante de submeter à arbitragem internacional qualquer diferendo relativo aos seus investimentos, em conformidade com o Regulamento da arbitragem da Cnudci, atuando o Instituto de Arbitragem da CCS como autoridade investida do poder de nomeação.

205. Segundo o tribunal arbitral ao qual foi submetida a arbitragem em causa no processo principal, o direito de recorrer à arbitragem internacional não pode ser simplesmente equiparada aos recursos interpostos nos órgãos jurisdicionais comuns do Estado [157], sendo que os Tratados UE e FUE (como os direitos dos Estados-Membros) não criam uma via de recurso equivalente ao mecanismo RDIE. Embora o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE imponha aos Estados-Membros a obrigação de preverem as vias de recurso necessárias para assegurar uma proteção jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União, os Tratados UE e FUE não criam vias de recurso que permitem aos particulares intentar ações ou interpor recursos diretamente contra os Estados-Membros no Tribunal de Justiça [158]. Além disso, o âmbito de aplicação do referido TBI é mais amplo do que o dos Tratados UE e FUE e, assim, aplica-se também nos casos em que as obrigações decorrentes do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE não se aplicam.

206. Além disso, os tribunais arbitrais são os foros mais adequados para a resolução de diferendos entre investidores e Estados ao abrigo da TBI, uma vez que os órgãos jurisdicionais dos Estados impõem frequentemente aos investidores requisitos de invocabilidade do direito internacional que na realidade são impossíveis de preencher [159], bem como prazos que são dificilmente conciliáveis com os negócios e com os montantes que estão em jogo.

157 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 264. V. igualmente, neste sentido, WNC Factoring Ltd c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2014-34), sentença de 22 de fevereiro de 2017, n.º 300.

158 V. Eastern Sugar BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CCS n.º 088/2004), sentença parcial de 27 de março de 2007, n.º 180; Rupert Joseph Binder c/ República Checa (Cnudci), sentença sobre a competência de 6 de junho de 2007, n.º 40; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ República Eslovaca (Cnudci), decisão sobre a competência de 30 de abril de 2010, n.º 77; WNC Factoring Ltd c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2014-34), sentença de 22 de fevereiro de 2017, n.º 299; Anglia Auto Accessories Limited c/ República Checa (processo CCS V 2014/181), sentença final de 10 de março de 2017, n.º 116; e I. P. Busta e J. P. Busta c/ República Eslovaca (processo CCS V 2015/014), sentença final de 10 de março de 2017, n.º 116.

159 V., nomeadamente, Conseil d'État (França), acórdão de 21 de dezembro de 2007, n.º 280264, que declarou que as estipulações do artigo 3.º do Acordo entre o Governo da República Francesa e o Governo da República Argelina Democrática e Popular sobre o incentivo e a proteção recíprocos dos investimentos, assinado em Argel em 13 de fevereiro de 1993, só criava obrigações entre os dois Estados signatários e que, por conseguinte, os particulares não as podiam invocar. Pode ser feito um paralelo com o controlo de validade dos atos da União à luz do direito internacional. V., neste sentido, acórdão de 21 de dezembro de 2011, Air Transport Association of America e o. (C-366/10, EU:C:2011:864).

207. Por conseguinte, se não previsse o recurso à arbitragem internacional como forma de RDIE, todo o referido TBI ficaria privado de efeito útil. A este respeito, os Estados-Membros que intervêm no presente processo e a Comissão não deram um único exemplo de um investidor que tenha intentado uma ação nos órgãos jurisdicionais dos Estados ao abrigo dos antigos TBI, que, à semelhança dos TBI Alemanha/Grécia e Alemanha/Portugal, não contêm mecanismos de RDIE.

208. Não é assim de estranhar que o direito dos investidores de recorrerem à arbitragem internacional seja reconhecido no direito internacional dos investimentos como a disposição mais essencial dos TBI porque esta, para além do seu conteúdo processual, é também, em si mesma, uma garantia que incita e protege os investimentos [160].

209. O Tribunal de Justiça confirmou esta apreciação quando declarou no n.º 292 do parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376), que os mecanismos RDIE «não pode[m] revestir caráter meramente auxiliar».

3) A sobreposição das outras disposições do referido TBI com certas disposições dos Tratados UE e FUE é meramente parcial

210. No que respeita às outras normas de proteção material dos investimentos, a saber, a proteção e a segurança plenas e absolutas, o tratamento justo e equitativo dos investimentos e a proibição das expropriações ilegais, há que sublinhar que a sua sobreposição com o direito da União é meramente parcial sem no entanto dar lugar a uma incompatibilidade com este. Pelo contrário, à semelhança das liberdades fundamentais, estas normas também encorajam os movimentos de capitais entre Estados-Membros. São, *a priori*, compatíveis com o mercado interno.

i) Proteção e segurança plenas e absolutas dos investimentos

211. Esta norma impõe ao Estado a obrigação positiva de tomar medidas para proteger os investimentos, o que inclui a proteção física do investidor e do seu investimento contra as ações violentas por parte de particulares [161] ou dos órgãos do Estado [162], bem como a proteção jurídica [163] do investidor e do seu investimento [164].

160 V. Emilio Agustín Maffezini c/ Reino de Espanha (processo CIRDI n.º ARB/97/7), decisão do tribunal de 25 de janeiro de 2000 sobre as exceções de incompetência, n.ºs 54 e 55; Gas Natural SDG SA c/ República Argentina (processo CIRDI n.º ARB/03/10), decisão do tribunal de 17 de junho de 2005 sobre as exceções de incompetência, n.º 31; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e InterAguas Servicios Integrales del Agua SA c/ República Argentina (processo CIRDI n.º ARB/03/17), decisão de 16 de maio de 2006 sobre a competência, n.º 60; Eastern Sugar BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CCS n.º 088/2004), sentença parcial de 27 de março de 2007, n.ºs 165 e 166; Rupert Joseph Binder c/ República Checa (Cnudci), sentença de 6 de junho de 2007 sobre a competência, n.º 65; Jan Oostergetel & Theodora Laurentius c/ República Eslovaca (Cnudci), decisão de 30 de abril de 2010 sobre a competência, n.ºs 77 e 78; Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 264; WNC Factoring Ltd c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2014-34), sentença de 22 de fevereiro de 2017, n.º 300; Anglia Auto Accessories Limited c/ República Checa (processo CCS V 2014/181), sentença final de 10 de março de 2017, n.º 116; e I. P. Busta e J. P. Busta c/ República Eslovaca (processo CCS V 2015/014), sentença final de 10 de março de 2017, n.º 116.

161 V., nomeadamente, Wena Hotels Ltd c/ República Árabe do Egito (processo CIRDI n.º ARB/98/4), sentença de 8 de dezembro de 2000, n.º 84, e Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Estados Unidos Mexicanos (processo CIRDI n.º ARB(AF)/00/2), sentença de 29 de maio de 2003, n.ºs 175 a 177.

162 V., nomeadamente, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ República Unida da Tanzânia (processo CIRDI n.º ARB/05/22), sentença de 24 de julho de 2008, n.º 730, e Eureko BV c/ República da Polónia (Arbitragem *ad hoc*), sentença parcial de 19 de agosto de 2005, n.ºs 236 e 237.

163 V. CME Czech Republic BV c/ República Checa (Cnudci), sentença parcial de 13 de setembro de 2001, n.º 613, e Compañiá de Aguas del Aconquija SA e Vivendi Universal SA c/ República Argentina (processo CIRDI n.º ARB/97/3), sentença de 20 de agosto de 2007, n.ºs 7.4.15 e 7.4.16.

164 Para uma análise mais completa, v. Schreuer, C., «Full Protection and Security», 2010, *Journal of International Dispute Settlement*, p. 1.

212. Não existe uma norma diretamente equivalente no direito da União [165]. É certo que as liberdades fundamentais podem ser aplicáveis nos mesmos quadros factuais que a garantia de proteção e de segurança plenas e absolutas, uma vez que têm um efeito direto vertical e horizontal [166]. No entanto, os conteúdos são diferentes, quer se trate da proteção física do investidor ou da proteção jurídica que inclui a obrigação do Estado de assegurar que o nível de proteção e de segurança dos investimentos acordado com os investidores estrangeiros não será suprimido ou diminuído, independentemente de ser feito através de uma alteração das suas leis ou de ações da sua Administração [167]. Não existe nada assim tão específico no direito da União.

ii) Tratamento justo e equitativo dos investimentos

213. O tratamento justo e equitativo dos investimentos é um conceito amplo que inclui o direito a um processo equitativo e as garantias fundamentais da boa-fé, da não discriminação [168] e da proporcionalidade [169], bem como os conceitos de transparência, de inexistência de ambiguidade e de tratamento arbitrário, de proteção da confiança legítima e de proteção contra a coação e o assédio [170]. Por último, o conceito de tratamento justo e equitativo protege o investidor contra a denegação de justiça [171] por parte dos órgãos jurisdicionais do Estado [172].

214. Os pontos comuns com vários princípios do direito da União, como os princípios da não discriminação, da proporcionalidade e da proteção da confiança legítima, bem como os direitos a uma boa administração, a um recurso judicial efetivo e um tribunal imparcial, são evidentes.

215. Contudo, estas normas do direito da União, ainda que consideradas no seu conjunto, não implicam que o direito da União conheça o princípio de tratamento justo e equitativo enquanto tal. Por exemplo, conforme foi já declarado por vários tribunais arbitrais, um tratamento pode ser injusto e desigual, ainda que vise todos os operadores económicos, independentemente da sua nacionalidade ou

165 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 260.

166 V., nomeadamente, acórdão de 11 de dezembro de 2007, International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union (C-438/05, EU:C:2007:772, n.os 56 a 59, 62 e 66). Sucede o mesmo com os regulamentos mas não com as diretivas.

167 V. Saluka Investments BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2001-04), sentença parcial de 17 de março de 2006, n.º 484.

168 O conceito de discriminação em direito internacional dos investimentos é semelhante ao do direito da União por visar um tratamento desfavorável do investidor que não pode ser justificado de forma razoável. V., neste sentido, Elettronica Sicula SpA (ELSI), acórdão, CIJ Recueil 1989, p. 15, n.º 122; Saluka Investments BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2001-04), sentença parcial de 17 de março de 2006, n.º 460; e Biwater Gauff (Tanzania) Ltd c/ República Unida da Tanzânia (processo CIRDI n.º ARB/05/22), sentença de 24 de julho de 2008, n.º 695.

169 V. MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile SA c/ República do Chile (processo CIRDI n.º ARB/01/7), sentença de 25 de maio de 2004, n.º 109; Saluka Investments BV c/ República Checa (Cnudci) (processo CPA n.º 2001-04), sentença parcial de 17 de março de 2006, n.os 303 e 460; Plama Consortium Limited c/ República da Bulgária (processo CIRDI n.º ARB/03/24), sentença de 27 de agosto de 2008, n.º 184; e EDF (Services) Limited c/ Roménia (processo CIRDI n.º ARB/05/13), sentença de 8 de outubro de 2009, n.º 303.

170 V. Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Estados Unidos Mexicanos (processo CIRDI n.º ARB(AF)/00/2), sentença de 29 de maio de 2003, n.º 154; Waguih Elie George Siag e Clorinda Vecchi c/ República Árabe do Egito (processo CIRDI n.º ARB/05/15), sentença de 1 de junho de 2009, n.º 450; e Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c/ República do Cazaquistão (processo CIRDI n.º ARB/05/16), sentença de 29 de julho de 2008, n.º 609. V. igualmente, neste sentido, Dolzer, M., e Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 133 a 149; Yannaca-Small, K., «Fair and equitable Treatment Standard», publicado em Yannaca-Small, K. (ed.), *Arbitration under International Investment Agreements — A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, 2010, p. 385 e p. 393 a 410. V., igualmente, parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376, n.º 89).

171 O conceito de «denegação de justiça» em direito internacional engloba a obrigação do Estado de não administrar a justiça de forma notoriamente injusta. V., neste sentido, Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 67. Esta obrigação é violada se, por exemplo, os órgãos jurisdicionais do Estado recusarem tratar um processo, se o submeterem a atrasos desrazoáveis, se a justiça for administrada de forma nitidamente desadequada ou mesmo se houver uma má aplicação do direito nacional que é clara e mal-intencionada. V. Robert Azinian e o. c/ Estados Unidos Mexicanos [processo CIRDI n.º ARB(AF)/97/2], sentença de 1 de novembro de 1999, n.os 102 e 103.

172 V. Rumeli Telekom A.S. e Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c/ República do Cazaquistão (processo CIRDI n.º ARB/05/16), sentença de 29 de julho de 2008, n.º 651, e Victor Pey Casado e President Allende Foundation c/ República do Chile (processo CIRDI n.º ARB/98/2), sentença de 8 de maio de 2008, n.os 653 a 657. V. igualmente, neste sentido, McLachlan, C., Shore, L., e Weiniger, M., *International Investment Arbitration — Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 227.

de outras características distintivas [173], como um imposto de montante fixo aplicável às sociedades. Há que sublinhar que, aquando do processo arbitral em causa no processo principal, a República Eslovaca aceitou que semelhante imposto podia ser contrário ao tratamento justo e equitativo exigido pelo TBI embora não seja incompatível com o direito da União [174].

216. Outro exemplo é a proteção contra as situações de denegação de justiça, que inclui igualmente o caso de uma má aplicação do direito nacional que é clara e mal-intencionada. O direito da União não oferece uma proteção comparável porque os órgãos jurisdicionais da União não são competentes para interpretar o direito nacional.

iii) Proibição das expropriações ilegais

217. Em conformidade com o disposto no artigo 5.º do referido TBI, uma expropriação só é legal se se justificar à luz do interesse geral, se respeitar o procedimento legal exigido, se não for discriminatória e se for acompanhada de uma provisão com vista ao pagamento de uma compensação justa.

218. É evidente a sobreposição com o direito de propriedade garantido pelo artigo 17.º, n.º 1, da Carta [175]. Nos termos desta disposição, «[n]inguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respetiva perda, em tempo útil».

219. No entanto, esta sobreposição é apenas parcial, uma vez que a proteção contra a expropriação concedida pelos TBI é mais ampla do que a do direito da União em pelo menos duas situações.

220. Em primeiro lugar, em conformidade com o artigo 51.º, n.º 1, da Carta, o seu artigo 17.º só se dirige aos Estados-Membros nos casos em que implementam o direito da União. A sua aplicação está assim excluída nos outros casos. Desta forma, embora a Comissão se tenha referido, na audiência, aos processos SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16), pendentes no Tribunal de Justiça, como exemplos de processos nos quais o direito da União confere uma proteção contra as expropriações, esta proteção está longe de ser completa, porque nunca se aplica de forma autónoma [176]. Em contrapartida, a proibição das expropriações ilegais constante do artigo 5.º do referido TBI é autónoma e vincula o Estado sem limitações.

221. Em segundo lugar, os TBI não protegem unicamente expropriações diretas [177], mas também expropriações indiretas, a saber, as expropriações por via regulamentar e as expropriações ditas «veladas» (*creeping expropriations*) [178].

173 V. S.D. Myers Inc. c/ Canada (Cnudci), sentença parcial de 13 de novembro de 2000, n.º 259; LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., e LG&E International, Inc. c/ República Argentina (processo CIRDI n.º ARB/02/1), decisão sobre a responsabilidade de 3 de outubro de 2006, n.º 162; e Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, de 26 de outubro de 2010, n.ºs 250 e 251.

174 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.ºs 119 e 251.

175 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 261.

176 V. conclusões do advogado-geral H. Saugmandsgaard Øe nos processos apensos SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2017:410, n.º 121), nas quais propõe que o Tribunal de Justiça não responda às questões prejudiciais relativas ao artigo 17.º da Carta porque «a alegada violação [deste artigo] não pode ser apreciada independentemente da questão da violação das liberdades de circulação». V. igualmente, neste sentido, acórdão de 21 de dezembro de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 65).

177 Por expropriação direta entendem-se as medidas de nacionalização ou de perda da posse através da transferência formal do título de propriedade ou de uma desapropriação física.

178 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 261. V. igualmente, neste sentido, acórdão de 15 de setembro de 2011, Comissão/Eslováquia (C-264/09, EU:C:2011:580,n.ºs 47 a 50), no qual o Tribunal de Justiça declarou que a resolução por parte da República Eslovaca de um contrato que tinha celebrado com um investidor suíço, necessária para dar cumprimento às suas obrigações decorrentes da Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 96/92/CE (JO 2003, L 176, p. 37), podia consubstanciar uma expropriação na aceção do artigo 6.º do TBI Suíça/Eslováquia.

222. O conceito de «expropriação indireta» é menos preciso e abrange medidas de ingerência, sem perda da posse, no direito de propriedade e de gozo do investimento. Os tribunais arbitrais definiram vários critérios para distinguir uma expropriação indireta da utilização normal do poder regulador do Estado, a saber, o grau de ingerência no direito de propriedade, o objetivo e o contexto das medidas do Estado em causa e a violação por estas medidas das expectativas razoáveis quanto ao desempenho económico do investimento [179].

223. Sucede o mesmo com as expropriações «veladas», ou seja, as expropriações indiretas que se desenrolam de forma progressiva e que são realizadas através de uma série de medidas, sendo que nenhuma constitui em si mesma uma expropriação, mas têm por efeito cumulativo destruir o valor do investimento [180].

224. A jurisprudência do Tribunal de Justiça à luz do artigo 17.º da Carta não é assim tão desenvolvida. Por conseguinte, não é de todo certo que proteja os investidores contra expropriações indiretas de forma comparável aos TBI.

225. Em terceiro lugar, o artigo 17.º da Carta prevê apenas uma justa indemnização, ao passo que o artigo 5.º, alínea c), do referido TBI prevê que a indemnização deve representar o valor *real* do investimento.

226. Por último, a Comissão não apresenta um único exemplo de um processo intentado perante o Tribunal de Justiça, por meio de um recurso de anulação ou de um pedido de decisão prejudicial, na qual um investidor tenha reivindicado o seu direito à propriedade contra uma expropriação ilegal do seu investimento [181].

227. Além disso, a Comissão não explica de que modo a proibição das expropriações ilegais é incompatível com os Tratados UE e FUE.

228. Resulta do que precede que o âmbito de aplicação do referido TBI é mais amplo do que o dos Tratados UE e FUE e que as garantias de proteção dos investimentos introduzidas por este são diferentes das concedidas no direito da União sem serem incompatíveis com este. Por este motivo, um diferendo entre um investidor neerlandês e a República Eslovaca abrangido pelo referido TBI não é um diferendo relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados UE e FUE.

179 V., neste sentido, resumo da jurisprudência internacional pertinente disponível em Yannaca-Small, K., «"Indirect expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law», *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/04, pp. 10 a 20.

180 V., por exemplo, Técnicas Medioambientales TECMED SA c/ Estados Unidos Mexicanos (processo CIRDI n.º ARB(AF)/00/2), sentença de 29 de maio de 2003, n.º 114 e Generation Ukraine Inc. c/ Ucrânia (processo CIRDI n.º ARB/00/9), sentença de 16 de setembro de 2003, n.º 20.22.

181 Na audiência, o Governo cipriota referiu-se aos n.os 62 a 76 do acórdão de 20 de setembro de 2016, Ledra Advertising e o./Comissão e BCE (C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701), no qual o Tribunal de Justiça só se pronunciou sobre a questão de saber se, tendo assinado o memorando de entendimento em nome do MES, a Comissão tinha contribuído para uma violação do direito de propriedade dos recorrentes garantido pelo artigo 17.º, n.º 1, da Carta. A questão da existência de uma violação deste direito por parte da República de Chipre não foi decidida, porque de qualquer modo a Carta não é aplicável aos Estados-Membros fora do quadro da implementação do direito da União (v. n.º 67 deste acórdão).

3. O TBI Países Baixos/Checoslováquia tem, à luz da sua finalidade, por efeito prejudicar a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União?

229. Se o Tribunal de Justiça declarar que um diferendo, como o que opõe a Achmea e a República Eslovaca no processo principal, não é um diferendo relativo à interpretação ou à aplicação dos Tratados visado pelo artigo 344.º TFUE, há ainda que examinar se o artigo 8.º do TBI Países Baixos/Checoslováquia tem por efeito prejudicar a ordem das competências fixada pelos referidos Tratados e a autonomia do sistema jurídico da União [182].

230. Começo por recordar os princípios essenciais enunciados a este respeito pelo Tribunal de Justiça nos n.os 65 a 70 do parecer 1/09 (Acordo sobre a criação de um sistema unificado de resolução de litígios em matéria de patentes), de 8 de março de 2011 (EU:C:2011:123), e nos n.os 157 a 176 do parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454).

231. É facto assente que os Tratados fundadores da União instituíram uma nova ordem jurídica, dotada de instituições próprias, em benefício da qual os Estados limitaram, em âmbitos cada vez mais alargados, os seus direitos soberanos e cujos sujeitos são não apenas os Estados-Membros, mas também os seus nacionais, caracterizando-se o direito da União pela sua primazia sobre os direitos dos Estados-Membros e pelo efeito direto de qualquer série de disposições aplicáveis aos seus nacionais e a eles próprios [183].

232. A ordem jurídica e o sistema jurisdicional da União assentam na premissa fundamental segundo a qual cada Estado-Membro partilha com todos os outros, e reconhece que estes partilham com ele, uma série de valores comuns em que a União se funda, o que implica e justifica a existência da confiança mútua entre os Estados-Membros no reconhecimento desses valores e, por conseguinte, no respeito do direito da União que os aplica [184].

233. Ao abrigo do princípio da cooperação leal, enunciado no artigo 4.º, n.º 3, primeiro parágrafo, TUE, os Estados-Membros asseguram, nos respetivos territórios, a aplicação e o respeito do direito da União. Além disso, por força do segundo período do mesmo número, os Estados-Membros tomarão todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes de atos das instituições da União [185].

234. Para garantir a preservação das características específicas e da autonomia do sistema jurídico da União, os Tratados instituíram um sistema jurisdicional destinado a assegurar a coerência e a unidade na interpretação do direito da União, que atribui aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça a missão de 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 [186].

182 V. pareceres 1/09 (Acordo sobre a 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 63 a 89); 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 183), e 2/15 (Acordo de Comércio Livre com Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376, n.º 301).

183 V., neste sentido, acórdãos de 5 de fevereiro de 1963, van Gend & Loos (26/62, EU:C:1963:1, p. 12); de 15 de julho de 1964, Costa (6/64, EU:C:1964:66, p. 593); de 17 de dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, EU:C:1970:114, n.º 3); pareceres 1/91 (Acordo EEE — I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490, n.º 21), e 1/09 (Acordo sobre a 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 65); acórdão de 26 de fevereiro de 2013, Melloni (C-399/11, EU:C:2013:107, n.º 59); e parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 166).

184 V. parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 168).

185 V. acórdão de 16 de julho de 1998, Oelmühle e Schmidt Söhne (C-298/96, EU:C:1998:372, n.º 23); e pareceres 1/09 (Acordo sobre a 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 68), e 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 173).

186 V. artigo 19.º, n.º 1, TUE. V., igualmente, parecer 1/91 (Acordo EEE — I), de 14 de dezembro de 1991 (EU:C:1991:490, n.º 35); acórdão de 13 de março de 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163, n.º 38); pareceres 1/09 (Acordo sobre a 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 66 e 68), e 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 173).

235. Neste contexto, «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 […], permitindo assim assegurar a sua coerência, o seu pleno efeito e a sua autonomia, bem como, em última instância, o caráter adequado do direito instituído pelos Tratados […]» [187].

236. Por último, no âmbito do exercício da sua missão de guardiães do direito da União, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros zelam pelo respeito das normas e dos princípios que decorrem dos fundamentos intrínsecos da ordem jurídica da União, como a primazia do direito da União, as quatro liberdades fundamentais, a cidadania da União, o espaço de liberdade, segurança e justiça, o direito da concorrência e os auxílios de Estados, bem como os direitos fundamentais [188].

237. Em minha opinião, a possibilidade conferida pelo artigo 8.º do referido TBI aos investidores neerlandeses e eslovacos de recorrerem à arbitragem internacional não viola a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE nem a autonomia do sistema jurídico da União, inclusivamente nos casos em que o Tribunal de Justiça declarar que os tribunais arbitrais constituídos ao abrigo deste artigo não são órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros na aceção do artigo 267.º TFUE.

238. Há que começar por notar que, não obstante a sua natureza vinculativa, nenhuma sentença arbitral pode ser executada sem a contribuição do Estado que põe em prática, no caso da arbitragem de investimento, os seus mecanismos de execução à disposição do investidor.

239. No caso do artigo 8.º do referido TBI, as sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais não podem escapar à fiscalização dos órgãos jurisdicionais dos Estados. Esta fiscalização pode ser efetuada no âmbito de um recurso de anulação da sentença arbitral perante os órgãos jurisdicionais da sede da arbitragem ou no âmbito de uma oposição a um pedido de reconhecimento e de execução desta perante os órgãos jurisdicionais dos países nos quais sejam pedidos o reconhecimento e a execução da sentença, nos termos da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada em Nova Iorque em 10 de junho de 1958 [189] (a seguir «Convenção de Nova Iorque»).

240. Como o Tribunal de Justiça já declarou repetidas vezes, «no caso de uma arbitragem convencional levantar questões de direito [da União], os órgãos jurisdicionais poderem ser levados a examinar essas questões, nomeadamente no quadro do controlo da decisão arbitral, mais ou menos extenso consoante o caso, que lhes cabe em consequência de interposição de recurso, de dedução de oposição, de pedido *de exequatur*, ou de qualquer outra via de impugnação ou forma de controlo prevista na legislação nacional aplicável» [190].

187 Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 176). V. igualmente, neste sentido, acórdãos de 16 de janeiro de 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3, n.ºs 2 e 3), e de 12 de junho de 2008, Gourmet Classic (C-458/06, EU:C:2008:338, n.º 20); parecer 1/09 (Acordo sobre a 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 83).

188 V., neste sentido, acórdãos de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.ºs 36 a 39); de 28 de março de 2000, Krombach (C-7/98, EU:C:2000:164, n.º 21); de 3 de setembro de 2008, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conseil e Comissão (C-402/05 P e C-415/05 P, EU:C:2008:461, n.º 304); e parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 172). Para uma análise mais detalhada do conceito de ordem pública europeia, remeto para as minhas conclusões nos processos que visam igualmente sentenças arbitrais Gazprom (C-536/13, EU:C:2014:2414, n.ºs 166 a 177) e Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177, n.ºs 55 a 72).

189 *Coletânea de Tratados das Nações Unidas*, vol. 330, p. 3.

190 Acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.º 14). V. igualmente, neste sentido, acórdãos de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, n.ºs 22 e 23), e de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.º 32).

241. Partindo desta constatação, baseia-se a jurisprudência constante segundo a qual «cabe a esses órgãos jurisdicionais nacionais verificar se devem proceder ao reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo [267.º TFUE], para obterem a interpretação ou a apreciação da validade das disposições de direito [da União] que podem ser levados a aplicar no quadro do controlo jurisdicional de uma decisão arbitral» [191], uma vez que estes órgãos jurisdicionais estão de forma definitiva encarregues de garantir a uniformidade da aplicação do direito da União e de assegurar o respeito pelas normas da ordem pública europeia [192].

242. O Tribunal de Justiça não considerou sequer que era útil recordar expressamente este ponto no corpo dos seus acórdãos de 13 de maio de 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), e de 7 de julho de 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), nos quais se pronunciou diretamente sobre o mérito da questão que, nos dois processos, visava saber se a sentença arbitral em causa era incompatível com o direito da União em matéria de concorrência.

243. Nestes processos, nem os Estados-Membros nem a Comissão consideraram que as questões de direito da concorrência suscitadas perante os árbitros não eram arbitrais ou que havia uma qualquer incompatibilidade entre o direito da União e as cláusulas compromissórias que as partes privadas tinham inserido nos seus contratos [193].

244. Além disso, os processos que deram origem aos acórdãos de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269), e de 7 de julho de 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526), inscreviam-se no âmbito de um recurso de anulação de uma sentença arbitral ao passo que aquele que deu origem ao acórdão de 13 de maio de 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316), se seguiu a uma oposição ao pedido de reconhecimento e de execução de uma sentença arbitral. Isto demonstra que, quaisquer que sejam os processos, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros e da União têm possibilidade de assegurar a uniformidade da interpretação do direito da União e o respeito das normas de ordem pública europeia, independentemente de ser em matéria de concorrência [194] ou nos outros âmbitos do direito da União.

245. As características dos tribunais arbitrais constituídos ao abrigo do artigo 8.º do referido TBI, nomeadamente do tribunal arbitral em causa no presente processo, são tais que permitem aos órgãos jurisdicionais comuns dos Estados-Membros assegurar o respeito por estes princípios, como fazem no âmbito da arbitragem internacional comercial.

246. O artigo 8.º do referido TBI atribui ao presidente do Instituto de Arbitragem da CCS, estabelecida num Estado-Membro, o cuidado de nomear os árbitros, se as nomeações não forem realizadas dentro dos prazos fixados no artigo 8.º, n.º 3, do referido TBI. Prevê igualmente que a resolução de arbitragem da Cnudci será aplicável aos processos arbitrais que correrão ao abrigo deste artigo. Nos termos do artigo 16.º do Regulamento de Arbitragem de 1976, cabe ao próprio tribunal arbitral fixar a sede da arbitragem e escolher a instituição que exercerá as funções de secretariado, depois de ouvidas as partes [195].

191 Acórdão de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.º 33). V. igualmente, neste sentido, acórdão de 23 de março de 1982, Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, n.º 15).

192 V., neste sentido, n.ºs 59 a 62 das minhas conclusões no processo Genentech (C-567/14, EU:C:2016:177).

193 V. igualmente, neste sentido, acórdão de 21 de maio de 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, n.ºs 57 a 72), no qual o Tribunal de Justiça não seguiu o ponto de vista do advogado-geral N. Jääskinen expresso no n.º 124 das suas conclusões no processo CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2014:2443), segundo o qual a remessa para a arbitragem poderia, enquanto tal, violar o artigo 101.º TFUE.

194 V. acórdão de1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.ºs 37 e 40).

195 V. Achmea BV (anteriormente Eureko BV) c/ República Eslovaca (Cnudci) (processo CPA n.º 2008-13), sentença de 26 de outubro de 2010 sobre a competência, a arbitrabilidade e a suspensão, n.º 16.

247. Através do seu despacho processual de 19 de março de 2009, o tribunal arbitral fixou a sede da arbitragem no território de um Estado-Membro, a saber, em Frankfurt-am-Main. A sua sentença é, assim, em conformidade com o disposto no § 1059 do Código de Processo Civil alemão, passível de recurso de anulação para os órgãos jurisdicionais alemães que poderão, neste âmbito, zelar para assegurarem a uniformidade de interpretação do direito da União e o respeito das normas da ordem pública europeia. É no âmbito deste tipo de recurso que foram chamados a pronunciar-se o órgão jurisdicional de reenvio e o Tribunal de Justiça.

248. Além disso, o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais proferidas pelos tribunais arbitrais constituídos ao abrigo do artigo 8.º do referido TBI são abrangidos pela Convenção de Nova Iorque, à qual todos os Estados-Membros aderiram. Nos termos desta, os órgãos jurisdicionais dos Estados podem recusar o reconhecimento e a execução destas sentenças ao abrigo de qualquer um dos motivos previstos no seu artigo V, incluindo o facto de o processo arbitral não ter sido conforme com a convenção das partes [196] e o facto de ser contrária à ordem pública [197], nesta se incluindo a ordem pública europeia.

249. Ainda que se admita que a Achmea pedisse o reconhecimento e a execução da sentença arbitral em causa no presente processo noutro Estado-Membro, os órgãos jurisdicionais do Estado demandado também seriam responsáveis por se certificarem de que a sentença não era incompatível com o direito da União.

250. O mesmo sucede no âmbito de um recurso de anulação como o do presente processo. A uniformidade da aplicação do direito da União pode ser assegurada ao abrigo de vários motivos, dos quais os mais pertinentes são a não conformidade do processo arbitral com a convenção das partes e a contrariedade da ordem pública [198], nesta se incluindo a ordem pública europeia.

251. A Comissão evoca igualmente o risco de que a sede de uma arbitragem seja potencialmente fixada num país terceiro ou que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral incompatível com o direito da União sejam pedidos num país terceiro, casos nos quais os órgãos jurisdicionais da União não estariam envolvidos e, por este motivo, nunca seria submetido ao Tribunal de Justiça um pedido a título prejudicial.

252. O mesmo sucede, segundo a Comissão, com os TBI internos à União que designam o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos relativos aos Investimentos (CIRDI), estabelecido em Washington, D.C., como instituição que exerce funções de secretariado da arbitragem. Neste caso, a sentença arbitral seria obrigatória para as partes e não poderia ser objeto de nenhum tipo de recurso para além dos previstos na Convenção CIRDI [199]. Daqui decorre que não haveria nenhuma forma jurídica que permitiria aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros fiscalizar a compatibilidade de uma sentença arbitral CIRDI com o direito da União.

253. Ainda que eu considere que os Estados-Membros deviam evitar a escolha do CIRDI nos seus TBI, os riscos aos quais a Comissão se refere são, no presente caso, meramente hipotéticos, uma vez que o TBI em causa não designa o CIRDI como instituição que exerce a função de secretariado da arbitragem, que as partes escolheram a CPA em Haia como instituição que desempenha esta função,

196 V. artigo V, n.º 1, alínea d), da Convenção de Nova Iorque, o que poderia ser o caso se um tribunal arbitral, contrariamente ao artigo 8.º, n.º 6, do referido TBI, não tomava em conta o direito da União.

197 V. artigo V, n.º 2, alínea b), da Convenção de Nova Iorque e acórdão de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, n.º 38).

198 V. § 1059, n.º 2, ponto 1, alínea d) e ponto 2), alínea b) do Código de Processo Civil alemão.

199 V. artigo 53.º, n.º 1, desta convenção. Saliento, contudo, que estas preocupações não impediram as instituições da União de escolherem o CIRDI como instituição arbitral no artigo 9.16 do Acordo de Comércio Livre UE-Singapura.

que o tribunal arbitral fixou a sede da arbitragem no território de um Estado-Membro e que há não um pedido de reconhecimento e de execução da sentença arbitral em países terceiros [200], tendo sido interposto um recurso de anulação contra a sentença arbitral nos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro, dos quais um submeteu um pedido a título prejudicial ao Tribunal de Justiça.

254. Além disso, não se verifica nenhuma questão de incompatibilidade quanto ao mérito da sentença arbitral com o direito da União, visto que os argumentos da República Eslovaca invocados perante o órgão jurisdicional de reenvio visam apenas a compatibilidade do mecanismo de resolução dos diferendos instituído pelo artigo 8.º do referido TBI com os Tratados UE e FUE.

255. Feita esta observação, a eficácia do sistema jurisdicional da União permaneceria intacta inclusivamente no caso de um Estado-Membro não estar disposto a contestar a incompatibilidade de uma sentença arbitral com os Tratados UE e FUE através de um recurso de anulação ou da apresentação de uma oposição ao pedido de reconhecimento e de execução. Com efeito, nesta hipótese, os artigos 258.º e 260.º TFUE permitiriam que a Comissão atuasse judicialmente contra esse Estado-Membro que se teria conformado com uma sentença arbitral incompatível com o direito da União [201].

256. Por estes motivos, considero que o artigo 8.º do referido TBI não prejudica a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE nem, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União.

257. Esta constatação não é afetada pela argumentação de vários governos e da Comissão relativa ao risco de decisões proferidas pelos tribunais arbitrais que seriam incompatíveis com o direito da União e com o princípio da confiança mútua.

258. Esta argumentação é válida não apenas para a arbitragem internacional de investimento mas igualmente para a arbitragem internacional comercial porque esta última também pode conduzir a sentenças incompatíveis com o direito da União e pode assentar numa pretensa falta de confiança relativamente aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros. Não obstante estes riscos, o Tribunal de Justiça nunca contestou a sua validade embora a arbitragem das questões do direito da União em matéria de concorrência entre particulares não seja desconhecida [202].

259. Assim, embora a arbitragem internacional entre particulares não viole a ordem das competências fixadas pelos Tratados UE e FUE nem, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União, inclusivamente quando o Estado seja parte no processo arbitral [203], penso que deverá suceder o mesmo com a arbitragem internacional entre investidores e Estados, tanto mais porque a presença inevitável do Estado implica uma maior transparência [204] e porque permanece a possibilidade de o obrigar a respeitar as obrigações que decorrem do direito da União através de uma ação por incumprimento ao abrigo dos artigos 258.º e 259.º TFUE.

200 Inclusivamente nesta situação, só poderá existir um verdadeiro risco se o Estado-Membro demandado na arbitragem possuísse ativos que se situam no território de um país terceiro e não beneficiasse das imunidades que no direito internacional são reconhecidas aos Estados estrangeiros. Na realidade, ainda que a sede da arbitragem esteja fixada num país terceiro ou o reconhecimento e a execução da sentença forem pedidos num país terceiro, o investidor não pode evitar pedir o reconhecimento e a execução da sentença arbitral perante os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro demandado.

201 V. Electrabel SA c/ Hungria (processo CIRDI n.º ARB/07/19), decisão sobre a competência, o direito aplicável e a responsabilidade de 30 de novembro de 2012, n.ºs 4.160 a 4.162.

202 V., neste sentido, acórdãos de 1 de junho de 1999, Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269); de 7 de julho de 2016, Genentech (C-567/14, EU:C:2016:526); e acórdão do Tribunal Federal suíço de 8 de março de 2006, 4P.278/2005, relativo ao recurso de anulação de uma sentença arbitral proferida na Suíça entre duas sociedades italianas por violação do direito da concorrência da União.

203 V. processo arbitral entre a Gazprom e o Ministério da Energia lituano que foi objeto do processo que deu origem ao acórdão de 13 de maio de 2015, Gazprom (C-536/13, EU:C:2015:316).

204 As sentenças são na sua maioria públicas, ao passo que tal não sucede na arbitragem internacional comercial. É assim ainda mais difícil verificar se há violação do direito da União.

260. Se fosse seguida a lógica da Comissão, todas as arbitragens poderiam violar a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e, por conseguinte, a autonomia do sistema jurídico da União.

261. Por outro lado, não vislumbro em que medida o processo arbitral em causa no processo principal colidiria com o princípio da confiança mútua uma vez que este só tem lugar devido ao consentimento dos Estados-Membros em causa e à escolha da Achmea, expressa de forma livre, de utilizar a faculdade que estes Estados-Membros lhe concederam.

262. Com efeito, o princípio da confiança mútua «impõe, designadamente no que respeita ao espaço de liberdade, segurança e justiça, que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excecionais, que todos os outros Estados-Membros respeit[e]m o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito» [205].

263. Não vejo a ligação entre este princípio e o artigo 8.º do referido TBI. Como salientado pelo Governo neerlandês na audiência, a arbitragem internacional, enquanto forma de RDIE, não implica de modo nenhum que o Reino dos Países Baixos e a República Eslovaca tenham tido dúvidas sobre o respeito pela outra parte do direito da União e dos direitos fundamentais que este reconhece.

264. À semelhança de todos os mecanismos RDIE constantes dos TBI, o artigo 8.º do referido TBI cria um foro no qual um investidor pode demandar um Estado para reivindicar os direitos que lhe são conferidos, no direito internacional público, pelo TBI, possibilidade que sem este artigo não lhe seria concedida [206].

265. Além disso, não é certo que um particular possa invocar as disposições de um tratado internacional perante os órgãos jurisdicionais dos Estados uma vez que estas excluem oficiosamente esta possibilidade, ao considerarem que os Tratados só criam direitos e obrigações entre Estados, ou por outro lado impõem condições de invocabilidade mais ou menos estritas consoante o caso, que não garantam aos particulares a possibilidade de invocar as disposições dos Tratados [207].

266. Por conseguinte, longe de exprimir uma desconfiança para com o sistema jurídico do outro Estado-Membro, o recurso à arbitragem internacional constitui o único meio de conferir efeito pleno e útil aos TBI através da criação de um foro especializado no qual os investidores podem invocar os direitos que lhe são conferidos pelos TBI.

267. Por conseguinte, não considero que o artigo 8.º do referido TBI colide com o princípio da confiança mútua.

268. Por último, não me convence minimamente a argumentação da Comissão segundo a qual a inexistência dos TBI entre os Estados-Membros que criaram a União ou que a ela aderiram antes de 2004 constitui a prova de que estes Tratados se baseiam numa falta de confiança mútua.

269. Em primeiro lugar, não é verdade que os Estados-Membros fundadores e os Estados-Membros que aderiram à União antes de 2004 não estão vinculados por acordos semelhantes aos TBI para além dos Tratados UE e FUE [208].

205 Parecer 2/13 (Adesão da União à CEDH), de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 191 e jurisprudência referida).

206 V., neste sentido, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal, Alemanha), despacho de 8 de maio de 2007 do Segundo Senado, 2 BvM 1/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:ms20070508.2bvm000103, n.º 54.

207 V. n.º 206 das presentes conclusões.

208 V. os exemplos que dei nos n.os 42 e 43 das presentes conclusões.

270. Em segundo lugar, os TBI são muito menos úteis entre Estados exportadores de capitais. Assim, para dar um exemplo, constato que, segundo as últimas estatísticas, França não faz parte nem dos dez primeiros países recetores de fluxos de capitais alemães nem dos dez primeiros países que enviam fluxos de capitais para a Alemanha, ao passo que a Polónia ocupa o décimo lugar em termos de fluxos que saem da Alemanha [209].

271. Questiono-me assim sobre se a inexistência de TBI entre os antigos Estados-Membros não se explica mais pelo facto de que a maioria dos Estados-Membros desta categoria são mais exportadores de capitais significativos do que países de acolhimento de investimentos e de que, neste sentido, não tiveram verdadeiramente necessidade de celebrar um TBI entre si.

272. Por estes motivos, considero que o mecanismo de resolução dos diferendos criado pelo artigo 8.º do referido TBI é compatível com o artigo 344.º TFUE bem como com a ordem das competências fixada pelos Tratados UE e FUE e com a autonomia do sistema jurídico da União.

VI. Conclusão

273. Proponho assim ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça, Alemanha) da seguinte forma:

Os artigos 18.º, 267.º e 344.º TFUE devem ser interpretados no sentido de que não se opõem à aplicação de um mecanismo de resolução dos diferendos entre um investidor e um Estado instituído através de acordo bilateral de investimento celebrado antes da adesão de um dos Estados contratantes à União Europeia e que prevê que um investidor de um Estado contratante pode, em caso de litígio relativo aos investimentos noutro Estado contratante, intentar uma ação contra este último Estado num tribunal arbitral.

209 V. nota de 1 de março de 2017 da Embaixada de França na Alemanha sobre o investimento direto estrangeiro na Alemanha em 2014-2015 criado com base nas estatísticas compiladas pela Cnuced e pelo Deutsche Bundesbank (Banco Federal da Alemanha) e que se encontra disponível no sítio Internet http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/434035. V., nomeadamente, quadro 5.