Processo C-741/19

Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça

Data de entrada:

8 de outubro de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris (França)]

Data da decisão de reenvio:

24 de setembro de 2019

Recorrente:

República da Moldávia

Recorrida:

Komstroy, sucessora da Energoalians

I. Objeto do processo principal

Apreciação da competência de um tribunal arbitral *ad hoc* constituído nos termos do artigo 26.°, n.° 3, do Tratado da Carta da Energia (a seguir «TCE») com vista à resolução de um diferendo financeiro que tem por objeto o pagamento de um crédito relacionado com um contrato de compra e venda de eletricidade. A sentença arbitral que julgou procedente o pedido da recorrida foi anulado pela cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris, França], com fundamento em que o tribunal arbitral se tinha erradamente declarado competente. A Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França) anulou o acórdão da cour d'appel [Tribunal de Recurso] com fundamento em que esta tinha feito uma interpretação demasiado restritiva do conceito de «investimento» na aceção do artigo 1.°, n.° 6, do TCE. A solução do litígio e, por conseguinte, a competência do tribunal arbitral dependem, pois, em substância, da interpretação do referido conceito.

DOCUMENTO DE TRABALHO

II. Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

A cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris], à qual a Cour de cassation [Tribunal de Cassação] remeteu o processo, considera que o Tribunal de Justiça é competente para conhecer das questões relativas à interpretação das disposições do TCE, por força do artigo 267.° TFUE. O critério de aplicação do referido artigo diz exclusivamente respeito à qualificação do ato cuja interpretação é solicitada. Ora, os acordos mistos celebrados pela União e os Estados-Membros com terceiros encontram-se entre os atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União (Acórdãos de 30 de setembro de 1987, Demirel, 12/86, EU:C:1987:400, e de 18 de julho de 2013, Daiichi Sankyo e Sanofi-Aventis Deutschland, C-414/11, EU:C:2013:520). Uma vez que tem de proceder à aplicação das disposições do TCE para efeitos de examinar a competência do tribunal arbitral, o órgão jurisdicional nacional dispõe da faculdade de submeter ao Tribunal de Justiça essas questões relativas à interpretação, com vista a garantir uma aplicação uniforme do direito da União.

III. Questões prejudiciais

«1) Deve o artigo 1.°, ponto 6, do Tratado da Carta da Energia ser interpretado no sentido de que um crédito resultante de um contrato de compra e venda de eletricidade, que não implicou qualquer entrada por parte do investidor no Estado de acolhimento, pode constituir um "investimento" na aceção desse artigo?

2) Deve o artigo 26.°, ponto 1, do Tratado da Carta da Energia ser interpretado no sentido de que a aquisição, por um investidor de uma parte contratante, de um crédito constituído por um operador económico não pertencente aos Estados partes constitui um investimento?

3) Deve o artigo 26.°, n.° 1, do Tratado da Carta da Energia ser interpretado no sentido de que um crédito pertencente a um investidor, resultante de um contrato de compra e venda de eletricidade entregue na fronteira do Estado de destino, pode constituir um investimento realizado no território de outra parte contratante, quando o investidor não exerça

nenhuma atividade económica no território desta última?»

IV. Quadro jurídico

1. Disposições do Tratado da Carta da Energia invocadas

«Artigo 1.° – Definições

Na aceção do presente Tratado, entende-se por:

[…]

DOCUMENTO DE TRABALHO

6. "Investimento", todo o tipo de bens, pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por um investidor, incluindo:

a) Bens corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis, e quaisquer direitos sobre bens tais como arrendamentos e alugueres, hipotecas, direitos de retenção e penhores;

b) Uma sociedade ou empresa, ou ações, quotas ou outras formas de participação no capital de uma sociedade ou empresa, e obrigações e outras dívidas de uma sociedade ou empresa;

c) Direitos de crédito relativos a numerário ou a quaisquer outros tipos de participação por força de um contrato com valor económico e associado a um investimento;

d) Propriedade intelectual;

e) Rendimentos;

f) Qualquer direito conferido por lei ou contrato ou por força de quaisquer licenças e autorizações concedidas ao abrigo da lei de desenvolver atividades económicas no setor da energia.

Nenhuma alteração na forma como os bens estão investidos afeta o seu caráter de investimento, incluindo-se no termo "investimento" todos os investimentos quer já efetuados quer realizados posteriormente à última das datas de entrada em vigor do presente Tratado em relação à parte contratante do investidor que realiza o investimento e em relação à parte contratante em cujo território se realiza o investimento (a seguir denominada "data efetiva"), desde que o presente Tratado se aplique apenas a matérias que afetem esses investimentos após a data efetiva.

Por "investimento" entende-se qualquer investimento associado a uma atividade económica no setor da energia e a investimentos ou tipos de investimento designados por uma parte contratante no seu território como "projetos de eficiência no âmbito da Carta" e como tal notificados ao Secretariado.

7. "Investidor":

a) Relativamente a uma parte contratante,

i) Uma pessoa singular […]

ii) Uma sociedade ou outra organização constituída nos termos da legislação aplicável nessa parte contratante […]

8. "Realizar investimentos" ou "realização de investimentos", o estabelecimento de novos investimentos, através da aquisição do todo ou de parte de investimentos existentes ou da transferência para diferentes setores de investimento.

DOCUMENTO DE TRABALHO

[…]

10. "Território", relativamente a um Estado que é parte contratante:

a) O território sob a sua soberania […]»

«Artigo 26.° – Resolução de diferendos entre um investidor e uma parte contratante

1. Os diferendos entre uma parte contratante e um investidor de outra parte contratante relativos a um investimento deste último no território da primeira, que digam respeito a uma alegada violação de uma obrigação da parte contratante nos termos da parte III, serão, se possível, resolvidos por meios amigáveis.

2. Se esses diferendos não puderem ser resolvidos nos termos do n.° 1 […] o investidor parte no diferendo pode decidir apresentá-lo para resolução:

a) Em tribunais civis ou administrativos da parte contratante parte no diferendo;

[…]

c) De acordo com as seguintes disposições do presente artigo.

3. a) […] a arbitragem […]»

2. Disposição nacional invocada

Artigo 1520.° do code de procédure civile (Código de Processo Civil francês):

«O recurso de anulação [de sentenças proferidas em França em matéria de arbitragem internacional] só é possível se:

1.° O tribunal arbitral se tiver erradamente declarado competente ou incompetente ou

[…]

5.° O reconhecimento ou a execução da sentença for contrário à ordem pública internacional.»

V. Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

1 A Ucrânia e a República da Moldávia são antigas repúblicas soviéticas que dispõem de redes de eletricidade interconectadas. Em 1 de janeiro de 1995, foi celebrado um contrato de funcionamento paralelo e recíproco das redes de eletricidade dos dois Estados.

DOCUMENTO DE TRABALHO

2 O contrato n.° 01/01 foi celebrado em 1 de fevereiro de 1999 entre as seguintes três sociedades: a Ukrenergo, produtora ucraniana de eletricidade, a Energoalians, sociedade ucraniana de direito privado especializada na produção e distribuição de eletricidade, e a Moldtranselectro, empresa pública moldava criada em 1997. Por força do referido contrato, a Energoalians comprava eletricidade à Ukrenergo, com vista à sua exportação para a Moldávia; os volumes de fornecimento de eletricidade eram decididos mensalmente entre a Ukrenergo e a Moldtranselectro.

3 Pelo contrato n.° 24/02, assinado em Kiev, em 24 de fevereiro de 1999, a Energoalians, a Derimen, sociedade registada nas Ilhas Virgens Britânicas, e a Moldtranselectro acordaram que:

– a Energoalians, na qualidade de fornecedor, forneceria eletricidade à Derimen,

– a Derimen, na qualidade de comprador, pagaria o preço da eletricidade à Energoalians,

– a Moldtranselectro, na qualidade de «beneficiária», apresentaria à Ukrenergo, antes do dia 25 de cada mês, uma nota de encomenda indicando a quantidade de eletricidade necessária para o mês seguinte,

– a Ukrenergo forneceria depois a eletricidade nas condições «DAF Incoterms 1990», ou seja, até à fronteira entre a Ucrânia e a Moldávia, do lado da Ucrânia,

– a Derimen receberia da Moldtranselectro o preço da eletricidade vendida.

4 Este contrato, inicialmente celebrado para o ano 1999, bem como o contrato n.° 01/01 de 1 de fevereiro de 1999, foram renovados até 31 de dezembro de 2000. Por cada mês de fornecimento, a Energoalians devia receber o pagamento da Derimen no prazo de 80 dias consecutivos a contar da entrega, ao passo que a Derimen devia receber o pagamento da Moldtranselectro. Os preços aplicáveis aos pagamentos eram fixados mediante diversos aditamentos ao contrato n.° 24/02. Segundo as disposições gerais desses aditamentos e em função do mês, o preço pago pela Moldtranselectro era cerca de duas vezes superior ao pago pela Derimen à Energoalians.

5 A eletricidade foi fornecida ao longo dos dois anos de 1999 e 2000, exceto entre maio e julho de 1999. A Moldtranselectro efetuou à Derimen o pagamento parcial relativo a 1999 (janeiro e parte de fevereiro de 1999) e a totalidade do pagamento relativo a 2000. A restante eletricidade fornecida em 1999 ficou em dívida. Em 1 de janeiro de 2000, a dívida acumulada da Moldtranselectro à Derimen ascendia a 18 132 898,94 USD. No entanto, não existia qualquer dívida à Energoalians, tendo a Derimen pagado a esta toda a eletricidade fornecida.

6 Por contrato assinado em Kiev, em 30 de maio de 2000, a Derimen cedeu à Energoalians o crédito que detinha em relação à Moldtranselectro por força do contrato n.° 24/02.

DOCUMENTO DE TRABALHO

7 A Moldtranselectro pagou parcialmente a sua dívida e reduziu o crédito que a Energoalians tinha em relação a si para o montante de 16 287 185,94 USD.

8 A Energoalians tentou, sem êxito, obter o pagamento dessa quantia recorrendo, sucessivamente, aos tribunais moldavos e ucranianos.

9 Considerando que determinadas intervenções da República da Moldávia constituíam manifestas violações dos compromissos assumidos nos termos do TCE, a Energoalians instaurou um processo de arbitragem *ad hoc*.

10 Por sentença proferida por maioria em 25 de outubro de 2013, em Paris, o tribunal arbitral *ad hoc*, composto por três árbitros, declarou-se competente. O mesmo considerou que a República da Moldávia não tinha respeitado os seus compromissos internacionais e condenou-a no pagamento à Energoalians do montante total de 592 880 395 lei moldavos, com base no TCE.

11 Segundo o tribunal arbitral, a Energolians era titular de um «investimento» na aceção do TCE relativamente à empresa pública Moldtranselectro, tendo o mesmo entendido que o TCE adotava uma definição bastante ampla desse conceito. Apoiou-se tanto na doutrina como noutras decisões arbitrais. Segundo o mesmo, esse termo insere-se numa «conceção global e neutra» e abrange «todos os tipos de entradas». Concluiu que o caso que lhe tinha sido submetido estava expressamente descrito no artigo 1.°, ponto 6, alínea c), do TCE.

12 O presidente do tribunal arbitral emitiu uma opinião divergente quanto à competência do tribunal arbitral. Considerou que o sentido corrente do termo investimento corresponde a um investimento de capital ou de indústria, com a expectativa de obtenção de um certo rendimento, e que esse conceito pressupõe um certo tempo de espera antes de o rendimento ser realizado (ou seja, um prazo) e uma certa incerteza quanto ao montante do rendimento (ou seja, um risco comercial).

13 Em 25 de novembro de 2013, a República da Moldávia interpôs um recurso de anulação dessa sentença.

14 Por ato jurídico de 6 de outubro de 2014, a sociedade de direito ucraniano Komstroy sucedeu na posição jurídica da Energoalians.

15 Por acórdão de 12 de abril de 2016, a cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris] anulou a sentença. Considerou que o tribunal arbitral se tinha erradamente declarado competente, uma vez que o crédito sobre o qual versava o diferendo tinha por único objeto a venda de eletricidade. Não existindo qualquer entrada, não podia existir investimento na aceção do TCE.

16 Por Acórdão de 28 de março de 2018, proferido nos termos do artigo 1520.° do code de procédure civile [Código do Processo Civil] no âmbito do recurso interposto pela Komstroy, a Cour de cassation [Tribunal de Cassação] anulou o acórdão da cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris].

DOCUMENTO DE TRABALHO

17 A Cour de cassation [Tribunal de Cassação] considerou que as disposições do TCE não especificam os critérios que caracterizam um investimento, limitando-se apenas a enumerar, de forma não restritiva, alguns ativos considerados investimentos. Daí a mesma concluiu que a cour d'appel [Tribunal de Recurso] tinha violado o TCE, ao acrescentar-lhe um requisito que este não previa.

18 A mesma remeteu o processo à cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris], com outra formação.

19 A República da Moldávia pede que a cour d'appel [Tribunal de Recurso] anule a sentença arbitral de 25 de outubro de 2013, na parte em que o tribunal arbitral se declarou erradamente competente e na medida em que o reconhecimento ou a execução da mesma é contrária à ordem pública internacional. A título subsidiário, pede que seja submetido ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial relativo à interpretação do TCE.

20 A Komstroy, que sucedeu à Energoalians, pede que a cour d'appel [Tribunal de Recurso] negue provimento ao recurso de anulação interposto pela República da Moldávia e a todos os pedidos formulados por esta.

VI. Argumentos essenciais das partes no processo principal

21 A República da Moldávia alega que o diferendo não tem por objeto um investimento na aceção do TCE, e que, mesmo supondo que tivesse havido investimento, este não teria sido realizado nem por uma empresa de um Estado contratante, nem no território da Moldávia.

1. Quanto à existência de um investimento na aceção do TCE

22 **a)** A República da Moldávia sustenta que o crédito adquirido pela Energoalians, que resulta de um contrato de compra e venda de eletricidade, não é um «investimento» na aceção do TCE. Este último remete para o sentido comum do termo «investimento», o qual implica a existência de uma entrada. Embora seja verdade que a definição fornecida pelo TCE faz referência a «todo o tipo de bens» pertencentes a um investidor, não é menos verdade que a lista de exemplos dada a título indicativo não demonstra que «qualquer bem» constitua necessariamente um investimento.

23 Tendo em conta o seu sentido comum e à luz dos objetivos do TCE, enunciados no seu preâmbulo, o termo «investimento» está necessariamente ligado à ação, por parte do investidor, de realizar uma entrada ou de transferir capital, ou outros recursos necessários para o desenvolvimento e manutenção de uma atividade de investimento. É este o significado que o presidente do tribunal arbitral adotou na sua opinião divergente e aquele que acompanha a jurisprudência arbitral.

24 A mesma observa que o crédito da Energoalians relativamente à Moldtranselectro, que resulta do contrato n.° 24/02, não implicou qualquer entrada, que o próprio

DOCUMENTO DE TRABALHO

contrato ao qual o crédito está associado não constitui um investimento, dado que tem unicamente por objeto a venda de eletricidade, e que a atividade da Derimen consistia em prestações de *factoring*, operações puramente financeiras.

25 **b)** A recorrida alega, na sua resposta, que o TCE define o conceito de investimento de forma ampla, de modo que todo o tipo de bens, controlados ou pertencentes a um investidor é suscetível de estar abrangido pelo mesmo. A operação de financiamento de energia elétrica da qual resulta o crédito da Energoalians é perfeitamente constitutiva de uma operação «associad[a] a uma atividade económica no setor da energia», na aceção do artigo 1.°, ponto 6, do TCE, na medida em que a mesma tornou possível o fornecimento de energia à Moldtranselectro.

26 A intervenção da Derimen, conjugada com a obrigação da Moldtranselectro de pagar-lhe as quantias devidas em contrapartida da entrega de energia, constitui inteiramente uma parte integrante da operação de investimento que consistia no fornecimento de energia à Moldávia.

2. Quanto à pessoa do investidor

27 **a)** A República da Moldávia sustenta que Energoalians não realizou, ela mesma, esse investimento. Ora, um investidor não pode submeter a arbitragem um diferendo relativo a um investimento que não tenha, ele mesmo, realizado, sendo que a expressão «realizar um investimento» é definida no artigo 1.°, ponto 8, do TCE.

28 A mesma afirma que, ao adquirir o crédito da Derimen, a Energoalians não adquiriu um «investimento existente», na aceção do TCE. Como as Ilhas Virgens Britânicas, local de registo da Derimen, não são parte contratante no TCE, essa sociedade não pode beneficiar do estatuto de investidor na aceção do TCE, e os seus bens não podem, portanto, constituir «investimentos» na aceção do referido Tratado. Esta conclusão é conforme com o brocardo *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (ninguém pode transferir para outrem mais direitos do que aqueles que tem).

29 **b)** A recorrida responde que a República da Moldávia tenta acrescentar ao TCE um requisito que não existe, a saber, o de que o investidor, para beneficiar da proteção do TCE, adquira o investimento a uma sociedade que esteja, ela mesma, «protegida» por esse Tratado. O facto de possuir um bem associado a uma atividade económica no setor da energia permite inferir a existência de um investimento, independentemente do modo como esse investimento foi adquirido. Pouco importa que a Energoalians tenha, ou não, realizado o investimento, desde que a mesma o controle.

30 A recorrida salienta igualmente que a versão francesa do artigo 26.° do TCE é a única que refere que o investimento deve ser «realizado» pelo investidor. Ora, foi

DOCUMENTO DE TRABALHO

a versão oficial do TCE em língua russa que fez fé entre as partes no processo arbitral.

3. Quanto ao critério da territorialidade

31 **a)** A República da Moldávia salienta que o artigo 26.°, n.° 1, inclui um critério de territorialidade, que subordina a competência do tribunal arbitral ao requisito de o investimento ter sido realizado por um investidor «no território» do Estado de acolhimento, na aceção do artigo 1.°, ponto 10, do TCE. A mesma sustenta que não foi realizado qualquer investimento «no território» da Moldávia, uma vez que a eletricidade era fornecida antes da fronteira com a Moldávia e que as sociedades Energoalians e Derimen não exerciam qualquer atividade económica no setor da energia no território moldavo. Acrescenta que a aquisição do direito de crédito não pode ser considerada, em si mesma, um investimento realizado pela Energoalians e pela Derimen «no território» da Moldávia, dado que a única contrapartida prestada pela Energoalians por essa aquisição devia ser paga à Derimen, entidade com sede nas Ilhas Virgens Britânicas.

32 **b)** A recorrida responde que o requisito relativo à territorialidade se encontra preenchido. Existem muitos elementos de conexão territorial à Moldávia. O seu crédito sobre a Moldtranselectro tem origem no fornecimento de eletricidade no território da Moldávia e a operação complexa de investimento tem por único objeto o fornecimento de eletricidade à Moldtranselectro, uma empresa pública moldava.

33 A mesma responde ainda que o investimento invocado pela Energoalians é o crédito detido sobre a Moldtranselectro, e não o contrato de fornecimento de eletricidade subjacente, e que a presença do termo DAF no contrato de fornecimento de eletricidade não permite, por si só, excluir a sua ligação com o território da Moldávia.

VII. Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

34 A cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris] considera que a solução do litígio depende da interpretação do conceito de «investimento», na aceção do artigo 1.°, ponto 6, do TCE, e, se necessário, dos termos «realizar investimentos» ou «realização de investimentos», na aceção do artigo 1.°, ponto 8, do TCE.

35 Quanto à territorialidade, entende que a questão que se coloca é a de saber se o crédito resultante de um contrato de compra e venda de eletricidade pode constituir um investimento realizado no território de outra parte contratante, na aceção do artigo 26.°, n.° 1, do TCE, quando o titular do crédito não exerça atividade económica no território da referida parte contratante.

36 Considera que o TCE é um acordo misto, celebrado pela União e pelos Estados-Membros com terceiros, e que, por força do artigo 267.° TFUE, o

DOCUMENTO DE TRABALHO

Tribunal de Justiça é competente para conhecer das questões relativas à interpretação que esse Tratado suscita. A cour d'appel de Paris [Tribunal de Recurso de Paris], que deve proceder à aplicação das disposições do TCE para apreciar a competência do tribunal arbitral, dispõe da faculdade de submeter ao Tribunal de Justiça essas questões relativas à interpretação, com vista a garantir uma aplicação uniforme do direito da União.

DOCUMENTO DE TRABALHO