CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 10 de Setembro de 2009 [1]

1. Antes de aderir à União Europeia, a Finlândia celebrou acordos bilaterais de investimento com a Federação Russa [2], com a Bielorrússia [3], com a China [4], com a Malásia [5], com o Sri Lanka [6] e com o Uzbequistão [7]. Estes acordos garantem aos investidores de cada uma das partes a livre transferência de pagamentos, relativos a um investimento, em moeda livremente convertível [8].

2. A Comissão considera que esta livre circulação de capitais, sem restrições, é incompatível com os artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE, que prevêem a possibilidade de o Conselho, em certas circunstâncias, restringir movimentos de capitais e pagamentos provenientes ou com destino a países terceiros. Considera que a Finlândia devia ter renegociado estes acordos, nos termos do segundo parágrafo do artigo 307.º CE, para os tornar compatíveis com o direito comunitário e para adoptar mecanismos que permitissem ao Conselho decidir sobre eventuais restrições futuras.

3. A Comissão pede, portanto, ao Tribunal de Justiça que declare que, não tendo recorrido aos meios adequados para eliminar estas incompatibilidades, a Finlândia não respeitou as obrigações que lhe incumbem por força do segundo parágrafo do artigo 307.º CE.

4. A Comissão intentou também acções por incumprimento análogas contra a Áustria e contra a Suécia. Os acórdãos nestes processos foram proferidos em 3 de Março de 2009 [9]. A presente acção por incumprimento respeita, essencialmente, às mesmas questões que neles estavam em causa.

1 — Língua original: inglês.

2 — N.º 58/1991, assinado em 8 de Fevereiro de 1989, e que entrou em vigor em 15 de Agosto de 1991.

3 — N.º 89/1994, assinado em 28 de Outubro de 1992, e que entrou em vigor em 11 de Dezembro de 1994.

4 — N.º 4/1986, assinado em 4 de Setembro de 1984, e que entrou em vigor em 26 de Janeiro de 1986.

5 — N.º 79/1987, assinado em 15 de Abril de 1985, e que entrou em vigor em 3 de Janeiro de 1988.

6 — N.º 54/1987, assinado em 27 de Abril de 1985, e que entrou em vigor em 25 de Outubro de 1987.

7 — N.º 74/1993, assinado em 1 de Outubro de 1992, e que entrou em vigor em 22 de Outubro de 1993.

8 — V. também, em geral, Eilmansberger, T., «Bilateral Investment Treaties and EU Law», *Common Market Law Review* 2009, pp. 383 a 429, e, especificamente quanto a algumas das questões que se levantam no caso em apreço, as pp. 409 a 413.

9 — Comissão/Áustria (C-205/06, Colect., p. I-1301) e Comissão/Suécia (C-249/06, Colect., p. I-1335).

5. A análise que apresento nas presentes conclusões basear-se-à, portanto, essencialmente, no que o Tribunal de Justiça declarou nesses dois acórdãos. Abordarei, porém, especificamente, a nova questão que surge no caso em apreço, a saber, a dos efeitos de uma cláusula que assegura a protecção do investimento *dentro dos limites da legislação nacional da parte contratante* (a seguir «cláusula controvertida») inserida pela Finlândia nos acórdãos em questão [10]:

«Cada uma das partes contratantes assegura, em qualquer circunstância, dentro dos limites permitidos pelas suas próprias leis e decretos e em conformidade com o direito internacional, o tratamento razoável e adequado dos investimentos feitos por cidadãos ou sociedades da outra parte contratante.» [11]

6. Especificamente, examinarei a questão de saber se, tal como Governo finlandês sustenta, a expressão «dentro dos limites permitidos pelas suas próprias leis e decretos» permitia à Finlândia aplicar restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos, nos termos previstos nos artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE.

7. Se assim for, a Finlândia não terá faltado ao cumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do segundo parágrafo do artigo 307.º CE [12]. Esta disposição obriga os Estados-Membros a recorrer a todos os meios adequados para eliminar as incompatibilidades com o direito comunitário verificadas em acordos celebrados antes da sua adesão. Os Estados-Membros devem, caso seja necessário, auxiliar-se mutuamente para atingir essa finalidade e adoptar, se for caso disso, uma atitude comum [13].

Disposições relevantes

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

8. O artigo 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados [14] contém uma regra geral de interpretação de tratados:

«1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir

10 — A Comissão observa que a cláusula não consta dos acordos com a Bielorrússia, com a Federação Russa e com o Uzbequistão, ao passo que a Finlândia sustenta que consta de todos os acordos à excepção do acordo com a Federação Russa. Tendo em conta a conclusão a que chego, não aprofundei a análise deste aspecto.

11 — Artigo 3.º do acordo com o Sri Lanka. É pacífico que se trata de uma versão típica da cláusula em litígio.

12 — Excepto, eventualmente, no que respeita aos acordos com a Bielorrússia, com a Federação Russa e com o Uzbequistão: v. nota 10 supra.

13 — V. acórdãos Comissão/Áustria, n.os 32 e 34, e Comissão/Suécia, n.os 33 e 35, ambos já referidos na nota 9.

14 — Feita em Viena em 23 de Maio de 1969, e que entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1980, UN Doc.A/Conf.39/27, 1155 UNTS 331, 8 ILM 679 (1969) (a seguir «Convenção de Viena»).

aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim.

2. Para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, preâmbulo e anexos incluídos:

a) Qualquer acordo relativo ao tratado e que tenha sido celebrado entre todas as Partes quando da conclusão do tratado;

b) Qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceite pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Ter-se-á em consideração, simultaneamente com o contexto:

a) Todo o acordo posterior entre as Partes sobre a interpretação do tratado ou a aplicação das suas disposições;

b) Toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação do tratado;

c) Toda a norma pertinente de direito internacional aplicável às relações entre as Partes.

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

9. O artigo 62.º da Convenção de Viena estabelece as alternativas disponíveis em caso de alteração fundamental das circunstâncias (cláusula *rebus sic stantibus*):

«1. Uma alteração fundamental das circunstâncias relativamente às que existiam no momento da conclusão de um tratado e que não fora prevista pelas Partes não pode ser invocada como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar, salvo se:

a) A existência dessas circunstâncias tiver constituído uma base essencial do consentimento das Partes em ficarem vinculadas pelo tratado; e

b) Essa alteração tiver por efeito a modificação radical da natureza das obrigações assumidas no tratado.

2. Uma alteração fundamental das circunstâncias não pode ser invocada como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar:

a) Se se tratar de um tratado que estabeleça uma fronteira; ou

b) Se a alteração fundamental resultar de uma violação, pela Parte que a invoca, de uma obrigação decorrente do tratado ou de qualquer outra obrigação internacional relativa a qualquer outra Parte no tratado.

3. Se uma Parte puder, nos termos dos números anteriores, invocar uma alteração fundamental das circunstâncias como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar, pode também invocá-la apenas para suspender a aplicação do tratado.»

Tratado CE

10. O artigo 57.º, n.º 2, CE dispõe:

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

11. O artigo 59.º CE dispõe:

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

12. O artigo 60.º, n.º 1, CE dispõe:

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

13. O artigo 307.º CE dispõe:

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

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

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

Tramitação processual

14. Em resposta à notificação de 7 de Maio de 2004, ao parecer fundamentado de 16 de Março de 2005 e ao parecer fundamentado adicional de 4 de Julho de 2006, o Governo finlandês sustentou que as disposições em questão nos acordos bilaterais de investimento respeitavam as obrigações que lhe incumbiam por força dos artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE. Consequentemente, não considerou necessário tomar qualquer medida nos termos do artigo 307.º CE para eliminar as alegadas incompatibilidades [15].

15. A Comissão intentou a presente acção em 20 de Fevereiro de 2007.

16. A Comissão pede ao Tribunal de Justiça que:

— Declare que, não tendo recorrido aos meios adequados, visados no segundo parágrafo do artigo 307.º CE, para eliminar as incompatibilidades das disposições relativas às transferências que figuram nos acórdãos bilaterais de investimento concluídos com a Federação Russa (antiga União Soviética), a Bielorrússia, a China, a Malásia, o Sri Lanka e o Uzbequistão, a República da Finlândia não respeitou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 307.º do Tratado CE;

— Condene a Finlândia nas despesas.

17. Foram apresentadas observações escritas pelos Governos austríaco, finlandês, alemão, húngaro, lituano e sueco e pela Comissão.

18. O Governo finlandês apresentou um requerimento de audiência, que posteriormente retirou. Não houve, portanto, audiência.

A incompatibilidade dos acordos com o Tratado CE

19. A Finlândia e os Estados-Membros intervenientes alegam que, na falta de qualquer medida tomada pelo Conselho contra os

15 — Por carta de 27 de Outubro de 2006, a Finlândia informou a Comissão de que tinha celebrado um novo acordo bilateral de investimento com a China, que devia entrar em vigor em 15 Novembro de 2006. Porém, não apresentou cópia do texto à Comissão nem indicou se a data de entrada em vigor era definitiva. A questão está pendente.

países terceiros em questão, o incumprimento alegado é meramente hipotético, uma vez que não há «incompatibilidades verificadas», na acepção do segundo parágrafo do artigo 307.º CE. A obrigação dos Estados-Membros de eliminar as «incompatibilidades verificadas» só surge se, e quando, a Comissão verificar a existência de tais incompatibilidades. O mesmo argumento tinha sido avançado pelos Governos austríaco e sueco e pelos Estados-Membros intervenientes, incluindo a Finlândia, nos processos que deram origem aos acórdãos Comissão/Áustria e Comissão/Suécia [16].

20. Embora sem responder explicitamente a este argumento, o Tribunal de Justiça declarou que, para assegurar o efeito útil dos artigos 57.º, n.º 2, 59.º, e 60.º, n.º 1, CE, é necessário que as medidas que restringem a livre circulação de capitais possam ser, no caso de serem adoptadas pelo Conselho, imediatamente aplicadas em relação aos Estados aos quais dizem respeito, que podem ser alguns dos Estados que tenham assinado um dos acordos em causa com o Estado-Membro em questão. Parece, portanto, que o argumento de não existirem (ainda) «incompatibilidades verificadas» não foi considerado pertinente.

21. O Tribunal de Justiça declarou, além disso, que «estas competências do Conselho, que consistem em adoptar unilateralmente medidas restritivas em relação a Estados terceiros numa matéria que é idêntica ou conexa com a regulada por um acordo anterior celebrado entre um Estado-Membro e um Estado terceiro, revelam uma incompatibilidade com o referido acordo quando, por um lado, este não prevê uma disposição que permita ao Estado-Membro em causa exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membro da Comunidade e quando, por outro, também não exista nenhum mecanismo de direito internacional que o permita» [17].

22. Examinarei sucessivamente cada uma destas condições de incompatibilidade.

Os acordos em questão contêm uma disposição que permite à Finlândia exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membro da Comunidade?

23. É ponto assente que os acordos em questão não contêm disposições que reservem explicitamente a possibilidade de a Comunidade aplicar restrições aos movimentos de capital e aos pagamentos nos termos previstos nos artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE.

16 — Acórdãos Comissão/Áustria, n.os 18 a 23, e Comissão/Suécia, n.os 17 a 21, ambos já referidos na nota 9.

17 — Acórdãos Comissão/Áustria, n.º 37, e Comissão/Suécia, n.º 38, ambos já referidos na nota 9.

24. Os governos finlandês e lituano sustentam, porém, que a cláusula controvertida permite à Finlândia respeitar as medidas restritivas adoptadas pelo Conselho com base nestas disposições do Tratado CE.

25. O Governo finlandês alega que estas disposições poderiam ser imediatamente aplicadas, dado que quaisquer medidas restritivas adoptadas pelo Conselho seriam parte integrante da legislação finlandesa a que essa cláusula se refere, por força do princípio do efeito directo do direito comunitário. É irrelevante que a própria Comunidade não seja parte nos acordos em questão. O Governo lituano, por seu lado, recorda que o direito comunitário faz parte do direito nacional.

26. Porém, na minha opinião, não se trata aqui de saber se o direito comunitário faz parte do direito nacional (como de facto faz). A questão central é antes a de saber se a capacidade potencial da Finlândia de invocar a expressão «dentro dos limites permitidos pelas suas próprias leis» contra os países terceiros com os quais celebrou esses acordos constitui uma *garantia suficiente* de que as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos relativos a países terceiros, previstas nos artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE, podiam ser aplicadas.

27. Não creio que assim seja. Tal como o advogado-geral Poiares Maduro, considero que a aplicação do artigo 307.º CE não é salvaguardada de modo adequado pela interpretação incerta de cláusulas de um acordo internacional [18]. Pelo contrário, o artigo 307.º CE «é de alcance geral e aplica-se a quaisquer acordos internacionais, independentemente do seu objecto, *susceptíveis de afectar* a aplicação do Tratado» [19].

28. Gostaria, quanto a este aspecto, de estabelecer um paralelo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à transposição incorrecta de directivas por parte de um Estado-Membro.

29. Segundo jurisprudência constante, embora um Estado-Membro não tenha necessariamente que adoptar medidas legislativas para transpor uma directiva, é, no entanto, indispensável que o direito nacional em causa *garanta efectivamente* a plena aplicação da directiva, que a situação jurídica decorrente desse direito seja suficientemente precisa e clara e que os beneficiários sejam colocados em situação de conhecer a plenitude dos seus direitos e, sendo caso disso, de os poder invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais [20].

18 — Conclusões apresentadas nos processos Comissão/Áustria e Comissão/Suécia, ambos já referidos na nota 9, n.º 62.

19 — Acórdãos de 14 de Outubro de 1980, Burgoa (812/79, Recueil, p. 2787, n.º 6, o itálico é meu); e de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Reino Unido (C-466/98, Colect., p. I-9427, n.º 23 e jurisprudência aí citada).

20 — V. acórdão de 9 de Setembro de 2004, Comissão/Espanha (C-70/03, Colect., p. I-7999, n.º 15 e jurisprudência aí citada). Por exemplo, o Tribunal de Justiça declarou que «a existência de princípios gerais de direito constitucional ou administrativo» (acórdão de 23 de Maio de 1985, Comissão/Alemanha, 29/84, Recueil, p. 1661, n.º 23) ou «uma norma jurídica geral» (acórdão de 20 de Maio de 1992, Comissão/Países Baixos, C-190/90, Colect., p. I-3265, n.º 17) podem ser suficientes para a transposição da directiva, desde que respeitem estes requisitos mínimos.

30. O Tribunal de Justiça declarou também que a mera existência de uma prática administrativa que respeita a directiva [21] ou a possibilidade de os órgãos jurisdicionais interpretarem o direito nacional em conformidade com a directiva [22] não dispensa um Estado-Membro de adoptar medidas de transposição adequadas e vinculativas. O Tribunal de Justiça indicou que não deve haver qualquer possibilidade, prática ou mesmo teórica, de o modo pelo qual uma directiva tenha sido transposta ser susceptível de comprometer a devida transposição das regras nela estabelecidas [23].

31. Além disso, o Tribunal de Justiça afirmou claramente que um Estado-Membro não pode invocar o efeito directo das directivas para se defender da alegação de não ter transposto integralmente uma directiva [24].

32. Na minha opinião, estes princípios podem e devem ser aplicados, *mutatis mutandis*, ao caso em apreço. Com efeito, nos acórdãos Comissão/Áustria e Comissão/ /Suécia, o Tribunal de Justiça parece ter adoptado um padrão muito semelhante ao estabelecido por essa jurisprudência e exigiu, efectivamente, *uma garantia* de que as restrições aos movimentos de capitais e aos pagamentos, previstas nos artigo 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE, possam, se necessário, ser aplicadas [25].

33. Não creio que a Finlândia possa oferecer tal garantia.

34. É manifesto que a sua possibilidade de o fazer dependeria, em ultima análise, da interpretação que um tribunal internacional ou arbitral fizesse da expressão «dentro dos limites permitidos pelas suas próprias leis e decretos». Segundo jurisprudência constante, um tratado internacional deve ser interpretado em função dos termos em que está redigido e à luz dos seus objectivos. O artigo 31.º da Convenção de Viena [26], que expressa, a este respeito, uma regra geral de direito consuetudinário internacional [27], dispõe que um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu contexto, e à luz dos respectivos objecto e fim [28]. Poderia eventualmente invocar-se a aplicação desta disposição para convencer um tribunal internacional ou arbitral tribunal a interpretar a cláusula controvertida no sentido de se referir ao direito comunitário.

21 — V., por exemplo, o acórdão de 15 de Março de 1990, Comissão/Países Baixos (C-339/87, Colect., p. I-851, n.º 36).

22 — V., por exemplo, o acórdão de 27 de Outubro de 1993, Steenhorst-Neerings (C-338/91, Colect., p. I-5475, n.os 32 a 34).

23 — V., por exemplo, o acórdão de 9 de Abril de 1987, Comissão/ /Itália (363/85, Colect., p. 1733, n.os 10 e 12.

24 — V., por exemplo, os acórdãos de 6 de Maio de 1980, Comissão/Bélgica (102/79, Recueil, p. 1473, n.º 12); de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269, n.º 20); e de 20 de Março de 1997, Comissão/Alemanha (C-96/95, Colect., p. I-1653, n.º 37).

25 — V. acórdãos Comissão/Áustria, n.os 38 e 40, e Comissão/ /Suécia, n.os 39 e 41, ambos já referidos na nota 9.

26 — V. n.º 8 e nota 14 supra.

27 — V., por exemplo, o acórdão de 17 de Dezembro de 2002 do Tribunal Internacional de Justiça, Soberania sobre Pulau Ligitan e Pulau Sipadan (Indonésia/Malásia), I.C.J. Reports 2002, p. 625, n.º 37.

28 — V. acórdãos de 20 de Novembro de 2001, Jany e o. (C-268/99, Colect., p. I-8615, n.º 35) e de 10 de Janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, Colect., p. I-403, n.º 40).

35. Porém, considero que essa possibilidade é muito incerta. Sem que seja necessário aprofundar o exame da questão, não creio que a aplicação do artigo 31.º da Convenção de Viena ou de qualquer outra norma relevante relativa à interpretação de tratados possa oferecer uma garantia suficiente de que a Finlândia podia aplicar restrições a movimentos de capitais e a pagamentos em conformidade com os artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE. A mera possibilidade de um tribunal internacional ou arbitral vir a interpretar a cláusula controvertida nesse sentido não basta para dispensar Finlândia das suas obrigações.

36. Pelo contrário, no acórdão Comissão/Áustria, o Tribunal de Justiça observou que a Áustria tencionava inserir, nos acordos de investimento em negociação ou quando os acordos existentes fossem renovados, uma cláusula que reservaria certos poderes a organizações regionais, permitindo, assim, a aplicação de quaisquer medidas de restrição de movimentos de capitais e de pagamentos que possam ser adoptadas pelo Conselho. O Tribunal de Justiça reconheceu que tal cláusula deveria, em princípio, ser considerada susceptível de eliminar a incompatibilidade verificada [29]. Uma cláusula com estas características é, porém, bastante diferente da cláusula controvertida.

37. O que o Tribunal de Justiça declarou quanto à cláusula que a Áustria tencionava inserir em acordos futuros não pode, portanto, ser aplicado por analogia.

38. Concluo, portanto, que os acórdãos em questão não contêm uma disposição que permita à Finlândia exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membro da Comunidade.

Existe algum mecanismo de direito internacional que permita à Finlândia exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membro da Comunidade?

39. Os Governos lituano e húngaro consideram que um Estado-Membro pode adoptar medidas restritivas recorrendo às possibilidades conferidas pelo direito internacional, tais como a suspensão ou a cessação do

29 — Acórdão Comissão/Áustria, já referido na nota 9, n.os 40 e 41. Porém, o Tribunal de Justiça observou que era ponto assente que a Áustria não tinha tomado «no prazo fixado [pela Comissão] no seu parecer fundamentado, nenhuma iniciativa em relação aos Estados terceiros em causa a fim de eliminar o risco de conflito com as medidas que o Conselho pode adoptar ao abrigo dos artigos 57.º, n.º 2, CE, 59.º CE e 60.º, n.º 1, CE que pode surgir da aplicação dos acordos de investimentos celebrados com esses Estados terceiros» (n.º 42).

acordo, através da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* [30].

40. Nos processos que deram origem aos acórdãos Comissão/Áustria e Comissão/ /Suécia, os Estados-Membros demandados invocaram vários mecanismos de direito internacional, incluindo a cláusula *rebus sic stantibus*, que, segundo alegavam, lhes permitiriam exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membros da Comunidade [31].

41. O Tribunal de Justiça foi categórico ao rejeitar estes argumentos [32]. Declarou que os mecanismos identificados pela Áustria e pela Suécia não pareciam garantir o cumprimento das suas obrigações comunitárias, por duas razões: «Em primeiro lugar, os prazos inerentes a qualquer negociação internacional necessários para renegociar os acordos em causa são, por natureza, incompatíveis com o efeito útil dessas medidas. Em segundo lugar, a possibilidade de recorrer a outros meios oferecidos pelo direito internacional, como a suspensão do acordo, ou mesmo a denúncia dos acordos em causa ou de algumas das suas cláusulas, produz efeitos demasiado incertos para garantir que as medidas tomadas pelo Conselho possam ser utilmente aplicadas» [33].

42. Concluo que não existem mecanismos de direito internacional que garantam que a Finlândia poderá exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membro da Comunidade.

Conclusão quanto à incompatibilidade dos acordos com o direito comunitário

43. Os acordos em questão não contêm disposições expressas que permitam à Finlândia exercer os seus direitos e cumprir as suas obrigações como membro da Comunidade. Além disso, não existem mecanismos de direito internacional que garantam à Finlândia essa possibilidade. Concluo, portanto, que os acordos em questão são incompatíveis com os poderes do Conselho de restringir movimentos de capitais e pagamentos nos termos previstos nos artigos 57.º, n.º 2, 59.º e 60.º, n.º 1, CE e que a Finlândia é obrigada a recorrer aos meios referidos no segundo parágrafo do artigo 307.º CE.

30 — V. artigo 62.º da Convenção de Viena, citado no n.º 9 supra.

31 — V. conclusões do advogado-geral Poiares Maduro nos processos Comissão/Áustria e Comissão/Suécia, ambos já referidos na nota 9, n.os 55 a 62.

32 — Acórdãos Comissão/Áustria, n.os 38 a 40 e Comissão/Suécia, n.os 39 a 41, ambos já referidos na nota 9.

33 — V., além disso, o acórdão de 25 de Setembro de 1997 do Tribunal Internacional de Justiça, *projecto Gabčíkovo-Nagymaros, (Hungria/Eslováquia)*, I.C.J. Reports, p. 7, n.º 104: «A redacção negativa e condicional do artigo 62.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados indica claramente, aliás, que a estabilidade das relações convencionais exige que o fundamento baseado numa alteração fundamental de circunstâncias só se aplique em situações excepcionais», referido pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 16 de Junho de 1998, Racke (C-162/96, Colect., p. I-3655, n.º 50).

A Finlândia recorreu aos meios adequados nos termos do segundo parágrafo do artigo 307.º CE?

44. A Finlândia sustentou sempre que os acordos bilaterais de investimento em questão não são incompatíveis com o Tratado e, consequentemente, que não é necessário recorrer aos meios previstos no segundo parágrafo do artigo 307.º CE. É pacífico que a Finlândia não tomou, com efeito, quaisquer medidas nos termos dessa disposição.

45. Os Governos austríaco, húngaro e alemão sustentam que, dada a importância económica e política dos acordos bilaterais de investimento em questão, a sua denúncia para assegurar o cumprimento do direito comunitário só pode ser considerada em último recurso. Com efeito, uma vez que as medidas restritivas são, normalmente, de carácter temporário, a denúncia definitiva de acordos existentes seria desproporcionada.

46. Nos acórdãos Comissão/Áustria e Comissão/Suécia o Tribunal de Justiça não indicou em parte alguma que os Estados-Membros estavam obrigados a denunciar os acordos bilaterais de investimento então em questão.

47. O Tribunal de Justiça limitou-se a observar que as incompatibilidades com o Tratado a que estes acordos bilaterais de investimento tinham dado origem não se limitavam ao Estado-Membro demandado em cada caso concreto. O Tribunal de Justiça declarou, por conseguinte, que, de acordo com o segundo parágrafo do artigo 307.º CE, os Estados-Membros devem, caso seja necessário, auxiliar-se mutuamente para eliminar as incompatibilidades constatadas e devem adoptar, se for caso disso, uma atitude comum. O Tribunal de Justiça acrescentou que competia à Comissão, no âmbito do seu dever, imposto pelo artigo 211.º CE, de velar pela aplicação das disposições do Tratado, tomar qualquer iniciativa que possa facilitar a assistência mútua entre os Estados-Membros em causa bem como a adopção pelos referidos Estados-Membros de uma atitude comum [34].

48. Estas observações aplicam-se igualmente ao caso em apreço.

49. Acresce que, no acórdão Comissão/Portugal [35], o Tribunal de Justiça explicou de que modo pode ser sanado um incumprimento do artigo 307.º CE. Declarou que, embora no quadro do artigo 307.º CE «os

34 — Acórdãos Comissão/Áustria, n.os 43 e 44, e Comissão/Suécia, n.os 43 e 44 (ambos já referidos na nota 9).

35 — Acórdão de 4 de Julho de 2000 (C-62/98, Colect., p. I-5171).

Estados-Membros tenham o direito de escolher as medidas apropriadas a tomar, nem por isso têm menor obrigação de eliminar as incompatibilidades existentes entre uma convenção pré-comunitária e o Tratado CE. Se um Estado-Membro encontrar dificuldades que tornem impossível a modificação de um acordo, não se pode [...] excluir que lhe compete denunciar esse acordo» [36]. Em resposta ao argumento de Portugal segundo o qual essa denúncia implicaria uma exclusão desproporcionada dos seus interesses de política externa em relação ao interesse comunitário, o Tribunal de Justiça salientou que o equilíbrio entre os interesses de política externa de um Estado-Membro e o interesse comunitário já encontra a sua expressão no artigo 307.º CE, na medida em que esta disposição «permite ao Estado-Membro paralisar uma norma comunitária a fim de respeitar os direitos de países terceiros resultantes de uma convenção anterior e de observar as obrigações correspondentes. Este artigo dá-lhes também uma opção quanto aos meios apropriados para tornar o referido acordo compatível com o direito comunitário» [37].

50. Concluo, portanto, que, não tendo recorrido aos meios adequados, visados no segundo parágrafo do artigo 307.º CE, para eliminar as incompatibilidades das disposições relativas às transferências que figuram nos acórdãos bilaterais de investimento concluídos com a Federação Russa (antiga União Soviética), a Bielorrússia, a China, a Malásia, o Sri Lanka e o Uzbequistão, a República da Finlândia não respeitou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 307.º CE.

O princípio da não discriminação

51. Os Governos húngaro e alemão sustentam que a verificação de uma incompatibilidade com base no segundo parágrafo do artigo 307.º CE seria contrária ao princípio da livre concorrência no mercado interno e ao princípio da não discriminação. Tanto a Finlândia como os cidadãos e as empresas da União Europeia aos quais os acordos se aplicam ficariam em desvantagem relativamente a outros Estados-Membros e a outras pessoas aos quais se aplicam acordos bilaterais de investimento que *não* foram criticados pela Comissão.

52. Segundo jurisprudência constante, o princípio da não discriminação exige que situações comparáveis não sejam tratadas de

36 — Acórdão Comissão/Portugal, já referido na nota 35, n.º 49.
37 — Acórdão Comissão/Portugal, já referido na nota 35, n.º 50.

modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, excepto se esse tratamento for objectivamente justificado [38].

53. Porém, a situação dos Estados-Membros que tenham sido objecto dos procedimentos previstos no artigo 226.º CE é objectivamente diferente da dos Estados-Membros que não tenham sido objecto de tais procedimentos. Se assim não fosse ficaria seriamente comprometida a liberdade da Comissão de intentar as acções por incumprimento que julgue necessárias, no desempenho do seu papel de guardiã do Tratado.

54. No desempenho desse papel, a Comissão tem competência exclusiva para decidir se é oportuno intentar uma acção contra um Estado-Membro pedindo uma declaração de incumprimento, bem como o acto ou a omissão imputável ao Estado-Membro em questão com base no qual tal acção deve ser intentada. No exercício dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 226.º CE, a Comissão não é obrigada a demonstrar a existência de um interesse específico em agir [39].

55. Acresce que, segundo jurisprudência constante, um Estado-Membro não pode justificar o incumprimento das obrigações que lhe incumbem por força do Tratado invocando o facto de outros Estados-Membros também não cumprirem as respectivas obrigações. Na ordem jurídica comunitária criada pelo Tratado, a aplicação do direito comunitário pelos Estados-Membros não pode estar sujeita a uma condição de reciprocidade. Os artigos 226.º CE e 227.º CE prevêem as vias de recurso adequadas em tais casos [40].

56. O argumento baseado na proibição da discriminação não merece, portanto, acolhimento.

Quanto às despesas

57. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. A Comissão pediu a condenação nas despesas, pelo que a Finlândia deve ser condenada nas mesmas.

38 — Acórdão de 14 de Maio de 2009, Azienda Agricola Disarò Antonio e o. (C-34/08, Colect., p. I-4023, n.º 67 e jurisprudência aí citada).

39 — V. acórdão de 5 de Novembro de 2002, Comissão/Alemanha (C-476/98, Colect., p. I-9855, n.º 38 e jurisprudência aí citada).

40 — V. acórdão de 29 de Março de 2001, Portugal/Comissão (C-163/99, Colect., p. I-2613, n.º 22 e jurisprudência aí citada).

Conclusão

58. Considero, portanto, que o Tribunal de Justiça deve:

— Declarar que, não tendo recorrido aos meios adequados, visados no segundo parágrafo do artigo 307.º CE, para eliminar as incompatibilidades das disposições relativas às transferências que figuram nos acórdãos bilaterais de investimento concluídos com a Federação Russa (antiga União Soviética), a Bielorrússia, a China, a Malásia, o Sri Lanka e o Uzbequistão, a República da Finlândia não respeitou as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 307.º CE;

— Condenar a Finlândia nas despesas.