

**AVIS N° 001/2000**DEIIAI4E 4'hVI5 BIA BMMâ8I05 Df L'UEMOA
PORTANT SUR

Ficheiro n.º 6-99

O Presidente da Comissão da UEMOA, por carta n.º 99-144/PC/CJ de 19 de novembro de 1999, em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo 27.º dos Estatutos do Tribunal de Justiça, solicitou o parecer do Tribunal de Justiça sobre o projeto de Código Comunitário de Investimento da UEMOA.

ha Cour, reunida em Assembleia Geral Consultiva, sob a presidência de Yves D. YEHOUESSI, seu Presidente, com base no relatório de Mouhamadou Moctar MBACKE, Juiz do Tribunal de Justiça, e na presença dos Srs:

- | | |
|---------------------------------|---|
| • Martin Dobo ZONOU, | Juiz no Tribunal |
| • Youssouf QUALQUER
MAHAMAN, | Juiz do Tribunal de
Justiça* |
| • Malet DIAKITE, | P |
| Kalédji AFANGBEDJI, | Primeiro advogado-geral
Advogado-geral |

e assistida por Raphaël P. OUATTARA, escrivão do Tribunal, examinou, na sua reunião de 2 de fevereiro de 2000, o projeto de texto do Código Comunitário de Investimento da UEMOA e emitiu os seguintes pareceres e recomendações

L A C O U R

Tendo em conta O Tratado da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA),
de 10 de janeiro de 1994,

Tendo em conta o Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da

UEMOA; Tendo em conta Ato Adicional n.º 10/96 relativo aos Estatutos do Tribunal



ent n° 01/96/CM portant Règlement de Procédures de la Cour de Justice de

Vu o Regulamento Administrativo do Tribunal de Justiça da UEMOA de 9 de dezembro de 1996;

Tendo em conta o pedido n° 99-144/PC/CJ, de 19 de novembro de 1999, do Presidente da Comissão da UEMOA ;

SOBRE A FORMA

O pedido de parecer é admissível, uma vez que está em conformidade com a legislação pertinente em vigor.

NO FUNDO

O parecer do Tribunal baseia-se em dois pontos principais: observações gerais e observações sobre produtos específicos.

I - OBSERVAÇÕES DE CARÁCTER GERAL

As principais características do projeto de código apresentado são:

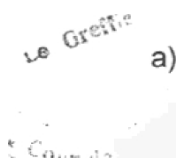
- 1) as suas disposições atractivas para os potenciais investidores, que podem ser seduzidos pelas garantias, liberdades e direitos previstos.
- 2) a sua tendência para igualar a oferta dos Estados, nomeadamente no domínio fiscal, em que é concedida uma taxa máxima de isenção em condições estritas a respeitar pelo investidor, sob pena de revogação da autorização.

Por conseguinte, só com esta base jurídica uniforme para todos os Estados-Membros é que cada Estado poderá concluir um acordo de estabelecimento com qualquer investidor nacional ou estrangeiro.

No entanto, este mecanismo económico e jurídico levanta uma série de questões

- 1) A noção de investimento, tal como definida no artigo 1º, pode englobar as operações de privatização em curso nos Estados-Membros que envolvam empresas públicas muitas vezes em mau estado de conservação e às quais os Estados reservam um destino especial, com base em actos legislativos ou regulamentares, para melhor as venderem ou colocarem em mãos mais especializadas. Nestes casos, o investimento do adquirente da empresa pode estar sujeito a regras que não são necessariamente as descritas no presente projeto, que podem ser demasiado restritivas ou mesmo inadaptadas ao contexto da privatização.
- 2) Em geral, o investimento, sobretudo nas relações Norte-Sul, é acompanhado de uma transferência concertada de tecnologia, que nas relações de cooperação pode ser o aspeto mais importante, o que significa que a menção deste objetivo pode ser uma chamada de atenção decisiva no contexto de um código de investimento.
- 3) As disposições do Título IV relativas à resolução de litígios merecem uma atenção especial.

nomeadamente porque



- a) parecem desconhecer que a arbitragem é um método de resolução de litígios jurídicos baseado na autonomia da vontade das partes no acordo. Exclui-se o recurso obrigatório a um procedimento de conciliação (ou arbitragem).
- b) Devido à necessidade de uniformidade na interpretação e aplicação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça da UEMOA tem competência exclusiva para resolver os litígios relativos à interpretação ou aplicação do direito comunitário;
- c) organismos como o Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem da OHADA, o Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (ICSID), sem esquecer a Câmara de Comércio Internacional (CCI) ou os centros de arbitragem nacionais, como os recentemente criados em Dakar e Abidjan, não são tribunais mas, em conformidade com as respectivas regras de arbitragem, organizam processos aplicados por árbitros livremente designados pelas partes, ao passo que os tribunais como o Tribunal de Justiça da UEMOA e o Tribunal de Justiça da OHADA, enquanto tribunais de direito público, exercem competências exclusivas, um em matéria de direito comunitário e o outro em matéria de instrumentos unificados, sem que as competências concorrentes ou acidentais sejam totalmente excluídas,
- d) Os regulamentos de arbitragem acima referidos (OHADA, ICSID), tal como todos os outros regulamentos, prevêem um procedimento específico de conciliação pré-contenciosa. Este recurso pré-contencioso só pode ser discricionário e de modo algum obrigatório. A Comissão é um órgão estatutário cujas competências são limitadas pelo artigo 16º do Tratado e não pode, sem correr o risco de violar o Tratado, constituir-se como um órgão de resolução, mesmo conciliatória, de litígios, sendo o seu papel, nos termos do Tratado, entre muitas outras funções, o de assegurar a aplicação do direito comunitário e de reparar as infrações a este direito e não o de aproximar os Estados dos seus co-contratantes em matéria de investimentos. Esta função de resolução pré-contenciosa pode perfeitamente ser encarada pelas partes de acordo com a sua vontade soberana, não sendo a conciliação obrigatória neste caso;
- e) a coexistência, no presente texto, de leis uniformes da OHADA e do direito comunitário da UEMOA suscitará problemas de decisões contraditórias e mesmo de bases jurídicas, se não mesmo conflitos de competência entre o Tribunal de Justiça da UEMOA e o Tribunal de Justiça da OHADA. Além disso, quando os litígios decorrentes ou a decorrer da aplicação do presente projeto de código devam ser resolvidos por arbitragem, uma jurisdição privada, o direito de reenvio prejudicial pode não ser admissível perante o Tribunal da UEMOA. Além disso, é discutível que o Tribunal da OHADA possa decidir como tribunal de cassação nos casos em que está em causa o direito comunitário sem recorrer ao Tribunal de Justiça da UEMOA. Com efeito, não pode recorrer ao Tribunal de Justiça da UEMOA porque não é um tribunal nacional. Por outro lado, pode o Tribunal de Justiça da UEMOA incluir no direito comunitário derivado os actos uniformes da OHADA, cujo Tratado, é certo, foi ratificado por todos os Estados-Membros da UEMOA? Em caso afirmativo, o que acontece com a exclusividade do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem da OHADA na aplicação e interpretação dos actos uniformes, prevista no artigo 14. A mesma exclusividade é reservada ao Tribunal de Justiça da UEMOA no que diz respeito à interpretação e à aplicação do direito comunitário adotado pelos órgãos competentes da União.

Uma vez que o projeto de texto remete simultaneamente para os actos uniformes da OHADA e para o direito comunitário da UEMOA, um caso que implique a aplicação dos dois sistemas jurídicos seria suscetível de opor as duas jurisdições.

ns

En conclusion, le mode de règlement par voie arbitrale des litiges nés de l'application du projet de loi présentée, a qual tem a particularidade de fazer apelo a garantias de imparcialidade, por não se tratar da nacionalidade estrangeira dos investidores significativos, conduz efetivamente à criação de um modo de resolução por uma justiça privada porque concebida e organizada segundo le

- O Tribunal de Justiça da UEMOA não tem competência para controlar a uniformidade da aplicação e da interpretação do direito comunitário aplicável. No entanto, o Tribunal de Justiça da UEMOA pode, a título acessório, ser chamado a pronunciar-se a título prejudicial se o tribunal arbitral competente recorrer aos tribunais dos Estados-Membros em conformidade com a lei do contrato. Em suma, nada obsta a que os litígios surgidos no âmbito do presente código sejam da competência ordinária dos tribunais nacionais, sob reserva de compromissos ou cláusulas de arbitragem que libertem os tribunais estatais da sua competência em favor da justiça privada.

II - OBSERVAÇÕES ESPECÍFICAS

Vistos

As duas últimas referências ao ICSID e à OHADA como instâncias de arbitragem parecem desnecessárias, uma vez que estas não são as únicas regras de arbitragem a que os Estados e os investidores podem recorrer, e não é habitual que os textos façam referência a regras de arbitragem, que são deixadas à livre escolha das partes.

Definições

A noção de acordo de estabelecimento referida no artigo 20º não é definida. Trata-se de um acordo que define os direitos e obrigações recíprocos do Estado de acolhimento e do investidor.

Artigo 2.o

O nome utilizado no título não corresponde ao nome utilizado neste artigo.

Este artigo deve ser reformulado da seguinte forma

"O presente código, denominado "Código de Investimento da Comunidade da UEMOA", aplica-se, sob reserva do disposto no artigo 3.º infra, em todo o território da Comunidade a qualquer investimento nele efectuado, independentemente da nacionalidade do investidor ou do sector do investimento.

Artigo 3

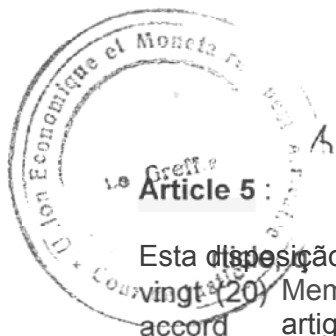
Este artigo poderia ser reformulado da seguinte forma:

"Enquanto se aguarda a adoção de medidas comunitárias de harmonização das legislações nestes domínios, tal como previsto na União, as operações de extração e transformação de minérios, petróleo e gás ficam sujeitas às mesmas condições que as outras actividades. /O direito nacional dos Estados-Membros continua a ser aplicável.

Artigo 4:

°a) 3 parágrafos, 1ª linha:

Leia-se: "No prazo de dois meses a contar da data de notificação do (um pedido



Article 5 :
Esta disposição limita a validade dos vínculos jurídicos entre estas empresas e os Estados-Membros a um período de anos e deve ser lida em conjunto com as disposições do artigo 28º, que prevêem a manutenção dos vínculos jurídicos entre as empresas em causa e os Estados-Membros.

O código de conduta aplica-se a todos os acordos e aprovações concluídos antes do código até à sua expiração nos termos do acordo.

A este respeito, convém sublinhar que as vantagens concedidas pelo Estado de acolhimento aos investidores podem basear-se em tratados bilaterais de promoção e proteção dos investimentos celebrados entre o Estado de acolhimento e o Estado do investidor, o que nos remete para as disposições do artigo 14º do Tratado da União.

Artigo 6

Ponto 2, 4ª linha :

As referências aos artigos 21º e seguintes não parecem adequadas, uma vez que a indemnização pode ser concedida de forma não contenciosa e que a aplicação das disposições dos artigos 21º e seguintes relativas à resolução de litígios é apenas uma contingência e não constitui a forma normal de indemnização.

Este número pode terminar após a expressão: "exceto por razões de utilidade pública".

Artigo 16.o

O n.º 2 da 2ª linha prevê, após o termo dos prazos de resposta, a concessão de uma autorização que não contenha as vantagens particulares concedidas; a administração deve ter a possibilidade de regularizar a autorização implícita através de um documento complementar que contenha as vantagens particulares a que o investidor pode legalmente ter direito, sem o que o titular de uma autorização implícita não se encontra numa situação comparável à que foi devidamente autorizada.

Artigo 17.o

O facto de um regulamento comunitário remeter para as normas legais e estatutárias da OHADA não faz do texto um ato de integração no direito comunitário, ou seja, não constitui uma ingerência numa ordem jurídica autónoma?

De qualquer modo, esta coexistência ou referência, no mesmo Código, a disposições dos dois Tratados que são independentes entre si é suscetível de criar ambiguidades jurídicas na interpretação e aplicação do presente Código.

É igualmente oportuno sublinhar a necessidade de concertação entre as duas organizações, a UEMOA e a OHADA, com vista a coordenar tanto a sua política de normalização como as suas jurisdições respectivas, que exercem o seu controlo jurisdicional sobre as mesmas jurisdições nos Estados-Membros e em domínios que não estão claramente definidos.

Artigo 18.o

a) N.º 1 3ª Sinal

Leia-se. "...suspensão por força de uma medida legislativa, judicial ou administrativa", por "...por lei, pelo juiz ou pela administração".

n.




Article 19 :

As disposições deste artigo que criam os Centros de Promoção do Investimento (CIP) e as suas organizações e regras de funcionamento no ato comunitário memp quiesl, o regulamento relativo ao código de investimento, pode dar origem a uma ambiguidade, na medida em que estes organismos podem ser interpretados como sendo de natureza comunitária, quando são serviços públicos de direito nacional. O recurso à diretiva parece mais adequado, pois permite a cada Estado-Membro adotar actos de transposição que criem o seu centro com as mesmas competências e as mesmas regras de funcionamento e no quadro da sua organização administrativa.

TÍTULO IV: Artigos 20º e seguintes.

Estes artigos foram já objeto de observações gerais relativas à conceção da resolução dos litígios decorrentes do presente Código. As observações que se seguem constituem um simples complemento do que foi dito anteriormente


Artigo 20:

Este artigo deverá ser objeto de uma revisão completa. Adopta procedimentos graduais de resolução de litígios que prevêem a mediação obrigatória da Comissão antes de qualquer outro procedimento, oferecendo simultaneamente uma variedade de vias de recurso em que os tribunais interestatais, como o Tribunal de Justiça da UEMOA, partilham a competência com as organizações de arbitragem.

Tal como referido nas observações gerais, o modo de resolução dos litígios decorrentes do Código pode ser da competência dos tribunais de direito público (tribunais nacionais e Tribunal de Justiça da UEMOA) devido ao carácter comunitário do Código e, a fim de reforçar a imparcialidade na resolução dos litígios, é dada aos Estados-Membros e aos seus co-contratantes investidores a possibilidade de recorrerem à arbitragem internacional em conformidade com as regras de arbitragem da sua escolha (que, além disso, não têm de ser citadas). Isto afasta o Tribunal de Justiça de qualquer controlo jurisdicional da interpretação e aplicação do Código, exceto nos casos limitados em que os tribunais arbitrais recorrem aos tribunais nacionais para tomar certas medidas provisórias ou em que as partes na arbitragem recorrem aos tribunais nacionais para a execução de decisões arbitrais definitivas. Nestes últimos casos, as decisões prejudiciais podem ser acidentalmente utilizadas no contexto do que são, afinal, procedimentos formais.

Artigo 21.o

Este artigo sobre a mediação ex officio da Comissão levanta o seguinte problema

- 1) a competência da Comissão para exercer tais poderes,
 - 2) respeito pela vontade das partes de recorrerem a um mediador e a um conciliador no âmbito de um litígio arbitral,
 - 3) a composição do Comité de Conciliação, que não é uma emanção da Comissão,
 - 4) a exclusão dos órgãos de conciliação previstos nas regras de arbitragem acima referidas.
- 



Artigo 22:

O mesmo ob- as disposições do artigo 20º podem ser consideradas como tendo sido Nem o Protocolo Adicional relativo ao controlo jurisdicional, nem o Estatuto do Tribunal de Justiça, nem o seu Regulamento de Processo permitem subordinar a admissibilidade de uma ação contra um ato comunitário à consulta prévia da Comissão. Além disso, uma vez que os tribunais arbitrais exercem uma justiça privada, o controlo jurisdicional do Tribunal de Justiça não pode ser exercido diretamente sobre eles.

Em conclusão, no caso de litígios de natureza económica entre Estados-Membros públicos e investidores que sejam pessoas singulares ou colectivas de direito privado, as partes envolvidas devem ter a possibilidade de recorrer aos tribunais nacionais, que são os tribunais ordinários mesmo em matéria comunitária (com a possibilidade de um reenvio preliminar para o Tribunal de Justiça da UEMOA), ou de recorrer a uma solução arbitral à sua escolha, através de uma cláusula compromissória ou de um compromisso.

Artigo 23.o

Este artigo não pode ser incluído no presente texto, uma vez que todas as fases da ação por incumprimento dos Estados-Membros são regidas pelo Tratado constitutivo da UEMOA; o n.º 2 do artigo relativo à mediação prévia da Comissão é contrário ao referido Tratado, uma vez que a ação por incumprimento tem uma finalidade diferente, a do controlo objetivo e interno na União dos compromissos dos Estados-Membros, e não diz respeito a particulares, como os investidores, nas suas relações com os Estados.

Artigo 27:

Este artigo parece estabelecer um procedimento específico para a elaboração ou alteração do regulamento do código de investimento, o que pode pôr em causa a elaboração dos actos comunitários previstos no Tratado da UEMOA.

É verdade que, no domínio dos textos de proteção e promoção dos investimentos, são frequentemente incluídas cláusulas a título preventivo para garantir a estabilidade e mesmo a inviolabilidade das medidas jurídicas tomadas a favor do investidor, cláusulas essas que se aproximam do respeito pela soberania dos Estados.

Artigo 28.o

No caso de tratados bilaterais assinados entre Estados sobre a promoção e a proteção dos investimentos, aplicam-se as disposições do artigo 14.º do Tratado da UEMOA, tal como referido no artigo 5.

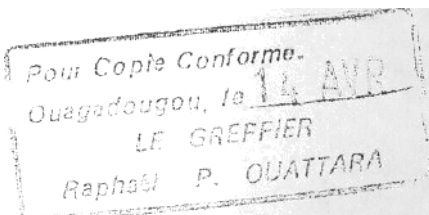
Artigo 29.o

As novas medidas a adotar pela Comissão não estão em conformidade com o Tratado.

Artigo 30.o

As medidas de "notificação" previstas são desnecessárias e invulgares neste caso; as disposições de publicação são suficientes.

E assinada pelo Presidente, pelo Relator e pelo Escrivão.



Seguem-se as assinaturas ilegíveis

Para uma cópia autenticada emitida em 14 de abril de 2000

O _____
Conservador



Raphaël P. OUATTARA