



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis**

H&H ENTERPRISES INVESTMENTS, INC.

V.

**REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO
(CASO CIRDI No. ARB/09/15)**

DECISÃO DE JURISDIÇÃO

Relatório do Caso por Georgios Soumalevris**

Editado por Mona Davies***

Traduzido em português por Laura Ghitti ****

Em sua Decisão de Jurisdição de 05 de junho de 2012, o Tribunal decidiu que tinha jurisdição para analisar a demanda de uma empresa estadunidense referente à opção de comprar um hotel e suas terras contíguas no Egito sob um tratado bilateral de investimentos entre os Estados Unidos e o Egito.

Tribunal: Dr. Bernardo Cremades, Dr. Hamid Gharavi e Dr. Veijo Heiskanen.

Advogados da Requerente: Sr. Arif Ali de Weil, Gotshal & Manges LLP; Sr. Baiju Vasani, Sr. Kassi Tallent e Sra. Emily Alban de Crowell & Moring LLP.

Advogados da Requerida: Sr. Karim Hafez de Hafez; Sr. Mohamed Elshiekh, Sr. Amr Arafa e Sra. Fatma Khalifa da Procuradoria Geral do Estado do Egito.

* Os Diretores podem ser contatados nos seguintes e-mails:
ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com e
loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com.

** Georgios Soumalevris é um associado de EUTRADEDEFENCE. Ele aconselha clientes multinacionais e Estados sobre comércio e política internacional, incluindo procedimentos *anti-dumping* e anti-subsídio e direito de investimento estrangeiro.

*** Mona Davies é Diretora Assistente do International Arbitration Case Law (IACL).

****Laura Ghitti é acadêmica do último ano do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba e estagiária na área de arbitragem no escritório Lee Taube Gabardo Sociedade de Advogados. A tradutora pode ser contatada no seguinte endereço eletrônico: lauraghitti@hotmail.com

Resumo

1. Fatos do Caso

Em 1987, o Sr. Alashmawy, cidadão estadunidense e egípcio e Presidente de H&H Enterprises Investments, Inc. (“Requerente”), foi convidado a inspecionar propriedades hoteleiras existentes para as quais o governo da República Árabe do Egito (“Requerida”) estava buscando investimento estrangeiro, e territórios que a Requerida havia designado para desenvolvimento turístico. Em 1989, o Sr. Alashmawy fez uma proposta para Grand Hotels of Egypt (“GHE”), uma empresa pública que, aquele tempo, possuía e gerenciava alguns dos hotéis do país, para comprar o hotel Ain El Sokha e suas terras contíguas. A proposta que, de acordo com a Requerente, garantiu-lhe a opção de comprar o hotel, foi supostamente aceita por GHE. Duas semanas após a submissão da proposta, a Requerente e GHE assinaram um Contrato de Operação e Gestão (o “COG”), seguido de um aditivo alguns meses depois. Em 1990, a Requerente teve suas atividades suspensas pelas autoridades tributárias dos Estados Unidos pela falta de pagamento de tributos. Em 1993, GHE começou uma arbitragem contra a Requerente no Egito, com base no COG, buscando, dentre outras coisas, a resolução do COG por descumprimento. Em resposta, a Requerente ajuizou várias ações perante os tribunais locais. Após a evicção da Requerente do *resort* em 2001, esta requisitou às autoridades tributárias estadunidenses um Certificado de Restabelecimento das Atividades, o qual foi finalmente conferido em 2008. Em 2009, a Requerente instaurou uma demanda perante o CIRDI.

A Requerida apresentou suas Objeções Jurisdicionais e Requerimento de Bifurcação em junho de 2011, tendo a Requerente apresentado a sua Resposta em setembro de 2011. Durante a audiência de bifurcação, em novembro de 2011, as Partes concordaram em bifurcar o procedimento em uma fase jurisdicional seguida de uma fase de mérito. Após uma troca de manifestações entre as Partes em janeiro e março de 2012 e uma audiência sobre as questões jurisdicionais preliminares no final de março de 2012, o Tribunal proferiu a sua Decisão de Jurisdição em junho de 2012.

2. *Questões Jurídicas Abordadas na Decisão*

(a) *Jurisdição Rationae Materiae*

Os principais pontos controvertidos referem-se às seguintes questões: (a) se a Opção de Compra constituiu um contrato válido e obrigatório conforme a legislação egípcia; e, (b) se este constituiu um 'investimento' conforme o TBI Estados Unidos-Egito ou a Convenção CIRDI.

(i) *Validade da Opção de Compra*

A Requerida alegou que a Opção de Compra não existia conforme a legislação egípcia, pois esta requer uma aceitação inequívoca, sem alterações nos termos da oferta (§ 11). De acordo com a Requerida, a troca de cartas entre a Requerente e a Requerida não demonstrou um 'encontro de vontades', pela razão adicional de que os termos chave da Opção de Compra, como o terreno e o preço, não foram acordados ou especificados nessas cartas (§ 12). A Requerida também alegou que o COG foi o único acordo entre as Partes, tanto porque as Partes não consideraram a Opção de Compra um contrato válido, ou, alternativamente, porque este foi rescindido pela conduta das Partes após a conclusão do COG (§§ 13-14). De qualquer forma, a Requerida alegou, com a falha da Requerente e GHE em constituir uma empresa local, as condições precedentes para o exercício da Opção de Compra não foram satisfeitas (§ 15). Finalmente, a Requerida alegou que a opinião do Procurador Geral do Estado de que a Opção de Compra existia não vinculava as entidades públicas ou o Poder Judiciário, e, assim, a Requerente não poderia se fundamentar nela (§ 16).

A Requerente respondeu que a Opção de Compra constituía um contrato vinculante conforme a legislação egípcia, pois as cartas trocadas se referiam a todos os elementos necessários à formação da Opção de Compra, isto é, o ativo a ser vendido; o preço; e o período durante o qual a Requerente poderia exercer tal Opção (§§ 26-27). Além disso, a Requerente alegou que as Partes entenderam que o COG seria finalizado apenas com a conclusão da Opção de Compra (§ 28).

Em resposta ao argumento da Requerente de que a Opção de Compra foi rescindida, a Requerente alegou que a sua conduta subsequente demonstrou que ela nunca quis a rescisão da Opção de Compra (§ 29). De qualquer forma, a Requerente alegou, o *standard* para estabelecer tal intenção de rescindir requer evidência concreta, a qual não existiu (§ 30). Sobre a questão das condições precedentes, a Requerente respondeu que constituiu a subsidiária local H&H

Egypt, na qual a Requerida nunca adquiriu uma ação, em violação às suas obrigações no tratado (¶ 31).

O Tribunal decidiu adicionar a questão da validade da Opção de Compra ao mérito, já que a questão requeria uma análise geral do mérito da disputa (¶ 43).

(ii) *Investimento conforme o TBI Estados Unidos-Egito ou a Convenção CIRDI*

A Requerida aduziu que a Opção de Compra não constituía um ‘investimento’ tanto conforme o Artigo 1(c) do TBI Estados Unidos-Egito quanto o Artigo 25(1) da Convenção CIRDI (¶ 17). A respeito do critério estabelecido pela Convenção CIRDI (como definido pelo chamado teste *Salini*), a Requerida argumentou que a Opção de Compra falha ao preenchê-los, pois esta não tem duração; não envolve o risco de investimento; não gera lucro ou retorno regulares; não há substancial contribuição em favor da Requerente; e não há contribuição ao desenvolvimento do Estado receptor (¶¶ 18-23). A Requerida também aduziu que a Opção de Compra é um contrato de compra e venda que não se qualifica como um ‘investimento’ em razão da falta de assunção de risco e da regularidade de lucro e retorno (¶ 24). Por fim, a Requerida asseverou que a doutrina da unicidade do investimento não se aplicava porque o COG e a Opção de Compra eram dois contratos separados e não relacionados (¶ 25).

A Requerente respondeu que o teste *Salini* não vinculava o Tribunal em sua determinação de jurisdição (¶ 32). De qualquer forma, mesmo se os critérios *Salini* devessem ser considerados, a Requerente alegou, a Opção de Compra ainda se qualificaria como um ‘investimento’. Primeiro, se não fosse a Opção de Compra, a Requerente teria comprado o *resort* por período ilimitado (¶ 33). Segundo, a Opção de Compra poderia ser exercida apenas mediante o pagamento de USD 7,4 milhões e apenas depois que o *resort* fosse totalmente renovado e colocado em operação, o que, por sua vez, requeria um investimento multimilionário ao decorrer do tempo (¶¶ 33-34). Terceiro, a Requerente iria gerenciar e operar o *resort* com retorno suficiente para estar apta ao exercício da Opção de Compra (¶ 34). Finalmente, o investimento da Requerente no *resort* claramente contribuiu ao desenvolvimento do Egito, já que o turismo foi reconhecido pelo Egito como um ramo crítico (¶ 35).

A Requerente também aduziu que a Opção de Compra não era um ‘contrato de compra e venda’, mas constituía um direito contratual, o qual foi considerado um investimento qualificado no passado. A linguagem do TBI, a Requerente também alegou, claramente abrangia o direito de compra de um hotel *resort* ativo

à opção da Requerente (§ 38). De qualquer forma, a Requerente estaria na posição de uma compradora que buscaria remuneração na forma de lucros futuros esperados (§ 39). Finalmente, a Requerente alegou que o COG e a Opção de Compra são inextricavelmente ligados e, então, formavam um único investimento (§ 40).

O Tribunal notou que a Requerida não objetou a jurisdição do Tribunal *rationae materiae* em relação ao COG. O Tribunal decidiu analisar as disposições contratuais como um todo, as quais, neste caso, incluíam tanto o COG quanto a Opção de Compra. Como resultado, o Tribunal concluiu que a Opção de Compra constituiu parte de um investimento global, o que não foi contestado pela Requerida (§§ 42-43).

(b) *Jurisdição Rationae Temporis*

A Requerida aduziu que não havia consentido em submeter à arbitragem disputas relacionadas a investimentos que estivessem fora do escopo temporal do TBI. A Requerida alegou que o investimento da Requerente não estava protegido pelo TBI, o qual supostamente exclui investimentos feitos antes da sua entrada em vigor, a não ser que estes fossem especificamente aceitos pela legislação doméstica de investimento. Tal aceitação nunca ocorreu sob a Lei de Investimento Egípcia 43, o que a Requerida afirma que foi confirmado pela Carta de Apresentação do Secretário de Estado dos Estados Unidos (§§ 44-46).

A Requerente respondeu que a linguagem do TBI apenas excluía do seu escopo investimentos que fossem contrários à legislação doméstica (§47). O objeto e propósito do TBI, o qual é promover o desenvolvimento econômico, claramente sugere que o investimento da Requerida é abrangido (§ 48). Enquanto afirmando que a Carta de Apresentação não estava relacionada ao escopo do TBI, a Requerente alegou que não estava obrigada a registrar o seu investimento conforme a Lei 43 para que este fosse 'aceito' (§§ 49-50). Alternativamente, a Requerente afirmou que a Requerida estava impedida por sua conduta a levantar tal defesa (§51).

O Tribunal concluiu que a Lei 43 não previa procedimentos exclusivos para a aceitação de investimentos estrangeiros. Ademais, o Tribunal entendeu que o Egito tinha aceitado o investimento da Requerente por sua conduta subsequente (§ 53). Ela também afirmou que mesmo que a Lei 43 estabelecesse procedimentos exclusivos para aceitar um investimento, o Egito teria renunciado a tal aceitação através de sua conduta (§54).

(c) *Jurisdição Rationae Personae*

Baseado no Artigo 1º do TBI, o qual estabeleceu que a Requerente “deve possuir ou controlar” o bem que compreende o investimento protegido, a Requerida arguiu que a Requerente não poderia ‘possuir ou controlar’ o hotel *resort* porque teve suas atividades suspensas conforme a lei californiana por falta de pagamento de tributos, privada de todos os seus direitos, poderes e privilégios (§§57-60). A Requerida também alegou que, ao invés da Requerente, foi o Sr. Alashmawy quem realmente possuía e controlava o investimento e o Tribunal deveria desconsiderar a personalidade jurídica. Neste caso, a Requerente alegou, o Tribunal não tinha jurisdição, pois Mr. Alashmawy é cidadão tanto dos Estados Unidos quanto do Egito (§61).

A Requerente respondeu que a Convenção CIRDI não requer nenhuma investigação sobre o controle no momento do investimento; ao contrário, a jurisdição do Tribunal *rationae personae* é determinada no momento em que o Requerimento de Arbitragem é apresentado (§62). De acordo com a lei egípcia aplicada, a Requerente negou que seus direitos deixaram de existir em razão de sua suspensão tributária (§63). Ela também alegou que possuía e controlava o investimento durante todo o período e que o Tribunal não deveria desconsiderar a personalidade jurídica (§§ 64-65).

O Tribunal negou que a lei californiana pudesse se aplicar extraterritorialmente de forma a afetar a validade da transação da Requerente no exterior (§67). O Tribunal também decidiu que a Requerente cumpriu o critério da Convenção CIRDI e considerou injustificável o requerimento da Requerida de desconsideração da personalidade jurídica (§68).

(d) *Objecção Fork-in-the-road*

A Requerida alegou que a provisão *fork-in-the-road* do TBI impedia a Requerente de trazer qualquer pleito originário do tratado, pois esta já havia trazido um pedido contraposto na arbitragem realizada no Cairo e várias ações diante os tribunais locais (§§ 69,77). Quanto ao argumento de que o teste de tripla identidade não deveria ser interpretado estritamente, a Requerida afirmou que a presente disputa (a) tinha o mesmo fundamento das disputas ajuizadas nos tribunais locais; (b) tinha a mesma causa de pedir; e (c) os pleitos do tratado estavam ligados aos pleitos contratuais (§71). Finalmente, a Requerida afirmou

que a provisão MFN¹ não se aplicava à cláusula de resolução de disputa, já que esta não era a intenção das Partes (§72).

A Requerente tentou distinguir as demandas contratuais ajuizadas nos tribunais locais dos pleitos do tratado relacionados com a sua tentativa de executar o COG e a Opção de Compra, e não a qualquer compensação com base nos alegados descumprimentos do tratado (§73,75). Ela também alegou que os presentes pleitos não poderiam ser levantados diante de tribunais locais, já que estariam fora da sua jurisdição (§74).

O Tribunal concluiu que a questão *fork-in-the-road* requer uma análise completa e, logo, foi adicionada a sua decisão de mérito (§§ 79-80).

(e) *Princípio da Prescrição*

A Requerida invocou princípios de prescrição para impedir os pleitos da Requerente de serem analisados pelo Tribunal. A Requerida alegou que (a) a Requerente se atrasou desarrazoadamente para apresentar seus pleitos; (b) fatos materiais foram perdidos ou colocados em dúvida e testemunhas materiais se aposentaram ou faleceram; e (c) o atraso da Requerente prejudicou a habilidade da Requerida de se defender no mesmo nível que a Requerente (§ 81). A Requerida também ressaltou que foi avisada pela primeira vez da disputa quando a Requerente submeteu a arbitragem perante o CIRDI. De acordo com a Requerida, a arbitragem no Cairo ou as ações nos tribunais locais não constituíram notificação da presente disputa (§ 82).

A Requerente, por sua vez, respondeu que o atraso de sete anos não podia levar a uma presunção de negligência, já que pleitos baseados nos mesmos fatos ainda poderiam ser levantados diante dos tribunais egípcios (§ 83). A Requerente também alegou que o mero fato de que providenciou um punhado de documentos e cinco abrangentes depoimentos de testemunhas triunfaria sobre a alegação da Requerida de perda de fatos e falta de testemunhas (§ 84). Finalmente, a Requerente alegou que a Requerida não foi prejudicada pelo atraso, já que foi notificada e teve oportunidades suficientes para coletar fatos relevantes para a sua defesa no momento dos eventos fundamentais (§ 85).

¹ Nota da Tradutora: a sigla MFN refere-se ao termo *Most Favored Nation*.

O Tribunal negou a objeção da Requerida de prescrição dos pleitos da Requerente, pois a Requerida deixou de provar a existência de tal regra no regulamento CIRDI ou no TBI (§§87-88).

3. *Decisão*

O Tribunal rejeitou as objeções jurisdicionais da Requerida acerca da *rationae materiae*, *rationae temporis*, *rationae personae*, e princípio da prescrição. O Tribunal decidiu adicionar ao mérito a questão da validade da Opção de Compra e a objeção *fork-in-the-road* (§ 89).