

APRESENTAÇÃO SOBRE A NOVA LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA E A APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA PELOS TRIBUNAIS ARBITRAIS*

*José Robin de Andrade***

ABSTRACT: The Author analyses, taking into account the new rules of the recent Portuguese Law on Voluntary Arbitration, the issues raised by the interpretation and application of competition law by arbitral tribunals. After describing the several types of procedures where such application occurs, the author analyses the nature of such rules and the circumstances of their application within arbitration, namely after the European regulation number 1/2003. The Author stresses the jurisdictional nature of the arbitral activity, which may also be involved in the application of administrative law. Finally the Author studies the particulars of the arbitral procedure when applying rules of competition law.

1. Quero começar esta minha intervenção por agradecer ao IDEFF, na pessoa do Prof. Luís Morais, a iniciativa que teve de promover, ao que julgo pela primeira vez no nosso País, este colóquio sobre a articulação entre o instituto da arbitragem voluntária e o direito da concorrência, tema que pouco tem sido tratado entre nós, quer na jurisprudência quer na doutrina.

Devo referir no entanto um excelente estudo sobre este assunto, ainda que reportado à nossa anterior Lei de Arbitragem, pelos Professores Mariana França Gouveia e Cláudia Trabuco nos Estudos em honra do Professor Carlos Ferreira de Almeida.

* N.R.: O Autor manifestou expressamente o desejo de que o seu texto não seja adaptado ao último Acordo Ortográfico, o que foi respeitado.

** Advogado e árbitro, actual presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem.

E agradeço também o convite que me dirigiu na qualidade de Presidente da Associação Portuguesa de Arbitragem para uma primeira intervenção neste colóquio.

Não sendo, como não sou, um especialista de direito da concorrência, compreenderão que procure abordar o tema a partir do nosso regime jurídico de arbitragem voluntária.

A Associação Portuguesa de Arbitragem de que tenho a honra de ser o presidente, preparou ao longo dos últimos 3 anos um projecto para uma nova Lei de Arbitragem Voluntária, o qual foi submetido a amplo debate público e que veio depois a ser adoptado com ligeiras alterações pelo Governo que o propôs à Assembleia da República, a qual o aprovou na íntegra, dando origem à Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro actualmente em vigor.

Pretendeu-se com a nova Lei de Arbitragem Voluntária dotar o País de um regime de arbitragem voluntária baseado no padrão de Lei Modelo da UNCITRAL e seguindo as soluções mais inovadoras consagradas em leis recentes de outros Países Europeus em especial a Alemanha e a Suíça, e que fosse “amigo da arbitragem”, de modo a incentivar não só o crescente uso da arbitragem doméstica para resolução de litígio, mas também a escolha do nosso País como local adequado para sedear arbitragens internacionais.

Em que medida a nova Lei de Arbitragem Voluntária, nas traves mestras do regime da arbitragem que instituiu, e nas alterações que introduziu, permite comportar no seu âmbito a interpretação e aplicação do direito da concorrência? Este será o ponto fulcral da minha intervenção.

2. Ao falarmos em arbitragem voluntária sobre questões de direito da concorrência, importa tornar claro a que tipo de processos nos referimos.

Não têm sido frequentes entre nós, ou pelo menos não têm sido publicamente conhecidas, arbitragens em Portugal cujas decisões tinham interpretado e aplicado normas de direito da concorrência, seja normas de direito interno, seja normas de direito comunitário.

Temos conhecimento apenas de dois casos, que não são públicos, nem se acham ainda totalmente findos, pelo que apenas os poderemos descrever em termos bastante sintéticos, mas que são bem representativos do tipo de processos em que os tribunais arbitrais podem ser chamados a interpretar e aplicar normas de direito da concorrência.

– Num dos casos, temos uma associação empresarial que propõe uma acção arbitral contra uma empresa terceira, que acusa de não cumprir o acordo com

ela celebrado, pelo qual a primeira lhe forneceria certos dados informáticos sobre vendas dos seus associados, mediante um certo preço, o qual não teria sido pago.

A Empresa defendeu-se impugnando a validade do acordo, com fundamento em abuso de posição dominante da associação empresarial, práticas discriminatórias e imposição de preço excessivo e natureza anti-concorrencial do acordo.

O contrato foi sujeito a arbitragem ao abrigo de convenção de arbitragem constante do contrato.

O pedido principal foi declarado procedente pelo tribunal arbitral, improcedendo a invocação da violação das regras da concorrência por práticas discriminatórias, considerando-se no entanto o tribunal competente para apreciar a exceção.

Reconheceu o tribunal à associação posição dominante no mercado, aplicando os conceitos da Lei de Defesa da Concorrência e considerou ter havido abuso de posição dominante, pela prática de preço excessivo e indução do preço em alta, o que levou o tribunal arbitral a reduzir o preço, condenando a demandada no pagamento do preço assim rectificado.

– O segundo caso é um litígio entre accionistas de uma empresa industrial, no qual um deles, sócio minoritário da mesma, é acusado de adquirir uma participação em empresa concorrente da empresa participada, e assim violar uma cláusula do acordo parassocial pelo qual os accionistas se comprometem a não exercer actividade no mercado em que a empresa industrial de que são sócios já se encontra a operar, sem previamente a consultar.

O tribunal arbitral foi chamado pelo Demandado a determinar se tal compromisso envolvia de facto uma cláusula de não concorrência, que violaria as regras comunitárias da concorrência, por equivaler a uma prática concertada entre empresas concorrentes.

Tanto quanto sabemos, o tribunal arbitral pronunciou-se no sentido de que tal dever de consulta não equivalia a uma obrigação de não concorrência pelo que não haveria nesse ponto qualquer violação das normas de concorrência.

Em qualquer destes dois casos a interpretação e aplicação do direito da concorrência surge para permitir decidir a questão da validade de um contrato entre empresas, quando uma das partes nesse contrato acusa a outra de incumprimento do mesmo.

A invocação do direito de concorrência, seja ele o direito interno, seja ele o direito comunitário, surge assim como uma *excepção* ou meio de defesa do

Demandado, que invoca a invalidade do contrato como causa para o seu não cumprimento.

Os dois casos que indicámos representam o *núcleo central* dos tipos de casos em que, através de arbitragem voluntária, empresas privadas invocam normas de direito da concorrência e os árbitros aplicam esse direito.

Trata-se de processos em que a questão onde o direito da concorrência é chamado a ser aplicado é, em rigor, não a questão principal do processo, mas sim uma *questão prejudicial*, cuja resolução é necessária para que o tribunal arbitral se pronuncie sobre o pedido principal, que será de condenação da parte faltosa pelo incumprimento do contrato.

Ora, como se sabe, um tribunal arbitral ou qualquer outro órgão jurisdicional que deva conhecer uma questão, é igualmente competente para conhecer e decidir *para esse efeito*, todas as questões prejudiciais de que depende a resolução da questão principal que se lhe coloca.

Mas nada impede que a questão da validade do contrato seja a *questão principal* do processo, o que sucederá quando uma das partes tome a iniciativa de requerer ao tribunal arbitral a declaração da nulidade do contrato face à transgressão das normas de concorrência, ou a sua interpretação à luz das mesmas normas.

Em qualquer dos casos a jurisdição do tribunal arbitral assentará na convenção de arbitragem constante do próprio contrato, cabendo-lhe competência para se pronunciar sobre a validade do contrato.

3. Uma vez devidamente caracterizado o tipo de processos arbitrais em que se podem colocar questões de direito da concorrência, fica claro que as normas de direito da concorrência cuja interpretação e aplicação estão em causa não são as normas de direito administrativo que prevêm a aplicação pela Autoridade Pública de sanções administrativas face à celebração de certos negócios jurídicos ou a realização de certas práticas comerciais, mas unicamente a norma que sanciona com a nulidade, ou com a ilicitude, a celebração de negócios jurídicos ou a realização de práticas comerciais que contrariem as normas primárias que proíbem condutas anticoncorrenciais e naturalmente as próprias normas primárias.

Estas normas primárias serão naturalmente as constantes dos artigos 101.º e 103.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (os velhos artigos 85.º e 87.º do Tratado da CEE), e dos artigos 9.º e 11.º da Lei de Defesa da Concorrência (hoje Lei n.º 19/2012 de 19 de Maio).

Trata-se de normas de direito público económico, que se sobrepõem à autorregulação das partes, condicionando-a e subordinando-a ao interesse público, sendo este entendido como o interesse na preservação do *mercado concorrencial*, como condição “sine qua non” para o benefício dos consumidores e para o desenvolvimento económico, e mesmo para a formação de um *mercado único interno* quando esta opção política foi adoptada.

Mas estando em causa este tipo de normas de direito público, será admissível que os tribunais arbitrais possam interpretar e aplicar essas normas?

Pois não é a arbitragem voluntária uma emanção da autonomia da vontade das partes e da iniciativa dos particulares? E não é o direito da concorrência um direito que se pretende sobrepôr à autorregulação das partes condicionando-a e subordinando-a ao interesse público, no caso entendido como o interesse da própria concorrência, como condição *sine qua non* para que os mercados funcionem em benefício dos consumidores e do desenvolvimento?

A verdade é que as coisas não se passam exactamente assim.

4. As normas de direito da concorrência, embora sejam normas de direito público que se sobrepõem por isso mesmo à vontade das partes, não são sobretudo hoje em dia normas cuja aplicação *só possa ter lugar* através da acção das autoridades públicas, caso em que o direito de concorrência assumiria sempre a natureza de direito administrativo ou seja direito regulador das relações entre a Administração Pública enquanto Poder e os administrados enquanto sujeitos a esse Poder.

É certo que a violação das normas de direito da concorrência configuram contraordenações, que sujeitam os infractores a coimas por vezes pesadas, e cabe às autoridades públicas instaurar os correspondentes processos sancionatórios e aplicar as correspondentes coimas. Esses processos sancionatórios são processos administrativos e como tal regulados pelo direito administrativo. Mas simultaneamente, muitas dessas normas são directamente aplicáveis aos negócios jurídicos entre privados, já que esses negócios jurídicos serão válidos ou inválidos consoante cumprirem ou não os condicionamentos dessas normas, e os particulares vinculados por esses negócios podem naturalmente invocar essa invalidade nos conflitos que os opuserem às suas contrapartes nos mesmos negócios.

Do mesmo modo, poderão surgir em acções de indemnização por responsabilidade já não contratual, mas *extracontratual* questões de qualificação de certas *práticas* ou *acordos comerciais* como lícitos ou ilícitos face às normas de

concorrência aplicáveis. Não será no entanto tão frequente o recurso à arbitragem voluntária nestes casos, dada a falta de prévia convenção de arbitragem mas bem poderá suceder que as partes optem por celebrar compromisso arbitral para resolução do seu litígio.

Assim, a par da vertente contraordenacional e pública, as violações às normas de direito da concorrência terão sempre uma *vertente privatística* em que as sanções são de direito civil, mormente a invalidade dos negócios jurídicos de direitos privados infractores, quer por força de disposição expressa constante das normas de concorrência quer por aplicação da cláusula geral do artigo 280.º do Código Civil que comina de nulidade o negócio cujo objecto seja contrário à lei ou à ordem pública.

Ora, se esses negócios contiverem cláusulas de arbitragem podem surgir – e surgem – processos arbitrais em que as partes discutirão, e os tribunais decidirão a validade e a licitude dos negócios celebrados, em função das normas do direito da concorrência aplicáveis.

É certo que numa *primeira fase* – até 2003 –, quer as normas comunitárias, quer as normas internas, que visavam proteger a concorrência, só poderiam muitas vezes ser aplicadas após uma apreciação e decisão administrativa das autoridades públicas da concorrência, investidas no poder exclusivo de decidir se as circunstâncias legalmente previstas que poderiam conduzir à ilicitude ou afastar a ilicitude de certas práticas se poderiam ou não dar como verificados.

De acordo com a técnica utilizada na redacção *inicial* dos artigos 85.º e seguintes do Tratado CEE e nos Regulamentos que o desenvolviam, os acordos e decisões caracterizadas como susceptíveis de impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum podiam ser declarados inaplicáveis caso certos requisitos se verificassem, mas essa declaração caberia sempre a uma autoridade comunitária.

O mesmo sucedia com a declaração de que certas práticas por empresas detentoras de posições dominantes ou substanciais no mercado deveriam ser consideradas abusivas e por isso incompatíveis com o mercado comum, já que o próprio Tratado remetia para as autoridades comunitárias a missão de substituir as autoridades nacionais na definição das modalidades de aplicação destas proibições e suas excepções.

No entanto, a partir do Regulamento Europeu n.º 1/2003 de 16 de Dezembro de 2002, o direito comunitário de concorrência, sofreu uma inflexão no sentido da *descentralização da sua aplicação*, suprimindo o monopólio das

autoridades da concorrência, e fornecendo antes os critérios gerais com base nos quais qualquer órgão jurisdicional pode decidir sobre essa verificação.

Assim hoje em dia a técnica empregue na definição das regras de concorrência comunitárias ou nacionais é totalmente distinta da inicial, já que se formulam as proibições e as excepções em termos sempre genéricos sem remeter para uma autoridade pública determinada verificação do preenchimento das proibições ou as excepções.

Com esta inflexão, desapareceu assim o limite que se podia opor a que, independentemente das autoridades da concorrência, os tribunais, sejam eles estaduais ou arbitrais, decidam em primeira linha sobre a aplicação das normas de concorrência ao caso concreto.

5. Por outro lado no ordenamento jurídico português, em especial após a nova Lei de Arbitragem Voluntária, os tribunais arbitrais, embora assentem a sua jurisdição numa convenção de arbitragem que é sempre o produto da autonomia de vontade das partes, *não podem* ser considerados como um mecanismo indirecto de autocomposição dos interesses das partes.

Pelo contrário, os tribunais arbitrais são verdadeiros órgãos jurisdicionais, e como tal a Constituição Portuguesa os reconhece no seu artigo 209.º n.º 2 como uma espécie de tribunais, cujas decisões têm por isso mesmo a mesma imperatividade que as decisões dos tribunais estaduais, formando caso julgado quando transitados.

Sendo os tribunais arbitrais tratados na Constituição como verdadeiros tribunais, e não como mero subproduto da autonomia das partes e da iniciativa privada, compreende-se que na legislação portuguesa se preveja e regule expressamente a arbitragem voluntária, não só como meio de resolução de litígios comerciais entre privados, *mas também quando esteja em causa a Administração Pública*, mesmo que se trate de litígios que devam ser resolvidos mediante a aplicação de normas de direito administrativo.

De facto, a nova Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa consagra no seu artigo 1.º n.º 5 a regra geral de que *não é necessário* lei especial habilitante para que o Estado ou qualquer outra pessoa colectiva pública possa celebrar convenções de arbitragem quando estiver em causa actividade regida pelo direito privado.

E por outro lado, desde 2003 o Código de Processo dos Tribunais Administrativos prevê expressamente que os tribunais arbitrais possam ser chamados a resolver litígios relativos à validade e execução de contratos administrati-

vos, incluindo a apreciação de legalidade e validade dos actos administrativos proferidos ao seu abrigo, e ainda os litígios relativos ao próprio contencioso de legalidade de actos administrativos, embora apenas no caso de actos administrativos que possam ser revogados com fundamento em razões de mera conveniência.

Para além de a arbitragem como meio de resolução do contencioso administrativo estar legalmente admitida com esta latitude, são na prática muito frequentes as arbitragens voluntárias em litígios sobre contratos administrativos, já que em muitos deles figuram efectivamente convenções de arbitragem.

E compreender-se-á melhor a amplitude deste regime, quando se constatar que o uso da figura do contrato administrativo no sistema jurídicoadministrativo português não está confinado a certos tipos de contratos previamente definidos e tipificados na lei.

Pelo contrário, não só o conceito de “contrato administrativo” abrange qualquer contrato desde que dele resulte o estabelecimento de uma relação jurídica regulada pelo direito administrativo, como desde 1990 a regra geral em vigor nesta matéria (artigo 179.º do Código de Procedimento Administrativo e hoje artigo 278.º e 279.º do CCP) é que sempre que a Administração dispuser de competência legal para regular uma situação através da prática de um acto administrativo, se deve considerar que a mesma está *ipso facto* autorizada a regular a mesma situação através de celebração de um contrato administrativo, se assim considerar conveniente para a prossecução do interesse público.

Ora, sendo o contrato administrativo um negócio jurídico regulado ele próprio por normas de direito administrativo, e de que resulta uma relação jurídica que em pontos essenciais estará submetida a normas de direito administrativo, a verdade é que de há muito no ordenamento jurídico português, os tribunais arbitrais tem vindo a ser chamados a interpretar e aplicar normas de direito administrativo.

E também por isso a nova Lei de Arbitragem Voluntária, ao enunciar os tribunais estaduais competentes para apreciar os pedidos de anulação das decisões dos tribunais arbitrais portugueses e os pedidos de reconhecimento da sentença dos tribunais arbitrais estrangeiros, e toda uma série de matérias em que os tribunais estaduais podem ser chamados a intervir em processos arbitrais, distingue entre arbitragens comuns ou comerciais e arbitragens de direito administrativo, conferindo competência no primeiro caso aos Tribunais da Relação e no segundo caso aos Tribunais Centrais Administrativos,

consagrando assim na realidade uma divisão entre arbitragens comuns e arbitragens do contencioso administrativo que se enquadrariam respectivamente no sistema de tribunais comuns ou no sistema de tribunais administrativos.

6. No contexto jurídico que acabámos de enunciar, em que os tribunais arbitrais são muitas vezes investidos na função de interpretar e aplicar normas de direito administrativo, nenhum obstáculo conceptual se levanta a que a arbitragem voluntária possa ter por objecto a decisão sobre interpretação e aplicação de normas de direito da concorrência, apesar de estas serem direito público.

Na lei que em Portugal, antes da nova Lei de Arbitragem Voluntária, regia a arbitragem – a Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto –, surgia no entanto uma dúvida de partida, já que apenas se admitiam como *arbitráveis* as questões relativas a direitos disponíveis. Ora poderia pôr-se em dúvida se as partes ao confiarem a árbitros a decisão sobre se um contrato ou dum acordo parasocial violaria ou não as regras de concorrência, estariam ou não a submeter a arbitragem uma questão sobre direitos disponíveis, quando as normas de concorrência aplicáveis são obviamente de direito público e directamente imperativas.

Como se sabe, o conceito de disponibilidade tem vários sentidos e na doutrina prevalecia a tese de que as questões de concorrência entre entidades particulares eram, apesar de tudo, susceptíveis de transacção ou seja eram relativamente disponíveis e podiam assim ser objecto de arbitragem quando estivessem em causa litígios entre as partes relativos aos contratos celebrados.

Sendo a arbitragem, como já atrás observámos, um meio alternativo de jurisdição, e não se podendo reconduzir os processos arbitrais a formas indirectas de autocomposição de interesses pelas partes, compreende-se que não faria muito sentido associar a arbitrabilidade à disponibilidade dos direitos, pois uma decisão arbitral é uma sentença jurisdicional e não um acordo entre as partes mediado por árbitros.

Hoje, com a nova Lei de Arbitragem Voluntária, toda esta querela está ultrapassada, pois o critério primacial da arbitrabilidade deixou de ser a disponibilidade dos direitos para ser, na linha da lei alemã e da lei suíça, o da patrimonialidade dos interesses em jogo, admitindo-se mesmo a arbitrabilidade de interesses não patrimoniais desde que susceptíveis de transacção.

É o que dispõe claramente o artigo 1.º n.º 1 e 2 da nova Lei de Arbitragem Voluntária.

Ora os diferendos entre duas entidades privadas acerca da validade de um contrato face às normas de concorrência, ou acerca da licitude da conduta ou de prática comercial de uma delas face às mesmas normas, são manifestamente diferendos que incidem sobre interesses patrimoniais, pelo que nada impede a sua arbitralidade.

Está pois definitivamente ultrapassado o debate sobre se podem ou não tribunais arbitrais pronunciar-se sobre a interpretação e aplicação do direito de concorrência quando estejam em jogo tais tipos de diferendos ou conflitos.

7. Chegados a este ponto, interrogamo-nos sobre se o processo arbitral em que sejam decididas questões de direito de concorrência apresenta particularidades relativamente ao processo arbitral normal, em que não estejam em jogo normas de direito público. Examinemos face a nova Lei de Arbitragem Voluntária cada um dos pontos onde a doutrina se tem interrogado sobre tais particularidades.

Num ponto porém há acordo: ao adoptar quanto ao processo arbitral os princípios e uma quase total liberdade dos árbitros em fixarem os trâmites e os meios de prova admissíveis na linha da Lei Modelo, libertando o processo arbitral dos espartilhos do Código de Processo Civil, a nova Lei de Arbitragem Voluntária melhorou consideravelmente as condições que permitem aos tribunais arbitrais apurar os conceitos de raiz económica em que se apoia a aplicação do direito da concorrência.

8. No entanto, uma questão que se coloca é a de saber qual a liberdade que têm as partes e os árbitros no que respeita ao *direito aplicável* quando hajam que decidir sobre a validade de contratos ou a licitude de práticas que eventualmente afectam a concorrência.

De acordo com a nova Lei de Arbitragem Voluntária (artigo 39.º) os árbitros julgam segundo o *direito constituído*, a menos que as partes, por acordo, determinem que julguem segundo a *equidade*.

Ora se o contrato, cuja validade se discute, remeter o seu regime substancial para uma lei estrangeira, nomeadamente de um País fora da União Europeia, devem mesmo assim os árbitros aplicar o direito da concorrência português ou comunitário para apreciar a validade desse contrato?

E se os árbitros deverem julgar segundo a equidade, devem ainda assim aplicar o direito de concorrência português ou comunitário e aferir a validade do contrato à luz do mesmo?

Estas são questões que se colocam para a arbitragem em geral. Para a arbitragem internacional acresce uma nova questão, já que de acordo com o artigo 52.º da nova Lei de Arbitragem Voluntária “as partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, podendo o tribunal arbitral, na falta de designação pelas partes, aplicar o direito do Estado com o qual o objecto do litígio apresenta uma conexão mais estreita”.

Pois bem: numa arbitragem internacional realizada em Portugal devem os árbitros, apesar deste artigo 52.º, observar as normas da concorrência portuguesas e comunitárias, quando o direito aplicável não for o português nem de qualquer outro País da União Europeia?

Ao ponderarmos estas questões, importa não perder de vista que os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais e que a sua jurisdição assenta, não apenas na vontade das partes, mas na Constituição e na lei.

Ora, como órgãos jurisdicionais que são, devem observar e aplicar as normas de direito público português e comunitário, sempre que as mesmas sejam aplicáveis de acordo com os seus próprios termos, independentemente do que as partes hajam estabelecido quanto ao direito aplicável ou ao uso da equidade.

Não se trata, aliás, de qualquer particularidade das normas de direito da concorrência, pois o mesmo deverá ser observado se por exemplo normas de direito do ordenamento do território ou normas do mercado de capitais, ou quaisquer outras normas de direito público económico, deverem ser aplicadas ao se decidir sobre a validade de um certo contrato ou sobre a licitude de uma certa conduta.

Trata-se de normas imperativas de direito público que desde sempre (nomeadamente para as normas de defesa de concorrência do Decreto-Lei n.º 422/85) a doutrina portuguesa reconheceu como “normas de aplicação imediata”, dados os princípios de ordem pública envolvidos.

A nova Lei de Arbitragem Voluntária dá-nos aliás uma indicação clara nesse sentido, ao regular a transacção entre as partes e a sentença arbitral que a homologar.

De facto o artigo 41.º da nova Lei de Arbitragem Voluntária, ao regular o termo do processo por transacção das partes, apenas permite que o tribunal arbitral homologue a transacção, emprestando ao acordo a forma de sentença, se o conteúdo da transacção *não infringir algum princípio de ordem pública*.

Ora, não faria sentido que a lei impusesse ao acordo das partes e à sentença homologatória a observância de princípios de ordem pública, e delas

dispensasse o tribunal arbitral quando o mesmo profere a sua decisão arbitral resolvendo o diferendo.

“*Princípios de ordem pública*” é uma expressão que a nosso ver se identifica com as normas de direito público que a ordem jurídica impõe sejam observados pelos negócios jurídicos privados sob pena de invalidade ou de ilicitude, e que de acordo com os critérios das próprias normas, sejam aplicáveis ao caso.

Estando assim em jogo um contrato cuja validade se discute, importa primeiro determinar se alguma das normas de concorrência, portuguesas ou da União Europeia, lhe é *aplicável*.

Se se tratar de um contrato que pelo seu objecto respeita a um *mercado estrangeiro*, que nada tem que ver com o nosso País ou com o mercado da União Europeia, naturalmente não são aplicáveis as normas de direito de concorrência portuguesas ou comunitárias que poderiam sancionar com a invalidade um tal negócio jurídico.

Se, pelo contrário, o contrato ainda que celebrado no estrangeiro e entre empresas estrangeiras respeitar ao mercado português ou ao mercado comunitário, as respectivas normas de direito de concorrência são aplicáveis e devem ser observadas pelos árbitros, do mesmo modo que deveriam ser observados pelos juízes dos tribunais estaduais caso a questão da validade fosse submetida a um tribunal estadual português. E isto, independentemente de o direito substancial aplicável ao contrato ser um direito material diverso.

Nenhuma particularidade há neste aspecto no direito da concorrência relativamente a outras normas de direito público, designadas em França como “*lois de police*”.

Assim se, por exemplo, um contrato regido por um direito material estrangeiro e mesmo extracomunitário pretender operar o loteamento de terrenos sítos em Portugal em contravenção com o direito público português que rege o ordenamento do território, e que nos termos da lei regula a validade das operações jurídicas de divisão de certo território, é óbvio que qualquer tribunal chamado a decidir a validade desse contrato – seja em tribunal estadual ou arbitral – deve aplicar a norma de direito público do ordenamento do território português que pretende ser aplicada, e declarar a nulidade do contrato.

Sempre que a decisão de uma questão, principal ou prejudicial por um tribunal arbitral envolver a interpretação e aplicação de normas de direito de concorrência português ou comunitário, ou normas de direito público de qualquer outra natureza, os tribunais arbitrais devem conhecer e interpretar e aplicar tais normas, independentemente da escolha das partes.

9. O tribunal arbitral deve assim conhecer da validade do contrato entre as partes face ao direito da concorrência aplicável, qualquer que seja o direito escolhido pelas partes para reger o contrato ou o tribunal e ainda que lhe caiba julgar segundo a equidade.

Esse conhecimento dessa questão deve aliás ser *oficioso*, isto é, independentemente da submissão das partes ao tribunal, da questão da validade do contrato ou da licitude do comportamento, pois a aplicação do direito público não pode ficar condicionada à vontade daqueles que lhe estão sujeitos.

Mesmo portanto que as partes se limitem a discutir no processo se uma delas cumpriu ou não, um contrato que viola as regras da concorrência, o tribunal deve por sua iniciativa analisar se o contrato é válido face a essas regras e recusar-se a condenar a parte incumpridora se concluir pela incompatibilidade entre o contrato e as normas da concorrência.

De facto a sentença do tribunal arbitral não seria verdadeira jurisdição, ou seja, declaração do que é o direito, se uma das Partes fosse condenada a cumprir pontualmente um contrato que violasse o direito público aplicável, ou a pagar indemnizações em consequência desse incumprimento.

A convenção de arbitragem que confere jurisdição ao tribunal arbitral deve por isso ser sempre interpretada à luz do que é o núcleo essencial do conceito de jurisdição e nunca pode adular esse conceito.

Acresce que o processo arbitral, embora assente na convenção de arbitragem, não é tributário do princípio da iniciativa processual das partes ou do princípio dispositivo, ao contrário do que sucede em regra com o processo civil, pelo que nada obsta a que o tribunal arbitral conheça de questões suscitadas pelo direito público aplicável ao caso, ainda que as partes não hajam submetido expressamente essas questões ao tribunal arbitral.

E, se, por hipótese, uma convenção de arbitragem pretendesse vedar expressamente ao tribunal arbitral o conhecimento e a interpretação e aplicação das normas de direito público que nos seus próprios termos seriam aplicáveis ao objecto do litígio, uma tal estipulação seria inválida e, se fosse elemento essencial da convenção, a própria convenção seria nula e o tribunal arbitral não teria pura e simplesmente competência para conhecer desse litígio.

10. A circunstância de os tribunais arbitrais deverem conhecer e aplicar as normas de direito público aplicável ao objecto do litígio, e entre elas, as normas portuguesas e comunitárias de direito da concorrência, *não significa* que deva haver, e que haja, no nosso sistema jurídico, um mecanismo de *reexame*

do mérito das decisões arbitrais, pelo qual os tribunais estaduais disponham sempre da última palavra sobre a forma como tais normas foram interpretadas e aplicadas.

Sendo os tribunais arbitrais verdadeiros órgãos jurisdicionais, e transitando em julgado as suas decisões como as sentenças dos tribunais estaduais de que não caiba recurso, o estabelecimento de um regime geral e sistemático de recurso das decisões arbitrais para os tribunais estaduais *equivaleria a negar*, na prática, a autonomia dos próprios tribunais arbitrais e a desrespeitar a própria Convenção de Nova Iorque de 1958 na medida em que esta consagra o respeito pelas decisões dos tribunais arbitrais como verdadeira alternativa às decisões dos tribunais estaduais.

A nova Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa modificou, neste ponto, radicalmente a situação anterior, substituindo o regime regra da recorribilidade das decisões das arbitragens domésticas, que apenas não era aplicável às arbitragens segundo a equidade nem às arbitragens internacionais, por um regime regra de *irrecorribilidade* das decisões arbitrais para os tribunais estaduais. Apenas se exceptuam as arbitragens em que as partes se reservem expressamente o direito ao recurso ou aqueles que se baseiam em convenções de arbitragens celebrados ao abrigo da lei antiga e em que por isso as decisões eram sempre recorríveis.

Deixou assim de existir reexame sistemático, pelos tribunais estaduais, do mérito das decisões arbitrais, que por isso transitam em julgado em termos idênticos às sentenças de tribunais estaduais de que não caiba recurso.

Isto significa que o modo como o tribunal arbitral interpreta e aplica o direito aplicável na sua sentença, deixa de ser reexaminado pelos tribunais estaduais, do mesmo modo que em sentenças do tribunal estadual em que as partes hajam renunciado ao recurso, ou proferidas no último grau de jurisdição, esse reexame também desaparece.

Ora se essa é a regra quanto ao conteúdo das decisões arbitrais proferidas com base no direito privado aplicável ou na equidade, o mesmo sucederá quanto à parte dessas sentenças em que há lugar à interpretação e aplicação de normas de direito público e portanto à interpretação e aplicação de normas do direito da concorrência.

Não nos parece legítimo pretender manter neste domínio restrito um reexame sistemático de mérito pelos tribunais estaduais, pois nada autoriza a nosso ver uma verdadeira discriminação negativa dos tribunais arbitrais em relação aos tribunais estaduais. Por outro lado, qualquer destes órgãos juris-

dicionais limita-se à aplicação do direito, não existindo qualquer razão para os tribunais estaduais serem erigidos em garantes da observância do direito público, já que não cabe ao Poder Judicial mas sim ao Poder Executivo a missão de garantir a promoção da aplicação oportuna e adequada dos regimes de direito público criados.

11. À luz deste conjunto de princípios, a Associação Portuguesa de Arbitragem ao propor ao Governo o seu Anteprojecto, não só propôs que as decisões arbitrais fossem em regra irrecorríveis, o que foi aceite, *como decidiu não incluir*, entre os fundamentos do pedido de anulação da decisão arbitral, a alegada violação de ordem pública.

Como se sabe, o pedido de anulação ou “*set-aside*” é, de acordo com a Convenção de Nova Iorque, o único mecanismo de impugnação da decisão arbitral considerado compatível com a autonomia da arbitragem como meio alternativo de resolução de diferendos. Trata-se de um processo totalmente distinto do recurso, já que em vez de haver lugar a um reexame do mérito, se submete ao escrutínio de um tribunal estadual a decisão arbitral tendo por fundamento razões que respeitam não à decisão em si mas à validade da própria convenção de arbitragem em que assenta a jurisdição do tribunal e a observância dos requisitos mínimos de um “*fair procedure*”.

No entanto a Convenção de Nova Iorque permite que entre os fundamentos de anulação figure a alegada violação da ordem pública, e a verdade é que a Lei Modelo e a generalidade dos Países cujas leis de arbitragem seguem a Lei Modelo adoptam efectivamente este fundamento.

A Direcção da Associação Portuguesa de Arbitragem procurou evitar este fundamento do processo de anulação, tendo em conta os elevados riscos de, à conta do mesmo, a parte vencida pretender que os tribunais estaduais façam um verdadeiro e sistemático reexame do mérito da decisão arbitral. Acrescia que a própria Lei de 1986 não incluía entre os fundamentos do processo de anulação a violação de ordem pública e no entender da Associação Portuguesa de Arbitragem nenhuma razão (teórica ou prática) havia para sujeitar as decisões definitivas dos tribunais arbitrais a um reexame deste tipo a que os tribunais estaduais não estavam sujeitos.

Foi este o ponto mais polémico do projecto da Associação Portuguesa de Arbitragem mesmo no seio dos seus associados, invocando muitos deles o problema que surgiria nas arbitragens sobretudo sobre direito da concorrência, se a ordem pública não figurasse como fundamento de anulação.

O *Governo não acolheu neste ponto* a proposta da Associação Portuguesa de Arbitragem mas reconhecendo a necessidade de restringir o conceito de ordem pública utilizado como fundamento de anulação, consagrou apenas a violação de *ordem pública internacional*, e não de toda e qualquer ordem pública, com fundamento de anulação.

Por outro lado consagrou-se no artigo 46.º n.º 9 da nova Lei de Arbitragem Voluntária o princípio de que a invocação da violação da ordem pública internacional nunca pode conduzir ou servir de base a um reexame de mérito das decisões arbitrais.

De facto, o artigo 46.º n.º 9 da Lei de Arbitragem Voluntária determina que o tribunal estadual que anule a sentença arbitral não pode conhecer do mérito da questão ou questões por aqueles decididos, o que tem duas consequências:

- depois de anulada a decisão arbitral a tribunal estadual não deve conhecer do mérito das questões decididas;
- ao decidir sobre a anulação da decisão arbitral o tribunal arbitral não deve reexaminar o mérito das questões decididas.

Posto isto, em que termos pode a violação da ordem pública internacional servir para anular uma decisão arbitral definitiva, em que sejam interpretadas e aplicadas normas de direito português ou do direito comunitário da concorrência?

Sendo as normas de direito da concorrência normas de direito público económico, quer português quer comunitário, e conduzindo a sua violação à nulidade dos negócios jurídicos que as infringem, não temos qualquer dúvida em considerar que uma decisão arbitral que declare, ou pressuponha a validade de um negócio jurídico que contraria essas normas, incorre em violação de princípios da ordem pública internacional.

Aliás, sendo as normas do direito português totalmente coincidentes, quanto à proibição estabelecida, com as normas do Tratado, mesmo que esteja em causa apenas o mercado interno português, e portanto a violação do direito nacional português, deveremos reconhecer tal violação como de ordem pública internacional do Estado Português, pois esta é composta pelos princípios de direito interno que sejam partilhados pela comunidade internacional onde o Estado Português se insere, ou que decorram de compromissos jurídicos internacionais assumidos pelo Estado Português.

Tanto será assim violador da ordem pública internacional do Estado Português a decisão arbitral que declarar a validade de um contrato que viole os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia como a decisão que valida um contrato que viole os artigos correspondentes da Lei de Defesa da Concorrência Portuguesa.

Deve salientar-se que só ocorrerá a referida violação se o tribunal arbitral declarar ou pressupuser a validade de um negócio jurídico que devesse ser reconhecido como nulo, e não a situação inversa, pois a colisão com a ordem pública só ocorrerá em termos frontais se a decisão da arbitragem colidir com a *proibição* dos negócios anticoncorrenciais.

Importa, por outro lado, para que possa haver anulação que a sentença arbitral assente em *matéria de facto* dada como provada sobre o negócio em causa que seja bastante, para que o tribunal estadual “*ad quem*” possa concluir pela invalidade do mesmo, pois o tribunal estadual não pode reapreciar a prova produzida em processo arbitral, já que estaria nesse caso a fazer *reexame do mérito*.

Já não nos parece necessário para se poder invocar a violação de ordem pública que o negócio tenha sido já declarado nulo pela Autoridade da Concorrência, nacional ou comunitário, ou por tribunais estaduais, pois o fundamento da anulação é a colisão da decisão arbitral com normas imperativas que não foram observados e não necessariamente com decisões administrativas ou de tribunais estaduais que hajam interpretado e aplicado essas normas.

12. Ao reconhecermos, que, de acordo com a nova Lei de Arbitragem Voluntária, a violação das normas de concorrência pela decisão arbitral é fundamento para o pedido de anulação da mesma dirigido ao tribunal estadual, estamos de facto a reconhecer a este, o direito a um “*Second Look*” sobre a forma como o tribunal arbitral aplicou o direito de concorrência, nacional ou comunitário.

Esse direito a um “*Second Look*”, é aliás uma faculdade que o tribunal estadual pode exercer *ex officio*, já que, mesmo que não tenha sido invocada pela parte que pede a anulação o tribunal pode dela conhecer. É aliás este o regime geral da Lei Modelo da Uncitral.

No caso de essa faculdade ser efectivamente exercida, e se estiver em jogo a interpretação e aplicação do direito comunitário de concorrência deve naturalmente o tribunal estadual que julga a anulação *fazer reenvio prejudicial* para o Tribunal de Justiça da União Europeia ao abrigo do actual artigo 267.º do

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (antigo artigo 234.º do Tratado CEE), o que garantirá que a decisão de questão nos tribunais portugueses será coerente e harmoniosa com a jurisprudência que nesse domínio se forma em toda a União Europeia

Esta garantia de harmonia de orientações *não é no entanto absoluta*, pois se *não houver pedido de anulação*, o tribunal estadual não terá forma de conhecer da questão, e por outro lado ao tribunal arbitral não só *não deve* como *não pode* fazer reenvio prejudicial de questão de direito de concorrência para o Tribunal de Justiça da União Europeia.

De facto tem sido jurisprudência constante deste tribunal desde o caso Nordsee que os órgãos jurisdicionais que devem e podem usar o mecanismo comunitário do reenvio prejudicial são unicamente os tribunais estaduais.

Note-se a este propósito que o Supremo Tribunal de Justiça em 19/05/2011 rejeitou um pedido de anulação de uma decisão arbitral que fora formulada com fundamento em que o tribunal arbitral não fizera o reenvio prejudicial antes de decidir uma questão de interpretação de direito comunitário, e nesse caso o Supremo Tribunal de Justiça nem sequer decidiu se tal reenvio era ou não obrigatório, limitando-se a firmar o entendimento que no pedido de anulação não deveria haver o reexame da decisão arbitral pelo tribunal estadual, recusando-se por isso a entrar no mérito da decisão impugnada.

Julgamos que hoje, face à nova Lei de Arbitragem Voluntária, e à consagração expressa da ordem pública internacional como fundamento de anulação oficiosa, os tribunais portugueses não deixarão de fazer reenvio prejudicial sempre que tiverem de se pronunciar acerca de interpretação e aplicação do direito comunitário da concorrência.

13. Chegados a este ponto, devemos advertir que o tema que constitui objecto da nossa intervenção *está longe de ter sido esgotado*, pois há muitos outros aspectos relevantes que não referimos.

Devemos terminar lembrando que no seguimento da descentralização operada em 2003 quanto à aplicação das normas da concorrência, a própria Comissão tem vindo a encarar os mecanismos de arbitragem voluntária de uma forma cada vez mais positiva, enquanto meios alternativos para aplicação do próprio direito da comunitário da concorrência.

Pode dizer-se que desapareceu a desconfiança da Comissão em relação à arbitragem que no início da CEE se manifestara e que era patente na obrigação que muitas vezes a Comissão impunha às empresas, como contrapar-

tida, de uma declaração de conformidade de um acordo ou prática, de ser notificada de qualquer processo de arbitragem que viesse a ser iniciado neste domínio.

Uma das manifestações desta nova perspectiva surge nas imposições ou condições fixadas, como contrapartida para não haver oposição a determinadas operações de concentração.

Em muitos casos a concentração apenas é viabilizada desde que a empresa que resulta da concentração ou que tem posição dominante no mercado assuma determinadas obrigações, nomeadamente de garantir o acesso a certas infraestruturas, seja perante empresas determinadas, seja perante o público em geral.

Ora com crescente frequência a Comissão vem impondo o estabelecimento de convenções de arbitragem associadas a essas obrigações, de tal forma que, no caso de incumprimento pela empresa dominante, possam os terceiros exercer os seus direitos através do mecanismo arbitral de uma forma eficaz e célere.

Estamos pois longe do espírito que esteve na origem da interpretação restritiva e hostil à arbitragem adoptada quanto ao reenvio prejudicial e sobretudo daquele que parecia exigir um sistemático reexame do mérito pelos tribunais estaduais quanto a decisões dos tribunais arbitrais que conhecessem do direito comunitário da concorrência.

Formulamos votos para que uma nova confiança na arbitragem voluntária se desenvolva, e que a mesma passe a ser encarada naturalmente como um meio alternativo de resolução de litígios mesmo tratando-se de normas de direito público económico, como são as normas do direito da concorrência.

Muito obrigado pela vossa atenção.

Lisboa, 19 de Outubro de 2012