MÁRIO MARQUES MENDES

ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS EM SEDE DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Separata da Obra

"IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)"

ALMEDINA – COIMBRA 2011

ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS EM SEDE DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA[1]

MÁRIO MARQUES MENDES[2]

Antes de mais, quero agradecer ao Centro de Arbitragem Comercial, na pessoa do seu Presidente, Senhor Doutor Rui Machete – que preside a esta sessão e a quem também nessa qualidade saúdo –, e à Associação Comercial de Lisboa, o convite que me dirigiram. É uma honra e um prazer estar aqui hoje.

Cumprimento, também, muito cordialmente os restantes ilustres membros deste painel e todos os presentes.

1. Da Arbitrabilidade de Litígios em Sede de Direito da Concorrência

Confrontados com o tema, a primeira resposta que nos ocorre é: claro que os litígios de concorrência podem ser – e são, de há longo tempo – sujeitos a arbitragem. A minha intervenção começaria e acabaria aqui.

O tema é, no entanto, bem mais complexo. Tanto ou tão pouco que, agora, tenho de me limitar a enunciar alguns tópicos.

---

[1] Este texto reproduz, praticamente sem alterações, a intervenção do autor no IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), em Lisboa, em 15 de Julho de 2010, revelando, na sua organização e no desenvolvimento dos diversos pontos tratados, os constrangimentos decorrentes de uma apresentação oral.

[2] Advogado Especialista em Direito Europeu e da Concorrência; sócio da Marques Mendes & Associados; Presidente da Direcção do Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência.

Em qualquer caso, e terminado o tempo que me foi concedido, ficarei à disposição para debater qualquer questão que queiram, porventura, colocar.

1.1. *Da hostilidade... à complementaridade*

Internacionalmente, e desde há vários anos, tem sido admitida a arbitrabilidade de litígios que envolvam questões de direito da concorrência.

Contudo, nem sempre foi assim.

Da hostilidade...

Pelo menos na Europa – deixemos, para já, de parte a realidade norte-americana –, a **aplicação das regras de concorrência esteve, historicamente,** a cargo, em larguíssima medida, de **entidades públicas** – destinadas a preservar condições adequadas de funcionamento dos mercados e de desenvolvimento da actividade económica, através da vigilância exercida sobre os comportamentos dos vários intervenientes, **no interesse público**. Pelo contrário, a **arbitragem** sempre correspondeu ao domínio da autonomia privada, nos seus vários aspectos.

Compreende-se, assim, o desconforto, senão mesmo a hostilidade, com que, neste contexto, se olhava do **mundo da concorrência** para o mundo da **arbitragem.**[3]

Esta – pelas suas próprias características de confidencialidade, informalidade, neutralidade e definitividade – era vista, em particular pela Comissão Europeia, como uma base privilegiada para as empresas contornarem a aplicação das regras de concorrência sem serem detectadas.[4]

[3] Sobre a tensão entre arbitragem e direito da concorrência ver, entre muitos, James Atwood, *The Arbitration of International Antitrust Disputes: A Status Report and Suggestions*. in 1994 Fordham Corp. L. Inst. 000 (B. Hawk ed. 1995), pp. 367-401, Laurence Idot, *La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence*, Recueil Dalloz 2007, n.º 38, Assimakis Komninos, *Arbitration and EU Competition Law in a Multi-jurisdictional Setting*, 2009, Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, Kluwer (2005), pp. 1194-1198, Phillip Landolt, *Modernised EC Competition Law in International Arbitration*, Kluwer (2006), bem como a vasta bibliografia nessas obras indicada.

[4] *Cfr.*, em particular, Assimakis Komninos, *supra* nota 3, em cuja nota 12 revela um caso citado em Werner, "*Application of Competition Laws by Arbitrators: The Step Too Far*", 12(1) JInt'l Arb (1995), p. 23: "*Two EC companies had concluded an agreement infringing Art. 81 EC. The agreement was subject to Swiss law and arbitration took place in Switzerland: Only one copy of the agreement existed, and this was hidden in a Swiss bank. When the dispute started, the arbitrators were asked to examine the contract, but not to mention it in their decision.*"

O **mundo da arbitragem**, pelo seu lado, receava lidar com normas consideradas de ordem pública, até há pouco tidas como insusceptíveis de ser invocadas e aplicadas em arbitragens, e relativamente às quais as autoridades de concorrência, em particular a Comissão Europeia, tinham uma atitude demasiado intervencionista.[5]

[5] A Comissão chegou a impor, em certas isenções individuais, a obrigação de notificação de decisões arbitrais, assim como se opôs à execução de sentenças arbitrais relativamente às quais tinha objecções. Também em certas isenções por categoria a Comissão, no passado, reservou a possibilidade de vir a ser retirado o benefício conferido pela isenção no caso de decisões arbitrais contrárias ao então Artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE. *Cfr.*, a este propósito, Assimakis Komninos, *supra* nota 3, nota 16 e texto correspondente, e Assimakis Komninos, *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, 24 World Competition 211 (2001), pp. 214 a 216. Ver também, sobre esta matéria, James Atwood, *supra* nota 3, pp. 371-374, o qual, para além de descrever as preocupações da Comissão já relatadas acima, refere uma idêntica reacção negativa por parte do U.S. Department of Justice, o qual, intervindo como *amicus curiae* no processo *Mitsubishi* (ver nota 6 *infra*), afirmou:

> "The role that private antitrust actions play in vindicating important public interests in the preservation of competition renders them inappropriate for determination by arbitration. Such claims often involve firms that possess substantial market power, and the agreement to arbitrate itself may reflect an exercise of that market power by the stronger party. Arbitrators normally are drawn from the business community the antitrust laws are intended to regulate: in addition, they are likely to be less qualified than Article III judges to deal with complex issues that arise in antitrust cases and more inclined to substitute general notions of fairness between the parties for careful economic analysis and interpretation of statutory policy: Finally, although they may be useful in the resolution of many types of commercial disputes, arbitral procedures – including limitations on discovery, the absence of a written opinion in some cases, and the limited scope of judicial review – are not adequate to effectuate antitrust enforcement policies." Brief for the United States as Amicus Curiae in Support of Respondent, Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) (No. 83-1569), in James Atwood, *supra*, nota 3, p. 372, nota 15.

Para uma explicação sobre a posição inicialmente assumida pela Comissão Europeia sobre a arbitragem, *cfr.* John Temple Lang, *International Arbitration – Panel Discussion*, in 1994 Fordham Corp. L. Inst. 000 (B. Hawk ed. 1995), pp. 418-422.

À complementaridade...

A verdade é que **arbitragem** e **direito da concorrência** podem até completar-se em certos aspectos.

O **direito da concorrência** visa abolir barreiras, abrir mercados, eliminar fronteiras. Na Comunidade, agora União, Europeia, por exemplo, o direito da concorrência foi um dos mais importantes meios para a integração dos mercados dos vários Estados-membros e a consecução do mercado interno.

A **arbitragem**, por seu lado, particularmente no contexto internacional, sempre foi considerada um meio privilegiado para o desenvolvimento da actividade económica.

1.2. *A Evolução*

1.2.1. Esta tensão começou, entretanto, a esbater-se...

O primeiro passo neste caminho foi considerar-se que a circunstância de as **normas de concorrência** serem **de interesse e ordem pública** – daí decorrendo a indisponibilidade dos direitos criados nesse âmbito – não constituía necessariamente um obstáculo a que as mesmas fossem invocadas e aplicadas em litígios sujeitos a arbitragem.

1.2.2. E o primeiro grande marco jurídico nesta evolução foi o Acórdão proferido pelo U.S. Supreme Court no processo *Mitsubishi* (1985):[6]

Até então, a jurisprudência de referência nos EUA habitualmente invocada constava do acórdão no processo *American Safety*, proferido pelo U.S. Court of Appeals Second Circuit em 1968,[7] onde se afirmou nomeadamente:

> "19. ***A claim under the antitrust laws is not merely a private matter.*** *The Sherman Act is designed to promote the national interest in a competitive economy; thus, the plaintiff asserting his rights under the Act has been likened to a private attorney-general who protects the public's interest.(...) Antitrust violations can affect hundreds of thousands – perhaps millions – of people and inflict staggering economic damage. (...)* ***We do not believe that Congress intended such claims to be resolved elsewhere than in the courts.*** *We do not suggest that all antitrust litigations attain these swollen proportions; the courts, no less than the public, are thankful that they do not. But in fashioning a rule to govern the arbitrability of antitrust claims, we must consider the rule's potential effect.*
>
> *20. On the other hand, the claim here is that the agreement itself was an instrument of illegality; in addition, the issues in antitrust cases are prone to be complicated, and the evidence extensive and diverse, far better suited to judicial than to arbitration procedures.* ***Moreover, it is the business community generally that is regulated by the antitrust laws. Since commercial arbitrators are frequently men drawn for their business expertise, it hardly seems proper for them to determine these issues of great public interest.****(...).*
>
> *21. Adjudication by such arbitrators may, indeed, provide a business solution of the problem if that is the real desire; but it is surely not a way of assuring the customer that objective and sympathetic consideration of his claim which is envisaged by the Securities Act.".*[8] (ênfase acrescentada)

E concluiu o tribunal:

> *23. "(...) the* ***pervasive public interest*** *in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make (...)* ***antitrust claims*** *(...)* ***inappropriate for arbitration.****".*[9] (ênfase acrescentada)

No acórdão proferido no processo *Mitsubishi* o Supremo Tribunal dos EUA revogou, em parte, *American Safety*. Peça notável de jurisprudência, que dividiu, quase ao meio, os membros do Tribunal,[10] nela se sustentou, com clarividência, a arbitrabilidade do litígio em causa:

[6] Acórdão proferido pelo U.S. Supreme Court, em 2 de Julho de 1985, no processo Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985).

[7] American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co., 391 F.2d 821(1968). Posição idêntica foi consagrada em vários outros acórdãos subsequentes até ao acórdão no processo *Mitsubishi*.

[8] *Idem.*

[9] *Idem*, em 827-828.

[10] O acórdão teve como relator Justice Blackmun, com os votos a favor de Justices Burger, White, Rehnquist e O'Connor, e contra de Justice Stevens, que elaborou voto de

"There is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism. To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties. Where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American antitrust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim.(...) And so long as the prospective litigant effectively may vindicate its statutory cause of action in the arbitral forum, the statute will continue to serve both its remedial and deterrent function.".[11]

E rejeitou com veemência a alegada incapacidade e parcialidade de árbitros, invocada em *American Safety*, para apreciar e julgar problemas jurídicos complexos:

"Next, potential complexity should not suffice to ward off arbitration. We might well have some doubt that even the courts following American Safety subscribe fully to the view that antitrust matters are inherently insusceptible to resolution by arbitration, as these same courts have agreed that an undertaking to arbitrate antitrust claims entered into after the dispute arises is acceptable.(...) In any event, adaptability and access to expertise are hallmarks of arbitration. The anticipated subject matter of the dispute may be taken into account when the arbitrators are appointed, and arbitral rules typically provide for the participation of experts either employed by the parties or appointed by the tribunal. Moreover, it is often a judgment that streamlined proceedings and expeditious results will best serve their needs that causes parties to agree to arbitrate their disputes; it is typically a desire to keep the effort and expense required to resolve a dispute within manageable bounds

vencido a que aderiram Justices Brennan (na totalidade) e Marshall (em parte). Justice Powell não participou na votação.

[11] Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, *supra* nota 6, *473 U.S. 614, 638.*

that prompts them mutually to forgo access to judicial remedies. In sum, the ***factor of potential complexity alone does not persuade us that an arbitral tribunal could not properly handle an antitrust matter.***

For similar reasons, ***we also reject the proposition that an arbitration panel will pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes.*** *International arbitrators frequently are drawn from the legal as well as the business community; where the dispute has an important legal component, the parties and the arbitral body with whose assistance they have agreed to settle their dispute can be expected to select arbitrators accordingly. We decline to indulge the presumption that the parties and arbitral body conducting a proceeding will be unable or unwilling to retain competent, conscientious, and impartial arbitrators."*.[12] (ênfase acrescentada)

Sublinhou, no entanto, o Supremo Tribunal norte-americano – no que ficou conhecido como a "**second look doctrine**" – que os tribunais dos Estados Unidos teriam a oportunidade, em fase de execução da sentença, de assegurar que o interesse legítimo na aplicação das regras *antitrust* foi tido em conta:

"Having permitted the arbitration to go forward, ***the national courts of the United States will have the opportunity at the award--enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed.*** *The Convention reserves to each signatory country the right to refuse enforcement of an award where the "recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country." While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal,* ***it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them."***[13] (ênfase acrescentada)

Sublinhe-se esta passagem do acórdão, já que se é certo que o Supremo Tribunal estabeleceu a possibilidade de verificação pelos tribunais nacionais

[12] *Idem.*

[13] *Idem.*

dos EUA da salvaguarda da aplicação das regras de concorrência pelos árbitros, numa decisão arbitral, na fase de execução da mesma – a tal "**second look doctrine**" –, também advertiu para a necessidade de esta intervenção se limitar, quanto ao mérito, ao mínimo indispensável, de forma a dar plena eficácia ao processo arbitral. Isto é, tal análise parece dever reduzir-se a avaliar se as questões de concorrência foram efectivamente tidas em conta e tratadas, e não a verificar se as regras *antitrust* norte-americanas relevantes foram bem aplicadas no caso concreto.

E concluiu o Supremo Tribunal:

> "*As international trade has expanded in recent decades, so too has the use of international arbitration to resolve disputes arising in the course of that trade. The controversies that international arbitral institutions are called upon to resolve have increased in diversity as well as in complexity. Yet the potential of these tribunals for efficient disposition of legal disagreements arising from commercial relations has not yet been tested. If they are to take a central place in the international legal order, national courts will need to "shake off the old judicial hostility to arbitration", and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal. To this extent, at least, it will be necessary for national courts to subordinate domestic notions of arbitrability to the international policy favoring commercial arbitration.*".[14]

Desde *Mitsubishi*, a questão da arbitrabilidade de litígios em que está em causa a aplicação do direito da concorrência ficou resolvida. Não assim no que respeita ao âmbito de que se deve revestir a revisão de uma decisão arbitral em que se suscitem tais matérias pelos tribunais estaduais, como se verá adiante.

1.2.3. No contexto europeu, e da UE em particular, o ponto decisivo de viragem aconteceu com o acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de Junho de 1999, no processo **Eco Swiss**.[15]

[14] *Idem.*

[15] Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. / Benetton International NV*, C-126/97, Colectânea, pág. I-03055.

A principal conclusão do Tribunal neste acórdão, para a matéria em questão, foi o ter considerado o direito da concorrência da União, em particular o artigo 85.º do Tratado CEE (ao tempo do acórdão já artigo 81.º TCE e actual 101.º TFUE) que estava em análise, pela sua natureza fundamental na concretização do mercado interno, como fazendo parte das normas de ordem pública de todos os Estados-Membros.[16-17]

Nestes termos, e depois de reconhecer, lembrando o acórdão proferido no processo *Nordsee*,[18] que

> "(...) *um tribunal arbitral voluntário não constitui um «órgão jurisdicional de um Estado-Membro», na acepção do artigo 177. do Tratado* [actual artigo 267.º TFUE] (...)",[19]

e que, consequentemente,

> "(...) *os árbitros, diferentemente de um órgão jurisdicional nacional, não estão em condições de pedir ao Tribunal de Justiça que decida a título prejudicial sobre questões atinentes à interpretação do direito comunitário.*",[20]

sendo que

> "(...) *existe para a ordem jurídica comunitária um interesse manifesto em que, para evitar futuras divergências de interpretação,*

[16] *Idem*, onde se afirma, no parágrafo 36, que "*o artigo 85. do Tratado constitui, em conformidade com o disposto no artigo 3., alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3., n. 1, alínea g), CE], uma disposição fundamental indispensável para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o funcionamento do mercado interno. A importância de tal disposição levou os autores do Tratado a estipular expressamente, no n. 2 do artigo 85. do Tratado, a nulidade dos acordos e decisões proibidos por este artigo.*". E, no parágrafo 39, o Tribunal concluiu: "*Com efeito, pelas razões mencionadas no n.º 36 do presente acórdão, o artigo 85.º do Tratado pode ser considerado uma disposição de ordem pública na acepção da referida convenção.*".

[17] O Tribunal de Justiça veio a confirmar mais tarde, num processo que não respeitava a arbitragem, que os artigos 81.º e 82.º TCE (actualmente artigos 101.º e 102.º TFUE) são normas de ordem pública. *Cfr.* Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006, *Manfredi e o.*, C-295/2004 a C-298/2004, Colectânea, pág. I-06619, parágrafo 31.

[18] Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Março de 1982, *Nordsee*, Proc. 102/81, Colectânea, pág. 01095.

[19] Acórdão *Eco Swiss*, *supra* nota 15, parágrafo 34.

[20] *Idem*, parágrafo 40.

qualquer disposição de direito comunitário seja objecto de uma interpretação uniforme, independentemente das condições em que deva aplicar-se (acórdão de 25 de Junho de 1992, Federconsorzi, C-88/91, Colect., p. I-4035, n. 7)",[21]

o Tribunal estabeleceu que

"(...) ***o direito comunitário exige que as questões atinentes à interpretação da proibição imposta pelo artigo 85., n. 1, do Tratado possam ser examinadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais chamados a pronunciar-se sobre a validade de uma decisão arbitral e possam constituir objecto, tal sendo o caso, de um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.***".[22] (ênfase acrescentada)

E concluiu, relativamente à questão que lhe havia sido colocada:

"(...) ***um órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de um pedido de anulação de uma decisão arbitral deve deferir tal pedido quando entenda que essa decisão é efectivamente contrária ao artigo 85. do Tratado, desde que deva, segundo as suas normas processuais internas, deferir um pedido de anulação baseado na violação de normas nacionais de ordem pública.***".[23]

Mas se o Tribunal de Justiça, pelas razões acima apontadas, achou imprescindível sujeitar uma decisão arbitral a uma avaliação judicial – aparentemente como condição necessária para ser possível o recurso ao mecanismo do reenvio prejudicial – não deixou de expressar a sua posição quanto aos possíveis limites dessa intervenção dos tribunais nacionais. A este propósito, convém, assim, recordar as palavras do Tribunal:

"(...) *deve observar-se que as* ***exigências ligadas à eficácia do processo arbitral justificam que o controlo das decisões arbitrais revista um carácter limitado e que a anulação de uma decisão só possa ser obtida, ou o seu reconhecimento recusado, em casos excepcionais.***".[24] (ênfase acrescentada)

[21] *Idem.*
[22] *Idem.*
[23] *Idem*, parágrafo 41.
[24] *Idem*, parágrafo 35.

Entretanto, a própria Comissão Europeia foi alterando, ao longo do tempo, a sua tradicional posição desfavorável relativamente à arbitragem, chegando mesmo, em certos casos, a incentivar a sua utilização.[25]

2. Direito da Concorrência e Arbitragem

2.1. Não se pode falar de direitos da concorrência nacionais dos Estados-membros da União Europeia sem falar do direito da concorrência da União, das íntimas relações entre eles, em termos quer substantivos, quer processuais. Voltaremos daqui a pouco a este ponto.

Importa agora, sobretudo, extrair as consequências possíveis da evolução verificada, e acima enunciada, em particular no quadro da jurisprudência *Eco Swiss*, no que à nossa Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)[26] diz respeito e, sobretudo, talvez mais importante até, no que se refere à proposta da Associação Portuguesa de Arbitragem (APA) para um novo regime da arbitragem voluntária.

2.2. *A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV)*

Comecemos pelo critério de arbitrabilidade estabelecido no artigo 1.º, n.º 1, da LAV, que estabelece que "(...) *qualquer litígio que* ***não respeite a direitos indisponíveis*** *pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.*" (ênfase acrescentada)

Este **critério** – o da **disponibilidade do direito** – que pode levar a que **normas de interesse e ordem pública**, como as de concorrência, possam ser consideradas como **insusceptíveis de ser aplicadas relativamente a litígios submetidos a arbitragem**, já foi muito criticado na doutrina e é claramente abandonado, e creio que bem, no **projecto da APA**, que o substitui pelo **critério da patrimonialidade da pretensão** (art. 1.º, n.º 1). E ainda que o litígio não respeite a "*interesses de natureza*

[25] *Cfr.*, a este propósito, James Atwood, *supra* nota 3, p. 374, Assimakis Komninos, *supra* nota 4, pp. 216-218, e Michel Waelbroek, *International Arbitration – Panel Discussion*, in 1994 Fordham Corp. L. Inst. 000 (B. Hawk ed. 1995), pp. 423-424.
[26] Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (alterada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 28 de Março).

patrimonial", a convenção de arbitragem será válida "desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido" (art. 1.º, n.º 2).

Apesar de a ligação do litígio com a **ordem pública não** constituir um **critério de arbitrabilidade**, está a questão intimamente ligada à do **critério da indisponibilidade do direito**, cujo abandono é agora proposto, referindo a doutrina que devem antes ser vistas – "**indisponibilidade do direito**" e "**pertença à ordem pública**" – como limites ao poder de decisão dos árbitros.

Acontece que o artigo 27.º da LAV não contempla a **violação de princípios e normas de ordem pública** como fundamento de anulação da sentença arbitral. Apesar da aparentemente taxativa enumeração constante deste artigo, a doutrina tem vindo a sustentar a inclusão de outros fundamentos, nomeadamente o da **violação de ordem pública**. Quer identificando este conceito com o da "**ordem pública interna**",[27] quer com o da "**ordem pública internacional**", estabelecendo-se, neste último caso, o paralelo com o disposto na al. f) do art. 1096.º do CPC, que inclui nos requisitos necessários para a confirmação de sentença estrangeira a não violação dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.[28-29-30]

[27] "*Funcionando a ordem pública interna como limite à aplicação do Direito pelo tribunal judicial, tal limite não pode ser derrogado através do recurso ao processo arbitral. Assim, sempre que se verifique a violação de uma regra de ordem pública, concluir-se-à, necessariamente, pela nulidade directa ou derivada da sentença arbitral*", Paula Costa e Silva, *Anulação e Recursos da Decisão Arbitral*, in ROA, Ano 52, Volume III, Dezembro de 1992, pág. 944 e nota 126.

[28] *Cfr.* **Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de Junho de 1958 (Início de vigência na ordem internacional:** 07/06/1959 / **Diplomas de aprovação:** Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 37/94; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/94 / **Publicação:** Diário da República I-A, n.º 156, de 08/07/1994 / **Data de depósito de instrumento de ratificação:** 18/10/1994 / **Início de vigência relativamente a Portugal:** 16/01/1995).

[29] "*Se é sempre controlada a conformidade das sentenças arbitrais 'estrangeiras', bem como das sentenças arbitrais 'nacionais' proferidas em arbitragem transnacional, com a ordem pública internacional portuguesa, não faria sentido que não fosse sempre controlada a conformidade das decisões arbitrais proferidas em arbitragem interna com as mesmas normas e princípios fundamentais*", Luís de Lima Pinheiro, Apontamentos sobre a impugnação da decisão arbitral, in ROA, Ano 67, Volume III, Dezembro de 2007, pág. 1034.

[30] Ver, também, Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, *A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais, anotação ao Acórdão do STJ de 10 de Julho de 2008*, Cadernos de Direito Privado, n.º 29, Jan/Março 2010: "*É, portanto, essencial determinar o grau de controlo estadual da arbitragem. O conceito de ordem pública desempenha justamente esta função, porque tem sido utilizado para delimitar o último reduto de intervenção do Estado. O mesmo Estado que estipula normas que as partes não podem afastar, tolera a sua inaplicabilidade através de uma jurisdição por ele não escolhida e controlada apenas num limite mínimo.*" (...) "*Também na ordem jurídica interna, na arbitragem doméstica, tem de se reconhecer como fundamento de anulação a violação de ordem pública interna, na medida em que é impossível admitir a inexistência total de controlo estadual da aplicação do seu direito.*" (...) "*Falamos de ordem pública nacional e não internacional, seguindo a posição do acórdão em anotação e de Paula Costa e Silva. Parece-nos importante que um investimento grande em arbitragem, que um seu alargamento a litígios indisponíveis tenha como contraponto a possibilidade de um controlo estadual proporcional.*" *Idem*, páginas 51-52 (ênfase acrescentada).

Pelo menos um Acórdão recente do STJ, de 10 de Julho de 2008, estipula que "(...) *a violação da ordem pública, não constando do elenco taxativo das causas de anulação das sentenças arbitrais, previstas no art. 27.º da citada lei n.º 31/86, tem de ser admitida como causa de anulação daquele tipo de decisões por aplicação dos princípios gerais de direito (...).*".[31]

O STJ, porém, não faz a análise da questão controvertida porque tal "(...) *implica a apreciação do mérito da decisão arbitral, o que é vedado nos presentes autos que apenas podem conhecer da verificação de causa de anulação do acórdão arbitral(...).*".[32]

Este acórdão, sendo de louvar, suscitou críticas, matéria a que voltaremos mais tarde.[33]

[31] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2008, Proc. 08A1698, Relator: Conselheiro João Camilo.

[32] *Idem.*

[33] "*É certo que a acção de anulação de sentença arbitral se limita a apreciar fundamentos formais de validade da sentença arbitral. Porém, não se vislumbra como é possível decidir se há ou não violação da ordem pública sem analisar o mérito da decisão. Só perante a decisão e os seus fundamentos se poderá determinar se houve ou não aplicação de normas fundamentais do nosso sistema jurídico. A análise deste fundamento implica, assim, a análise do mérito da decisão arbitral, mas, apenas e tão-só, para aferir se foram postergadas as mais importantes regras do nosso ordenamento jurídico.*". Assunção Cristas e Mariana França Gouveia, *supra* nota 30, página 56.

2.3. *A Proposta da APA*

Em qualquer caso, tal acórdão parece retirar força à razão apresentada para a opção – já de si criticável, como veremos – de não inclusão da violação de princípios e normas de ordem pública interna como fundamento de anulação da sentença arbitral, tal como consta do artigo 46.º da proposta apresentada pela APA.

Com efeito, a nota 156 relativa à alínea b) do n.º 3 do referido artigo, diz o seguinte:

> *"Manteve-se no projecto a opção, já tomada no projecto de 2009, de não incluir a violação dos princípios da ordem pública como fundamento de anulação da decisão arbitral.*
>
> *Entendeu a maioria dos membros da Direcção da APA, com o voto discordante do Dr. António Sampaio Caramelo, dever seguir, neste aspecto, a opção que foi tomada pela actual LAV, que não permite pedir a anulação da decisão arbitral com este fundamento.*
>
> *Que este é o regime da actual LAV, retira-se do seu próprio texto e da contraposição com o texto do projecto de LAV de 1984 que a antecedeu, embora alguns autores sustentem que, apesar de a actual LAV não prever um tal fundamento para a anulação da decisão arbitral, o mesmo deveria ser reconhecido.*
>
> ***Permitir semelhante fundamento de anulação criaria de facto o risco de se abrir a porta a um reexame do mérito pelos tribunais estaduais, aos quais competirá decidir sobre a impugnação da sentença arbitral, a pretexto da averiguação da conformidade com os princípios da ordem pública, o que poria em causa a eficácia e o sentido da própria arbitragem.***
>
> *Acresce que, não prevendo a lei processual civil qualquer recurso extraordinário que possa ser interposto das sentenças dos tribunais estaduais que transitem em julgado (nomeadamente por as partes terem renunciado ao recurso) com fundamento na alegada violação de princípios da ordem pública, não se compreende porque razão há-de prever-se semelhante fundamento de anulação contra decisões arbitrais de que não caiba recurso. Semelhante diferença de tratamento não só envolveria uma discriminação injustificável contra os árbitros, como seria incompatível com a consagração dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais pelo art. 209 n.º 2 da Constituição."* (ênfase acrescentada)

Independentemente de a não inclusão da **violação de normas de ordem pública** nos fundamentos de anulação da sentença arbitral merecer críticas idênticas às que foram acima enunciadas relativamente à mesma opção constante da actual LAV, **acresce**, agora, a **inconsistência** de, no caso **da proposta da APA**, se prever que sentenças proferidas em arbitragens internacionais (art. 54.º) podem ser anuladas "(...) *se o conteúdo das mesmas ofender os princípios da ordem pública internacional do Estado português* (...)". **E solução semelhante** se estabelece quanto ao reconhecimento ou a execução de sentença arbitral proferida no estrangeiro, se tal reconhecimento ou execução conduzir "(...) *a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública internacional do Estado português.*" [art. 56.º, 1., b), ii)].[34]

Assim, na iminência de termos uma nova Lei da Arbitragem que não reconhece como fundamento de anulação de sentença arbitral a violação de princípios e normas de ordem pública, como são, inegavelmente, os de concorrência, importa regressar ao Acórdão ***Eco Swiss***.

3. Regressando a Eco Swiss...

3.1. A sua relevância só pode ser verdadeiramente entendida se se compreender a relação entre o ordenamento jurídico da União Europeia e os ordenamentos jurídicos nacionais, em particular no domínio da concorrência.

---

[34] Como é salientado pelo Dr. António Sampaio Caramelo: "*A solução que prevaleceu na versão final do Projecto é tanto mais merecedora de crítica, quanto é certo que, em virtude da substituição do critério de disponibilidade do direito pelo da patrimonialidade do interesse, o âmbito dos litígios que podem ser dirimidos por arbitragem resultou muito significativamente ampliado. Ora, muitos são os autores (...) que põem em realce a correlação que deve existir entre o alargamento do campo da arbitrabilidade dos litígios e o reforço da necessidade de um controlo estadual sobre o conteúdo da sentença final proferida pelos árbitros, particularmente no que toca à sua conformidade com os princípios fundamentais que os Estados não podem tolerar que sejam derrogados pelas partes e, consequentemente, também não podem permitir que sejam preteridos pelos árbitros.* ***Essa correlação é particularmente nítida no que concerne à possibilidade de conhecimento por árbitros de questões que suscitem a aplicação de legislações sobre defesa da concorrência.***" (ênfase acrescentada). António Sampaio Caramelo, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, Ano 2009, p. 7, 49.

As **normas de concorrência aplicáveis às empresas** – de início, artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE, depois artigos 81.° e 82.° do Tratado CE e, agora, artigos 101.° e 102.° do **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)** – são disposições fundamentais para a organização económica da União e a realização do mercado interno. Sempre foram um dos pilares da Comunidade, agora União, Europeia.

Aplicáveis directamente nos Estados-Membros, elas constituem, sem dúvida, **normas de interesse e ordem pública, quer interna, quer internacional dos Estados-Membros**. Como, de resto, também devem ser consideradas **de interesse e ordem pública** as normas **nacionais de concorrência**, pela sua essencialidade para a conformação e consecução de uma economia de mercado.

Na União Europeia, a aplicação do direito da concorrência tem sido promovida, quase exclusivamente, pelos poderes públicos: ao nível da União, pela Comissão Europeia ("Comissão"); nos Estados-Membros, pelas autoridades nacionais de concorrência.

Contudo, no que respeita às regras de concorrência da União, nomeadamente aos actuais artigos 101.° TFUE (proibição de acordos e práticas anticoncorrenciais) (ex artigo 85.° Tratado CEE e artigo 81.° TCE) e 102.° TFUE (proibição de abuso de posição dominante) (ex artigo 86.° Tratado CEE e artigo 82.° TCE), **a Comissão tem vindo a procurar incentivar a sua aplicação – no quadro permitido por essas disposições – não só pelas autoridades nacionais, como também pelos tribunais nacionais, em acções propostas por particulares.**

3.2. *Princípios fundamentais da ordem jurídica da União Europeia*

Esta possibilidade de fazer valer em justiça direitos decorrentes das regras da União, em particular das de concorrência – que ficou conhecida na terminologia de concorrência pela correspondente expressão inglesa "*private enforcement*",[35] assenta, no que respeita aos, agora, artigos 101.° e 102.° TFUE, em três princípios fundamentais da ordem jurídica da

[35] Isto é, a promoção, por iniciativa dos particulares, da aplicação das regras de concorrência pelos tribunais nacionais.

União: o princípio da autonomia, o princípio do efeito directo e o princípio do primado.

(i) O **princípio da autonomia da ordem jurídica da União** repousa na transferência de competências para as instituições da União – em simultâneo com a limitação de competências nos Estados-Membros –, traduzida na criação de um corpo de normas próprio, distinto do direito dos Estados-Membros e que se impõe a este, e de um sistema de controlo judicial, também ele próprio.[36] Corolários dessa autonomia são o efeito directo e o primado.

(ii) O **princípio do efeito directo** – segundo o qual certas disposições de direito da União estão aptas, pela sua natureza, a regular as relações entre particulares (efeito directo horizontal) ou entre o Estado e particulares (efeito directo vertical), criando direitos na esfera destes últimos que os tribunais nacionais devem salvaguardar – foi, desde cedo, aplicado pela jurisprudência dos Tribunais da União relativamente aos artigos 85.°, n.os 1 e 2, e 86.° do Tratado CEE (depois, artigos 81.° e 82.° TCE e, hoje, artigos 101.°, n.os 1 e 2, e 102.° TFUE).[37]

(iii) A segunda vertente de afirmação do direito da União sobre o direito nacional – e que completa o do efeito directo – é o do **primado**: qualquer tribunal nacional deve aplicar o direito da União integralmente e proteger direitos que este confere aos particulares, devendo, em conformidade, afastar disposições contrárias de direito nacional, quer anteriores, quer posteriores à norma da União em questão.[38]

[36] *Cfr.*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1964, *Costa / ENEL*, Proc. 6/64, Colectânea, Edição Especial Portuguesa, pág. 00549.

[37] *Cfr.*, por exemplo, os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1963, *Van Gend & Loos*, Proc. 26/62, Colectânea, Edição Especial Portuguesa, pág. 00205, de 6 de Fevereiro de 1973, *Brasserie de Haecht / Wilkin-Janssen (Haecht II)*, Proc. 48/72, Colectânea, Edição Especial Portuguesa, pág. 00019, de 27 de Março de 1974, *BRT / SABAM*, Proc. 127/73 Colectânea, Edição Especial Portuguesa, pág. 00165, e de 28 de Fevereiro de 1991, *Delimitis (Stergios) / Henninger Brau AG*, C-234/89, Colectânea, pág. I-00935.

[38] *Cfr.*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1979, *Simmenthal SpA / Comissão (Simmenthal II)*, Proc. 92/78, Colectânea, Edição Especial Portuguesa, pág. 00407.

Em Portugal, quer as autoridades nacionais de concorrência, quer os tribunais nacionais, têm reconhecido estes princípios no que respeita às regras de concorrência da União, nos termos acima enunciados.

3.3. *Sistema de autorização prévia v. sistema de excepção directamente aplicável*

3.3.1. Como referido, foi reconhecido, pela jurisprudência da União, **efeito directo** aos dois primeiros números do então artigo 85.° do Tratado CEE (hoje, artigo 101.° TFUE) – respectivamente, a proibição de acordos anticoncorrenciais e a cominação da correspondente nulidade. Porém, de início,[39] foi atribuída à Comissão competência exclusiva para declarar inaplicável o disposto no n.° 1, nos termos do n.° 3 do mesmo artigo.[40] O **sistema de autorização prévia** assim consagrado implicava uma necessária articulação entre a Comissão, as autoridades nacionais e os tribunais nacionais na aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE (depois, artigos 81.° e 82.° TCE e, actualmente, artigos 101.° e 102.° TFUE).[41]

3.3.2. Todavia, este **sistema de autorização prévia**, para além de sobrecarregar os serviços da Comissão – inviabilizando uma adequada gestão e execução da política de concorrência – não permitiu que a pretendida descentralização na aplicação do direito da concorrência da União tivesse lugar. A alteração deste estado de coisas constituiu um dos objectivos fundamentais da adopção do chamado ***"Pacote de Modernização das regras comunitárias de concorrência"***.[42]

[39] Relativamente ao período anterior à entrada em vigor do Regulamento (CE) n.° 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.° e 82.° do Tratado (JO L 1, de 4.1.2003, págs. 1-25), isto é, 1 de Maio de 2004, ver, em conjugação com as disposições substantivas relevantes, o Regulamento n.° 17 do Conselho, JO 13/204, 1962 ("Regulamento n.° 17").

[40] *Cfr.* Regulamento n.° 17, *supra* nota 39, artigo 9.°.

[41] *Cfr.* a Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE (JO C 313/3, de 15.10.1997, págs. 3-11) e a Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE (JO C 39, de 13.02.1993, pág. 6), n.os 15. e 16.

[42] *Cfr.* o Regulamento (CE) n.° 1/2003 do Conselho, *supra* nota 39, o Regulamento (CE) n.° 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos

3.3.3. A característica essencial deste novo regime consiste na abolição do sistema de autorização prévia, substituído por um **sistema de excepção directamente aplicável** (ou de "excepção legal"), em que as **autoridades nacionais de concorrência** e os **tribunais nacionais** têm competência para aplicar não só o artigo 101.°, n.° 1 (ex artigo 85.°, n.° 1 Tratado CEE e artigo 81.°, n.° 1 TCE) e o artigo 102.° (ex artigo 86.° Tratado CEE e artigo 82.° TCE), mas também o artigo 101.°, n.° 3 (ex artigo 85.°, n.° 3 Tratado CEE e artigo 81.°, n.° 3 TCE), podendo, ainda, estes últimos, como sempre aconteceu, aplicar o n.° 2 do artigo 101.° (ex artigo 85.°, n.° 2 Tratado CEE e artigo 81.°, n.° 2 TCE).[43]

3.4. *Direitos decorrentes de normas da União directamente aplicáveis invocados perante tribunais nacionais*

3.4.1. Para além do reconhecimento do efeito directo às normas de concorrência da União, nos termos indicados, importa saber que consequências estão associadas à invocação dos direitos, assim conferidos, perante os tribunais nacionais.

3.4.2. Desde cedo o Tribunal de Justiça estabeleceu que os **tribunais nacionais** estão, por força do **princípio da cooperação,**[44] vinculados a assegurar os direitos atribuídos a nível da União, devendo tais direitos ser exercidos de acordo com as regras nacionais.

pela Comissão para efeitos dos artigos 81.° e 82.° do Tratado CE (JO L 123, de 27.4.2004, págs. 18-24), a Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência, JO C 101, 27.04.2004, págs. 43-53 (que substituiu a Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE, JO C 313/3, de 15.10.1997, págs. 3-11) e a Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.° e 82.° do Tratado CE, JO C 101, de 27.04.2004, págs. 54-64 (que substituiu a Comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE, JO C 39, de 13.02.1993, pág. 6), n.os 15. e 16.

[43] *Cfr.* o Regulamento (CE) n.° 1/2003 do Conselho, *supra* nota 39.

[44] *Cfr.* Artigo 4.°, n.° 3 TUE.

3.4.3. Entretanto, dois princípios foram sendo construídos no que veio a ser conhecido como jurisprudência "*remedies*":

a. o **princípio da equivalência**, segundo o qual devem os particulares, para salvaguarda dos direitos decorrentes da aplicação do direito da União, beneficiar dos mesmos meios disponíveis para garantir o exercício dos direitos reconhecidos a nível nacional;[45] e

b. o **princípio da efectividade**, nos termos do qual aqueles meios não podem tornar impossível, na prática, ou exageradamente difícil o exercício dos direitos que os tribunais nacionais estão obrigados a proteger. Isto é: os meios nacionais disponíveis devem ser efectivos e adequados.[46]

3. 5. *Consagração do direito ao ressarcimento de prejuízos por violação de normas da União: aspectos gerais*

3.5.1. A aplicação destes princípios a actos do Estado foi feita pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Francovich*,[47] onde veio reconhecer-se o direito aos particulares de recuperar, do Estado, o prejuízo sofrido por força da não transposição de uma Directiva.

3.5.2. A relevância deste Acórdão para o desenvolvimento da promoção da aplicação do direito de concorrência da União por particulares através de acções intentadas nos tribunais nacionais ("*private enforcement*") pode verificar-se em dois planos:

[45] *Cfr.*, por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1976, *Rewe / Landwirtschaftskammer Saarland*, Proc. 33/76, Colectânea, Edição Especial Portuguesa, pág. 00813.

[46] *Cfr.* o Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 1990, *The Queen. / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. e Outros (Factortame I)*, C-213/89, Colectânea, pág. I-02433. Quanto a desenvolvimentos na aplicação do princípio da efectividade, ver, entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, *Van Schijndel & Van Veen / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93 e C-431/93, Colectânea, pág. I-04705, e de 1 de Junho de 1999, *Eco Swiss China Time Ltd. / Benetton International NV*, *supra* nota 15.

[47] Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Novembro de 1991, *Francovich & Bonifaci / Itália*, C-6/90 e C-9/90, Colectânea, pág. I-05357.

a. Por um lado, confirma o reconhecimento de um direito ao ressarcimento de prejuízos sofridos por violação do direito da União.[48]

b. Por outro lado, permite concluir que **se um Estado-membro não providenciar uma solução judicial efectiva – incluindo o direito a indemnização – no âmbito de um processo judicial em que um particular pretende fazer valer os seus direitos em aplicação dos artigos 101.° e 102.° TFUE, tal Estado-Membro pode estar, ele próprio, a violar as suas obrigações decorrentes do artigo 4.°, n.° 3 TUE e dos princípios que consagram a protecção dos direitos conferidos no âmbito da União.**

3.5.3. Acórdãos subsequentes confirmaram o entendimento de que a jurisprudência *Francovich* **devia ser alargada a casos de violação de normas da União directamente aplicáveis.**[49]

3.6. *Consagração do direito ao ressarcimento de prejuízos por violação de normas da União: o Acórdão Courage*

Nenhum dos Acórdãos acima referidos, contudo, tratou, em definitivo, do **efeito directo horizontal das regras de concorrência da União**. Tal veio a acontecer com o Acórdão *Courage*,[50] subsequentemente confir-

[48] Depois de *Francovich*, terá deixado de ser importante verificar se o direito nacional consagra tal possibilidade, uma vez que o direito ao ressarcimento de prejuízos, conferido no âmbito da União, existe e deve ser reconhecido e salvaguardado pelos tribunais nacionais.

[49] *Cfr.*, em particular, os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1996, *Brasserie du Pêcheur / Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. e Outros* (*Factortame III*), C-46/93 e C-48/93, Colectânea, pág. I-01029, de 23 de Maio de 1996, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries & Food, ex parte Hedley Lomes Ltd.*, C-5/94, Colectânea, pág. I-02553, e de 8 de Outubro de 1996, *Dillenkofer & o. / Alemanha*, C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, Colectânea, pág. I-04845. *Cfr.*, também, as Conclusões do Advogado-Geral apresentadas em 27 de Outubro de 1993 no processo C-128/92, *H. J. Banks & Co. Ltd / British Coal Corporation*.

[50] Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Courage Ltd. / Crehan*, C-453/99, Colectânea, pág. I-06297.

Num litígio que opunha a sociedade Courage Ltd a B. Crehan, revendedor de bebidas, a propósito de fornecimentos não pagos por este último, um tribunal inglês

mado e desenvolvido no Acórdão *Manfredi*,[51] em que foram dissipadas todas as dúvidas ou reservas que pudessem subsistir quanto ao direito, conferido no âmbito da União, ao ressarcimento dos prejuízos, por violação dos artigos 81.°, n.° 1 e 82.° TCE (agora, artigos 101.°, n.° 1, e 102.° TFUE), directamente aplicáveis, que os tribunais nacionais devem reconhecer e salvaguardar.

4. "Private enforcement" e Arbitragem

4.1. Este enquadramento permite entender o esforço que a Comissão Europeia tem posto no desenvolvimento do chamado "private enforcement" (a par do "public enforcement").

A transformação profunda do direito da concorrência da União conseguida com o "Pacote de Modernização" acima referido, em particular através do Regulamento (CE) n.° 1/2003, sendo absolutamente necessária, não foi, por si só, suficiente para dinamizar, de forma significativa, a promoção do direito da concorrência através da iniciativa dos particulares nos tribunais nacionais.

[Court of Appeal (England and Wales) (Civil Division)] colocou ao Tribunal de Justiça quatro questões prejudiciais, nos termos do artigo 234.° TCE (actual artigo 267.° TFUE), relativas à interpretação do artigo 85.° Tratado CEE (ao tempo do acórdão artigo 81.° TCE, actual artigo 101.° TFUE) e de outras disposições do direito da União.

O Tribunal de Justiça respondeu a estas questões nos termos seguintes (parágrafo 36):

"– *uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção do artigo 85.°* [actual 81.°] *do Tratado, pode invocar a violação desta disposição para obter protecção jurisdicional ("relief") contra a outra parte contratante;*

– *o artigo 85.°* [actual 81.°] *do Tratado CE opõe-se a uma norma de direito nacional que proíba a uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência, na acepção da referida disposição, reclamar uma indemnização em reparação de um prejuízo decorrente da execução do referido contrato pelo simples motivo de o autor do pedido ser parte no mesmo contrato;*

– *o direito comunitário não se opõe a uma norma de direito nacional que não permita a uma parte num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência basear-se nas suas próprias acções ilícitas para obter uma indemnização por perdas e danos, quando se prove que essa parte tem uma responsabilidade significativa na distorção da concorrência.*".

[51] Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006, *Manfredi e o.*, *supra* nota 17.

Muitos problemas e obstáculos permanecem, em grande medida devido ao facto de as regras substantivas e processuais que regem o processo civil em cada Estado-Membro – já que, por enquanto, não há regras harmonizadas na UE –, conviverem mal com as especificidades e dificuldades de processos em que estão em causa direitos decorrentes da aplicação das regras de concorrência.

Algumas dessas dificuldades têm a ver, nomeadamente, com questões relativas ao cumprimento dos pressupostos da responsabilidade civil, a problemas no domínio da prova, à medida da indemnização, ao prazo de prescrição, à definição do tribunal competente, à legitimidade para propositura da acção ou à articulação com o regime da clemência.[52]

Estas dificuldades não são intransponíveis, mas há um longo caminho a percorrer. A Comissão Europeia tem vindo a elaborar documentos relevantes em que estas e outras questões são equacionadas. Tomando como base o Estudo Ashurst,[53] a Comissão preparou, em 2005, o Livro Verde[54] e, em 2008, depois de ser proferido o acórdão no processo *Manfredi*,[55] publicou o Livro Branco[56], relativos a "acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*". Depois de ter sido colocada a hipótese de uma Directiva vir a ser adoptada nesta matéria,[57] parece o projecto ter sido abandonado.

Entretanto, este movimento, iniciado relativamente à aplicação das regras de concorrência da União, terá certamente impacto no que respeita à aplicação das normas nacionais de concorrência.

---

[52] Ver, sobre as questões que se colocam no ordenamento jurídico português, a intervenção da Conselheira Maria dos Prazeres Beleza na 1.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, organizada pelo Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência, nos dias 1 e 2 de Julho de 2010, e cujos textos irão ser reunidos em volume a publicar brevemente.

[53] "Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules: Comparative Report", 31 August 2004, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html.

[54] Livro Verde da Comissão sobre acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio *antitrust*, de 19 de Dezembro de 2005 [COM(2005) 672 final].

[55] *Supra* nota 53.

[56] Livro Branco da Comissão sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, de 2 de Abril de 2008 [COM(2008) 165 final].

[57] "*Proposal for a Directive on rules governing damages actions for infringements of Article 81 and 82 of the Treaty (the Draft Directive)*"; documento, entretanto, retirado.

4.2. Neste contexto, assume **particular relevância o "private enforcement" através dos tribunais arbitrais, relativamente aos quais a maior parte das dificuldades de natureza processual acima enunciadas não se coloca.**

Importa, assim, ver como se inserem os tribunais arbitrais no sistema de aplicação descentralizada posto em prática pela Comissão Europeia através do Regulamento (CE) n.º 1/2003 e textos complementares.

Em conformidade com a reserva com que, pelo menos numa primeira fase, os tribunais arbitrais foram vistos, em particular pela Comissão Europeia – embora tal posição tenha vindo gradualmente a mudar[58] –, nos instrumentos relativos à descentralização da aplicação do direito da concorrência da UE não é feita referência aos tribunais arbitrais.

Se é certo que pela sua autonomia e informalidade os particulares não encontrarão, como se disse, nos tribunais arbitrais os obstáculos com que se defrontam ao recorrerem aos tribunais estaduais, problemas de outro tipo, e não menos sérios, contudo, se apresentam. Destaco dois, de que tratarei brevemente, de forma necessariamente esquemática:

- o do relacionamento dos tribunais arbitrais, na aplicação de regras de concorrência nacionais ou da União, com a Comissão e as autoridades nacionais de concorrência, por um lado, e com os tribunais estaduais, por outro;
- o do âmbito de apreciação do tribunal estadual no caso de impugnação de sentença arbitral com fundamento na violação de normas de ordem pública, *maxime* de concorrência.

Refira-se, antes de mais, que, por força do Regulamento (CE) n.º 1/2003,[59] é imposto às autoridades nacionais e aos tribunais dos Estados-Membros que apliquem os artigos 101.º e 102.º do Tratado sempre que, mesmo aplicando a legislação nacional de concorrência, possa estar em causa a afectação do comércio entre Estados-Membros (**critério delimitador da intervenção das duas ordens jurídicas**).[60]

[58] *Cfr. supra* notas 4, 5 e 25 e texto correspondente.

[59] Sobre as relações entre os artigos 81.º TCE (actual artigo 101.º TFUE) e 82.º TCE (actual artigo 102.º TFUE) e as legislações nacionais em matéria de concorrência, ver artigo 3.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

[60] *Cfr.* Comunicação da Comissão – Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO C 101, de 27.04.2004, págs. 81-96):

O Regulamento estabelece, como referido acima em **3.3.3.**, o enquadramento para a execução das regras de concorrência constantes dos actuais artigos 101.º e 102.º TFUE, não só pela Comissão, mas também, de forma descentralizada, pelas autoridades nacionais de concorrência e pelos tribunais dos Estados-Membros, num quadro de relacionamento institucional com a Comissão Europeia destinado a obter-se consistência na aplicação descentralizada das regras de concorrência da UE.

Esta cooperação estabelecida em particular entre tribunais estaduais, autoridades nacionais de concorrência e a Comissão não se aplica aos **tribunais arbitrais**. Tal cooperação decorre, hoje, do artigo 4.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia e aplica-se apenas às autoridades e órgãos do Estado.

Arbitragem e artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003

Este princípio tem tradução no artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003.

Assim:

- não podem os tribunais arbitrais socorrer-se do **n.º 1 do artigo 15.º** do Regulamento para pedir à Comissão informações ou pareceres quanto à aplicação das regras de concorrência da União;
- não estão, óbvia e naturalmente, os tribunais arbitrais obrigados a transmitir cópias das suas sentenças à Comissão Europeia, como estão os tribunais estaduais, nos termos do **artigo 15.º, n.º 2**, do Regulamento;
- relativamente aos tribunais arbitrais não têm, nem as autoridades nacionais de concorrência, nem a Comissão, o poder de apresentar, por sua iniciativa, observações orais ou escritas sobre questões relativas aos artigos 101.º e 102.º TFUE (*amicus curiae*), poderes estes que têm relativamente aos tribunais estaduais nos termos do n.º 3 do artigo 15.º.

"*12. O critério de afectação do comércio constitui um critério autónomo de direito comunitário, que deve ser apreciado numa base casuística. Trata-se de um critério jurisdicional, que define o âmbito de aplicação do direito comunitário da concorrência. O direito comunitário da concorrência não é aplicável a acordos e práticas que não sejam susceptíveis de afectar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.*".

Arbitragem e Comunicação da Comissão sobre Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros

A arbitragem está igualmente excluída da Comunicação da Comissão sobre Cooperação entre a Comissão e os Tribunais dos Estados-Membros,[61] a qual continua a referir-se apenas aos tribunais estaduais.

Esta exclusão da Comunicação não invalidará, em princípio, segundo a doutrina, que os tribunais arbitrais se socorram, por analogia, dos caminhos apontados por este instrumento.

Entre outras razões, não seria natural que no momento em que a Comissão Europeia pretende fazer avançar o "private enforcement" das normas de concorrência da União, não reagisse favoravelmente a pedidos deste tipo.

De resto, como é sublinhado por vários autores, a Comissão tem mostrado grande receptividade no passado a prestar assistência a árbitros na aplicação do direito da concorrência da UE.

Dito isto, e tendo em conta o **previsível desenvolvimento da arbitragem também em matérias que envolvem o direito da concorrência**, não seria desajustado, segundo alguma doutrina, considerar a possibilidade de adopção pela Comissão de uma comunicação relativa à cooperação com tribunais arbitrais.

Teria a vantagem de enquadrar o diálogo dos árbitros com a Comissão e de lançar alguma luz sobre um caminho nem sempre claro. Embora a Comissão não esteja obrigada a tal, já que o dever de cooperação não se aplica aos árbitros, como se referiu acima, a transparência conseguida melhoraria sem dúvida a aplicação das regras de concorrência da União através da assistência prestada aos tribunais arbitrais.

Arbitragem e artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003

No considerando 22 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, afirma-se o seguinte:

> "*Num **sistema de competências paralelas**, devem ser **evitados os conflitos entre decisões**, a fim de garantir o **respeito pelos princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme das regras comunitárias de concorrência**. Por conseguinte, é necessário **clarificar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, os efeitos das decisões da Comissão e dos processos por ela iniciados sobre os tribunais e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros**.(...)*" (ênfase acrescentada)

[61] Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da UE na aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, *supra* nota 42.

Ora, a clarificação aqui referida é naturalmente resolvida, no artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a favor da Comissão, ao impor, no seu n.º 1, quanto aos **tribunais nacionais**, que

> "**[q]*uando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas*** *ao abrigo dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado* [actuais artigos 101.º e 102.º TFUE] *que **já tenham sido objecto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais** não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão.*" (ênfase acrescentada)

e que

> "[d]*evem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado.*"

Tribunais nacionais que podem, para o efeito, *"(...) avaliar se é ou não necessário suster a instância."*.

Os mesmos princípios aplicam-se, de resto, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, às **autoridades nacionais de concorrência**:

> "*Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado* [actuais artigos 101.º e 102.º TFUE] *que já tenham sido objecto de decisão da Comissão, as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão.*".

Não podem é tais princípios aplicar-se aos **tribunais arbitrais.** Estes, como já vimos, não são órgãos da União Europeia ou dos Estados-membros e não estão vinculados ao princípio da cooperação.

Não estão, como tal e como já se disse, abrangidos por esta disposição.

Claro é que o mecanismo de resolução de conflitos é necessariamente diferente nos tribunais arbitrais e nos tribunais estaduais. Na verdade,

os princípios que regem a arbitragem – que devem, nomeadamente, conduzir a uma decisão rápida no litígio em apreciação – não levam necessariamente a que o início de um qualquer procedimento pela Comissão implique a suspensão do processo arbitral, suspensão que, pela própria natureza do processo arbitral, só muito raramente deve acontecer.

Embora o tribunal arbitral não fique formalmente vinculado pelo artigo 16.° do Regulamento (CE) n.° 1/2003 a evitar uma decisão contrária à decisão aprovada pela Comissão, importa, como vários autores sublinham, que o tribunal arbitral considere a relevância dessa mesma decisão da Comissão. Caso esta seja de importância capital, será prudente que o tribunal arbitral, a fim de evitar vulnerabilidade relativamente a uma eventual impugnação da sentença arbitral, considere com extremo cuidado a decisão em causa. Não quer isto dizer que o tribunal arbitral não possa afastar-se de conclusões da Comissão num determinado caso, o que pode ser determinado, nomeadamente, por uma diferente apreciação da matéria de facto, e não por um diferente entendimento ou aplicação das regras e dos princípios jurídicos relevantes.

A violação de uma norma de ordem pública deve aferir-se pelo não respeito de aspectos essenciais da mesma, o que pode até não estar necessariamente em causa numa decisão arbitral contrária a uma decisão da Comissão.

A afirmação pelo Tribunal de Justiça da natureza excepcional que deve revestir a sujeição de uma sentença arbitral ao controlo judicial por alegada violação de normas de concorrência – que são de ordem pública – confirma, aparentemente, que só numa situação de grave violação daquelas normas estaria o referido pressuposto preenchido.[62]

A verificação da questão de ordem pública: para lá de Eco Swiss...

O Tribunal de Justiça em *Eco Swiss*, recordando o acórdão *Nordsee*, sublinhou que o tribunal arbitral não constitui um órgão jurisdicional de um Estado-Membro para efeitos de reenvio prejudicial previsto, então, no artigo 177.° TCE, actual artigo 267.° TFUE.

[62] Ver o Acórdão *Eco Swiss*, *supra* nota 15, parágrafo 35:
"*(...) deve observar-se que as exigências ligadas à eficácia do processo arbitral justificam que o controlo das decisões arbitrais revista um carácter limitado e que a anulação de uma decisão só possa ser obtida, ou o seu reconhecimento recusado, em casos excepcionais.*". (ênfase acrescentada)

Como já notado acima,[63] isto revela a preocupação do Tribunal em abrir a possibilidade de questões relativas a normas de concorrência – de ordem pública – poderem, se houver violação dessas normas pelo tribunal arbitral, vir a chegar ao Tribunal de Justiça através do tribunal estadual que for chamado a pronunciar-se no âmbito de uma impugnação da sentença arbitral com fundamento na violação de normas de ordem pública.

O Tribunal de Justiça, no entanto, não definiu, em *Eco Swiss*, o âmbito do que constitui uma violação de normas de ordem pública, e na sequência do acórdão formaram-se, assim, duas correntes, a **minimalista** e a **maximalista**, quanto à definição de tal âmbito.

Nos termos da **corrente minimalista** – a qual foi primeiro enunciada no acórdão *Mitsubishi*,[64] e que assenta largamente na ideia de confiança na solução encontrada e na capacidade e competência dos árbitros para aplicar o direito da concorrência –, só em casos muito graves deve uma sentença arbitral ser anulada, ou recusado o reconhecimento ou execução no caso de sentença estrangeira: por exemplo, casos de restrições horizontais graves ou situações em que os árbitros ignoraram as normas de concorrência, ainda que alegadas pelas partes. **De acordo com esta corrente**, uma revisão da sentença arbitral com base numa errada aplicação da lei constituiria apreciação de mérito, o que deveria ser, como tal, excluído.

De acordo com a **corrente maximalista**, os tribunais deveriam ter a possibilidade de rever em profundidade as sentenças arbitrais de forma a avaliar se as regras de concorrência foram bem aplicadas, sendo que a maior parte das violações de direito da concorrência da União constituiria uma violação da ordem pública.

Entretanto, tem sido apresentada uma possível **abordagem alternativa** que constituiria um **desenvolvimento da abordagem minimalista** e segundo a qual a avaliação deveria incidir na diligência dos árbitros no tratamento de questões de concorrência averiguando-se se chegaram a conclusões graves e inaceitáveis. Uma violação de normas de ordem pública, como as de concorrência, que constituísse fundamento de anulação

[63] *Cfr. supra* ponto **1.2.3.**.

[64] Acórdão *Mitsubishi*, *supra* nota 6: "*While the efficacy of the arbitral process requires that substantive review at the award-enforcement stage remain minimal, it would not require intrusive inquiry to ascertain that the tribunal took cognizance of the antitrust claims and actually decided them.*". (ênfase acrescentada)

de sentença arbitral **deveria apenas acontecer quando as questões de concorrência fossem completamente negligenciadas, ou no caso de ilegalidade manifesta.**

Por outro lado, segundo esta abordagem alternativa, não deveria entrar-se numa análise aprofundada dos factos e do direito, nem das conclusões obtidas. **O simples erro** na aplicação das regras de concorrência pelos árbitros não corresponderia, nestes termos, a uma violação de normas de ordem pública. A não ser assim, o princípio da definitividade das sentenças arbitrais estaria em risco.

Claro que subsistirá sempre a questão da linha divisória entre uma apreciação que permita distinguir ou detectar uma violação flagrante e grave de normas de concorrência, que são de ordem pública, e uma apreciação do mérito da causa.

Por vezes tal escrutínio será difícil, mas é neste sentido que parece apontar o Tribunal de Justiça em *Eco Swiss* quando diz, no já citado parágrafo 35, que "(...) *as exigências ligadas à eficácia do processo arbitral justificam que o controlo das decisões arbitrais revista um carácter limitado e que a anulação da decisão só possa ser obtida, ou o seu reconhecimento recusado, em casos excepcionais.*".[65]

Todavia, tal exercício é possível, e o acórdão do STJ de 10 Julho de 2008, acima referido,[66] parece ter indicado o caminho para tal, embora possa ser criticado, como foi,[67] por não ter ido tão longe quanto, porventura, poderia, sem que dessa forma entrasse numa análise aprofundada do mérito da causa, como propugna a abordagem alternativa por último referida acima.

Em qualquer caso, a razoabilidade desta posição intermédia contribui para demonstrar a debilidade da razão avançada para não se incluir como fundamento de anulação de sentenças arbitrais a violação de normas de ordem pública interna, como consta da proposta da APA.

Em particular na área da concorrência, como vimos, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, bem como o empenho da Comissão no desenvolvimento dos meios privados de aplicação das correspondentes regras, abrangendo tribunais estaduais e, necessariamente, também os tribunais arbitrais, nos termos acima explicados, não pode o enquadramento da arbitragem, muito em particular da arbitragem interna, ficar refém de uma inadequada previsão legislativa no que respeita à questão da ordem pública.

[65] Acórdão *Eco Swiss*, *supra* nota 15.

[66] *Cfr. supra* notas 31, 32 e 33 e texto correspondente.

[67] *Cfr. supra* nota 33.

Tanto mais quanto, se for adoptado, como se espera, o critério de arbitrabilidade da patrimonialidade da pretensão em substituição do da disponibilidade do direito, é natural que se alargue o recurso à arbitragem em matérias onde poderão estar em causa questões de ordem pública, *maxime* relativas à aplicação do direito da concorrência, o que deverá ter como contrapartida, dentro da lógica do sistema, a previsão, como fundamento de anulação, da violação de princípios ou normas de ordem pública interna.

Para que os tribunais arbitrais cumpram, cada vez mais e melhor, a sua vocação, resta-nos, neste contexto, confiar:

– na ponderação do legislador;
– na competência técnica dos árbitros; e
– na sabedoria e prudência dos juízes.

Muito obrigado.