

A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português:

the meeting of two black arts

Cláudia Trabuco e Mariana França Gouveia¹

Para o Prof. Carlos Ferreira de Almeida

*«ninguém soube mas a sua vida
vista daquela aeroplano maravilhou-o
chegariam os neves é verdade
novas e novas sombras sobre a terra
mas a sua vida vista do aeroplano era tão grande
como nenhuma outra coisa que conheceu»*

José Tolentino Mendonça

1. Introdução; 2. Arbitrabilidade objectiva no direito português; 3. Análise dos diversos institutos do Direito da Concorrência à luz do critério defendido: 3.1. Questões de concorrência em arbitragens comerciais; 3.2 Aplicabilidade do critério no *private enforcement*; 3.3. Obtenção de compromissos nos procedimentos de controlo de concentrações; 4. Controlo estadual da aplicação das regras de ordem pública do Direito da Concorrência: 4.1 Violação da ordem pública como fundamento de anulação; 4.2. Ordem pública jus-concorrencial; 5. Conclusão.

1. Introdução

Nas palavras de James Bridgeman, *arbitration of competition law is the meeting of two black arts*.² E realmente, arbitragem e direito da concorrência parecem, à primeira vista, inconciliáveis.

A arbitragem é um meio de resolução de litígios privado, cujo fundamento se encontra na convenção de arbitragem, ela própria um contrato entre particulares. É neste contrato que se funda a natureza jurisdicional da actividade dos árbitros. É certo que os seus poderes são

¹ Professoras da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

² JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008, p. 147.

jurisdicionais, mas quem os exerce – os árbitros - não deixam nunca de ser privados, juízes não togados, nem pertencentes a qualquer organização pública com carácter permanente.

Esta característica privada nasce, evidentemente, dos litígios para que a arbitragem foi concebida, litígios privados entre privados.³

Já o Direito da Concorrência é, na sua natureza, público, prosseguindo interesses de natureza e ordem pública. Os objectivos das regras da concorrência são “*o funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores*”⁴. A liberdade de concorrência, quer no que concerne à formação da oferta, quer quanto à procura, e mesmo quanto ao acesso ao mercado, é um factor essencial para o desenvolvimento regular das relações económicas numa economia de mercado.

Estes objectivos concretizam a tarefa essencial atribuída ao Estado de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados de modo a garantir, desde logo, a equilibrada concorrência entre as empresas, consagrada na Constituição da República de 1976 (artigo 81.º, alínea *f*). Os propósitos principais desta incumbência constitucional são, numa perspectiva *ex post*, a proibição das práticas restritivas da concorrência, em particular dos cartéis, e a repressão dos abusos de posição dominante e, preventivamente, o impedimento de operações de concentração de empresas que possam colocar em risco a concorrência no mercado⁵.

O fim prosseguido pelo acervo de normas jurídicas que têm em vista a promoção da liberdade de concorrência, estabelecendo a disciplina dos comportamentos concorrenciais adoptados pelos agentes económicos no mercado, é a prossecução do interesse público que consiste na preservação do bem-estar económico e social. Em termos simples, “*os mercados*

³ Para uma história da arbitragem no direito português, cfr. JOSÉ A. A. DUARTE NOGUEIRA, *A Arbitragem na História do Direito Português (Subsídios)*, in Revista Jurídica, AAFDL, 1996, p. 9-35, Francisco Cortes, *A Arbitragem Voluntária em Portugal – Dos Ricos Homens aos Tribunais Privados*, in O Direito, Ano 124 (1992), vls. III e IV e Armindo Ribeiro Mendes, *Balanço dos Vinte Anos de Vigência da Lei de Arbitragem Voluntária*, in I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções, Coimbra, Almedina, 2008, p. 13-18.

⁴ Artigo 1.º (Objecto) do Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro.

⁵ J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.º ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 969-970.

*concorrenciais geram preços baixos, produtos melhores e mais baratos, e promovem o desenvolvimento tecnológico, o que em troca aumenta o nível de vida do consumidor individual médio*⁶.

Na esfera do direito comunitário da concorrência, esta finalidade cruza-se com outra - a de integração no mercado ou da construção do mercado comum comunitário, em relação ao qual o direito da concorrência se assume, assim, como um instrumento importante⁷.

A natureza pública do direito da concorrência e a especial importância (nacional e comunitária) dos seus princípios e finalidades tornam a sua arbitrabilidade à partida questionável. No entanto, a evolução do Direito a nível internacional tem sido, indubitavelmente, a do cruzamento das duas *artes negras*.

O que nos propomos fazer neste estudo é a análise dos diversos institutos do direito concorrencial do ponto de vista da arbitrabilidade. Começaremos, naturalmente, por encontrar o conceito de arbitrabilidade em vigor no nosso ordenamento jurídico. A LAV refere a disponibilidade do direito como critério, mas a sua exacta configuração é fonte de dúvidas e de evolução doutrina e jurisprudencial.

Após assentarmos num conceito positivo de arbitrabilidade, passaremos a analisar a aplicabilidade desse conceito no tratamento por via arbitral de questões de concorrência. Começamos pelo tema mais tratado na doutrina e que se encontra hoje, no que à sua arbitrabilidade diz respeito, estabilizado: o surgimento de questões de concorrência em arbitragens comerciais. Aqui é importante estudar alguns problemas de difícil resolução que o reconhecimento da arbitrabilidade destas matérias tem trazido, como os deveres dos árbitros e a possibilidade de intervenção no procedimento arbitral das autoridades de concorrência comunitária e nacionais.

Passamos, depois, para as situações usualmente chamadas de *private enforcement*, isto é, litígios entre empresas e particulares por violações de direito da concorrência geradoras de danos para os últimos. Finalmente, será analisada a matéria do controlo das operações, área onde é já prática da Comissão Europeia promover a inclusão de convenções de arbitragem.

⁶ GORDON BLAKE, RENATO NAZINI, *Litigating, Arbitrating and Mediating Competition Law Disputes*, 6/2/2009, n.º 2, disponível em URL: <http://www.cdr-news.com/index.php?option=comcontent&view=article&id=88:litigating-arbitrating-and-mediating-competition-law-disputes&catid=70:sponsored-articles&Itemid=157>.

⁷ Sobre a sobreposição dos dois objectivos, leia-se, por todos, SIMON BISHOP, MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, 2.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 3-6.

Sabemos que um tão amplo alargamento da arbitragem no campo do Direito da Concorrência tem necessariamente de poder ser controlado pelo Estado, pelo que terminamos o nosso estudo com a análise da ordem pública enquanto fundamento de anulação da sentença arbitral e, naturalmente, com o conceito de ordem pública jus-concorrencial.

Serão analisadas questões muito diversas, de importância prática e teórica muito diferente. O nosso intuito foi, antes de mais, trilhar caminho novo, ainda virgem na doutrina, na lei e na jurisprudência portuguesas. É um tema deveras interessante, que merece ser objecto de debate na comunidade jurídica portuguesa. Por estas razões nos pareceu ser uma justa homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida, jurista de extraordinário rigor, criatividade, coragem e excelência, que nos deu a honra de ser nosso professor e nos dá a honra de ser nosso amigo.

2. Arbitrabilidade objectiva no direito português

A arbitrabilidade é um requisito de validade da convenção arbitral, fundando, assim, a jurisdição do tribunal arbitral.⁸ Uma convenção de arbitragem cujo conteúdo não seja arbitrável implica necessariamente a sua invalidade, acarretando a falta de jurisdição (normalmente designada incompetência) do tribunal arbitral.

Estão previstos quatro momentos de controlo da arbitrabilidade pelos tribunais judiciais. Um momento anterior à constituição do tribunal arbitral, através da alegação da excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário (artigo 494.º j) CPC) em acção proposta em tribunal judicial. Aqui o nível de apreciação da arbitrabilidade pelo tribunal judicial terá de ser coerente com a tese que se defenda relativamente ao princípio da autonomia da jurisdição arbitral em relação à sua competência, mais conhecido por princípio da competência da competência. É questão que não se pretende tratar agora, deixando apenas enunciada.⁹

Os restantes mecanismos de controlo da arbitrabilidade já são posteriores ao proferimento da sentença arbitral, sendo este o regime regra no nosso direito positivo. Assim, a

⁸ RAUL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, *in* ROA 1986 (Ano 46-II), p. 317.

⁹ Para uma aplicação jurisprudencial deste princípio, ver Acórdão *Trespasse* (Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2007, processo n.º 1380/2007-1).

arbitrabilidade pode ser fundamento de anulação de sentença arbitral, nos termos do artigo 27.º n.º1 a) LAV; pode obstar à execução da sentença arbitral, de acordo com os artigos 812.º-D g) e 815.º CPC; pode, por último, obstar ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, nos termos do artigo 5.º n.º2 a) da Convenção de Nova Iorque e 1096.º c) CPC.¹⁰

Especial atenção deve ter-se em relação ao resultado da aplicação da norma prevista no artigo 812.º-D g), ao impor a remessa do processo executivo para despacho liminar e, caso o juiz entenda que o litígio é inarbitrável, o seu indeferimento liminar.¹¹ Repare-se que quer a remessa do processo para o juiz de execução, quer o indeferimento liminar da execução são oficiosos e anteriores à citação do executado. O que significa que o Estado não prescinde do controlo da arbitrabilidade enquanto requisito de eficácia das sentenças arbitrais, embora possa prescindir de todos os outros fundamentos de anulação.

Nos termos do artigo 1.º n.º1 LAV, não são arbitráveis os litígios respeitantes a direitos indisponíveis. Embora a expressão seja conhecida do léxico jurídico, a verdade é que não tem sido fácil determinar em concreto o seu conteúdo.

Em geral, define-se direitos indisponíveis como aqueles que as partes não podem constituir ou extinguir por acto da vontade e os que não são renunciáveis. Lima Pinheiro exemplifica com os direitos familiares pessoais, os direitos de personalidade e o direito de alimentos.¹²

Carlos Ferreira de Almeida defendeu, porém, que a qualificação de certo direito como disponível ou indisponível não deve ser feita instituto a instituto, mas questão a questão. Também assim entendeu Paula Costa e Silva, de acordo com a qual o critério de arbitrabilidade há-de ser concretizado de forma casuística, através do confronto do litígio com o regime jurídico do direito em causa.¹³ Por exemplo, alguns litígios relativos aos direitos de personalidade são ou podem ser disponíveis¹⁴, como aliás, foi decidido pelo

¹⁰ A. FERRER CORREIA, *Da Arbitragem Comercial Internacional*, in *Temas de Direito Comercial, Arbitragem Comercial Internacional, Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras, Conflitos de Leis*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 213

¹¹ A inarbitrabilidade não aparece, depois, no artigo 812.º-E CPC, como fundamento de indeferimento liminar, mas é evidente que o é.

¹² LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 105.

¹³ PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in *ROA* 1992 (Ano 52), p. 922.

¹⁴ CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*, in *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 86.

Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão apresentadora de televisão¹⁵. O Acórdão tratou de uma acção de indemnização decorrente de violação do direito à imagem, tendo o tribunal entendido que o direito de indemnização não era indisponível, pelo que era arbitrável.

O critério da disponibilidade foi criticado logo no momento da entrada em vigor da Lei de Arbitragem Voluntária. Raul Ventura dizia, então, que não descobria ligação necessária entre o requisito da arbitrabilidade e a vontade das partes: “(...) *duvido que o julgamento por um tribunal arbitral de litígio sobre direito indisponível afecte a indisponibilidade do direito.*”¹⁶

As críticas foram recentemente reavivadas por António Sampaio Caramelo, que afirma que a disponibilidade é um critério de aplicação difícil, retomando para esse feito os conceitos de disponibilidade absoluta e relativa desenvolvidos por João de Castro Mendes.¹⁷

Castro Mendes dividiu disponibilidade em absoluta e relativa, sendo a primeira a que impede em todos os casos e circunstâncias a constituição ou disposição por vontade das partes e a segunda aquela que permite essa disposição (constituição e/ou renúncia) em certos casos.¹⁸ De acordo com o Castro Medes basta a indisponibilidade relativa para que o litígio não seja arbitrável.¹⁹

Para Sampaio Caramelo, nenhuma das indisponibilidades parece ser a prevista na Lei de Arbitragem Voluntária, porque qualquer uma delas representa um limite injustificado para o desenho do critério. Assim, se a arbitrabilidade correspondesse à indisponibilidade absoluta, *isso implicaria restringir excessivamente o âmbito das matérias arbitráveis, pois que há direitos que, embora não sejam extinguíveis por vontade do seu titular, em todas e quaisquer circunstâncias, apesar disso, tendo esse direitos carácter patrimonial, não se vê razão ponderosa (à luz da hierarquia ou grau de relevância dos valores ou interesses tutelados pelo ordenamento jurídico).*²⁰ Admitir, porém, que a

¹⁵ Ac. STJ de 3 de Maio de 2007, Proc. N.º 06B3359, disponível em www.dgsi.pt

¹⁶ RAUL VENTURA, “Convenção de Arbitragem”, in ROA 1986 (Ano 46-II), p. 321.

¹⁷ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in ROA 2006 (Ano 66), ponto 7, disponível em www.oa.pt.

¹⁸ JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil – 1º Vol.*, Lisboa, AAFDL, 1994, p. 211.

¹⁹ *Idem*, p. 228. Também neste sentido, Paula Costa e Silva, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral” in ROA 1992 (Ano 52), p. 922, nota 77.

²⁰ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in ROA, 2006 (Ano 66), ponto 7, disponível em www.oa.pt

disponibilidade prevista na LAV é a relativa, implicaria alargar a campos inaceitáveis a jurisdição arbitral.²¹

Defende, por isso, o Autor que se deveria adoptar o critério da patrimonialidade da pretensão, como fazem o direito alemão e suíço. É esse critério que consta da Proposta de LAV apresentada ao Governo pela Associação Portuguesa de Arbitragem.²² De acordo com a Proposta, no seu artigo 1.º n.º1: “(...) *qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial poder ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.*”

Verifica-se, assim, na doutrina portuguesa alguma polémica relativa não só ao melhor critério de arbitrabilidade, de *iure condendo*; mas também relativo à exacta definição de direito disponível, agora perante o direito constituído.

Parece claro que a questão não encontra solução pela simples leitura da lei, que o problema ultrapassa largamente a sua letra. Tem sido notória na doutrina, que segue aliás a tendência internacional, um alargamento do que entende ser arbitrável. Não há dúvida que a arbitragem, aliás como os restantes meios de resolução alternativa de litígios, têm conhecido um grande desenvolvimento nas últimas duas décadas. Este desenvolvimento trouxe credibilidade e visibilidade à arbitragem, acabando por arrastar consigo uma abertura maior aos litígios que podem ser dirimidos através dela.

Se a tendência doutrinária de alargamento do conceito de arbitrabilidade é inquestionável, é importante também analisar como tem a jurisprudência portuguesa evoluído em relação a este problema.

Num trabalho recente de análise de jurisprudência sobre arbitrabilidade, Joana Galvão Teles conclui que o conceito de arbitrabilidade a que esta recorre é o da disponibilidade relativa, admitindo arbitragem em áreas tipicamente indisponíveis como o Direito do Trabalho, Arrendamento e Direitos de Personalidade.²³

É útil referir alguns dos Acórdãos tratados, para se perceber melhor esta evolução jurisprudencial.

²¹ *Ibidem.*

²² A proposta está disponível no sítio da APA: www.arbitragem.pt

²³ *A Arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário* O texto está disponível em <http://laboratorioral.fd.unl.pt/index.php?headline=40&visual=4>, acessível também pela página da Faculdade de Direito UNL (www.fd.unl.pt, - Comunidade, Laboratório RAL, Actividades, Investigação).

No Caso Insolvência²⁴, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que a acção de insolvência era da competência exclusiva dos tribunais judiciais, pelo que não poderia ser (como não havia sido, aliás) objecto de convenção arbitral. Esta inarbitrabilidade não se funda, porém e apenas, na competência exclusiva da jurisdição estatal, mas essencialmente porque se cruzam aqui interesses públicos impossíveis de conciliar com a arbitragem (desde logo a tendencial eficácia geral do processo).²⁵

Nos dois casos em que se discutiu a arbitrabilidade de litígios laborais, o Caso Ovarense²⁶ e o Caso Beira-Mar²⁷, as Relações do Porto e de Évora decidiram pela arbitrabilidade de litígio após a cessação do contrato de trabalho, contrariando doutrina que considera tais litígios inarbitráveis.²⁸

Em relação às questões de arrendamento devem referir-se três Acórdãos dois que entendem que os litígios são arbitráveis²⁹, e um que entende não serem³⁰. É de salientar o Acórdão Trespasse que trata a questão de forma exaustiva, relacionando-a aliás com a do princípio da competência da competência, e que conclui pela arbitrabilidade da acção de despejo, interpretando a lei como estabelecendo que não há competência exclusiva dos tribunais judiciais.

Esta tendência no sentido da arbitrabilidade não tem sido, porém, seguida numa das áreas típicas da arbitragem internacional: a dos litígios decorrentes de contratos de distribuição comercial. Sampaio Caramelo comentou já o Acórdão Indemnização de Clientela³¹, chamando a atenção para a dificuldade que o Tribunal teve em lidar com a arbitrabilidade

²⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de Junho de 2009, Proc. N.º 984/08.0TBRMRL1-8, disponível em www.dgsi.pt

²⁵ JOANA GALVÃO TELES, *A Arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário*, disponível em www.fd.unl.pt, p. 16.

²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Novembro de 1997, *in* Colectânea de Jurisprudência, tomo V, p. 246.

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Outubro de 1998, *in* Colectânea de Jurisprudência, Tomo IV, p. 292.

²⁸ Criticando expressamente as decisões jurisprudenciais citadas, LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 109. O Autor entende que a convenção de arbitragem só é válida se celebrada após a cessação do contrato de trabalho, momento em que os direitos são já disponíveis.

²⁹ Acórdão da Relação de Lisboa de 11 de Outubro de 1994, processo n.º 0086041 e acórdão da Relação de Lisboa de 5 de Junho de 2007, processo n.º 1380/2007-1 (Caso trespasse).

³⁰ Acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Outubro de 2003, processo n.º 3317/2003-6.

³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16 de Fevereiro de 2005, Proc. n.º 197/05-1, disponível em www.dgsi.pt

da indemnização de clientela, direito indisponível nos termos do artigo 38.º da Lei do Contrato de Agência (Decreto-lei n.º 178/86 de 3 de Julho).³² O aresto confunde arbitrabilidade com direito aplicável, acabando por decidir que a eventual não aplicação do direito imperativo (porque a cláusula compromissória permitia o julgamento pela equidade) implica a inarbitrabilidade do mesmo, embora seja disponível.³³ Como veremos adiante, esta linha raciocínio foi claramente ultrapassada em termos internacionais.³⁴

Como último patamar de análise sobre o conceito de arbitrabilidade, é importante referir a evolução do conceito em outros ordenamentos jurídicos, em particular na arbitragem internacional.

A nível internacional há três critérios de arbitrabilidade: disponibilidade do direito, ordem pública e patrimonialidade.³⁵ Há ainda países, de tradição anglo-saxónica, que não têm qualquer critério de arbitrabilidade na lei, sendo ele construído por via jurisprudencial. É o caso dos Estados Unidos da América onde a única restrição legal é relativa aos litígios laborais, deixando-se o conceito para construção jurisprudencial. Os tribunais norte-americanos vêm considerando que são inarbitráveis os litígios em que estão envolvidos interesses públicos importantes.³⁶

De acordo com a lei francesa (artigo 2060.º do Código Civil Francês), não são arbitráveis litígios em matérias de ordem pública. A construção doutrinária e jurisprudencial deste conceito tem sido muito restritiva, considerando poucas áreas como inarbitráveis.³⁷ A

³² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, in ROA, 2006 (Ano 66), ponto 8, disponível em www.oa.pt

³³ O Acórdão não é inteiramente claro no seu raciocínio, mas parece-nos ser esta a conclusão a retirar das suas palavras.

³⁴ No mesmo tipo de vícios incorreram os Acórdãos *Nova Delhi* (STJ de 11 de Outubro de 2005, proc. n.º 05º2507) e *Sementes de Milho* (Relação do Porto de 11 de Janeiro de 2007, proc. n.º 0636141), ambos disponíveis em www.dgsi.pt. Cfr. Joana Galvão Teles, *A Arbitrabilidade dos litígios em sede de invocação de excepção de preterição de tribunal arbitral voluntário*, disponível em www.fd.unl.pt, p. 22 e seguintes.

³⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, in ROA, 2006 (Ano 66), ponto 2, disponível em www.oa.pt.

³⁶ PATRICK M. BARON e STEFAN LINIGER, “A Second look to arbitrability”, in *Arbitration International* 2003 (Vol. 19, No.1), p. 29.

³⁷ ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª edição, London, Thomson, p. 164

ordem pública é vista como um limite ao poder decisório dos árbitros e não como um critério de arbitrabilidade do litígio.³⁸

Por último, o conceito da patrimonialidade é o utilizado pelas lei alemã e suíça³⁹ e é também o proposto pela Associação Portuguesa de Arbitragem no seu projecto de Lei de Arbitragem Voluntária.⁴⁰ Este é talvez o conceito de arbitrabilidade que permite na sua concretização maior amplitude. Um litígio será arbitrável se envolver qualquer tipo de interesse económico, não sendo relevante se a relação subjacente é comercial ou privada, civil ou administrativa, de direito nacional ou de direito internacional.⁴¹ Mas é também o conceito menos seguro para as partes, na medida em que lhes deixa o risco de não poderem executar a sentença arbitral fora do país onde foi proferida. Se o país do reconhecimento não for tão liberal em matéria de arbitrabilidade quanto o do lugar da arbitragem, poderá não ser possível o seu reconhecimento e posterior execução.⁴²

A construção do conceito de arbitrabilidade em termos internacionais foi marcada por duas decisões judiciais, uma dos Estados Unidos da América e outra do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

Na primeira, conhecida como Caso Mitsubishi, a Chrysler, uma empresa suíça e uma empresa japonesa acordaram na criação de uma outra empresa, a Mitsubishi Motors Corp., com o intuito de vender automóveis da marca Mitsubishi através dos agentes da Chrysler fora dos Estados Unidos da América. Esta empresa fez então um contrato de distribuição com um agente da Chrysler em Porto Rico, acordo que continha uma convenção de arbitragem. O acordo corria bem, até que esta empresa – Soler – começou a diminuir o nível das suas vendas e a Mitsubishi decidiu suspender o envio de automóveis. A Mitsubishi propôs então uma acção judicial no Federal District Court, pedindo que a Soler fosse obrigada, de acordo com a Lei Federal de Arbitragem e a Convenção de Nova Iorque, a

³⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in ROA 2006 (Ano 66), ponto 5, disponível em www.oa.pt

³⁹ PATRICK M. BARON e STEFAN LINIGER, “A Second look to arbitrability”, in *Arbitration International* 2003 (Vol. 19, No.1), p. 46.

⁴⁰ De acordo com a opção que o seu relator havia já defendido em ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, *A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio*, in ROA, 2006 (Ano 66), ponto 6, disponível em www.oa.pt

⁴¹ PATRICK M. BARON e STEFAN LINIGER, “A Second look to arbitrability”, in *Arbitration International* 2003 (Vol. 19, No.1), p. 34.

⁴² *Idem*, p. 46.

tratar o litígio por via arbitral. A Soler defendeu-se alegando, entre outros fundamentos, uma violação das leis americanas da concorrência (Sherman Act).⁴³

O tribunal julgou favoravelmente a acção, decidindo que as partes deveriam iniciar o processo arbitral, sendo o tribunal arbitral competente para analisar as questões de concorrência. O caso chegou ao Supreme Court e este, notando que o critério da arbitrabilidade tem vindo a ser aplicado muito amplamente, decidiu que no âmbito da arbitragem internacional as questões de concorrência eram arbitráveis.⁴⁴ Mas, em simultâneo, decidiu que os tribunais norte-americanos poderiam sempre reavaliar a decisão, quando, em aplicação da Convenção de Nova Iorque, o seu reconhecimento fosse pedido.⁴⁵

Instituiu, aqui, a famosa doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*), de acordo com a qual o controlo do tribunal judicial pode fazer-se apenas depois da arbitragem. Isto é, admite-se um conceito amplo de arbitrabilidade, mas o Estado reserva-se o direito de validar posteriormente a decisão dos árbitros no que diz respeito à aplicação do direito material do estado do reconhecimento. O problema desloca-se, assim, da arbitrabilidade do litígio para o controlo estadual da aplicação das regras de ordem pública do direito estadual onde é pedido o reconhecimento.⁴⁶

Reconhece-se, portanto, que os litígios são arbitráveis, mas não se prescinde do exame posterior da decisão quanto à aplicação das normas de ordem pública.

A questão tem levantado amplíssima polémica, porque se por um lado tem a vantagem de alargar o conceito de arbitrabilidade, afastando-a de vez da existência de regras imperativas no regime jurídico do direito litigioso, por outro tem a desvantagem de estabelecer para os tribunais judiciais a possibilidade permanente de averiguar o mérito da decisão arbitral.

⁴³ O resumo foi retirado de JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008, p. 155. O caso está publicado em *Mitsubishi Motors Corporation v Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, L. Ed. Ed 444 (1985).

⁴⁴ Posteriormente a jurisprudência alargou a arbitrabilidade das questões de concorrência à arbitragem doméstica. Cfr. RENATO NAZZINI, “A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008, p. 95.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ PATRICK M. BARON e STEFAN LINIGER, “A Second look to arbitrability”, in *Arbitration International* 2003 (Vol. 19, No.1), p. 54; RENATO NAZZINI, “A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as Amici Curiae and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008, p. 97.

Uma possibilidade de intervenção que os cultores da arbitragem pretenderam bem longe e difusa. Por outro lado, ainda, coloca difíceis problemas aos árbitros quanto à sua postura e aplicação do direito nacional das partes intervenientes ou dos eventuais países de reconhecimento.⁴⁷

Este aspecto do controlo estadual através da ordem pública será visto posteriormente, embora se deva adiantar que entendemos não ser possível defender o alargamento do conceito de arbitrabilidade sem que se admita a violação de ordem pública como fundamento de anulação de decisões arbitrais.⁴⁸

O outro caso onde a questão se colocou é o *Eco Swiss contra Benetton*⁴⁹, proferido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em Junho de 1999. Em Julho de 1986, a Benetton, a Eco Swiss e a Bulova celebraram um contrato de licença de marca por um período de 8 anos. Nos termos do contrato, mediante autorização da Benetton e da Bulova, a Eco Swiss fabricava e distribuía relógios de luxo, identificados através da marca BbB (Benetton by Bulova). A Bulova controlava ainda a qualidade da produção. O contrato continha uma cláusula compromissória para o Instituto Holandês de Arbitragem.⁵⁰

Em 1991, a Benetton denuncia o contrato com fundamento em erros quanto sua à remuneração (*royalties*). A Bulova e a Eco Swiss não aceitaram esta denúncia, tendo iniciado processo arbitral na Holanda, conforme cláusula arbitral. Em 1993 é proferida decisão parcial pelo tribunal arbitral, no qual a Benetton perde, ficando decidido que a denúncia era ineficaz. Em consequência o tribunal ordena que a Benetton indemnice as contra-partes pelos danos causados, o que não foi possível extra-judicialmente. Assim, apenas em 1995 o

⁴⁷ PATRICK M. BARON e STEFAN LINIGER, “A Second look to arbitrability”, in *Arbitration International* 2003 (Vol. 19, No.1), p. 49 e seguintes; RENATO NAZZINI, “A Principled Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as *Amici Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008, p. 103 e seguintes.

⁴⁸ A esse propósito já se tomou posição em ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Anotação ao Acórdão do STJ de 10.7.2008, Proc. N.º 08A1698”, in *Cadernos de Direito Privado* 2009 (no prelo). No mesmo sentido, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in *ROA*, 2006 (Ano 66), ponto 9, disponível em www.oa.pt, e também em “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista de Arbitragem e Conciliação* 2010 (nº2) (no prelo), ponto 25.

⁴⁹ Acórdão do TJCE de 1 de Junho de 1999, *Eco Swiss China Ltd contra Benetton International NV*, Proc. C-126/97, CJ 1999, p. I-03055.

⁵⁰ O resumo é retirado de T. DIEDERIK DE GROOT, “The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration* 2003 (20-4), p. 367.

tribunal decide que o valor da indemnização a pagar pela Benetton era de 29 milhões de dólares.⁵¹

Em 1995, a Benetton instaurou acção no tribunal da Haia, pedindo a anulação de ambas as decisões, com diversos fundamentos, entre eles a violação do artigo 81.º do Tratado da União Europeia. Entendia que tal preceito deveria ser considerado norma de ordem pública do direito holandês. Em 1997, o tribunal superior holandês decide utilizar o mecanismo de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, nos termos do artigo 234.º do Tratado, colocando-lhe cinco questões. O Tribunal entende que a regra do Tratado faz parte da ordem pública e que, se a lei do Estado onde a acção de anulação corria, consagrava a violação de ordem pública como fundamento de anulação de decisão arbitral, tal decisão devia ser anulada com esse fundamento.⁵²⁻⁵³

Estas duas decisões constituem um marco na arbitragem internacional⁵⁴, deixando assente que litígios relativos a direitos com regimes de ordem pública são arbitráveis.⁵⁵ No caso específico que nos ocupa, estas decisões jurisprudenciais ainda são mais relevantes, na medida em que tratam precisamente questões de Direito da Concorrência. A partir destas decisões é ponto assente na doutrina arbitral internacional que as questões de concorrência são arbitráveis.⁵⁶

É tempo, agora, de regressar ao direito português, para reflectir sobre a possibilidade, face aos dados nacionais de direito positivo, da possibilidade de aplicação destas teorias no nosso sistema jurídico.

⁵¹ *Idem*, p. 368.

⁵² *Idem*, p. 371.

⁵³ O TJCE decidiu também e porém que a circunstância de as normas do Tratado sobre concorrência serem de ordem pública não obrigava a afastar a aplicação da regra de caso julgado, conforme vigorava no direito holandês. Pelo que nenhuma consequência prática se retirava desta decisão para a eficácia da decisão arbitral no caso Benetton. Terá sido tomado em consideração o facto de nenhuma das partes ter levantado a questão da violação destas regras durante o processo arbitral. T. DIEDERIK DE GROOT, “The Impact of the Benetton Decision on International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration* 2003 (20-4), p. 369.

⁵⁴ Posteriormente, em 2005, uma decisão do English High Court, no Caso *Eurotunnel* (ET Plus SA v Welters), veio confirmar também a arbitrabilidade de litígios em que estivesse em causa dos artigos 81.º e 82.º do Tratado. JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008, p. 158.

⁵⁵ LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “Antitrust: a Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration – A Fresh Look at the “Second Look”, in *International Arbitration Law Review* 2004 (7,1), p. 23.

⁵⁶ . JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008, p. 154; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio”, in *ROA*, 2006 (Ano 66), ponto 12, disponível em www.oa.pt.

A extensão da arbitrabilidade está directamente relacionada com o âmbito de intervenção do Estado – um Estado muito intervencionista, no limite um Estado ditatorial, não permitirá a existência de tribunais privados com a mesma legitimidade que os *sens*. Sirva como exemplo a regra de alguns estados árabes, relatada por Redfern e Hunter, que impede arbitragens sobre litígios decorrentes entre uma empresa internacional e o seu agente local.⁵⁷ Como é normal, a questão jurídica é também política. Em Portugal, estamos sem dúvida num momento favorável à arbitragem, aceite pela comunidade em geral e pelo Estado em particular.⁵⁸

Esta grande abertura tem conduzido, na prática, ao esvaziamento do conceito legal de arbitrabilidade. Como se pode concluir da jurisprudência portuguesa supra citada, o critério da disponibilidade tem-se reduzido à disponibilidade absoluta, isto é, apenas se consideram inarbitráveis os litígios em que se impede em todos os casos e circunstâncias a constituição ou disposição por vontade das partes. Nas situações em que as partes, após a constituição efectiva do direito na sua esfera jurídica, podem dele livremente dispor, já é admissível a arbitragem. O que significa, então, que são arbitráveis os litígios em que estejam em causa direitos relativamente disponíveis.

Parece decididamente posta de lado a tese de que a existência de normas imperativas limita a arbitrabilidade do litígio. A doutrina é praticamente unânime neste ponto, assim como a larga maioria dos Acórdãos sobre o tema.

Indisponível será, assim, apenas o direito que não pode nunca deixar de ser exercido, independentemente da vontade do seu titular. O que significa que se determinado direito é irrenunciável, basta para que seja relativamente indisponível que o particular não o seja obrigado a exercer, isto é, esteja na sua disponibilidade propor ou não acção.

Esta definição é amplíssima, como Sampaio Caramelo já alertou. Terá como limite apenas os casos em que o exercício do direito é também admissível por via pública. Por exemplo, quando estão em causa crimes públicos⁵⁹, direitos colectivos ou difusos, como património

⁵⁷ ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.ª edição, Londres, Sweet and Maxwell, 2004, p. 164.

⁵⁸ Nos últimos anos têm-se multiplicado a criação, com incentivo público, de centros de arbitragem, em diversas áreas, desde a propriedade industrial até à acção executiva.

⁵⁹ Repare-se que os crimes particulares e semi-públicos admitem mediação – Lei 21/2007, de 12 de Junho. Mas há limites quanto às penas aplicáveis – a questão aqui a questão não é já de disponibilidade do direito,

público, alguns direitos relativos a menores (*maxime* averiguação oficiosa de maternidade e paternidade⁶⁰), etc.. Poderá, dizer-se, então que no direito positivo português apenas se impede a arbitragem de litígios cuja iniciativa de exercício do direito é pública, querendo com isto dizer, que o Estado tem o dever, de acordo com o princípio da legalidade, de substituir-se ao privado no exercício do seu direito. Só estes direitos são absolutamente indisponíveis e só estes não são arbitráveis.

Este conceito amplíssimo de arbitrabilidade só é aceitável, porém, se se considerar que o Estado tem a possibilidade de controlar a aplicação das regras de ordem pública, quer interna, quer internacional. Será aspecto a que voltaremos adiante.

3. Análise dos diversos institutos do Direito da Concorrência à luz do critério defendido

Encontrado o critério positivo de arbitrabilidade, passa-se agora à análise dos institutos do Direito da Concorrência em que de facto pode ser suscitada a questão da arbitrabilidade de questões jus-concorrenciais. Será em primeiro lugar considerada a possibilidade de carácter geral de serem suscitadas questões de concorrência no contexto de arbitragens comerciais, para, em seguida, nos dedicarmos à análise do modo como pode ser considerados arbitráveis os litígios que surjam no contexto de dois institutos de índole distinta, a saber, o vulgarmente chamado *private enforcement* e controlo de concentrações.

3.1. Questões de concorrência em arbitragens comerciais

Nos casos em que um árbitro for chamado a resolver um litígio privado que compreenda a aplicação de regras de Direito da Concorrência, a primeira questão a ter em conta é, naturalmente, se a questão em causa é não ou arbitrável para, em seguida, e no caso de a resposta ser afirmativa, se poder considerar se os árbitros são obrigados a aplicar o Direito da Concorrência. Identificando-se um caso que potencialmente justifique a aplicação das regras comunitárias da concorrência, desde logo se existir uma afectação real ou potencial da concorrência no mercado interno, deve ainda apurar-se se os árbitros, designadamente

mas da natureza pública da sanção (em especial da privativa da liberdade) que não pode, evidentemente, ser aplicada por privados. O mesmo raciocínio se aplica às contra-ordenações.

⁶⁰ Artigos 1808.º e 1864.º CC.

no caso de uma arbitragem internacional, estão ou não obrigados à aplicação dos actuais artigos 101.º e 102.º (ex-artigos 81.º e 82.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE) na versão alterada pelo Tratado de Lisboa.

Como se viu anteriormente, um dos resultados mais relevantes da jurisprudência *Eco Swiss* é o reconhecimento da arbitrabilidade das questões de concorrência. Outro resultado igualmente relevante que tem vindo a ser retirado desta decisão é a imposição ao árbitro da obrigatoriedade de aplicação das regras comunitárias de concorrência.

Sendo a arbitragem um processo de resolução privada de litígios, o árbitro não tem, nem poderia ter, competências regulatórias, pelo que, muito embora se admita a arbitrabilidade das disputas que envolvam questões de concorrência, pode legitimamente colocar-se a questão de saber de que modo pode/deve o árbitro lidar com as mesmas.

A obrigatoriedade de aplicação pelos tribunais nacionais das regras comunitárias da concorrência, sendo certo que já derivava da jurisprudência comunitária, aparece hoje claramente estabelecida no Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado. Com efeito, o Regulamento, assegurando a atribuição de competências para aplicação integral do direito comunitário da concorrência pelos tribunais nacionais e pelas autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos diferentes Estados-membros, impõe a estes tribunais e autoridades que apliquem igualmente as regras comunitárias nos casos em que apliquem a legislação nacional jus-concorrencial a acordos e práticas restritivas que possam afectar o comércio entre os Estados-membros. Saliente-se que esta competência e esta obrigatoriedade compreendem o poder de conceder isenções ao abrigo do artigo 101.º, n.º 3 (ex-artigo 81.º, n.º 3) do TCE, o que até então constituía competência exclusiva da Comissão Europeia.

No que diz respeito aos tribunais arbitrais, porém, esta obrigatoriedade pode apenas derivar da jurisprudência do TJCE e do carácter de princípios de ordem pública das regras da concorrência. Com efeito, nos termos da decisão *Eco Swiss*, uma decisão arbitral que decida um litígio ao qual fosse aplicável o artigo 81.º (actual artigo 101.º) sem efectivamente o aplicar, na medida em que o mesmo constitui matéria de ordem pública comunitária, é susceptível de anulação com este fundamento pelos tribunais estaduais.

Nada é dito no referido acórdão sobre o dever de aplicação *ex officio* das regras comunitárias da concorrência pelo tribunal arbitral, e, sendo certo que a maioria da doutrina defende a

existência desse dever⁶¹, encontramos também doutrina em sentido contrário⁶². Estes últimos fazem depender a aplicação do direito comunitário da concorrência da invocação do mesmo pelas partes, muito embora os árbitros devam alertar as partes para a existência de questões concorrenciais, sobretudo se existir o risco de a decisão arbitral ser anulada com esse fundamento⁶³. Em qualquer caso, uma análise das decisões arbitrais proferidas a este respeito indicam que tem vindo a existir uma clara disponibilidade dos árbitros para se entenderem vinculados pela aplicação das regras comunitárias da concorrência⁶⁴.

Deste modo, se porventura se suscitar uma questão em relação à qual a lei aplicável seja o Direito português, será de prever a aplicação não apenas do regime jus-concorrencial nacional como também, na medida em que estejam reunidos os respectivos pressupostos, das regras dos actuais artigos 101.º e 102.º do Tratado. De facto, considerando-se que “as

⁶¹ Veja-se, a este respeito, GORDON BLANKE, “Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law”, in *JLA* 2006 (Vol. 23-3), p. 250, e JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 166.

⁶² Para DENIS BENSAUDE, “Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile: Defining the Limits of Scrutiny of Awards Based on Alleged Violations of European Competition Law”, in *JLA* (Vol. 22-3), pp 242-244, o facto de o tribunal arbitral não ter suscitado *sua sponte* uma possível infracção às regras comunitárias relativas à proibição de práticas restritivas da concorrência não é, em si mesmo, um facto de anulação da decisão arbitral.

⁶³ Assim, HANS VAN HOUTTE, “The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and their Relationship with the European Union”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 65. Este mesmo autor chama a atenção para o facto de o dever de aplicação oficiosa não ser exequível pois que, na maioria dos casos, os árbitros não dispõem da informação, especialmente de carácter económico, que uma análise jus-concorrencial sempre pressuporia.

⁶⁴ O mesmo tem acontecido inclusivamente nos casos em que a lei aplicável ao mérito da causa não corresponde a um Estado em que vigore o Direito Comunitário e em que, por isso, a violação de um princípio fundamental de ordem pública não constitui um fundamento para a anulação da decisão. É de referir, a respeito a decisão do Tribunal Federal suíço de 8 de Março de 2006 (publicada in *Rev. de l'Arb* 2006, n. 3), que considerou que o desrespeito do artigo 81.º do TCE não era fundamento de anulação da decisão do tribunal arbitral porquanto os conceitos de direito comunitário da concorrência não poderiam ser vistos como universalmente aplicáveis. Neste tipo de situações, porém, a doutrina tem entendido que a aplicação das regras comunitárias pode ser originada quer por razões de ordem prática, para garantir o reconhecimento da decisão arbitral, quer por uma consideração de tais regras como uma espécie de normas imperativas e de aplicação imediata. Tanto o n.º 1 do artigo 7.º da Convenção de Roma de 1980 relativa à lei aplicável às obrigações contratuais como disposições semelhantes das normas de direito internacional privado de diversas ordens jurídicas, entre as quais a suíça, reconhecem a possibilidade de aplicação de normas imperativas estrangeiras como normas de aplicação imediata. Em situações em que os factos do caso (designadamente, a nacionalidade e a sede das partes e a circunscrição territorial em que a maioria dos efeitos contratuais vão ser produzidos) estejam indiscutivelmente próximos do direito estrangeiro em causa, mormente do Direito Comunitário, poderá o tribunal arbitral considerar pertinente a aplicação deste. *Idem*, pp. 67-68. Cfr. ainda a Sentença arbitral da Câmara de Comércio Internacional 8626, in *ICC Bull* 2003 (2), p. 55.

normas que compõem o direito comunitário da concorrência integram a ordem pública dos ordenamentos jurídicos dos Estados membros da União e se é isento de dúvidas que questões relativas à aplicação de tais normas podem suscitar-se em arbitragens de âmbito doméstico (*i.e.*, que não ponham em jogo interesses do comércio internacional (...)), parece evidente que os tribunais estaduais devem ter o poder de controlar o conteúdo das sentenças proferidas nessas arbitragens e, conseqüentemente, de as anular, se verificarem que aquelas normas não foram devidamente tida em conta pelos árbitros⁶⁵.

Outra questão que sempre se suscita a este propósito respeita à intervenção das autoridades responsáveis pelo controlo das regras de concorrência nestes processos arbitrais. Tem-se entendido que, sendo possível a consulta à Comissão Europeia ou às autoridades nacionais competentes, a mesma não é obrigatória e, no caso de vir a existir, a opinião proferida tende a ser encarada como se do relatório de um perito se tratasse, ainda que especialmente útil e considerado.

A questão da intervenção destas autoridades suscita, aliás, posições mistas da parte da doutrina pois que, se é tida como potencialmente proveitosa para efeitos da obtenção de orientações relativamente à aplicação do regime jus-concorrencial – note-se que os tribunais arbitrais não beneficiam da possibilidade de reenvio prejudicial das questões de interpretação para o Tribunal de Justiça da União Europeia⁶⁶ –, o facto de ser solicitada pode, na medida em que seja percebida como indício de uma infracção, dar lugar à abertura de um processo de investigação. Na medida em que a confidencialidade do processo é frequentemente associada aos processos de arbitragem, esta possibilidade tem dado azo a uma postura cautelosa relativamente a estas formas de colaboração. Alguma doutrina tem, pois, recorrido ao argumento de os árbitros não serem considerados “tribunais nacionais” para efeitos da aplicação do disposto no artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, para recusarem, por exemplo, o dever de transmissão de cópias das decisões arbitrais que tenham aplicado os artigos 101.º e 102.º do TCE⁶⁷.

⁶⁵ Assim, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A reforma da lei da arbitragem voluntária”, in *Revista de Arbitragem e Conciliação*, n.º 2 (no prelo), que recorda a este respeito que mesmo uma transacção que envolva apenas empresas portuguesas, na medida em que seja susceptível de afectar as trocas intra-comunitárias, pode desencadear a aplicação do direito comunitário da concorrência.

⁶⁶ Actual artigo 267.º (ex-artigo 234.º) do Tratado.

⁶⁷ HANS VAN HOUTTE, “The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and their Relationship with the European Union”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 73; RENATO NAZZINI, “A Principle

As práticas restritivas da concorrência são punidas com coimas e, além disso, os acordos restritivos da concorrência são nulos, podendo contudo beneficiar de uma isenção se estiverem reunidas as condições do n.º 3 do actual artigo 101.º do TCE ou, no direito português, no n.º 1 do artigo 5.º da Lei da Concorrência portuguesa (aprovada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho). Embora o Direito português da Concorrência seja muito semelhante ao princípio e regras do Direito Comunitário, uma diferença importante consiste no facto de as sanções não terem natureza administrativa, mas sim contra-ordenacional, o que implica a aplicação subsidiária do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Ora, sendo certo que o tribunal arbitral não é um órgão jurisdicional público, não lhe pode ser reconhecida competência para aplicar sanções pela adopção de práticas restritivas em infracção às regras da concorrência. Pode perguntar-se, pois, que sentido poderá fazer o reconhecimento aos tribunais arbitrais do poder de aplicarem Direito da Concorrência se, depois, não lhes cabe decidir que realmente foi adoptada uma conduta que, por preencher os pressupostos de um tipo de infracção, sobretudo contra-ordenacional, deve ser sancionada.

A resposta tem sido dada com recurso à previsão do n.º 2 do artigo 101.º do TCE (a que corresponde, no direito português, o quase idêntico n.º 2 do artigo 4.º da Lei da Concorrência). Assim, apesar de não poderem aplicar sanções, os árbitros podem determinar a nulidade de um acordo que seja contrário à previsão dos referidos tipos⁶⁸.

O árbitro é, deste modo, confrontado com uma escolha: prosseguir com a análise jus-concorrencial e concluir pela existência de uma infracção ou, constatando a existência de uma tal infracção, declarar-se incompetente para a sua apreciação. Recorde-se, porém, de acordo com a Lei da Arbitragem Voluntária portuguesa, a nulidade do contrato em que se insira uma convenção de arbitragem não acarreta a nulidade desta. Não é defensável que o árbitro tenha ainda uma terceira opção que consista no afastamento pura e simples da questão de concorrência, progredindo a análise como se a mesma não existisse porquanto,

Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as *Amicus Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 107.

⁶⁸ De acordo com HANS VAN HOUTTE, “The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and their Relationship with the European Union”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 70, cabe ao árbitro que decida declarar a nulidade a determinação da lei aplicável ao contrato e a verificação, nessa sede, da lei apropriada à definição do escopo da nulidade em causa.

como veremos, na medida em que se considerem as regras de concorrência como de ordem pública, tal daria lugar à anulação da decisão arbitral⁶⁹.

Prosseguindo-se com o processo arbitral, caberá ao árbitro analisar a questão de concorrência verificando se existe ou não uma infracção às proibições de condutas restritivas que possa determinar a nulidade de cláusulas ou da totalidade do contrato celebrado entre as partes. Na medida em que os artigos 101.º e 102.º do TCE, embora determinando a nulidade dos referidos acordos ou decisões, não estabelecem qual o alcance e as consequências de tal nulidade, tal definição terá que ser feita nos termos da lei aplicável ao contrato que, naturalmente, poderá ter sido convencionada pelas partes.

Na análise do regime de nulidade a aplicar ao contrato, tem-se entendido que os árbitros gozam de maior flexibilidade do que aquela de que gozaria um órgão jurisdicional público, permitindo-lhes mais facilmente promover a modificação das cláusulas ilícitas (por exemplo, reduzindo a duração de uma obrigação de não concorrência estabelecida contratualmente para a tornar compatível com as recomendações da Comissão Europeia a respeito da análise de acordos verticais)⁷⁰. No que diz respeito às consequências da nulidade, caberá ainda ao árbitro decidir nos termos da lei aplicável sobre as restituições que no caso caibam e sobre eventuais compensações que devam ter lugar como consequência da invalidade das cláusulas restritivas da concorrência⁷¹.

Na medida em que o Regulamento (CE) n.º 1/2003 fez cair a anterior jurisdição exclusiva da Comissão Europeia sobre a aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado e sendo, por

⁶⁹ Assim, JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 169.

⁷⁰ HANS VAN HOUTTE, “The Application by Arbitrators of Articles 81 & 82 and their Relationship with the European Union”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 71.

⁷¹ De referir que, nos termos do acórdão *Courage Ltd contra Bernard Crehan*, proferido pelo TJCE em 20 de Setembro de 2001 no processo C-453/99, 2001, in CJ I-6279, §§ 26 e 27, foi considerado que as partes num contrato susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência não ficam impedidas de invocar a violação do artigo 85.º (hoje artigo 101.º) para obterem protecção jurisdicional, mediante formulação de pedido de indemnização por perdas e danos, contra a outra parte. Segundo o TJCE, “a plena eficácia do artigo 85.º do Tratado (actual artigo 81.º CE) e, em particular, o efeito útil da proibição enunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência. Com efeito, um direito deste tipo reforça o carácter operacional das regras comunitárias da concorrência e é de natureza a desencorajar acordos ou práticas, frequentemente disfarçados, capazes de restringir ou falsear o jogo da concorrência”.

isso, tal norma aplicável pelas autoridades nacionais responsáveis pela aplicação das regras de concorrência e pelos tribunais nacionais, tem-se defendido a extensão da competência dos árbitros também à aplicação das isenções previstas na referida disposição. Ainda que o Regulamento não se refira especificamente aos tribunais arbitrais, os acordos e práticas referidas no n.º 1 do artigo que satisfaçam as condições previstas no n.º 3 não são proibidos, não sendo para tanto necessária uma decisão prévia (artigo 1.º, n.º 2 do Regulamento). O artigo 101.º é, assim, directamente aplicável na sua globalidade na ordem jurídica interna dos Estados-membros, daqui se retirando a competência dos tribunais arbitrais para o terem em conta na análise de questões de concorrência⁷².

Apesar do exposto quanto à análise da validade do contrato, a decisão que o árbitro venha a tomar a este respeito não obsta a que, naturalmente, possam ser accionados os meios necessários para sancionamento da eventual infracção às regras da concorrência. A respeito desta possibilidade, a doutrina tem considerado que a decisão arbitral não causa entrave à abertura de inquérito pelas autoridades reguladoras competentes nem vincula estas últimas, nem tão-pouco o tribunal que seja posteriormente chamado a apreciar um eventual recurso, relativamente ao sentido das conclusões a que chegou a análise realizada pelo tribunal arbitral⁷³.

Mais discutível é o papel do árbitro na solução do dilema em que pode ser colocado, simultaneamente vinculado pelo dever de confidencialidade do processo e pela identificação, *ex officio* ou em virtude da defesa apresentada por uma das partes, de indícios sérios de uma infracção às regras da concorrência. Contudo, as análises realizadas a este tipo de situações têm concluído não existir um dever de denúncia a cargo dos árbitros, que ficam, assim, perante uma eventual infracção na mesma posição que ficaria qualquer normal cidadão, embora devam alertar as partes para as consequências expectáveis, incluindo a possibilidade de sancionamento dos comportamentos anti-concorrenciais adoptados por estas⁷⁴.

⁷² RENATO NAZZINI, “A Principle Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as *Amicus Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 93.

⁷³ JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 170.

⁷⁴ *Ibidem*.

3.2. Aplicabilidade do critério no *private enforcement*

Continuando o movimento dito de “modernização” do direito comunitário da concorrência e, em especial, a atribuição de efeito directo integral ao artigo 81.º pelo Regulamento (CE) n.º 1/22003, a Comissão Europeia procedeu, em 19 de Dezembro de 2005, à publicação de um Livro Verde intitulado “Acções de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust”⁷⁵, promovendo simultaneamente a consulta pública sobre as medidas propostas no sentido de facilitar a prossecução pelos titulares de direitos e interesses legítimos das ditas acções de indemnização. Na sequência do Livro Verde e dos comentários recebidos ao respectivo teor, a Comissão aprovou um Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, publicado em 2 de Abril de 2008, em que procedia à proposta de opções políticas e medidas específicas no sentido de ajudar as vítimas de danos provocados por infracções às regras de concorrência a recorrerem aos meios necessários para obterem compensação pelos prejuízos sofridos.

Com a aprovação dos referidos documentos preparatórios, que não deu ainda origem à apresentação formal de uma proposta de directiva⁷⁶, foi intenção da Comissão Europeia criar as condições para facultar a aplicação efectiva das regras de concorrência não apenas através dos meios públicos de fiscalização, supervisão e sancionamento mas também mediante acções privadas que, indirectamente, através da atribuição de indemnizações aos consumidores e empresas que tenham sofrido danos, tenham um efeito convergente de promoção da aplicação do Direito da Concorrência⁷⁷.

No entender da Comissão Europeia “qualquer cidadão ou empresa que sofra um dano em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust* (artigos 81.º e 82.º do Tratado CE) deve ter a possibilidade de exigir reparação a quem causou o dano. O direito das vítimas a uma compensação é garantido pelo direito comunitário, tal como

⁷⁵ COM(2005) 672 final.

⁷⁶ Sendo certo que no início do mês de Outubro de 2009 foram divulgadas notícias dando conta da suspensão do processo que conduziria à apresentação do referido diploma comunitário, não houve confirmação oficial de uma intenção pela Comissão Europeia de adiamento do assunto.

⁷⁷ Para um resumo das críticas durante muito tempo apontadas à defesa do mecanismo do *private enforcement* no contexto do direito da concorrência e, bem assim, dos argumentos utilizados para as rebater, cfr. CLIFFORD A. JONES, *Private Enforcement of antitrust Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 88-92.

recordado pelo Tribunal de Justiça em 2001 e 2006”⁷⁸. No entanto, reconhece-se, “apesar da necessidade de estabelecer um quadro normativo eficaz que permita exercer na prática o direito a uma indemnização e muito embora se tenham registado recentemente alguns sinais de melhoria em determinados Estados-Membros, até agora, na prática, as vítimas de infracções às regras comunitárias no domínio *antitrust* só raramente obtêm uma indemnização pelos danos sofridos. O montante da compensação de que estas vítimas são privadas eleva-se a diversos milhares de milhões de euros por ano”⁷⁹.

Na esmagadora maioria dos casos a defesa do direito da concorrência é deixada quase exclusivamente na esfera da actividade das autoridades públicas, sujeita a recurso para os tribunais nacionais competentes. A promoção do *private enforcement*, como é geralmente identificado este conjunto de propostas da Comissão, tem o intuito de garantir a existência de condições eficazes e uniformes nos vários Estados para que os lesados possam obter reparação pelos danos sofridos em consequência do incumprimento das regras comunitárias no domínio da concorrência.

A possibilidade de obtenção de uma indemnização plena junto dos tribunais nacionais é, assim, o mais importante princípio orientador dos documentos aprovados pela Comissão Europeia. Contudo, este princípio tem de algum modo uma natureza instrumental relativamente ao objectivo de defesa da concorrência como interesse público e mesmo em relação à construção de uma verdadeira cultura de concorrência. Com efeito, “a existência de mecanismos eficazes para as pessoas singulares permite igualmente aumentar a probabilidade de detectar um maior número de restrições ilegais da concorrência e de responsabilizar os infractores pelos danos causados. Por conseguinte, uma melhoria dos mecanismos de compensação produzirá igualmente de forma automática efeitos benéficos de dissuasão em termos de infracções futuras e de respeito das regras comunitárias *antitrust*”⁸⁰.

Para além do interesse em pôr termo à infracção à conduta infractora, uma empresa que denuncie a infracção às regras de concorrência praticada por outra(s) poderá também ser motivada pelo interesse em obter uma compensação justa pelos prejuízos que sofreu como

⁷⁸ Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, COM(2008) 165 final, p. 2.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Idem*, p. 3.

consequência daquela infracção. Embora a denúncia seja apresentada perante a autoridade pública de defesa da concorrência, esta não terá usualmente competência para atribuição de indemnizações, limitando-se, pois, à prossecução dos seus poderes de investigação e instrução de um processo que poderá culminar com a aplicação de sanções aos infractores. Deste modo, como sucede por exemplo na ordem jurídica portuguesa, restará aos lesados procurarem exercer o seu direito a indemnização junto dos tribunais nacionais.

Nestas acções de indemnização no contexto do direito da concorrência os tribunais nacionais são chamados a dirimir conflitos de partes que opõem privados. Não estão em causa decisões relativamente a questões concorrenciais em sentido técnico-jurídico, isto é, questões relativas à defesa do interesse público da preservação ou promoção da concorrência, mas apenas imputações de danos à esfera jurídica de outrem com base nas provas apresentadas aos tribunais.

Nesta medida, tem sido admitida sem grandes reservas a arbitrabilidade deste tipo de litígios⁸¹. Neste tipo de situações, o recurso à arbitragem não estará habitualmente definido em momento prévio por uma cláusula compromissória, visto não existir contrato entre as partes em litígio. Apesar das dificuldades práticas previsíveis de celebração nestes casos do compromisso arbitral, não é de excluir que seja submetida a um processo arbitral quer a decisão relativa à responsabilidade civil originada por infracções aos artigos 101.º e 102.º do Tratado e, na ordem jurídica portuguesa, aos artigos 4.º e 6.º da Lei da Concorrência, quer mesmo a determinação apenas do *quantum* de indemnização na sequência da determinação prévia da responsabilidade por um tribunal judicial⁸².

No seu Livro Branco a Comissão chama ainda a atenção para a possibilidade de utilização do mecanismo das acções colectivas de reparação de danos, parecendo tomar uma posição claramente favorável ao recurso à agregação dos pedidos individuais de indemnização dos lesados por infracções às regras da concorrência. Justifica a posição neste campo, que tem suscitado acintosas críticas da parte de muitos Estados, com base na necessidade de

⁸¹ Conforme está previsto no artigo 380.º-A CPC. Por todos, GORDON BLAKE, RENATO NAZZINI, *Litigating, Arbitrating and Mediating Competition Law Disputes*, 6/2/2009, n.º 2. Veja-se, a este respeito, a análise feita relativamente ao direito irlandês por JAMES BRIDGEMAN, “The Arbitrability of Competition Law Disputes”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), pp. 161-162.

⁸² RENATO NAZZINI, “A Principle Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as *Amicus Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 91.

assegurar que os consumidores individuais e as pequenas empresas, que sofrem por vezes danos de valor relativamente reduzido e que, por isso, se inibem de intentar uma acção dispendiosa, morosa e de resultado incerto, possam ter acesso a mecanismos que lhes permitam a reparação do prejuízo⁸³.

Contrariamente ao que sucede no direito estado-unidense, as acções colectivas não têm feito um percurso relevante nos direitos europeus. Contudo, a Comissão integra as sugestões que faz nesta sede, tanto as “acções representativas, intentadas por entidades qualificadas, tais como associações de consumidores, organismos estatais ou associações profissionais, em nome de vítimas” como as “acções colectivas por adesão, nas quais as vítimas decidem expressamente agregar os seus pedidos individuais de indemnização numa única acção”, no campo das iniciativas de alcance mais amplo no sentido de reforçar os mecanismos colectivos de reparação no espaço jurídico comunitário.

A utilização do mecanismo da arbitragem quando falamos de acções colectivas é, porém, mais duvidosa. Em Portugal, as acções colectivas são exercidas através da acção popular. A acção popular pode, amplamente e sem preocupações dogmáticas, ser definida como a acção em que um particular (pessoa singular ou colectiva) defende um interesse que não lhe pertence, de que não é titular, ou que lhe pertence mas não exclusivamente.

O leque de interesses defendidos é vastíssimo, integrando as categorias dos interesses difusos, colectivos e individuais homogêneos. Estas categorias têm suscitado algumas divergências doutrinárias⁸⁴. Adoptando a definição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, há que distinguir interesse individual, isto é, o direito subjectivo; o interesse público, subjectivado como interesse do Estado e dos demais entes territoriais; o interesse difuso, isto é, a refração em cada individuo de interesses da comunidade, global e

⁸³ Livro Branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, COM(2008) 165 final, p. 4.

⁸⁴ Diz PAYAM MARTINS, *Class Actions em Portugal*, Lisboa, Edições Cosmos, 1999, p. 112, que os interesses colectivos e difusos têm em comum a indivisibilidade do objecto e a transindividualidade. A diferença entre uma e outra situação está no elemento subjectivo: os titulares dos direitos difusos são indetermináveis (não têm qualquer vínculo entre si, apenas os ligam circunstâncias de facto) e os titulares dos colectivos pertencem a um grupo, classe ou categoria de pessoas ligadas entre si por um vínculo jurídico de base. Já, porém, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, Lex, 2003, p. 45, reúne as três categorias numa única: a de interesses difusos, interesses que têm em simultâneo uma dimensão individual e supra-individual: assim os interesses difusos comportam duas dimensões subjectivas, uma individual e outra supra-individual, pelo que os interesses colectivos e os interesses individuais homogêneos podem ser englobados numa categoria mais vasta de interesses difusos.⁸⁴

complexivamente considerados; o interesse colectivo, enquanto interesse particular comum a certa categoria ou grupo⁸⁵

Do que falamos ao tratar do *private enforcement* é, em primeira linha, de interesses individuais homogéneos, que na Lei da Acção Popular portuguesa (Lei 83/95, de 31 de Agosto), podem dar origem a indemnização fixada globalmente, sem que o particular tenha possibilidade de alegar e provar danos para além do estabelecido.⁸⁶

O problema de aplicação deste regime através da arbitragem começa logo pela virtual impossibilidade de celebração de compromisso arbitral por todos os titulares do interesse individual homogéneo. O que impede, necessariamente, o alargamento do caso julgado aos terceiros não intervenientes, como faz a nossa Lei da Acção Popular. Perante o nosso quadro de direito positivo, não se vê como seja possível arbitrar litígios de forma a que tenham os efeitos da acção popular. Sem estes efeitos, o regime da representação ou substituição dos titulares dos direitos não faz sentido.

3.3. Controlo da aplicação de compromissos nos procedimentos de controlo de concentrações

Um dos assuntos sobre os quais mais se tem escrito no cruzamento do mecanismo da arbitragem com o direito da concorrência é o da arbitrabilidade das questões suscitadas pela execução dos compromissos estabelecidos pelas decisões administrativas de aprovação de operações de concentração de empresas.

Contrariamente aos que sucede com o instituto tratado no número anterior, este é um campo em que se pode genuinamente analisar uma experiência adquirida ao longo de vários processos quer pela Comissão Europeia quer por algumas autoridades nacionais de concorrência⁸⁷.

⁸⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada – Volume I*, 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 698

⁸⁶ O que leva Lebre de Freitas a entender que a norma padece de inconstitucionalidade - *A acção popular do direito português*, in *Sub Júdice n.º 24*, Coimbra, 2003, p. 22.

⁸⁷ Não é, porém, o caso da portuguesa. Com efeito, a AdC já inseriu, na sequência de compromissos assumidos pelas partes, cláusulas relativas à arbitragem mas com efeitos muito circunscritos relacionados com eventuais litígios originados pelo contrato de mandato apara efeitos do compromisso de desinvestimento assumido pelas empresas participantes. É o caso, por exemplo, da recente decisão de 20 de Março de 2003 no

Com efeito, são mais de trinta os processos em que a Comissão Europeia fez acompanhar a sua decisão de aprovação de cláusulas compromissórias para efeitos da resolução de litígios resultantes da aplicação dos compromissos impostos⁸⁸. Daqui se retira uma atitude claramente favorável à utilização da arbitragem como mecanismo de acompanhamento da execução das obrigações impostas pela Comissão, atitude essa que ficou também espelhada na forma como a Comissão se referiu à resolução alternativa de litígios na sua Comunicação de 2008 sobre as medidas de correcção passíveis de serem aceites nos termos do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho e do Regulamento (CE) n.º 802/2004 da Comissão⁸⁹. Nessa sede, a Comissão Europeia não apenas revela considerar que muitas vezes “esse acompanhamento deve ser realizado pelos operadores no mercado, por exemplo, pelas empresas que pretendam beneficiar dos compromissos”, designadamente através de um procedimento de arbitragem (§ 66), como se reserva a possibilidade de exigir o estabelecimento de tal procedimento de arbitragem acelerado, nomeadamente articulando esta imposição com a nomeação de um administrador responsável pelo controlo do cumprimento dos compromissos assumidos pelas empresas participantes na concentração, para assegurar que os compromissos serão efectivamente aplicados (§ 130).

Recorde-se que na referida Comunicação a Comissão delinea os princípios gerais aplicáveis às medidas de correcção a apresentar pelas empresas participantes numa operação de concentração de modo a tornarem a concentração compatível com o mercado comum e, deste modo, lograrem a autorização da operação. Cabe às referidas empresas apresentar à Comissão propostas de medidas de correcção adequadas e pertinentes, as quais serão aceites se for considerado que os compromissos assim assumidos, e a executar pelas empresas participantes após a respectiva autorização, podem suprimir as preocupações de concorrência identificadas.

A aposição de cláusulas compromissórias nas decisões deste tipo não equivale tecnicamente a um mecanismo de controlo ou de execução dos compromissos⁹⁰. Não obstante, é

Processo 22/2008 – SUMOLIS/COMPAL, disponível em <http://www.concorrencia.pt/bdoc/ProcessoFicha.aspx?idProcesso=11893>.

⁸⁸ Esta foi a contagem revelada por JOHANNES LÜBKING, “The European Commission’s View on Arbitrating Competition Law Issues”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 77.

⁸⁹ Comunicação 2008/C 267/01, publicada no JOUE em 22/10/2008 (C 267/1).

⁹⁰ LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “Antitrust: a Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration – A Fresh Look at the “Second Look”, in *International Arbitration Law Review* 2004 (7,1), p. 35.

precisamente esse o interesse que a Comissão parece encontrar na utilização deste expediente. A intenção subjacente a esta forma de arbitragem não é, porém, a de substituir ou de algum modo restringir os poderes de supervisão atribuídos à Comissão Europeia.

A existência desta possibilidade, e o incentivo que tem vindo a ser dado à sua utilização, mormente pela própria Comissão, reside no reconhecimento de que é fundamental a existência de mecanismos eficientes para controlo e execução dos compromissos assumidos pelas empresas e, concomitantemente, no facto de em muitos casos de desvio ou incumprimentos dos compromissos aprovados se considerar que a violação em causa não é particularmente óbvia ou se afigura pouco significativa para justificar uma intervenção pública de carácter regulatório⁹¹.

No plano puramente jurídico, estas arbitragens não correspondem a um novo instrumento de supervisão oferecido às autoridades da concorrência. Pelo contrário, o seu propósito é o da resolução de eventuais litígios entre privados por privados, embora tais litígios resultem de situações de desrespeito de deveres assumidos perante a autoridade pública competente⁹². Nessa medida, tem-se preferido afastar a sua qualificação como uma modalidade de arbitragem *sui generis* ou o seu propósito regulatório⁹³, sendo antes de concluir que estas arbitragens se revestem de uma natureza muito semelhante à das arbitragens tradicionais.

Não obstante, e embora se admita o carácter essencialmente privado das disputas entre privados, opondo normalmente as empresas participantes na concentração e as empresas consideradas contra-interessadas, alguma doutrina aponta-lhes a peculiaridade de serem “semi-compulsórias” na medida em que pelo menos as empresas participantes ficam obrigadas a aceitar a utilização desta via de resolução alternativa de litígios, resultando tal obrigatoriedade da decisão da Comissão ou da autoridade da concorrência. Há quem refira, a propósito, a possibilidade de a autoridade da concorrência competente poder impor o recurso a este mecanismo, caso em que restaria às empresas envolvidas acatar este dever, pois que, não desejando fazê-lo, à semelhança do que sucede com as demais condições

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle”, *in European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 8.

⁹³ *Idem*, p. 14.

impostas, apenas lhes restará ver recusada a operação. Pelo contrário, as demais empresas, designadamente as que fossem consideradas contra-interessados relativamente à operação de concentração em causa, seriam livres de aceitar ou não o recurso a este mecanismo⁹⁴.

Contudo, a atribuição de um tal alcance a este mecanismo levantaria, no nosso entender, sérias dúvidas relativamente à sua admissibilidade na ordem jurídica portuguesa. Se a submissão a este mecanismo de resolução alternativa de litígios for oferecida pelas empresas participantes como compromisso e na medida em que passe a corresponder a uma condição ou obrigação destinadas, nos termos do n.º 3 do artigo 35.º e do n.º 2 do artigo 37.º da Lei da Concorrência, a “garantir o cumprimento de compromissos assumidos pelos autores da notificação com vista a assegurar a manutenção de uma concorrência efectiva”, estará garantido o livre consentimento e adesão à convenção⁹⁵. As empresas participantes na operação de concentração abdicam da possibilidade de recurso aos tribunais judiciais, ficando vinculadas pela decisão da autoridade administrativa que considerou esse como um dos motivos essenciais à produção de uma decisão de não oposição. Admitir-se, pelo contrário, que seja a própria entidade reguladora a impor o recurso à arbitragem, sem que tal resulte de um compromisso assumido pelas empresas participantes, poderia facilmente aparecer como um resultado injustificável e, em muitas situações, desproporcionado pois que seria previsivelmente difícil considerar que a imposição do recurso à arbitragem seria condição necessária para a prossecução do interesse público de defesa da concorrência⁹⁶. É certo que os autores da notificação teriam sempre a possibilidade de retirar a operação no caso de se encontrarem em desacordo com a imposição de uma tal condição ou obrigação⁹⁷. No entanto, o motivo que subjaz à

⁹⁴ *Idem*, p. 7.

⁹⁵ Neste sentido, não é indiferente a quem pertence a iniciativa de desencadear a emanação de uma decisão de não oposição a uma operação de concentração, sendo as promessas unilaterais assumidas voluntariamente pelas partes os pressupostos necessários à adopção de decisões acompanhadas de condições e obrigações. Assim, MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 360-361. A mesma conclusão pode ser retirada da relação entre a alteração da concentração notificada através da proposta de compromissos, por um lado, e a convolação desses compromissos em condições e obrigações, por outro, esclarecida pela Comissão Europeia na referida Comunicação 2008/C 267/01, *macime* §§ 7 a 19.

⁹⁶ Colocado no plano constitucional, poderia legitimamente ser suscitada a questão da compatibilidade de um mecanismo deste tipo com o princípio essencial do acesso à justiça.

⁹⁷ Não curamos aqui da distinção a que procede a lei portuguesa entre “condições” e “obrigações” que podem acompanhar a decisão de não oposição. Sobre esta distinção, leia-se MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 330-352

imposição destes pressupostos da tomada de uma decisão de não oposição pela entidade administrativa não serviriam o propósito para que foram concebidos, isto é, “equilibrar o interesse público na manutenção da concorrência efectiva com os direitos e interesses das empresas”⁹⁸.

Pelos motivos apontados, e apesar dos seus contornos *sui generis*, consideramos defensável a interpretação do mecanismo como consensual embora, pelos motivos indicados, o consentimento das partes na arbitragem apareça desfasado no tempo (o consentimento das empresas participantes relativamente aos compromissos implica, pois, neste sentido consentimento para a arbitragem)⁹⁹.

A função prioritária dos compromissos no âmbito do controlo das concentrações é a de identificar problemas concorrenciais e aprovar medidas que possam ser proporcionadas a, no quadro de um juízo de prognose, suprimir os entraves significativos à concorrência efectiva no mercado¹⁰⁰. Ainda que a Comissão Europeia, na sua comunicação, tenha privilegiado os compromissos de alienação ou desinvestimento, de carácter essencialmente estrutural na medida em que potencialmente permitem eliminar de forma duradoura as preocupações de concorrência suscitadas pela concentração tal como notificada, não excluiu outros tipos de compromissos, designadamente comportamentais, que possam ser igualmente susceptíveis de impedir a criação de entraves à concorrência¹⁰¹. Em qualquer caso, uns e outros significarão a adopção de medidas pelas empresas participantes no sentido de concretização dos compromissos assumidos, da qual resultará directamente uma salvaguarda do mercado dos potenciais efeitos nocivos da operação notificada e, pelo menos indirectamente, uma protecção de terceiros que operem no mercado. Este último

⁹⁸ *Idem*, p. 416.

⁹⁹ ALEXIS MOURRE, “ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings – Dissenting Opinion on a Dangerous Project”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 224.

¹⁰⁰ JONATHAN FAULL, ALI NIKPAY (ed.), *The EC Law of Competition*, 2.^a ed., London, Oxford University Press, 2007, p. 519.

¹⁰¹ Comunicação 2008/C 267/01, §§ 15-17.

facto redunda no carácter privado da relação entre as empresas participantes na operação e estes terceiros, submetida a arbitragem¹⁰².

No quadro das decisões da Comissão, as cláusulas compromissórias têm vindo a ser apostas em decisões em que sejam aplicadas medidas de correcção respeitantes ao acesso, isto é, as que prevêm “a concessão de acesso a infra-estruturas fundamentais, redes e tecnologias cruciais, designadamente patentes, saber fazer ou outros direitos de propriedade intelectual, bem como matérias-primas essenciais”¹⁰³. Nestes casos, as medidas de correcção terão o intuito de facilitar a entrada de concorrentes no mercado, garantindo que os mesmos terão acesso às infra-estruturas e às tecnologias de base necessárias, afastando de modo eficaz as preocupações jus-concorrenciais existentes. É compreensível que seja nestes casos que mais sentido faz o acompanhamento do mercado através de mecanismos como a arbitragem. Com efeito, a maioria dos compromissos impostos incluem precisamente medidas respeitantes ao acesso que não implicam uma alienação pelas empresas participantes na concentração, sendo, porém, o seu grau de eficácia comparativamente mais baixo do que as medidas que obrigam a uma alienação¹⁰⁴. Neste sentido, a arbitragem, não apenas não põe em causa as competências da Comissão Europeia, como pode realmente representar uma vantagem do ponto de vista do controlo da execução dos compromissos¹⁰⁵.

¹⁰² LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “Arbitration in EC Merger Control: Old Wine in a New Bottle”, *in European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), pp. 9-10.

¹⁰³ Comunicação 2008/C 267/01, § 62. Como é sabido, embora fossem normalmente consideradas medidas comportamentais, o facto de comportarem um efeito directo no mercado, designadamente por se reflectirem numa diminuição das barreiras à entrada, tem-se traduzido no reconhecimento de efeitos estruturais a estas medidas. Cfr., por todos, a decisão do TPI no caso *Gencor c. Comissão*, T-102/96, de 25 de Março de 1999, *in* CJ 1999, p. I-753, *maxime* § 319 («(...) não se pode excluir, a priori, que compromissos à primeira vista de natureza comportamental, como a não utilização de uma marca durante um certo período ou a disponibilização a terceiros concorrentes de uma parte da capacidade de produção da empresa resultante da concentração, ou mais genericamente o acesso a uma infra-estrutura essencial em condições não discriminatórias, sejam igualmente de natureza a impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante»), repetida no caso *ARD c. Comissão*, T-158/00, de 30 de Setembro de 2003, *in* CJ 2003, p. II-3825, *maxime* §193-194.

¹⁰⁴ Cfr., apesar das suas limitações, designadamente em termos de amostra utilizada, o estudo da Direcção-Geral da Concorrência intitulado *Merger Remedy Study*, de Outubro de 2005, disponível em URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf, *maxime* pp. 114 e seguintes e 132 e seguintes.

¹⁰⁵ JOHANNES LÜBKING, “The European Commission’s View on Arbitrating Competition Law Issues”, *in European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 81, parece considerar, a este respeito, que os papéis do

A forma como tal controlo se processará será necessariamente distinta em função do conteúdo dos compromissos aprovados e na medida também das dúvidas de natureza jus-concorrencial que derivem da aplicação dos mesmos.

Um caso exemplar a este respeito é a decisão da Comissão no processo que envolveu a concentração das empresas Axalto e Gemplus, ambas produtoras de cartões de plástico inteligentes ou seguros (os vulgarmente chamados “smart cards”)¹⁰⁶. Reduzindo ao essencial os factos do processo, os receios evidenciados pela Comissão derivavam da titularidade por ambas as empresas de um número muito significativo de patentes no mercado definido como relevante, pelo que, em conjunto, através da combinação das suas respectivas tecnologias, teriam tanto a capacidade como os incentivos para prejudicar a posição dos seus concorrentes no mercado. Existiria sempre o risco de recusarem a concessão de licenças aos concorrentes ou de utilizarem o seu amplo porta-fólio conjunto para fazerem aumentar os custos destes últimos através de ameaças de abertura de processos judiciais por alegadas infracções aos direitos de patente das empresas participantes na concentração (“patent attacks”).

No presente caso, as restrições de que a Comissão fez depender a aprovação da operação passaram, em primeiro lugar, pelo compromisso de concessão de licenças não exclusivas em condições que fossem consideradas justas, razoáveis e não discriminatórias, por um lado, e, por outro, de disponibilização de informações de interoperabilidade a qualquer terceiro capaz do fornecimento de cartões SIM através das plataformas OTA (“over-the air”), relativamente às quais as empresas participantes beneficiam também de posições de mercado fortes¹⁰⁷. A decisão é complementada por dois outros compromissos relevantes, a saber: a necessidade de nomeação de um administrador responsável pelo cumprimento dos

tribunal arbitral e da Comissão Europeia são complementares porquanto ao primeiro compete resolver o litígio entre as partes, embora não tenha poderes para modificar os compromissos aprovados, devendo a segunda, no âmbito do seu papel de controlo da aplicação dos compromissos, garantir a eficácia da decisão arbitral, pelo que um incumprimento desta última será considerada uma infracção ao compromisso assumido pela empresa participante na concentração.

¹⁰⁶ Processo n.º COMP/M.3998, *Axalto/Gemplus*, decisão de 19 de Maio de 2006, disponível em URL:http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3998_20060519_20212_en.pdf.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 18.

“remédios” e ainda a submissão de qualquer litígio relacionado com os dois compromissos anteriormente descritos a um procedimento de arbitragem¹⁰⁸.

A razão pela qual se chama a atenção para esta decisão tem que ver com o facto de não apenas ser muito pormenorizado o modo como funcionará o mecanismo de resolução alternativa de litígios – que prevê uma primeira fase de mediação a realizar pelo administrador responsável nomeado seguida de pedido de procedimento de arbitragem para a Câmara de Comércio Internacional caso não se obtenha a conciliação das partes –, como também os poderes a cargo do árbitro, em particular no que respeita à apreciação do conteúdo das licenças propostas pelas partes, e ainda por se ter incluído uma previsão clara relativamente à possibilidade de intervenção da Comissão Europeia no procedimento¹⁰⁹.

Deste modo, a Comissão fica autorizada a participar em todas as fases do procedimento de arbitragem, sendo de destacar o acesso a todas peças escritas que fazem parte do dito procedimento, que lhe devem ser enviadas pelo tribunal arbitral, a possibilidade de estar presente um seu representante em todas as audiências orais e ainda o poder de apresentar observações escritas ao tribunal arbitral de forma a assegurar a aplicação coerente do direito comunitário da concorrência.

Para além desta intervenção a título de *amicus curiae*, a Comissão pode ser chamada a pronunciar-se a pedido dos árbitros sobre a interpretação a dar aos compromissos aprovados. Este pedido não tem obrigatoriamente que ser feito pelo tribunal arbitral mas, na medida em que o seja, constrange-o à adopção da interpretação veiculada pela Comissão. Esta é, aliás, uma regra que foi posteriormente adoptada noutras decisões da Comissão¹¹⁰.

¹⁰⁸ Numa combinação já adoptada em decisões anteriores, designadamente em 10 de Julho de 2002, processo n.º COMP/M.2803, *Telia/Sonera*, em 2 de Setembro de 2003, processo n.º COMP/M.3083, *GE/Instrumentarium*, e 29 de Setembro de 2003, processo n.º COMP/M.3225, *Alcan/Pechiney II*, e adoptada em processos posteriores, como sejam as decisões de 11 de Dezembro de 2006, *Johnson & Johnson/ Pfizer Consumer Healthcare*, processo n.º COMP/M.4314, de 11 de Outubro de 2007, *Schering-Plough/Organon BioSciences*, processo n.º COMP/M.4691, de 6 de Novembro de 2007, *Deutsche Bahn / English Welsh & Scottish Railway Holdings (ens)*, processo n.º COMP/M.4746, de 13 de Dezembro de 2007, *Akzo/ ICI*, processo n.º COMP/M.4779, ou de 9 de Janeiro de 2009, *Iberia/Clickair/Vueling*, processo n.º COMP/M. 5364.

¹⁰⁹ Processo n.º COMP/M.3998, *Axalto/Gemplus*, decisão de 19 de Maio de 2006, p. 35.

¹¹⁰ Assim, por exemplo, na decisão proferida em 9 de Janeiro de 2009 no caso *Iberia/Clickair/Vueling*, processo n.º COMP/M. 5364, disponível em URL: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5364_20090109_20212_es.pdf, p. 95.

Apesar do eventual estabelecimento desta intensa colaboração com a Comissão, o tribunal arbitral é autónomo na sua tomada de decisão no caso em apreço, sendo certo que essa decisão não é recorrível para a Comissão nem tão-pouco para os tribunais comunitários¹¹¹. Em todo o caso, reflectindo a importância do mecanismo e, bem assim, o interesse na divulgação dos seus resultados, é estabelecido que a decisão arbitral, expurgada que seja das matérias confidenciais, será publicada pela Comissão Europeia.

A forma como a Comissão, nas suas decisões, revela a sua posição relativamente à arbitragem não a tem isentado de críticas. Em particular relativamente à intervenção da Comissão nos procedimentos de arbitragem internacional, há quem a considere injustificável e mesmo ilegítima pois que, a ser aceite, isso deveria significar forçosamente a extensão dessa possibilidade a todas as entidades reguladoras, designadamente os reguladores sectoriais (energia, serviços financeiros, comunicações electrónicas, entre outros)¹¹². Por outro lado, tendo esta regra de colaboração sido proposta em tempos também por um projecto de linhas orientativas da Câmara Internacional do Comércio relativas à arbitragem nestes domínios, foi, porém, criticado por vozes que se pronunciaram contra aquilo que consideraram que este sistema de colaboração claramente comprometia, isto é “os princípios fundamentais da arbitragem como um sistema privado e verdadeiramente internacional de resolução técnica de disputas”¹¹³.

Em Portugal, na ausência do mecanismo da arbitragem, em caso de incumprimento dos compromissos assumidos pelas empresas participantes na concentração, em particular dos compromissos ditos comportamentais, aos terceiros, designadamente aos que se hajam constituído como contra-interessados no contexto do procedimento administrativo de controlo da operação (cfr. artigo 38.º da Lei da Concorrência), estará aberta a possibilidade

¹¹¹ De acordo com RENATO NAZZINI, “A Principle Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as *Amicus Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 105, haverá, porém, todas as vantagens em que o tribunal arbitral siga as orientações que lhe forem dadas pela Comissão, procurando deste modo diminuir consideravelmente o risco de uma eventual anulação da decisão pelo tribunal nacional que seja chamado a apreciar o caso.

¹¹² ALEXIS MOURRE, “ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings – Dissenting Opinion on a Dangerous Project”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 224.

¹¹³ *Idem*, p. 226.

de denunciar o facto à AdC com vista à abertura de procedimento oficioso nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 40.º.

Através deste expediente, permite-se à AdC “confirmar se houve ou não lugar ao desrespeito de condições ou obrigações impostas às empresas beneficiárias de uma decisão de não oposição e eventualmente proceder à aplicação da sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 46.º, alínea a) da LdC até integral cumprimento, ou proceder à revogação da decisão”¹¹⁴. De assinalar que este procedimento, de carácter administrativo, não se confunde com o processo contra-ordenacional a que os mesmos factos poderão dar origem nos termos do artigo 43.º, n.º 1, alínea d) da Lei da Concorrência¹¹⁵.

Contudo, enquanto à Comissão Europeia claramente é dada a possibilidade de introduzir na sua decisão de autorização com compromissos uma cláusula de reexame, que lhe permitirá, mediante pedido fundamentado das partes e em circunstâncias excepcionais, derrogar, alterar ou substituir os compromissos, o que poderá ser particularmente importante nos compromissos respeitantes ao acesso, não estão claros quais os poderes conferidos à AdC em situação paralela. Por outro lado, e aqui à semelhança do que sucede também com a Comissão, a Autoridade tem por função restabelecer a concorrência no mercado e, se for o caso, sancionar as violações mais graves das regras da concorrência, e não resolver o litígio existente entre as partes. Os terceiros poderão, naturalmente, recorrer para tanto aos tribunais judiciais competentes, o que, naturalmente, acarretará para estes terceiros a submissão a um processo previsivelmente muito moroso e dispendioso.

Temos poucas dúvidas em considerar a utilidade da introdução de um mecanismo de arbitragem para resolução dos litígios privados resultantes da adopção pela AdC de decisões de autorização de concentrações com imposição de medidas de correcção.

São várias as vantagens que podem ser apontadas à arbitragem no contexto do direito da concorrência¹¹⁶. Para além da celeridade do procedimento, que se traduz num ganho quer

¹¹⁴ MIGUEL MENDES PEREIRA, *Lei da Concorrência anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 407.

¹¹⁵ Tenha-se em conta que a violação de condições ou obrigações impostas às empresas pela Autoridade, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 35.º e no n.º 2 do artigo 37.º, constitui contra-ordenação punível com coima até 10% do volume de negócios no último ano para cada uma das empresas participantes na infracção.

¹¹⁶ Servimo-nos de um catálogo de vantagens equacionado para as arbitragens internacionais, adaptando-o para o contexto nacional português. Cfr. GORDON BLAKE, RENATO NAZINNI, *Litigating, Arbitrating and Mediating Competition Law Disputes*, 6/2/2009, n.º 4.

para as empresas envolvidas quer para os consumidores na medida em que tal resolução se traduza no restabelecimento da concorrência no mercado, pode ser referida a composição do tribunal, determinada pelas partes em função do sector empresarial em causa e das competências técnicas especializadas dos árbitros. Um dos maiores méritos reconhecidos à arbitragem no contexto da apreciação da aplicação de compromissos em sede de concentrações de empresas, por comparação com os tribunais nacionais, é o facto de os árbitros estarem habitualmente mais próximos do mercado, porventura reunindo os conhecimentos económicos ideais para poderem compreender na íntegra as implicações das medidas a adoptar pelas partes e aplicarem devidamente as regras da concorrência¹¹⁷.

Nada obsta, por exemplo, a que os árbitros nomeados tenham outra formação que não a jurídica. Em alguma medida, tratando-se do domínio da concorrência, tal será, aliás, de louvar, procurando, designadamente, que o mesmo seja integrado por economistas com um percurso relevante para o domínio a tratar. Por outro lado, como se disse repetidamente, nem todas as questões resultantes da aplicação de compromissos serão questões jus-concorrenciais, sendo expectável que, consoante os sectores, muitas outras matérias venham a revelar-se importantes e possam ser melhor tratadas se o corpo de árbitros compreender especialistas, por exemplo, em domínios que são objecto de regulação sectorial. Por último, na medida em que o litígio envolva empresas internacionais, será normal a designação de árbitros estrangeiros.

Um outro facto a considerar é que na arbitragem, pela sua própria natureza, se promove alguma flexibilidade na resolução do litígio pendente e se deixa campo aberto para a formação de acordos entre as partes, tendo em vista, se for o caso, a continuação de boas relações comerciais entre os intervenientes¹¹⁸. Para mais, tal como se viu anteriormente nos procedimentos perante a Comissão, podem ser impulsionados mecanismos que combinem a mediação e a arbitragem, inclusivamente através da previsão de duas fases distintas para a resolução do litígio. Para tanto contribui ainda decisivamente a confidencialidade dos

¹¹⁷ ALEXIS MOURRE, “ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings – Dissenting Opinion on a Dangerous Project”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 223.

¹¹⁸ De acordo com GORDON BLAKE, RENATO NAZINNI, *Litigating, Arbitrating and Mediating Competition Law Disputes*, 6/2/2009, n.º 4, por vezes é necessário decorrer o procedimento de arbitragem para que, cristalizando-se as posições das partes, se torne viável a conciliação dos seus interesses.

procedimentos, evitando-se, deste modo, a publicidade adversa que poderia provir da divulgação pública do litígio.

Existem, é certo, alguns potenciais entraves a considerar e não podemos deixar, por esse motivo, de os referir e ponderar. Um dos principais óbices a que se alude para contestar este mecanismo tem que ver com o facto de, contrariamente ao que sucederia se o conflito fosse apreciado pelos tribunais judiciais, não ser possível ao tribunal arbitral proceder ao reenvio prejudicial de questões de interpretação de direito comunitário da concorrência aos tribunais comunitários¹¹⁹. Com efeito, apenas existindo a submissão de uma acção de anulação da decisão arbitral ao tribunal judicial competente, caso para tanto estejam reunidos os requisitos, poderá este último operar o reenvio.

Contudo, sendo certo que esta carência do tribunal arbitral é intransponível, pode questionar-se se a mesma se traduz efectivamente numa desvantagem. Em primeiro lugar, as questões verdadeiramente difíceis na aplicação dos compromissos dizem respeito a matérias que passam mais pela análise económica das condições do mercado, e inevitavelmente menos pela interpretação do direito comunitário¹²⁰. Em segundo lugar, os tribunais judiciais portugueses têm tido uma atitude tímida relativamente à utilização do mecanismo de reenvio prejudicial, sendo isso particularmente evidente em matérias de direito jus-concorrencial.

Finalmente, haveria que pesar o papel a desempenhar pela AdC num cenário deste tipo. Colocam-se aqui, *mutatis mutandis*, os problemas a que fizemos alusão a propósito da relação com a Comissão Europeia. Em particular, será expectável que, a vir futuramente a tomar uma posição favorável à arbitragem, a AdC, tal como a Comissão, procure contrapesar esse facto com exigências de um estreito acompanhamento do procedimento arbitral e dos seus resultados.

A viabilidade da introdução na ordem jurídica portuguesa de mecanismos de resolução deste tipo teria que passar pela incorporação nas decisões da AdC da previsão do recurso à

¹¹⁹ Sobre o afastamento de tal possibilidade pelo TJCE no acórdão *Nordsee*, RENATO NAZZINI, “A Principle Approach to Arbitration of Competition Law Disputes: Competition Authorities as *Amicus Curiae* and the Status of Their Decisions in Arbitral Proceedings”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 101.

¹²⁰ ALEXIS MOURRE, “ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as *Amicus Curiae* in International Arbitration Proceedings – Dissenting Opinion on a Dangerous Project”, in *European Business Law Review* 2008 (Vol. 19-I), p. 223.

arbitragem. A Autoridade portuguesa pode encontrar justificação para a adopção de uma atitude favorável a este instrumento de resolução de litígios privados no facto de o mesmo permitir a solução de problemas às empresas concorrentes, designadamente às que se hajam constituído como contra-interessados, que em qualquer caso não legitimariam a abertura de procedimento administrativo oficioso.

Para além do inevitável esforço e dispêndio de recursos implicado por um acompanhamento minucioso da execução dos compromissos, a AdC pode ponderar o facto de estes litígios poderem resultar de divergências relativamente à implementação das medidas que não impliquem necessariamente a existência de um incumprimento das mesmas pelas empresas participantes na concentração. Haverá sempre a considerar, por exemplo, a possibilidade de ocorrência de alterações na estrutura de mercado que sejam consideradas exógenas ao cumprimento estrito dos compromissos e que, por isso e pelo facto de no Direito português não se encontrar prevista a introdução de uma cláusula de reexame da decisão administrativa, poderiam colocar dúvidas sobre a fundamentação de uma eventual intervenção da AdC.

4. Controlo estadual da aplicação das regras de ordem pública do Direito da Concorrência

Admitindo um tão amplo campo de arbitrabilidade em questões de concorrência, é em absoluto necessário verificar os meios de controlo estadual da sua aplicação. Tal controlo faz-se, a posteriori, através da acção de anulação da sentença arbitral (artigo 27.º LAV), do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira (artigo V da Convenção de Nova Iorque e artigo 1096.º CPC) e da oposição à execução (artigo 815.º CPC).

O controlo da aplicação do Direito da Concorrência faz-se através da cláusula de ordem pública. No entanto, esta não está prevista no artigo 27.º da LAV como fundamento de anulação de decisão arbitral, tornando-se necessário verificar se é ou não fundamento de anulação.

Idêntico problema não se coloca em relação à sentença arbitral estrangeira pois a violação de ordem pública é elemento expresso de não reconhecimento (artigo V. 2 b) da Convenção de Nova Iorque e artigo 1096.º f) CPC).

4.1. Violação da ordem pública como fundamento de anulação¹²¹

Os fundamentos da acção de anulação da sentença arbitral estão previstos no artigo 27.º LAV, norma que parece indicar a exclusão de quaisquer outros¹²². Mas alguma doutrina tem, ainda que com muitas cautelas, vindo a defender a inclusão de outras causas.¹²³

Lima Pinheiro aponta quatro motivos adicionais de anulação, entre os quais a violação da ordem pública. O argumento para esta inclusão é a sua consagração na Convenção de Nova Iorque e no processo de revisão de sentenças estrangeiras previsto no artigo 1096.º do Código de Processo Civil¹²⁴. Segundo Lima Pinheiro, se a violação de ordem pública impede o reconhecimento de uma decisão arbitral estrangeira em Portugal, por maioria de razão deve ser considerada causa de anulação de uma sentença arbitral nacional.¹²⁵ Assim, de acordo com a posição deste autor, a violação de ordem pública é fundamento de anulação de sentenças arbitrais, mas apenas a ordem pública internacional.

Paula Costa e Silva defende já posição diversa – entende também que a ordem pública funciona como limite à aplicação do Direito pelos árbitros (assim como pelos tribunais judiciais). Mas, a ordem pública a que se refere é a interna. Admite, assim, que a violação de uma regra de ordem pública interna pode implicar a anulação da sentença arbitral.

Perante a não consagração deste fundamento como causa de anulação na LAV, distingue três situações: se a violação está na convenção arbitral, a invalidade reconduz-se à não arbitrabilidade do litígio ou à incompetência do tribunal; se a violação está no processo arbitral, há desrespeito dos princípios fundamentais do processo; se a contrariedade se encontra na própria sentença arbitral, há que *paralisar os efeitos desta última por recursos aos critérios gerais de direito*.¹²⁶

¹²¹ Segue-se de perto o texto de ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “A violação de ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais – Anotação ao Acórdão do STJ de 10.7.2008, Proc. N.º 08A1698”, in *Cadernos de Direito Privado* 2009 (no prelo).

¹²² PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e recursos da decisão arbitral”, in *ROA* 1992 (Ano 52), p. 921.

¹²³ LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, in *ROA* 2007 (Ano 67), p. 3, disponível em www.oa.pt.

¹²⁴ Aplicável às decisões arbitrais estrangeiras, nos termos do artigo 1097.º CPC.

¹²⁵ LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre a impugnação da decisão arbitral”, in *ROA* 2007 (Ano 67), p. 3, disponível em www.oa.pt.

¹²⁶ PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e recursos da decisão arbitral”, in *ROA* 1992 (Ano 52), p. 945.

Repare-se, então, que se trata aqui de ordem pública interna e não internacional, como defende Lima Pinheiro – estes dois conceitos, como se verá à frente, têm níveis de abrangência muito diferentes.

A jurisprudência não é, a este propósito, pacífica: no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2006¹²⁷ a recorrente alegou como fundamento de anulação, entre outros, a violação de ordem pública. O tribunal entende que é um vício que não pode ser objecto de acção de anulação, não chegando sequer a analisar a sua ocorrência.¹²⁸ Já no Acórdão Clausula Penal II¹²⁹, o Supremo Tribunal de Justiça entende que a ordem pública é fundamento de anulação sem chegar sequer a discutir o ponto, tomando como assente que assim é.

Um outro elemento importante é a recentemente apresentada proposta da Associação Portuguesa de Arbitragem¹³⁰, que não lista nos fundamentos de anulação a violação da ordem pública. O artigo 46.º é dedicado ao *pedido de anulação* e segue com grande fidelidade o artigo 34 da Lei-Modelo da UNCITRAL. Precisamente no n.º 3 b) (correspondente ao n.º 2 da Lei-Modelo), é eliminada a referência à ordem pública nacional. Nas extensas notas sobre a proposta da LAV nenhuma palavra de explicação existe que justifique esta omissão.¹³¹ A ausência de explicação deve-se ao facto de a inserção deste fundamento de anulação ter estado previsto no projecto até à sua votação final pela «Comissão Revisora».¹³²

Como se disse já a propósito da arbitrabilidade, a ordem pública desempenha uma dupla função – por um lado, impõe restrições à arbitrabilidade dos litígios, por outro é fundamento de anulação. Na lei francesa, a ordem pública é a única restrição à

¹²⁷ Processo n.º1465/2006-2, Caso *Golf das Amoreiras*.

¹²⁸ No Acórdão STJ de 24 de Outubro de 2006, Processo n.º 06B2366, foi igualmente decidido que os fundamentos do artigo 27.º são taxativos.

¹²⁹ Acórdão STJ de 10 de Julho de 2008, Proc. n.º 08ª1698, disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁰ Disponível <http://arbitragem.pt/projectos/index.php>

¹³¹ Para a anulação de sentenças proferidas em arbitragem internacional e para o reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras, o fundamento está previsto – artigos 54.º e 57.º b) ii) da Proposta da APA.

¹³² ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista de Arbitragem e Conciliação* 2009 (n.º 2), ponto 25.

arbitrabilidade dos litígios na arbitragem internacional.¹³³ É certo que os problemas são diversos, mas não é raro que os Estados relacionem arbitrabilidade e ordem pública para reforçar a aplicação de certas regras ou o seu controlo sobre certas matérias que julgam essenciais.¹³⁴

Conforme se concluiu a esse propósito, são arbitráveis litígios relativos a direitos relativamente indisponíveis, sendo indiferente se o regime é composto ou não por normas imperativas. É, sem margem para dúvidas, um amplíssimo conceito de disponibilidade e, deve dizer-se, provavelmente não foi este o intuito do legislador de 1986. Talvez por isso não se tenha consagrado a violação da ordem pública como fundamento de anulação. Se não eram arbitráveis litígios cujo regime era constituído por normas imperativas, não havia o problema da sua não aplicação.

Tendo como assente que são arbitráveis litígios cujo regime é imperativo total ou parcialmente, torna-se de imediato necessário determinar se há controlo estadual da aplicação do direito imperativo. Numa outra formulação, assumindo que os árbitros estão obrigados a aplicar as regras imperativas, há que estabelecer o que acontece se o não fizerem. Se, na sua decisão, não aplicarem regras impositivas, mas outras que entendam melhor aplicáveis. Ou, ainda, se invocam a aplicação dessas regras, mas aplicam uma sua interpretação duvidosa ou passível de revisão.

Estas são, evidentemente, questões que têm a ver com o mérito da acção e daí as resistências por parte da comunidade arbitral em aceitar a sua inserção. O controlo da arbitragem, quando não há recurso de mérito, é meramente formal e, por isso, admitir em acção de anulação revisões de mérito é sempre polémico.

Poderia até dizer-se que o mesmo se passa nos tribunais judiciais, que frequentemente estes não aplicam normas de direito imperativo ou aplicam-nas erroneamente. E desta linha de raciocínio extrapolar-se para a não necessidade de controlo público da arbitragem.

Esta equiparação não é, porém, admissível, na medida em que, primeiro, no sistema judicial há, por regra, recursos; segundo, se é verdade que são renunciáveis (artigo 681.º CPC), os

¹³³ JEAN-FRANÇOIS POUDRET e SÉBASTIEN BRESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Geneve, Paris, Bruxelles, Schulthess, L.G.D.F., Bruylant, 2002, p. 311.

¹³⁴ GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration – volume I*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, p. 771.

tribunais judiciais são um órgão de soberania permanente, sendo os seus membros escolhidos de acordo com a lei, assim como é de acordo com a lei que é atribuído um juiz (o juiz natural) a um processo. O controlo da aplicação do Direito tem assim diversas vertentes nos tribunais judiciais, de todo comparáveis com a arbitragem.

O que se acabou de dizer não constitui uma crítica ou uma desvalorização da arbitragem, antes obriga a que o regime de aplicação do Direito seja, nesta jurisdição, muito claro, na medida em que é fundamental que as partes saibam do que prescindem quando optam pela jurisdição arbitral. Parece-nos, aliás, que uma clara noção das consequências da adesão a uma convenção de arbitragem, apenas pode valorizar a sua utilização.

Da análise da jurisprudência sobre arbitragem, constata-se que, na maioria dos casos, as partes litigam utilizando a acção de anulação como se de um recurso se tratasse. Litigam, como é tradição forense portuguesa actual, esgotando todos os possíveis e impossíveis meios de impugnação das decisões jurisdicionais. Se este *modus operandi* é lamentável nos tribunais judiciais, é incoerente com a escolha da arbitragem como jurisdição alternativa, autónoma e independente. Talvez um rigoroso esclarecimento sobre o que significa a escolha da jurisdição arbitral, acompanhada de uma jurisprudência informada, possa limitar o número de impugnações de sentenças arbitrais.

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.

É a conhecida doutrina do *second look*, conforme se viu já ao tratar-se dos casos *Mitsubishi* e *Eco Swiss*.¹³⁵

Em ambos os casos assumiu-se que são aplicáveis em arbitragens normas imperativas e que a sua inaplicabilidade é fundamento de anulação da sentença arbitral. Este raciocínio é ponto assente na arbitragem internacional, sobretudo porque a Convenção de Nova Iorque contém, no seu artigo V 2 b), este obstáculo ao reconhecimento. Tendo em conta que esta Convenção vigora em Portugal, a regra dela constante é nosso direito positivo.

¹³⁵ *Idem*, p. 2857.

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. Nenhum Estado (porque é de Direito) pode tolerar a existência de tribunais privados que não apliquem as regras que esse Estado (esse povo) entendeu essenciais. A mera possibilidade de existência deste controlo é essencial para a coerência do ordenamento jurídico. Falamos de ordem pública nacional e não internacional, seguindo a posição do Acórdão Cláusula Penal II¹³⁶ 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. Podem-se abrir as fronteiras da arbitrabilidade, mas mantém-se a possibilidade de, em casos de necessidade, encerrá-las para controlar o tráfego.

Este reconhecimento não deve, de todo, assustar os defensores da arbitragem. Pelo contrário, deve ser por eles pedida porque permite distinguir a arbitragem que não tem receio de qualquer controlo, que se sabe aplicadora do Direito. A boa arbitragem, para se distinguir daquela que pretende enviar a aplicação do Direito, deve promover precisamente a existência deste controlo, porque não o receia.

É, por isso, ainda mais difícil entender o porquê da ausência deste fundamento de anulação na Proposta da APA, Associação representativa da comunidade arbitral portuguesa. Compreende-se que haja algum receio – justificado, sem dúvida – do abuso deste fundamento por parte da advocacia. Compreende-se, ainda, que haja algum receio – justificado, sem dúvida – de errónea aplicação deste fundamento pelos nossos tribunais. Mas, julgamos preferível partir de uma posição optimista sobre o tema e, mais, perceber que, como já acontece com a actual legislação, a não consagração na lei da ordem pública como fundamento de anulação não impede, de todo, que se considere que existe no Direito.¹³⁷

Admitiu-se que o conceito de arbitrabilidade é hoje muito mais amplo do que a letra da lei, apontando claramente o sentido da disponibilidade relativa, aproximando-se da

¹³⁶ Acórdão STJ de 10 de Julho de 2008, Proc. n.º 08A1698, disponível em www.dgsi.pt

¹³⁷ Como acontece, por exemplo, na arbitragem doméstica nos Estados Unidos da América – GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration – volume II*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, p. 2831.

patrimonialidade. Não subsistem dúvidas de que são arbitráveis direitos sujeitos a regimes compostos por normas imperativas. Ao aceitar-se este alargamento, tem necessariamente de permitir-se um correspectivo controlo estadual da aplicação do direito imperativo, controlo que é feito através da verificação da aplicação das normas de ordem pública interna. Esse controlo deve, aliás, ser mais exigente – quanto mais se alarga a arbitrabilidade, maior será o âmbito de controlo estadual, mais cuidado e abrangente terá de ser o conceito de ordem pública.

4.2 Ordem pública jus-concorrencial

Assente que a ordem pública é fundamento de anulação das decisões arbitrais e que são arbitráveis litígios que envolvam questões de concorrência, deve agora verificar-se em que medida as normas de Direito da Concorrência são normas de ordem pública.

De acordo com o acórdão *Eco Swiss*, o artigo 85.º do TCE (actual artigo 101.º) poderia ser considerado como uma disposição de ordem pública na acepção da Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958, sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

A utilização feita do conceito de ordem pública pelo TJCE no presente acórdão aponta para a consideração das normas nacionais de ordem pública. Com efeito, quer nas referências feitas às normas do direito processual civil holandês quer na alusão à Convenção de Nova Iorque, o que se pretende é concretizar o conceito indeterminado a que a lei de um Estado-membro recorre para, num caso, possibilitar a anulação de uma decisão arbitral (artigo 1605.º do Código de Processo Civil neerlandês) e, no outro, permitir ao Estado a recusa de reconhecimento e de execução a uma decisão arbitral estrangeira (artigo V, n.ºs 1, alíneas *c*) e *e*), e 2 da referida Convenção).

Nos termos do acórdão, “por um lado, esse artigo [o actual artigo 101.º do Tratado] constitui uma disposição fundamental indispensável para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade e, em particular, para o funcionamento do mercado interno, por outro lado, o direito comunitário exige que as questões atinentes à interpretação da proibição imposta por este artigo 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”. Face aos termos empregues, suscita-se legitimamente a dúvida sobre o problema de saber

se o conceito de ordem pública utilizado pelo Direito Comunitário se reveste, afinal, de cariz nacional (e, neste caso, se se refere ao conceito de ordem pública interna ou ao conceito de ordem pública internacional) ou se, pelo contrário, se pode já falar de um conceito de cariz comunitário.

Seguindo a densificação que tem vindo a ser feita pela doutrina portuguesa, o conceito de ordem pública *interna* diz respeito ao conjunto de regras imperativas do sistema jurídico de um Estado, que têm por função servir de limite à autonomia privada e que, no seu todo, representam as especificidades de um ordenamento jurídico, distinto, por isso, dos ordenamentos jurídicos de outros Estados¹³⁸. Por seu turno, o conceito de ordem pública *internacional* deriva da ideia de que a legitimidade que cada Estado tem para, no contexto do seu sistema jurídico, definir este tipo de limites não significa que os possa impor quando está em causa a aplicação de uma lei estrangeira. Por esse motivo, o conceito de ordem pública internacional, sendo muito embora decalcado do conceito de ordem pública interna, é menos amplo que este, na medida em que se assenta no facto de certos valores não deverem ser exigíveis ao direito estrangeiro sob pena de se excluir a aplicação deste pelos tribunais nacionais.¹³⁹

O aprofundamento do conceito de ordem pública no Direito português situa-se, naturalmente, no âmbito do Direito Internacional Privado. Uma das suas bases jurídicas no ordenamento jurídico português é o artigo 22.º do Código Civil, que estabelece que não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflitos, quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português. Estão em causa as situações em que, tendo-se já determinado qual a lei aplicável a uma determinada situação jurídica, e tratando-se esta de uma lei estrangeira, se detecta a existência de uma colisão com os alicerces do sistema jurídico do Estado do foro, ou seja, do Direito português.

Nessas situações, o direito estrangeiro não pode ser aplicado, uma vez que, a sê-lo, colocaria em causa os valores mais essenciais do Estado português. Significa isto que a ordem pública internacional se restringe a um “núcleo de valores e princípios impositivo,

¹³⁸ RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, BFD 74, 1998, p. 48.

¹³⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Revista de Arbitragem e Conciliação* 2010 (nº2) (no prelo), ponto 25.

quer interna, quer externamente, dada a sua essencialidade”¹⁴⁰. Ou seja, não está em causa uma qualquer contrariedade entre as soluções a que conduz a aplicação da lei estrangeira e aquelas a que conduziria a aplicação da lei do foro; está, isso sim, em causa a ameaça aos valores fundamentais do Estado do foro.

Na análise desta cláusula de salvaguarda, a doutrina tem identificado as seguintes características da chamada reserva de ordem pública internacional¹⁴¹: (i) indeterminabilidade, na medida em que é irrealizável quer uma definição quer uma enumeração de critérios de delimitação do conceito; (ii) excepcionalidade, porque a ordem pública internacional desempenha uma “função protectora do foro, escudando-o da aplicação de uma lei estrangeira considerada inaceitável”, apenas nesse sentido e com esta função se permitindo o desvio à aplicação da lei estrangeira; (iii) actualidade, porquanto, o conceito de ordem pública é densificado no momento da decisão do caso concreto, o que consolida a necessidade da sua apreciação casuística; e, finalmente, (iv) carácter nacional do conceito, pois que, ainda que os valores essenciais a que a ordem pública internacional do Estado português possam ser também, pelo menos alguns deles, valores universais, apenas são tidos em conta na medida em que pertençam a este núcleo irreduzível de valores que caracteriza a ordem jurídica portuguesa.

As referências às “razões de ordem pública” no Tratado da Comunidade Europeia são várias, sendo de destacar o emprego da expressão para justificar a permissão excepcional de restrições quantitativas às trocas entre Estados-membros (artigo 36.º), a limitação da livre circulação de trabalhadores e do direito de estabelecimento (artigos 45.º e 52.º) e a tomada de medidas que possam traduzir-se numa limitação da livre circulação de capitais (artigo 63.º e 65.º)¹⁴².

É sobretudo a propósito da liberdade de circulação de pessoas, de serviços e do direito de estabelecimento que se tem feito a construção jurisprudencial do conceito de ordem pública no âmbito do Direito Comunitário, sendo evidentes as dificuldades encontradas na

¹⁴⁰ NUNO ANDRADE PISSARRA, SUSANA CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 159.

¹⁴¹ *Idem*, pp. 161-162; RUI MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, BFD 74, 1998, pp. 57-58.

¹⁴² Refira-se que existem também no Tratado várias referências à manutenção da “ordem pública” (artigos 72.º, 202.º e 347.º), expressão utilizada no sentido de paz social ou de segurança pública, que foge ao âmbito em que nos movemos na presente análise.

conciliação da imposição de uma interpretação restrita deste instrumento de limitação de liberdades fundamentais do Tratado com a necessidade de salvaguardar uma margem de apreciação das situações de facto *sub judice* por parte das autoridades nacionais.

A propósito desta matéria, é de referir também a Directiva n.º 64/221/CEE, de 25 de Fevereiro de 1964, sobre a coordenação de medidas aplicáveis a estrangeiros em matéria de estabelecimento justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, cujo objectivo não foi o de consagrar uma noção comunitária de ordem pública mas sim o de restringir, do modo possível, o poder de apreciação dos Estados-membros nesta matéria¹⁴³. Assim, encontramos apenas neste acto comunitário a concretização da possibilidade de invocação de motivos de ordem pública para restringir a circulação de nacionais dos Estados-membros. Estabelece-se, nomeadamente, que tais razões não podem ser invocadas com fins económicos e que as medidas de ordem pública ou de segurança pública devem fundamentar-se, exclusivamente, no comportamento pessoal do indivíduo em causa.

A matéria foi retomada muitos anos mais tarde, mas com propósito idêntico, pela Directiva n.º 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que, entre outros efeitos, revoga a Directiva n.º 64/221/CEE.

Pese embora a importância de tais directivas, a verdadeira concretização – ou, deveríamos antes dizer, a concretização possível – do conceito de ordem pública foi feita por via da jurisprudência do TJCE. São de destacar, nesta sede, o acórdão *Van Duyn*¹⁴⁴ e os acórdãos *Bonsignore*¹⁴⁵, *Rutili*¹⁴⁶ e *Bouberau*¹⁴⁷, do qual se destaca a reafirmação do princípio da

¹⁴³ Assim, NUNO ANDRADE PISSARRA, SUSANA CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 183.

¹⁴⁴ Acórdão do TJCE de 4 de Dezembro de 1974, *Yvonne van Duyn contra Home Office*, Proc. n.º 41-74, CJ 1974, p. 1337. Nesta decisão estabelece-se o princípio de que a aplicação da reserva de ordem pública é susceptível de controlo jurisdicional, com o objectivo claro de evitar que os Estados pudessem, com este argumento, obstar unilateralmente ao princípio da livre circulação de trabalhadores e que, muito embora a reserva de ordem pública deva ser interpretada restritivamente, tal não significa uma restrição à margem de apreciação da necessidade de salvaguarda da ordem pública a cargo das autoridades nacionais face às circunstâncias do caso concreto.

¹⁴⁵ Acórdão do TJCE de 26 de Fevereiro de 1975, *Carmelo Angelo Bonsignore contra Oberstadtdirektor der Stadt Köln*, Proc. N.º 67/74, CJ 1975, p. 297, em que se reafirma a necessidade de que as medidas a tomar pelos Estados contra os nacionais de outros Estados da Comunidade tenham em conta o caso concreto, o que é o

necessidade de verificação de uma ameaça real e suficientemente grave afectando um dos interesses fundamentais da sociedade e da insuficiência da existência apenas de uma perturbação da ordem social, subjacente a qualquer violação da lei.

Uma apreciação da legislação e da jurisprudência comunitárias nestas matérias pode apenas levar-nos a concluir pela interpretação e aplicação restrita do conceito de ordem pública, que, em rigor, mesmo deixando aos Estados uma margem de apreciação considerável face às circunstâncias do caso concreto, não convida à abstracção – sendo prova disso o facto de, em momento algum, o TJCE se ter proposto definir o conceito – mas sim à decisão de cada caso com estrito respeito pelas balizas impostas pelo Direito Comunitário (entre as quais as que constam das directivas referidas *supra*).

Justamente por constituir um conceito próprio a cada Estado, o conceito de ordem pública utilizado no TCE torna-se, em abstracto, indefinível neste contexto tão geral. A ordem pública consiste na defesa dos interesses que cada Estado tem por essenciais para salvaguarda da sociedade. Não podemos, por isso, falar de uma ordem pública comunitária unitária, permanecendo cada Estado-membro livre de tomar decisões que lhe pareçam conformes à ordem pública nacional¹⁴⁸.

Apesar disso, o TJCE tem-se considerado competente para, em matérias em que esteja em causa a ordem pública, controlar a validade de decisões dos Estados-membros face às regras do Direito Comunitário pois, como afirmou no já referido acórdão *Van Duyn*¹⁴⁹, o

mesmo que dizer que a avaliação deve ter em conta a conduta pessoal dos indivíduos no sentido de que essas medidas só serão justificáveis caso a deportação se justifique face à ameaça para a paz e a segurança pública resultante da conduta daquele indivíduo em concreto.

¹⁴⁶ Acórdão do TJCE de 28 de Outubro de 1975, *Roland Rutili contra Ministre de l'intérieur*, Proc. N.º 36/75, CJ 1975, p. 1219, no qual o TJCE enfatizou a excepcionalidade da medida, considerando que as medidas restritivas da liberdade de circulação no território comunitário com fundamento na ordem pública apenas podem verificar-se se a presença ou o comportamento dos indivíduos representar uma ameaça real e suficientemente grave para a ordem pública.

¹⁴⁷ Acórdão do TJCE de 27 de Outubro de 1977, *Regina contra Pierre Bouchereau*, Proc. N.º 30/77, CJ 1977, p. 1999.

¹⁴⁸ Assim, LOUIS DUBOIS, CLAUDE BLUMANN, *Droit materiel de l'Union européenne*, 3.ª ed., Montchrestien, 2004, p. 56.

¹⁴⁹ Acórdão do TJCE de 4 de Dezembro de 1974, *Yvonne van Duyn contra Home Office*, Proc. n.º 41-74, CJ 1974, p. 1337: “the concept of public policy in the context of the community and where, in particular, it is used as a justification for derogating from a fundamental principle of community law, must be interpreted strictly, so that its scope cannot be determined unilaterally by each member state without being subject to control by the institutions of the community. Nevertheless, the particular circumstances justifying recourse to

conceito de políticas públicas, sobretudo nos casos em que é utilizado como justificação para derrogar um princípio fundamental de Direito Comunitário, deve ser interpretado estritamente e ser sujeito a controlo pelas instituições comunitárias¹⁵⁰.

Tendo em conta a utilização feita pelo TJCE do referido conceito, não deve surpreender que muitos autores se tenham preocupado com o problema de saber se nos referimos a um conceito de pendor nacional ou de natureza comunitária.

Esta dualidade é explicada pela doutrina portuguesa de um modo que nos parece exemplar e que por isso aqui reproduzimos: se, por um lado, uma concepção comunitária da ordem pública se apoiaria no facto de a mera remissão para o Direito interno de cada Estado poder tornar impossível a aplicação do Direito Comunitário, “permitindo aos Estados Membros modificar *motu próprio*, isto é, de forma unilateral, o campo de aplicação do Tratado *rationae personae*”¹⁵¹, por outro lado, na medida em que o próprio TCE reconhece a diversidade entre as ordens públicas dos Estados, “uma noção comunitária de ordem pública, na ausência de um poder político uno e integrado, não deixaria de constituir uma ficção, reflexo do conceito nacional de ordem pública dominante nos Estados-membros com maior peso na decisão comunitária”¹⁵².

Tem-se concluído, deste modo, pelo carácter *misto* do conceito de ordem pública utilizado pelo TCE, o qual, nos termos da interpretação feita pelo TJCE, releva a um mesmo tempo do Direito Comunitário e dos direitos nacionais dos Estados-membros¹⁵³.

the concept of public policy may vary from one country to another and from one period to another, and it is therefore necessary in this matter to allow the competent national authorities an area of discretion within the limits imposed by the treaty.”

¹⁵⁰ Deste modo, o conceito de ordem pública utilizado pelo TCE tem uma natureza distinta do conceito de ordem pública internacional. Com efeito, enquanto este último se reveste de uma natureza “confitual” pressupondo o funcionamento prévio de normas de conflitos e tendo por função a exclusão da aplicação da lei estrangeira pela lei do foro no caso de confronto com os valores essenciais do ordenamento jurídico do foro, o conceito de ordem pública referido no TCE tem uma natureza “material”, visando a auto-exclusão do Direito Comunitário no caso de confronto com os valores essenciais de um ordenamento jurídico. Para maiores desenvolvimentos, NUNO ANDRADE PISSARRA, SUSANA CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 188-191

¹⁵¹ *Idem*, p. 186.

¹⁵² MARIA LUÍSA DUARTE, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 274.

¹⁵³ LOUIS DUBOIS, CLAUDE BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3.^a ed., Montchrestien, 2004, p. 56. Como preferem afirmar NUNO ANDRADE PISSARRA, SUSANA CHABERT, *Normas de aplicação imediata, ordem*

A respeito da referência feita ao conceito de ordem pública no domínio do Direito da Concorrência pelo TJCE importa ainda considerar se a mesma pode ou não ser incluída como elemento integrante da reserva de ordem pública internacional dos Estados-membros.

Considera o TJCE que as instâncias nacionais devem incluir o artigo 101.º do TCE entre os seus fundamentos de ordem pública, na medida em que o mesmo consubstancia uma disposição fundamental ao bom funcionamento do mercado interno. Cumpre, pois, concluir que sentido operativo pretende o Tribunal atribuir a esta referência à ordem pública.

Trata-se, a nosso ver, de uma tentativa de integração desta norma comunitária – e, em sentido mais amplo, dos princípios essenciais do direito comunitário da concorrência encimados pela mesma necessidade imperiosa de garantia do bom funcionamento do mercado interno – no conceito de ordem pública internacional dos Estados-membros

Refira-se, inclusivamente, como argumento a favor desta conclusão a referência feita ao facto de o artigo 101.º do TCE ser elegível como “disposição de ordem pública” no sentido da Convenção de Nova Iorque de 1958, onde também o conceito empregue é o conceito de ordem pública internacional.

Significa isto, portanto, que o TJCE considera essencial que, na análise aposteriorística (em relação ao funcionamento das normas de conflitos) empreendida pelas autoridades nacionais dos valores essenciais do ordenamento jurídico nacional – e, por arrastamento, no eventual afastamento da aplicação do direito estrangeiro – devem estas autoridades integrar os princípios considerados fundamentais pelo Direito Comunitário, entre os quais o princípio da protecção da concorrência.

Deste modo, chamados a apreciar a conformidade com os valores essenciais da ordem jurídica portuguesa de uma decisão de uma jurisdição que tenha aplicado uma lei estrangeira – designadamente, para o que ao caso importa, uma decisão de um tribunal

pública internacional e direito comunitário, Coimbra, Almedina, 2004, p. 187, “ambas as teses têm um fundo de verdade e, por isso, a referida reserva deve ser entendida como uma noção híbrida: nacional quanto ao conteúdo e comunitária quanto à fonte, pois, por um lado, só faz sentido recorrer a tal reserva no sentido de escudar um determinado Estado Membro da ingerência comunitária, à luz de exigências internas e, por outro lado, o próprio Direito Comunitário tem uma palavra a dizer quanto à legitimidade de tal recurso, como demonstra a jurisprudência do TJCE”.

arbitral –, os tribunais nacionais deverão necessariamente ter em conta a regra essencial que se retira da jurisprudência *Eco Swiss*, considerando, pois, como parte da ordem pública internacional, pelos motivos apontados, as normas previstas nos artigos 101.º e 102.º do TCE.

Tal como se defendeu anteriormente, também na arbitragem doméstica, tem de se reconhecer como fundamento de anulação a violação de ordem pública interna, sendo neste caso o fundamento encontrado no facto de não se poder admitir a inexistência total de controlo pelo Estado da aplicação do seu direito imperativo. Isto significa que, admitindo-se a arbitrabilidade das questões de concorrência e, nos moldes anteriormente expostos, a aplicação das regras da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, e, nos casos em que tal se justifique, as normas dos artigos 101.º e 102.º do TCE, não se afasta o controlo estadual da aplicação do direito imperativo, sendo tal controlo realizado mediante a verificação da aplicação das normas de ordem pública interna.

Ora, as regras de concorrência referidas integram precisamente o conjunto de regras imperativas do sistema jurídico do Estado português que, servindo de limite à autonomia privada, integram a ordem pública interna. Estará, pois, a cargo dos órgãos jurisdicionais públicos um *second look* sobre as decisões de tribunais arbitrais que, na ordem jurídica interna, apreciem questões que suscitem problemas jus-concorrenciais e que salvaguardem a aplicação das regras imperativas do Direito português (incluindo, aqui, quer as normas de fonte nacional quer também, em virtude do efeito directo das mesmas, as normas de concorrência de fonte comunitária) nos casos em que os árbitros não as apliquem (devendo fazê-lo) ou as aplique de modo duvidoso ou indevido.

É necessário alguma cautela quanto ao exacto âmbito deste controlo da violação da ordem pública em matéria jus-concorrencial. A doutrina tem entendido que se deve atender apenas a violações manifestas da ordem pública. Por exemplo, por ter julgado abrangida por uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 101.º uma colusão entre empresas que não poderia como tal ter sido qualificada ou ter erroneamente e de modo grosseiro considerado não existirem efeitos nocivos para o mercado interno que efectivamente existiam ou ainda ter desconsiderado orientações expressas pela Comissão Europeia ou pelo TJCE relativamente ao sentido da aplicação das normas comunitárias).¹⁵⁴ Esta orientação foi seguida no Caso *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile*,

¹⁵⁴ LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “Antitrust: a Paradigm of the Relations Between Mandatory Rules and Arbitration – A Fresh Look at the “Second Look”, in *International Arbitration Law Review* 2004 (7,1), pp. 29-30.

onde o tribunal francês decidiu que apenas era causa de anulação de decisão arbitral uma violação óbvia, actual e concreta.¹⁵⁵

Numa primeira abordagem da delicada questão, parece-nos essencial que o controlo seja efectivo, sem que haja qualquer receio de reexames de mérito quanto a aspectos essenciais do regime jurídico. A recente crise financeira demonstrou, como a História o já havia feito, que não há desenvolvimento económico sem controlo público. Pelo que a autonomia privada deve conviver e bem com a possibilidade desse controlo.

É importante que a análise verifique se há violações graves de Direito da Concorrência, podendo tal exame implicar uma revisão do mérito da decisão.

5. Conclusão.

Como inicialmente avançámos, pretendemos neste artigo iniciar o estudo das possibilidades da arbitragem na concorrência. São dois domínios aparentemente inconciliáveis, mas os caminhos de mútua compreensão estão lançados.

Não nos restam dúvidas de que as questões de concorrência são, em geral, arbitráveis, tendo em conta que a evolução do direito português vai no sentido de considerar arbitráveis os litígios relativamente disponíveis, afastando o conceito de arbitrabilidade da consagração de regras imperativas no direito em litígio.

O Direito da Concorrência, embora público na sua natureza, gera direitos cujos titulares são particulares ou situações jurídicas que podem ser tuteladas ou exercidas por privados. Nesta área faz todo o sentido que a arbitragem seja um meio de resolução de litígios ao dispor dos intervenientes.

Se a via do diálogo está aberta, esta ampla arbitrabilidade coloca problemas de difícil resolução, quer prática, quer teórica a que procurámos dar resposta. Do que analisámos, parece-nos que o eventual surgimento de arbitragens nesta área em Portugal trará ainda outros e mais difíceis problemas, mas julgamos que o nosso direito tem já a envergadura necessária para os ultrapassar.

¹⁵⁵ DENIS BENSUAUDE, “Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile”, in *Journal of International Arbitration* 2005 (22-3), p. 243.

Por último, estabelecemos como regra essencial para a adequada arbitrabilidade das questões de concorrência a possibilidade de controlo estadual através da violação da ordem pública. O mundo mostrou recentemente que a inexistência de controlo adequado é prejudicial ao desenvolvimento económico. A liberdade está necessariamente associada a responsabilidade. Uma postura responsável não teme, antes exige, o controlo público da sua actividade.