

ARBITRATION REVIEW

02

Jurisprudência
comentada de
2017



Ficha técnica

Título:

PLMJ Arbitration Review
Revista PLMJ Arbitragem

2ª edição

Coordenação:

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

Contacto:

plmjlaw@plmj.pt
(+351) 213 197 300

Proprietário:

PLMJ Advogados, SP, RL

ISSN:

2184-4488 (versão impressa)
2184-4496 (versão eletrónica)

Morada:

Av. Fontes Pereira de Melo, 43
1050-119 Lisboa, Portugal

Periodicidade:

Anual

Autores

Ana Coimbra Trigo

Associada PLMJ

António Pedro Pinto Monteiro

Associado Sénior PLMJ

Betyna Heidrich Jaques

Associada PLMJ

Carla Góis Coelho

Associada Coordenadora PLMJ

Iñaki Carrera

Associado PLMJ

Joana Schmid Moura

Associada PLMJ

João Tornada

Associado PLMJ

José-Miguel Júdece

Sócio PLMJ

Leonor Caldeira

Associada PLMJ

Mariana Carvalho

Associada PLMJ

Mariana França Gouveia

Sócia PLMJ

Pacôme Ziegler

Associado Coordenador PLMJ

Telma Pires de Lima

Associada Coordenadora PLMJ

Tiago Duarte

Sócio PLMJ

Índice

1	PACÔME ZIEGLER Étendue du contrôle du juge de l'annulation quant au grief de violation de l'ordre public international: des indices précis et concordants d'un revirement jurisprudentiel (Commentaire des arrêts rendus le 21 Février 2017 et 16 Mai 2017 par la cour d'appel de Paris et le 13 Septembre 2017 par la Cour de Cassation)	P.9
2	MARIANA FRANÇA GOUVEIA Adverse Inferences – To draw or not to draw (Cour d'appel de Paris, 28 Février 2017)	P.15
3	TIAGO DUARTE Um campo de golfe na China e uma arbitragem que não chegou a tempo (Ansung housing co, ltd v. Rep. Popular of China de 9 de março de 2017)	P.23
4	IÑAKI CARRERA Producción de documentos: breve comentario sobre el caso Mobil c. Venezuela (Comité ad hoc CIADI, 09 de Marzo de 2017)	P.31
5	TELMA PIRES DE LIMA O dever de fundamentação na sentença arbitral (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de março de 2017)	P.37
6	MARIANA CARVALHO Alocação de custos em arbitragem – Haverá luz ao fundo do túnel? (Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa de 16 de março de 2017)	P.43
7	JOSÉ-MIGUEL JÚDICE / JOÃO TORNADA The separability of arbitration agreements in public tenders: Do birds of a (different) feather flock (and fall) together? (Portuguese Supreme Court of Justice´s Judgment of 6 April 2017)	P.51
8	BETYNIA HEIDRICH JAQUES O caso abengoa: Indícios de uma nova política na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras? (SEC NO. 9.412/US do STJ Brasileiro de 19 de abril de 2017)	P.63
9	ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO O due process na arbitragem desportiva do TAS/CAS – Sentido, alcance e (frequentes) confusões na matéria (Acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de julho de 2017)	P.71
10	ANA COIMBRA TRIGO Expedited procedures: A party autonomy paradox in the making? (Shanghai no. 1 intermediate people's court judgement of 11 August 2017)	P.89
11	JOANA SCHMID MOURA „Bitte ein Bit?“ Die (un)vereinbarkeit von schiedsklauseln in intra-EU bits mit dem unionsrecht (Von den schlussanträgen des generalanwalts Wathelet bis zum urteil des eughs in der rechtssache c-284/16 Slowakische Republik / achmea bv) “To Bit or not to Bit?“ The (in)compatibility of arbitration clauses in intra-EU bits with EU law (From the opinion of advocate general Wathelet to the Judgment of the Court of Justice in case c-284/16 Slovak Republic v achmea bv)	P.105
12	CARLA GÓIS COELHO / LEONOR CALDEIRA A condenação genérica em processo arbitral (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 09 de novembro de 2017)	P.127

Prefácio

Pedro Metello de Nápoles

Um ano depois do lançamento do primeiro número da PLMJ Arbitration Review (Revista PLMJ Arbitragem) e tendo recebido do José Miguel Júdece, no início deste ano, a coordenação da equipa de arbitragem, cabe-me agora prefaciá-lo este número dois.

É sempre mais fácil seguir as pisadas dos outros, pelo que teria a tarefa simplificada, não fosse o facto de as pisadas em causa serem do José Miguel.

Embora a iniciativa da revista e a dinamização do projeto tenham partido do António Pedro Pinto Monteiro e do Iñaki Carrera, nada disso teria sido possível não fosse a visão do José Miguel.

Foi o José Miguel que achou que fazia sentido criar uma equipa especializada apenas em arbitragem, separada do resto do contencioso, com capacidade para lidar com processos de qualquer dimensão e com profundidade.

Quanto à capacidade, em cinco anos multiplicámos por cinco a equipa inicial, com advogados de várias nacionalidades, com capacidade de trabalho em várias línguas, para além de contarmos com mais uma dezena de advogados de outras áreas, com presença forte na arbitragem.

Quanto à profundidade, apostámos na especialização, na colaboração com equipas internacionais, e fomos buscar advogados à academia.

Esta revista traduz esse esforço: 12 artigos escritos por 14 advogados, números bem reveladores da aposta na arbitragem.

Finalmente, sendo muitas das decisões comentadas proferidas por Tribunais judiciais, pretende-se também chamar a atenção para indissociabilidade das duas jurisdições e para a necessidade de trabalharem em conjunto.

A arbitragem pode dar – e já dá – um contributo importante para a racionalização de meios de resolução de litígios, mas esse contributo só pode funcionar dentro dos limites definidos na lei e garantidos pelos Tribunais.

Afinal, aquilo que as duas jurisdições prosseguem é o mesmo: Justiça.

Lisboa, 26 de outubro de 2018

Introdução

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera

Após um ano do lançamento do n.º 1 da PLMJ Arbitration Review (Revista PLMJ Arbitragem), cabe agora publicar o n.º 2 que se centra na jurisprudência referente ao ano de 2017. Nele são analisados e comentados 14 acórdãos: 4 acórdãos nacionais (Supremo Tribunal de Justiça e Tribunal da Relação de Lisboa) e 10 internacionais de diversas jurisdições (França, Suíça, Brasil, Shanghai, Tribunal de Justiça da União Europeia, um acórdão do tribunal arbitral ICSID e outro do Comité Ad-Hoc ICSID). Os comentários foram redigidos em português, espanhol, francês, alemão e em inglês, sendo cada comentário, naturalmente, da exclusiva responsabilidade de cada autor, não refletindo a posição dos restantes autores (ou da equipa de arbitragem da PLMJ).

De entre os vários (e controvertidos) temas de arbitragem abordados no n.º 2 da Revista, e seguindo uma ordem cronológica das datas dos acórdãos, começamos por destacar o tema da ordem pública internacional e da corrupção em dois acórdãos da Cour d'appel de Paris e um da Cour de Cassation, todos comentados em francês por Pacôme Ziegler. Este comentário volta a temas abordados no n.º 1 da Revista sobre a tão importante temática do poder de revisão dos tribunais judiciais no âmbito da ação de anulação. Estaremos perante uma alteração de paradigma no que toca à revisão do mérito das decisões arbitrais?

Mariana França Gouveia, por sua vez, trouxe o tema das interferências negativas. Qualquer advogado teme que os efeitos negativos de comportamentos processuais possam ter uma influência negativa na decisão arbitral, sobretudo no que toca à produção de documentos.

Atendendo ao seu carácter internacional, a Revista não podia, naturalmente, deixar de comentar acórdãos sobre arbitragem de investimento. Neste sentido, Tiago Duarte analisou a primeira arbitragem de investimento contra a República Popular da China e Joana Schmid Moura os temas relacionados com a célebre arbitragem Achmea, tendo em conta a recentíssima Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia proferida em 06.03.2018.

Iñaki Carrera analisou os poderes dos tribunais arbitrais no âmbito dos pedidos de produção de documentos, nomeadamente no que respeita à liberdade de aferir se um documento é relevante ou útil para a decisão da causa. A parte insatisfeita pode tentar anular a decisão arbitral tendo em conta este poder, que parece discricionário?

Não se podia deixar de tratar do tema – que será sempre eterno – da violação do dever de fundamentação, ligada à questão de saber se este dever é igual ao de um tribunal estadual e se deve ou não ter presente as normas do Código de Processo Civil que o densificam. Análise feita por Telma Pires de Lima.

A presente Revista não pretende ser uma publicação doutrinal sem contacto com a vida prática e, nesse sentido, o comentário de Mariana Carvalho ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16.03.2017 introduz um excelente contributo para a análise teórico-prática sobre a alocação de custos na arbitragem – tema sempre importante (e por vezes sensível) para as partes.

Ao mesmo tempo, não foi esquecida a pedra angular da arbitragem: a convenção de arbitragem. Um contrato que não foi assinado, mas que contém uma cláusula compromissória, pode ser submetido à via arbitral? A resposta passa necessariamente pela análise da teoria da separabilidade da cláusula compromissória e do contrato, tal como nos demonstra José Miguel Júdice e João Tornado.

Foi também analisado, por António Pedro Pinto Monteiro, o tão importante princípio do direito ao processo equitativo (due process) no âmbito da arbitragem desportiva. Será que o acórdão do Tribunal Federal Suíço, sob anotação, configura um caso do chamado due process paranoia?

A Revista não estaria completa sem o comentário de Betyna Jaques sobre o caso Abengoa (que marcou o ano de 2017) e a sua relevância para o tema dos conflitos de interesses de árbitros, da análise da ordem pública por parte dos tribunais judiciais brasileiros e o reexame do mérito por uma má aplicação da lei.

Cabe também frisar que a equipa de arbitragem da PLMJ mantém o seu foco na experiência asiática, tendo Ana Coimbra Trigo analisado questões relacionadas com as expedited procedures, o direito de escolha do número de árbitros e o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais na China.

Por último, Carla Góis Coelho e Leonor Caldeira analisaram o tema das sentenças arbitrais genéricas e da liquidação de sentença. Quem já não teve um caso em que o tribunal arbitral se demite da difícil tarefa de quantificação de danos e remete para liquidação de sentença?

Com um leque de temas tão completo e variado, o n.º 2 da PLMJ Arbitration Review prossegue, novamente, dois objetivos fundamentais: 1) dar à jurisprudência o devido destaque e atenção que ela merece, assim contribuindo para uma maior perceção dos principais problemas e questões de arbitragem que se encontram a ser discutidos, quer nos tribunais estaduais, quer nos tribunais arbitrais; 2) contribuir para o avanço da ciência e formação em arbitragem (no meio profissional e académico), partilhando o know-how e experiência da equipa de arbitragem da PLMJ.

Por fim, os coordenadores da Revista gostariam de agradecer: (i) à Senhora Provedora de Justiça, Professora Doutora Maria Lúcia Amaral, pela honra de ter procedido à apresentação do n.º 2 da PLMJ Arbitration Review; (ii) a todos os Autores pelos seus valiosos contributos; (iii) à Fundação PLMJ pelas imagens disponibilizadas e que muito enriqueceram a Revista (em especial às Dras. Patrícia Dias Mendes e Sara Beirão); e (iv) à equipa de comunicação da PLMJ (em particular às Dras. Bárbara Valarinho, Paula Rodrigues Silva e Patrícia Capela) por toda a ajuda e apoio prestado na difícil tarefa de edição da Revista.

ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU JUGE DE L'ANNULATION QUANT AU GRIEF DE VIOLATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL: DES INDICES PRÉCIS ET CONCORDANTS D'UN REVIREMENT JURISPRUDENTIEL

COMMENTAIRE DES ARRÊTS RENDUS LE 21
FÉVRIER 2017 ET 16 MAI 2017 PAR LA COUR
D'APPEL DE PARIS ET LE 13 SEPTEMBRE 2017
PAR LA COUR DE CASSATION

Pacôme Ziegler

Avocat au Barreau de Paris
École Normale Supérieure de Cachan
Associado Coordenador PLMJ Arbitragem

Résumés :

Arret de La Cour d'appel De Paris du 21 février 2017, Affaire No. 15/01650 (République du Kirghizistan C/ Monsieur J. K.)

Le 24 octobre 2014, un tribunal arbitral présidé par Jan Paulsson avait, par sentence rendue à Paris, jugé que la République du Kirghizistan avait, par le biais d'un décret de mise sous séquestre, exproprié illégalement une banque (Manas Bank) détenue par le demandeur à la procédure arbitrale (Monsieur Belokon, ou « M. K » dans l'arrêt d'appel). La sentence condamnait en conséquence la République du Kirghizistan à verser à Monsieur Belokon des dommages et intérêts d'un montant de 15,2 millions de dollars américains. La principale raison que la République du Kirghizistan avait invoquée pour justifier de la mise sous séquestre de Manas Bank était que celle-ci avait pour seul objet la mise en place de montages de blanchiment d'argent et/ou d'évasion fiscale. Le tribunal arbitral avait rejeté cette prétention, arguant que les éléments de preuve en sa possession n'étaient pas suffisants pour conclure à l'implication de Manas Bank dans des activités de blanchiment d'argent et/ou d'évasion fiscale¹. La République du Kirghizistan avait par la suite déposé un recours en annulation de la sentence arbitrale, invoquant notamment sa contrariété avec l'ordre public international (l'affaire « **Belokon** »).

Dans un arrêt du 21 février 2017, la cour d'appel de Paris précisa tout d'abord que « la prohibition du blanchiment est au nombre des principes dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation même dans un contexte international ; qu'elle relève, par conséquent de l'ordre public international ». Elle rappela ensuite que « le contrôle exercé par le juge de l'annulation sur la sentence arbitrale en vertu de l'article 1520, 5° du code de procédure civile [a pour but] de s'assurer que l'exécution de la sentence n'est pas de nature à faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses » et que « cette recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'est pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres, ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par ceux-ci ».

Ensuite, la cour d'appel de Paris procéda à l'analyse des éléments de preuve de l'allégation de blanchiment. Elle releva notamment que (i) Monsieur Belokon était en relation d'affaires étroite avec le président de la République du Kirghizistan et son fils et que, contrairement à ce qu'avait conclu le tribunal arbitral, les relations entre Monsieur Belokon et le Président du Kirghizistan pouvaient « certainement être qualifiées d'inappropriées dans la mesure où les prestations immobilières fournies par Manas Bank à M. G... s'analys[ai]ent comme des abus de biens

sociaux. » ; (ii) « l'appel d'offres [pour l'acquisition de Manas Bank] s'[était] déroulé dans des conditions irrégulières » – alors que le tribunal arbitral avait conclu qu'il n'était « pas en mesure d'établir une détermination positive concernant les allégations du Défendeur (selon lesquelles l'appel d'offres était truqué), étant donné qu'aucune preuve concordante ne lui a[vait] été fournie. » ; (iii) qu'un rapport de l'auditeur externe de Manas Bank qui n'avait constaté aucune violation des dispositifs anti-blanchiment devait être disqualifié car la probité de son auteur était douteuse. La cour d'appel releva à cet égard qu'une pièce versée à l'arbitrage mais non commentée par Monsieur Belokon ou le tribunal arbitral montrait que cet auditeur externe ne détenait pas moins de sept coffres dans la Manas Bank, lesquels contenaient des millions de dollars américains ainsi que des tampons de plusieurs sociétés commerciales immatriculées dans des paradis fiscaux ; et (iv) que l'important volume des transactions enregistrées par Manas Bank sur la période en question ainsi que leur structure « apparaiss[ai]ent sans rapport avec l'état de l'économie kirghize ; qu'un succès aussi foudroyant, dans un temps aussi bref, dans un pays aussi pauvre, n'[était] pas explicable par des pratiques bancaires orthodoxes ; ». Là encore, cet élément de preuve avait été jugé non pertinent par le tribunal arbitral.

Sur ce, la cour d'appel statua comme suit : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède des indices graves, précis et concordants de ce qu'Insan Bank a été reprise par M. K. afin de développer dans un État où ses relations privilégiées avec le détenteur du pouvoir économique lui garantissaient l'absence de contrôle réel de ses activités, des pratiques de blanchiment qui n'avaient pu s'épanouir dans l'environnement moins favorable de la Lettonie ; ». Partant, la cour d'appel annula la sentence arbitrale au motif que « la reconnaissance ou l'exécution de la sentence entreprise [...] aurait pour effet de faire bénéficier M. K. du produit d'activités délictueuses, [violant ainsi] de manière manifeste, effective et concrète l'ordre public international ».

ARRET DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DU 16 MAI 2017, AFFAIRE 15/17442 (REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO C/ SOCIETE CUSTOMS AND TAX CONSULTANCY LLC)

Dans une affaire opposant la République Démocratique du Congo à la société Customs and Tax Consultancy LLC, respectivement demanderesse et défenderesse à la procédure d'annulation, la cour d'appel de Paris fut saisie d'une demande d'annulation d'une sentence arbitrale pour violation de l'ordre public international (l'affaire « **RDC** »). La recourante alléguait en l'espèce que le contrat porteur de la clause d'arbitrage (un contrat portant sur la réorga-

¹ Cour d'appel de Paris, P 1, Ch. 1, 21 février 2017, n° 15/01650, République du Kirghizistan C/ Monsieur J. K., § 7 (reproduisant le paragraphe 158 de la sentence en question : « 158. Si des preuves substantielles et probantes d'une implication active de Manas Bank dans des activités de blanchiment d'argent avaient été produites devant le Tribunal, la demande déposée dans le cadre du TBI aurait pu être rejetée. »).

nisation des douanes congolaises) violait l'ordre public international du fait de l'absence de mise en concurrence préalable à la conclusion du contrat.

Dans un arrêt en date du 16 juin 2017, la cour d'appel de Paris réitéra sa position selon laquelle « *le contrôle exercé par le juge de l'annulation pour la défense de l'ordre public international s'attache seulement à examiner si l'exécution des dispositions prises par le tribunal arbitral heurte de manière manifeste, effective et concrète les principes et valeurs compris dans l'ordre public international;* » et que « *l'annulation ne serait encourue que s'il était démontré par des indices graves, précis et concordants que la sentence aurait pour effet de donner force à un contrat obtenu par corruption* ».

Elle releva ensuite que l'inobservation des règles de transparence dans la passation des marchés publics était certes un indice de possible infraction mais qu'en l'absence d'autres indices concordants, il était insuffisant pour considérer l'infraction comme prouvée. Après avoir constaté qu'il n'existait en l'espèce aucun autre indice concordant, et, qu'en outre, « *la RDC n'[avait] pas allégué devant les arbitres que le contrat litigieux serait entaché de corruption ; [et] qu'elle ne le fai[sait] pas davantage devant cette cour* », la cour d'appel rejeta la demande d'annulation.

ARRET DE LA COUR DE CASSATION DU 13 SEPTEMBRE 2017, AFFAIRES NO 16-25657 ET 16-26445

Une sentence arbitrale rendue à Londres avait jugé valide un contrat d'achat et transport d'engrais et condamné une des parties à ce contrat (la société Bauche) à payer des surestaries à sa co-contractante (la société Indagro) du fait du retard enregistré lors du déchargement de l'engrais dans les ports de Lomé et Cotonou. Saisie par la société Bauche d'une demande d'infirmité de la décision d'exequatur de cette sentence (l'affaire « **Indagro** »), la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 27 septembre 2016, avait énoncé d'abord que, s'agissant du contrôle du respect de l'ordre public international, il lui appartenait de « *rechercher, en droit et en fait, tous les éléments permettant de se prononcer sur l'illicéité alléguée de la convention et d'apprécier si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence viole de*

manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international; qu'elle n'est liée, dans cet examen, ni par les appréciations portées par le tribunal arbitral, ni par la loi de fond choisie par les parties ».

La cour d'appel de Paris avait ensuite relevé que (i) le contrat en question avait été conclu par un salarié de la société Bauche (Monsieur F) dont il avait été établi par un tribunal correctionnel qu'il avait secrètement reçu des commissions versées par Indagro, fixées sur la quantité d'engrais livrée à la société Bauche, (ii) ce contrat avait été conclu selon les termes proposés par Indagro et prévoyait des délais de déchargement irréalistes au vu des cadences de déchargement habituelles des ports de Lomé et Cotonou et des caractéristiques de la marchandise, et (iii) que Monsieur F avait « *conclu le contrat à des conditions déséquilibrées au détriment de son employeur, profane en la matière* ». La cour d'appel de Paris en déduit que « *ce déséquilibre contractuel, sciemment accepté par un salarié de l'acheteur, ne pouvait avoir pour cause que sa corruption par le vendeur et pour but que d'engendrer en faveur de celui-ci une substantielle facture de surestaries* ».

Au vu de ce faisceau d'indices, la cour d'appel jugea que « *la reconnaissance ou l'exécution en France d'une sentence qui permet à INDAGRO de retirer les bénéfices du pacte corruptif viole de manière manifeste, effective et concrète la conception française de l'ordre public international* ».

Par une décision en date du 13 septembre 2017, la cour de cassation rejeta le pourvoi à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire Indagro en ces termes : « *Attendu, ensuite, qu'ayant énoncé que la vente litigieuse avait été conclue, à des conditions déséquilibrées au détriment de la société Bauche, par son salarié, en raison de sa corruption par la société Indagro, que l'illicéité de ce contrat avait été établie par le juge pénal et que la reconnaissance de la sentence permettrait à la société Indagro de retirer les bénéfices du pacte corruptif, elle a retenu, sans avoir à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée, que ce pacte délictueux était à l'origine de la condamnation prononcée par l'arbitre ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision de ne pas reconnaître en France cette sentence violant la conception française de l'ordre public international* ».

Commentaire

Ces trois arrêts doivent être vus comme les trois facettes d'une même pièce (si je puis dire). Vus dans leur ensemble, ils permettent en effet d'affirmer de manière catégorique que le juge français de l'annulation procède à un contrôle au fond de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international (**Section 1**). En revanche, ils ne permettent pas de répondre de manière aussi catégorique à la question de l'existence, ou non, d'une « exception de corruption » quant à l'étendue du contrôle du juge de l'annulation de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international (**Section 2**).

1. Un contrôle au fond, par le juge français de l'annulation, de la conformité de la sentence arbitrale à l'ordre public international

Les affaires Belokon et Indagro ne laissent aucun doute quant au fait que, saisi d'un recours fondé sur des allégations de violation de l'ordre public international (et donc, sur l'article 1520 alinéa 5 du Code de procédure civile, qui prévoit qu'une sentence arbitrale encourt l'annulation lorsque « [l]a reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international »), le juge de l'annulation français peut, voire doit, procéder à une analyse au fond de l'affaire.

Il est bien connu que les juridictions françaises sont très respectueuses de l'arbitrage et ont garde de ne pas empiéter sur les prérogatives des arbitres. Dans ce contexte, ces deux arrêts, et tout particulièrement l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire Belokon, en sont d'autant plus frappants. En effet, le tribunal arbitral qui avait jugé de l'affaire Belokon était présidé par Jan Paulsson, un arbitre et avocat de renom que le site Chambers & Partners a élevé (sur la base de sondages du marché) au rang de « star » de l'arbitrage international – la consécration suprême. Cela n'arrêta pourtant pas la cour d'appel de Paris, qui reprit le dossier de zéro et jugea par exemple que le tribunal arbitral avait accordé trop de poids à certains éléments de preuve, et trop peu à d'autres.

Les décisions de la cour d'appel et de la cour de cassation dans l'affaire Indagro vont dans le même sens, même si, dans cette espèce, les faits de corruption avaient fait l'objet d'un jugement rendu par le tribunal correctionnel après rendu de la sentence arbitrale (ce qui n'a pu que renforcer les convictions du juge de l'annulation).

Certains auteurs pensent que cette jurisprudence ne porte pas atteinte au principe traditionnel de la jurisprudence

française selon lequel le juge de l'annulation ne peut procéder à une révision au fond de l'affaire portée à sa connaissance. Il a par exemple été dit que cette évolution jurisprudentielle ne porte qu'une atteinte limitée audit principe puisque l'étendue du contrôle du juge de l'annulation serait modulée en fonction de la flagrance de la violation de l'ordre public international en question. Plus précisément, ces auteurs soutiennent que le contrôle du juge de l'annulation reste superficiel (*prima facie*) en l'absence d'indices sérieux, précis et concordants d'une violation de l'ordre public international, mais qu'il est approfondi ou « plein » en présence de tels indices².

Cette analyse ne nous convainc pas. La portée du contrôle par le juge de l'annulation est, à notre sens, toujours la même. Le juge de l'annulation s'arroge le droit d'apprécier *de novo* tous les éléments de droit et (surtout) de fait portés à sa connaissance par la recourante et écarte le grief de violation de l'ordre public international s'il est convaincu, sur la base de cette analyse *de novo* (par opposition à *prima facie*), que l'exécution de la sentence arbitrale ne porte pas atteinte à l'ordre public international. C'est, il nous semble, l'enseignement de l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire RDC. Dans cette affaire, la recourante n'avait pas fait état d'indices suffisamment fort pour convaincre le juge de l'annulation que le contrat porteur de la clause d'arbitrage avait été obtenu par corruption. La cour d'appel rejette ainsi le recours en annulation, non pas parce qu'elle s'est interdit de revoir le fond de l'affaire portée à sa connaissance, mais parce qu'elle estime qu'il n'existe pas, au fond, d'indices suffisamment forts étayant ces allégations de corruption.

Comme l'a écrit le professeur Gaillard : « on se gardera de confondre le standard de preuve, les modes de preuve et l'intensité de la violation de la norme ou de la valeur protégée requise pour refuser d'accueillir une sentence dans l'ordre juridique français. [...] Dans tous les cas, le contrôle est plein, même si la relation entre la violation et la valeur protégée doit présenter une certaine intensité pour que la violation de l'ordre public international soit caractérisée »³. En d'autres termes, la méthode du faisceau d'indices employée par le juge de l'annulation implique une révision au fond de la sentence arbitrale. Au terme de cette analyse, le juge de l'annulation n'annulera ladite sentence pour violation de l'ordre public international que s'il est convaincu que cette violation est suffisamment « manifeste, effective et concrète ». Ainsi, le juge de l'annulation semble vouloir limiter son pouvoir d'annulation au cas les plus graves, c'est-à-dire, aux cas où il serait véritablement intolérable au vu des règles et valeurs essentielles de l'ordre juridique français de laisser la sentence arbitrale produire ses effets.

2 Voir, par exemple, M. Danis, "Has 'Serious, Specific and Consistent' Evidence of a Breach of International Public Policy Become a Criterion for the Judge's Review Of Arbitral Awards?", AD Article, 21 June 2017.

3 E. Gaillard, Journal du Droit International Clunet, octobre-novembre-décembre 2017, n° 4/2017, page 1361, § 1379.

Ces trois arrêts constituent-ils ou consacrent-ils un revirement jurisprudentiel ? La réponse est positive. La jurisprudence jusqu'ici dominante (i) découlait de l'arrêt d'appel dans l'affaire *Thalès*, dont le considérant de principe affirmait que : « *Considérant que la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5° du NCPC doit être flagrante, effective et concrète, que le juge de l'annulation peut certes, dans le cadre de ses pouvoirs de nature disciplinaire, porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, mais pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais encore été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles* »⁴, ou (ii) s'inscrivait dans la tendance illustrée par l'arrêt de cassation dans l'affaire *Schneider*, dont l'attendu principal affirmait ce qui suit : « *Mais attendu que le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage ; qu'ayant exactement retenu, par des motifs qui échappent aux griefs du moyen, que le recours en annulation tendait, en réalité, à une nouvelle instruction au fond de l'affaire, la cour d'appel l'a à bon droit rejeté* »⁵.

Le revirement jurisprudentiel consacré par les trois arrêts commentés ci-dessus est d'autant plus clair lorsqu'il est vu à la lumière de l'arrêt *Schneider*. Dans cette affaire, la recourante en cassation alléguait que le tribunal arbitral avait, à tort, écarté l'allégation que le contrat porteur de la clause d'arbitrage était entaché de corruption. Elle prétendait notamment que « *cette corruption étant caractérisée, d'une part, par l'utilisation d'un nom d'emprunt par Mme Y..., la fille du président de la République du Nigeria, commissaire du Gouvernement de l'Etat d'Ogun, qui représentait la société Akiya, d'autre part, par la reconnaissance par M. X..., représentant la société CPL, de ce que cette dernière était intervenue dans l'opération pour faciliter l'obtention de marchés publics compte tenu de ses liens avec les autorités étatiques et, enfin, par un cadeau de M. X... à Mme Y..., ces faits étant condamnés par les dispositions pertinentes du droit nigérien* » et, qu'en laissant néanmoins « *cette fraude déployer ses effets* » la sentence « *heurtait de manière flagrante, effective et concrète l'ordre public international français* ». Si la recourante avait présenté son recours en annulation après le revirement jurisprudentiel dont ce commentaire fait état, elle aurait vraisemblablement bénéficié, devant la cour d'appel (et avec la bénédiction

de la Cour de cassation), d'un « *second bite at the apple* » concernant l'appréciation des faits de corruption.

2. Une « exception de corruption » permettant un contrôle de la sentence arbitrale plus approfondi que dans d'autres circonstances ?

Dans la mesure où les trois affaires commentées ci-dessus tournent autour d'allégations de corruption, la question se pose de savoir si la cour d'appel de Paris, avec l'assentiment de la Cour de cassation, ne s'arroge le pouvoir de revoir le fond d'une sentence arbitrale qu'en présence de telles allégations, à l'exception de toute autre violation de l'ordre public international.

Comme l'a relevé la doctrine⁶, la cour d'appel de Paris a utilisé les expressions « *manifeste, effective et concrète* », ou simplement « *effective et concrète* » dans des affaires comportant des allégations de corruption comme dans des affaires dans lesquelles la prétendue violation de l'ordre public international découlait d'autres problématiques⁷. Et la doctrine d'en conclure qu'« *il n'existe donc aucune 'exception de corruption' dans la jurisprudence de la cour d'appel de Paris* »⁸.

Il est vrai que la cour d'appel de Paris utilise des formules qui laissent ouverte la possibilité de procéder à un tel contrôle dans les cas où l'exécution de la sentence serait de nature à « *faire bénéficier une partie du produit d'activités délictueuses* »⁹, et pas seulement de faits corruptifs. Partant, tout recours basé sur des allégations de commission d'un délit serait susceptible d'entraîner une révision au fond de la sentence arbitrale affectée par ces allégations au regard de sa conformité à l'ordre public international. La conformité à l'ordre public international de sentences arbitrales rendues sur la base de contrats organisant un trafic de stupéfiants, d'armes ou d'êtres humains, ou encore, de contrats organisant une fraude à loi¹⁰, pourrait ainsi, par exemple, être revue sur le fond par le juge de l'annulation.

Il nous semble moins probable que la cour d'appel de Paris s'arroge le pouvoir de revoir sur le fond les affaires dans lesquelles le grief de violation de l'ordre public international porterait sur des allégations moins « graves »

4 Cour d'appel de Paris, 1^{ère} Chambre commerciale, *Thalès Air Défense v. GIE Euromissile*, 18 novembre 2004 (surlignement ajouté).

5 Cour de cassation Chambre civile 1 Audience publique du 12 février 2014, No. 10-17.076, Bulletin 2014, I, n° 22 (surlignement ajouté).

6 E. Gaillard, *Journal du Droit International Clunet*, octobre-novembre-décembre 2017, n° 4/2017, page 1361, pp. 1377-1378.

7 Comme par exemple, une espèce où la prétendue violation de l'ordre public international découlait de la désignation, par la sentence arbitrale, d'un administrateur *ad hoc* chargé de représenter une société non partie à la clause d'arbitrage lors d'une assemblée générale d'actionnaires (cour d'appel de Paris, arrêt du 7 April 2015, Rev. Arb. 2015, p. 640) ; ou, une espèce où la recourante alléguait que la violation de l'ordre public international découlait de la prétendue application rétroactive de règles communautaires (cour d'appel de Paris, arrêt du 14 avril 2015, Rev. Arb. 2016, p. 557).

8 Voir les articles cités par E. Gaillard, *Journal du Droit International Clunet*, octobre-novembre-décembre 2017, n° 4/2017, page 1361, p. 1378.

9 Voir par exemple, Cour d'appel de Paris, P 1, Ch. 1, 21 février 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/ Monsieur J. K.* (surlignement ajouté).

10 La corruption n'étant par ailleurs qu'une manifestation de la fraude. A cet effet, voir par exemple, M. de Boissésou, « *L'arbitrage et la fraude (À propos de l'arrêt Fougereolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992)* », *Revue de l'Arbitrage*, Volume 1993 Issue 1, §§ 3-12 (qui décrit la corruption comme un exemple de fraude : « *On pourrait être tenté de distinguer trois manifestations de la fraude dans l'arbitrage. [...] Enfin, la fraude, objet de l'arbitrage, évoque la situation classique dans laquelle l'arbitre, au cours de l'exercice de sa mission juridictionnelle, est amené à apprécier, pour trancher le litige, des actes ou des comportements susceptibles d'être qualifiés de fraude, comme par exemple la corruption.* »).

ou « sensibles » que celles relatives aux faits de corruption et autres activités délictueuses. Comme mentionné ci-dessus, l'exigence d'une certaine intensité dans la violation de la norme ou de la valeur protégée conditionnant l'annulation sur le fondement de l'article 1520 alinéa 5 du Code de procédure civile – l'exigence du caractère « manifeste » de la violation – pourrait en effet signifier que, dans des cas moins graves, la cour d'appel de Paris ne jugera pas le fond de l'affaire.

Au demeurant, la technique du faisceau d'indices que la cour d'appel de Paris a employé dans les trois espèces ici commentées est particulièrement bien adaptée – voire même taillée sur mesure – pour les cas de corruption et autres comportements frauduleux. La corruption, comme toute fraude, étant par hypothèse dissimulée, il semble justifier de moduler les exigences de preuve applicables à de tels griefs.

Les trois arrêts commentés ci-dessus vont très vraisemblablement encourager les parties perdantes et insatisfaites de l'issue d'un arbitrage à demander l'annulation de la sentence concernée. Dans les cas où ces parties reprochent au tribunal arbitral d'avoir à tort écarté le grief de corruption ou l'existence de toute autre activité délictueuse, cette ligne jurisprudentielle sera vraisemblablement de grand secours aux recourants en annulation.

Ce développement est-il une bonne chose ? Certains l'appelaient de leurs vœux, craignant que le contrôle jusqu'ici

« minimaliste » de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international ne provoque l'intervention du législateur¹¹. Toutefois, il nous semble que cette jurisprudence risque de créer des conflits de lois dans les arbitrages internationaux ayant leur siège en France mais dont la *lex arbitri* ou *lex causae* ne serait pas le droit français. En effet, dans de tels cas, un tribunal arbitral saisi d'allégations de corruption ou de toute autre activité délictueuse pourrait être amené à appliquer un standard de preuve différent de celui appliqué par la cour d'appel de Paris – qui se satisfait de l'existence d'indices « *indices graves, précis et concordants* » que la sentence aurait pour effet de donner force à un contrat délictueux.

Ceci est loin d'être une hypothèse d'école. Comme le relève un auteur, les pays de tradition juridique continentale appliquent un standard de preuve généralement différent de celui appliqué dans les pays de « *common law* »¹². En outre, ce même auteur relève qu'un certain nombre de tribunaux CCI ont appliqué à des allégations de corruption un standard de preuve plus élevé que ce qui est normal, exigeant par exemple que les faits corruptifs soient prouvés avec un très haut degré de probabilité¹³. Au vu de l'obligation des arbitres de rendre une sentence valide en vertu de la loi du siège de l'arbitrage, cette jurisprudence promet donc de créer des difficultés tant au stade de la procédure arbitrale qu'à celui de l'exécution de la sentence arbitrale.

En définitive, le revirement jurisprudentiel commenté ci-dessus promet de donner du travail aux avocats, ce dont l'auteur de ce commentaire ne saurait se plaindre.

11 S. Partida, *L'ordre public et l'arbitrage*, colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, Cahiers de l'arbitrage, 1 Juillet 2013, n° 3, page 757 (« Le Professeur Loquin parle ainsi d'un contrôle de l'apparence, le Professeur Mayer d'un laxisme qui risque de provoquer une intervention législative. »).

12 A. Menaker, 'Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration', in D. Baizeau and R. H. Kreindler (eds), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13, Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015, pp. 77-102, p. 82 (« While there thus is a lack of clarity regarding the precise meaning of the civil law standard of "l'intime conviction du juge," there is consensus that civil law countries apply a different standard of proof and, in certain instances, reach different results than common law countries. »).

13 A. Menaker, 'Chapter 5: Proving Corruption in International Arbitration', in D. Baizeau and R. H. Kreindler (eds), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 13, Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2015, pp. 77-102, p. 83 (« In ICC Case No. 4145, the tribunal 'stressed that, following general principles of interpretation (also recognized in Swiss law...) a fact can be considered as proven by the way of circumstantial evidence,' although 'such circumstantial evidence must lead to a very high probability.' [...] In ICC Case No. 13515, the tribunal held that 'obligations are presumed valid unless proven otherwise,' and that it 'is important for any arbitrator to exercise great caution' and to reject allegations of illegality that are not established to 'a strong degree of certainty.' »).

ADVERSE INFERENCES – TO DRAW OR NOT TO DRAW

COUR D'APPEL DE PARIS,
28 FÉVRIER 2017

Mariana França Gouveia, PhD

Doutora em Direito (FDUNL)
Professora da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Diretora da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Sócia PLMJ Arbitragem

Case Information

Court: Cour d'Appel de Paris
Case no.: 15/06036
Judge: Dominique Giuhal

Summary:¹

Twelve Spanish companies ("**Sellers**") agreed on March 2011 to sell their shareholding in Grupo Guascor SL to Dresser-Rand Group Inc. ("**Dresser-Rand USA**"), a company incorporated under the laws of Delaware, USA. In April 2012, Dresser-Rand USA assigned its rights under that agreement to Dresser-Rand Holdings Spain SLU ("**Dresser-Rand Spain**"). The sale and purchase agreement, governed by French law, provided that the base price was of around €375 million, but it would be adjusted at the date of closing in accordance with specific accounting rules. The contract also stipulated that, if the parties did not come to an agreement on the adjusted price, it would be set by an expert. Finally, the agreement provided a typical representations and warranties clause.

Following the closing of the contract, the Parties were not able to agree on the final price of the transaction, due to some issues, one of which related to a contingency with Eletrobras ("**Eletrobras debt**").

As a result, Dresser-Rand Spain asked the Paris Commercial Court to appoint an expert pursuant to the contract and, simultaneously, the Sellers started ICC arbitration proceedings against both Dresser-Rand Spain and Dresser-Rand USA ("**Dresser-Rands**"). They sought a declaration that the respondents were barred from arguing the representations and warranties clause, because at the date of the execution of the contract, they were aware of the Eletrobras debt.

The arbitral tribunal decided in favour of the Sellers, ruling that they had in fact breached their duty to produce accurate and complete accounting documents, but that Dresser-Rands were aware of that breach before the relevant date and hence were barred from arguing the representations and warranties clause to lower the price.

Dresser-Rands sought the annulment of the decision in the French courts, arguing that the arbitral tribunal had misunderstood its mission and breached the principle of due process. According to the appellants' allegations, the tribunal improperly applied the IBA Rules on the Taking of Evidence when it drew negative inferences from the non-production of documents without previously informing the parties. Dresser-Rands argued that the tribunal grounded its decision on an adverse inference taken from the non-production of two reports from UBS and KPMG, without having ordered their production at any time, without warning the parties about the risks of that inference, and without inviting the opposing parties to explain why they had not produced them.

The Paris Court of Appeal dismissed the annulment request essentially on four grounds.

First, it pointed out that the IBA Rules on Evidence were specifically referred to in Procedural Order No. 1 to serve as guidance for the Arbitral Tribunal.

Second, Article 9.5 of those Rules establishes the arbitral tribunal's power to draw negative inferences from the non-production of documents as ordered by the arbitrators.

Third, the procedure followed by the Tribunal in the corresponding procedural phase ensure the parties' due procedural rights. In particular, the request to produce the audit reports was clear and precise, and the respondents had enough time to object to that production, which they did not.

Finally, the Paris Court of Appeal also found that the arbitral tribunal's finding that Dresser-Rands knew at that time that the Sellers were not providing accurate information regarding the contingent liability was not exclusively grounded on that failure to produce the audit reports, but also on other evidence adduced by the parties. In fact, the Arbitral Tribunal had given relevance to a due diligence carried on several months prior to the sale and purchase agreement, with both physical and electronic data rooms; to statements of accounts of previous years that included references to the Eletrobras debt and lastly to statements of the parties that expressly referred to this contingency.

On these grounds, the Paris Court of Appeal dismissed the annulment request, confirming the validity of the arbitral award.

¹ Award available at: <https://www.doctrine.fr>

Case note

1. Introduction

The case under analysis addresses the issue of negative inferences in international arbitration and its relationship with due process rights. Adverse inferences are a relevant topic that all practitioners in international arbitration must be prepared to deal with. Advocates' awareness is critical since ignorance may result in wrong strategic decisions before and during the arbitration proceedings and, even worse, fatal outcomes in the final award.

Our main purpose in this short comment is to explain the basics of negative inferences, by defining the rules and requirements for a tribunal to take such a decision without breaching any right of the parties.

A tribunal draws a negative inference when it concludes from a party's omission to produce a document that there is proof that a fact relating to that document and adverse to the failing party occurred. The decision to draw the inference exempts the party that originally bore the burden to prove it from the requirement to submit further evidence on that fact. In other words, the inference drawn replaces the evidence not adduced, which means that when a tribunal draws an inference, it is stating that a fact is proven without having enough evidence to support that decision. This feature of inferences must be flagged and accurately understood – to use an inference is to declare that a fact is proven without enough evidence to demonstrate it really occurred.

A decision to grant a negative inference must hence be surrounded by special caution regarding burden of proof and due process. A tribunal may not take such a serious decision without considering all the case materials and without giving the party a fair opportunity to explain its default.

Following these lines of concern, over the years, arbitral tribunals and state courts have consistently established requirements that have to be fulfilled in order for an inference to be drawn. Even though there are no doubts as to the arbitral tribunal's power to draw negative inferences, the truth is that, in most cases, tribunals avoid taking negative inferences. The Dresser-Rand case commented on here is one recent example of this trend, since at the end of the day and despite the fuss surrounding the decision, the tribunal made a very careful use of the "negative inference" tool to reach its conclusion on the facts. We will seek to explain why throughout this commentary.

The commentary will describe the requirements to draw negative inferences as set out by tribunals and courts over the years. It will then assess whether the case at hand confirms or varies the requirements as established by case law.

2. Requirements to draw negative inferences

According to Sharpe, there are five cumulative requirements to permit an arbitral tribunal to draw an adverse inference. First, the party seeking the adverse inference must produce all available evidence corroborating the inference sought; second, the requested evidence must be accessible to the opponent of the inference; third, the inference sought must be reasonable, consistent with the facts in the record and logically related to the likely nature of the evidence withheld; fourth, the party seeking the adverse inference must produce prima facie evidence; and, finally, the opponent of the inference must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence rebutting the adverse inference sought.²

The first condition that must be satisfied to grant a negative inference is that the party that seeks it must produce all available evidence that it has or should have in its possession to demonstrate the presumed fact.

This requirement was established by the Levitt Case, a case settled by the Iran-United States Claims Tribunal ("IUSCT"), between William J. Levitt and the Islamic Republic of Iran, where the claimant, an American contractor, sought compensation for unpaid services for construction of an irrigation system in Iran on request of an Iranian agro-industrial company. The American contractor failed to produce evidence of the existence of the agreement, as it argued all its records, documents and bank statements were destroyed or confiscated when the Iran turmoil of 1979 occurred. He thus requested that the respondent be ordered to produce documents to exhibit those facts, which the tribunal did. The respondent did not, however, file all that was required and informed the tribunal it was unable to gather further documents. Despite this, the tribunal refused to draw any negative inference because, in its view, *"the respondents' failure to comply with its production orders does not relieve the claimant of his obligation to muster all the evidentiary support at its disposal."*³

To fulfil the second requirement the party requesting the negative inference must establish that the opposing party has or should have access to the evidence sought. In other

2 J. K. Sharpe, "Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence", in *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4, LCIA, 2006, p. 551. See also S. Greenberg and F. Lautenschlager, "Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice", in *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Kröll, Mistelis, et al. (eds.), Kluwer Law International, 2011, pp. 179-205

3 William J. Levitt v. Islamic Republic of Iran, Ministry of Agriculture and Natural Resources of the Islamic Republic of Iran and others, IUSCT Case No. 210 (520-210-3). See also, Mar Dallal v. Islamic Republic of Iran and Bank Meltat, IUSCT Case No. 53-149-1, and Kathryn Faye Hilt v. Islamic Republic of Iran, Shahid Chamran University, IUSCT Case No. 354-10427-2.

words, it is not acceptable to draw a negative inference if the party against whom it ought to be drawn is really not able to produce the documents requested.

In the George Edwards case, another decision from an IUSCT tribunal, the criterion was clearly mentioned in order to deny the inference sought. The claimant alleged that an Iranian corporation of which he was the principal owner had concluded several contracts with US corporations in Iran, which were breached due to actions of the government. The claimant failed to submit copies of the contracts in dispute and only filed some copies of pro-forma invoices and two affidavits. He stated that he had left Iran hastily in 1979 leaving behind almost all of his business records. The tribunal refused to draw negative inferences against the respondents since it found there was no evidence that they actually had access to the requested documents. The tribunal acknowledged that the claimant faced difficulties in producing evidence, but was not convinced the respondents were factually able to get those documents. Hence it dismissed the application to grant an adverse inference.⁴

In fact, where there is no evidence that the respondents came into actual possession of the documents in question, the arbitral tribunal cannot draw a negative inference.

In an ICC case of 2011, the tribunal applied the same requirement. The respondents contended that the tribunal should draw an adverse inference against the claimant to the effect that it had intentionally hidden the log books because they would not support the claimant's case. However, the arbitral tribunal refused to draw an adverse inference against the claimant, because it concluded that it was more likely that the logbooks were accidentally destroyed in a fire.⁵

The third criterion that must be met to warrant an adverse inference is that it is reasonable, consistent with the facts of the case and logically related to the probable nature of the evidence withheld. A party must not rely upon an omission of the opposing party to establish something not connected with that evidence. Furthermore, the inference can only be taken if it is coherent with other evidence adduced in the proceedings. In other words, the tribunal may not use an omission of the party to establish a fact where there is evidence in the proceedings that indicate a different reality.

An example of this requirement is the decision taken by an ICC tribunal in case No. 16391. In this case, the respondent had requested the sole arbitrator to draw adverse inferences from the claimant's failure to produce certain documents, but it stated that no such documents were in its possession. Nevertheless, the sole arbitrator found that re-

sponsive documents were likely to exist and ordered the production of documents. The claimant replied that it had searched its files and failed to locate the requested documents, and that it had asked its staff to keep searching, but this search was hindered by local security measures amidst preparation for local parliamentary elections.

In the end, the sole arbitrator dismissed the request for adverse inferences, noting first that companies from different regions of the world embrace different practices regarding business formalities and record keeping, a fact which should not prejudice them in arbitral proceedings. Secondly, the arbitrator found that it was not probable that the requested documents would support the inference sought, as the latter was inconsistent with the evidence already on the record.⁶

In the IUSCT Case No. 485⁷, the tribunal ordered the respondent to produce the company's share register and public registration records, which the respondent did not do. However, the tribunal refused to draw adverse inferences, since the claimant had not proved a logical connection between the failure to produce the share register and public registration records and the claimant's ownership of the shares and their alleged expropriation.

In another ICC Case of 2011, the tribunal stated that it "*cannot draw inferences which would amount more to speculation and conjecture that properly weighing the evidence on the record.*" This case involved a dealership agreement regarding the placement of orders for excavators that the respondent purchased and that were delivered in October and November 2002. The contentious issue centred on the date the orders were placed. The claimant alleged that they were placed before 1 July 2002 based on different circumstances such as the kind of machinery in question and the shipping distance. The respondent, however, produced a document that showed that the machines were ordered after 1 July 2012. The claimant asked the tribunal to disregard this document and to rely upon the other circumstances it had alleged and proved, but did not challenge the genuineness of the respondent's document. The tribunal refused to grant the inference requested as it would amount to speculation.⁸

The same approach was taken by another ICC tribunal, in Case 16695. The claimant had asked the respondent to produce a complete copy of the insurance policy and a copy of the reports issued by the adjusters of the insurance policies, which the respondent did not do without providing any reasonable explanation. Even though the tribunal considered that the respondent's failure to produce was material, it refused to draw the negative inference sought, as it would not be reasonable in face of the evidence already in the record. The arbitrator

4 George Edwards v. The Government of the Islamic Republic of Iran, The Ministry of Roads and Transportation and others, IUSCT Case No. 251 (451-251-2). See also H.A. Spalding, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation of the Islamic Republic of Iran, IUSCT Case No. 437 (212-437-3).

5 ICC Case 13078, final award, 2011 p. 2, §§ 44-45.

6 ICC case No. 16391, final award, December 2010.

7 IUSCT Case No. 485 (600-485-1, final award, 27 February 2003).

8 ICC Case 12369 (2011). See also ICC Case 8775 and Frederica Lincoln Riahi v The Government of the Islamic Republic of Iran, IUSCT Case No. 485 (600-485-1) (27 February 2003).

found that the evidence produced was sufficient to determine the facts relevant to the issues in dispute and, hence, it did not need to resort to negative inferences.⁹

The fourth condition that must be satisfied to grant an adverse inference is that the party who seeks it must produce *prima facie* evidence. *Prima facie* evidence “is proof insufficient to establish a fact, even if it provides a hint into the right direction”.¹⁰ Pursuant to this fourth condition, a party cannot win its case on an adverse inference alone. The party seeking an adverse inference must combine *prima facie* evidence with the adverse inference. In other words, the party seeking the adverse inference must present evidence which makes the inferred fact appear plausible.

To draw an adverse inference, the *prima facie* evidence needs to be reasonably consistent, complete, formal and detailed.¹¹ If the evidence is contradictory or contradicts the story told by the party requesting the adverse inference, it does not meet the *prima facie* standard. The same goes for any evidence that is vague or disproportionally incomplete.¹²

In the *WNC Factoring Ltd v. Czech Republic* case, the claimant asked the arbitral tribunal to draw an adverse inference from a witness’ failure to appear at the hearing. However, the claimant had not produced even *prima facie* evidence that would support its case. Therefore, the tribunal was not able to draw any adverse inference, because an adverse inference, standing alone and unsupported by other evidence, is unavailing¹³.

In another case, from a tribunal under the ICC rules, the claimant requested the production of two documents, but it did not provide evidence that those documents existed, or evidence that demonstrated the presumed fact. The lack of concrete indications as to the presumed existence of those documents and the underlying facts led the arbitrator to reject the requests.¹⁴

In an IUSCT case, the same threshold was applied. The claimant requested that the respondent be ordered to produce various documents, which it did not, and so it asked the tribunal to draw an adverse inference from this default. However, the main evidence adduced by the claimant was

photocopies of various letters exchanged between the parties. Therefore, the tribunal did not draw adverse inferences when the respondent failed to comply, due to the extreme informality of the claimant’s critical evidence, as well as certain gaps and inconsistencies in that evidence.¹⁵ In the tribunal’s perspective, the claimant could have provided deeds of ownership or transfer, or proof of payment of transfer duties or taxes regarding real estate, and stock registration certificates regarding the stock claim, but it did not. Thus, there was no *prima facie* evidence to rely on.

The *prima facie* evidence must be consistent with the evidence in record, in such a way that the arbitral tribunal can only draw an adverse inference if the evidence in record and the *prima facie* evidence combined are only conclusive if a certain unproven fact is assumed.¹⁶

In an ICC case, the claimant had purchased ten shipments of raw material from the respondent and, for each shipment, the respondent produced analysis reports as to the quality of the material. However, the claimant received complaints from its customers and started testing the raw materials. The testing showed that the quality of the material of the last four shipments was far below the contractual standard. Hence, it found that the reports provided by the respondent were inaccurate. Other evidence raised a suspicion that the respondent might have conspired with the laboratory to produce forged reports. The respondent was then ordered to produce the documents underlying the reports and documents relating to the origin of the raw material. The respondent refused to produce them and finally the tribunal drew the adverse inference that all ten shipments were below the contractual quality standards.

In this case, the direct evidence on record included the ten (allegedly false) test certificates produced by the respondent and four test certificates provided by the claimant, which were not compatible. In the absence of any explanation as to why the tests showed such huge analysis discrepancies, it seemed most plausible that all the raw materials were of inferior quality, and consequently the respondent’s certificates were false. The tribunal used the *prima facie* evidence it had on record and complemented it with the negative inference.

9 ICC Case 16695 (2016). See also *Steinway and Sons Case*, Decision No. 15, Italian-United States Conciliation Commission (10 April 1953) and

10 “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, Simon Greenberg and Felix Lautenschlager, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol 22/Number 2, 2011, p. 54. An example of a *prima facie* evidence is the *Isaiah* case at the Iran-United States Claims Tribunal, where the claimant alleged to be the owner and holder of a bank cheque drawn on the International Bank of Iran. According to the claimant, the cheque was endorsed to him by the previous owner and represented payment for the sale and shipment of beer to Iran prior to the expropriation of the beer-importing company. The bank argued that the claimant had fabricated evidence in order to recover the funds. The tribunal did not accept the bank’s allegation and concluded that the claimant’s documents – buttressed by credible testimony at the hearing – constituted *prima facie* evidence that the money represented by the cheque was from the claimant. *Benjamin R. Isaiah v. Bank Mellat* (as a successor to the international Bank of Iran), award no. 35-219-2 (30 Mar. 1983), 2 Iran-US Cl. Trib. Rep. 232.

11 Jeremy K. Sharpe, *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*, 22 Arb. Int’l 549 (2006).

12 Guilherme Rizzo Amaral, “Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart”, in *Journal of International Arbitration* (Scherer (ed.); Feb 2018)

13 PCA Case N. ° 2014-34, *WNC Factoring Ltd v. Czech Republic*, Final Award of 22 February 2017, pp. 121 e 122. See also the arbitral award of ICC Case No. 11770, § 42

14 ICC Case 18033, January-July 2012.

15 IUSCT Case No. 4 (575-4-3), *Reza Nemazee v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Final Award of 10 December 1996, published in *Selected Awards and Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, p. 24.

16 According “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, Simon Greenberg and Felix Lautenschlager, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22/Number 2, 2011, p. 53.

The fifth and final requirement that must be fulfilled to draw an adverse inference is that the opponent of the inference must know, or have reason to know, of its obligation to produce evidence from which absence the inference may be drawn. When the arbitral tribunal considers drawing an adverse inference, it should put the opposing party on notice that it might do so and that there is a risk that the burden of proof for the fact in question lies with that party. The party may then argue its case and take strategic decisions with full awareness of the risks it takes.

In fact, the arbitral tribunal cannot draw adverse inferences if it has not afforded the party requested to produce evidence sufficient opportunity to do so prior to drawing adverse inferences against it. This condition is directly related to due process rights as it avoids surprise and ensure the principles of due process apply.

Therefore, an arbitral tribunal, that is contemplating drawing an adverse inference, must clearly inform the parties of any order to provide evidence and, in case of non-compliance, the possibility of drawing a negative inference if that evidence is not produced. The tribunal has further to ensure that the party was provided an opportunity to comment on the effect of the missing evidence.¹⁷

In an ICSID Case¹⁸, the respondent challenged the authenticity of copies of share transfer agreements and share certificates that claimant had submitted as part of its efforts to establish its ownership of shares in certain local companies. In Procedural Order No. 3, the arbitral tribunal ordered the claimant to produce the originals of these documents or to disclose other documents that would prove their authenticity, warning that adverse inferences could be drawn in the event of failure to disclose. The party failed to comply with the tribunal's order and accordingly the tribunal drew adverse inferences to conclude that the claimant had never obtained the shares, and that its claim was fraudulent.

The claimant was given an opportunity to produce certain documents which could prove the authenticity of the documents in question, and it was warned that the failure to produce them would lead to a finding that the claimant had never purchased the shares. Thus, the claimant could have rebutted the adverse inference by producing the originals of the share agreements when it was ordered to do so.

In sum, an adverse inference can be drawn when – after the order for production and the prior warning of the possibility of drawing inferences – the party requested to produce such documents fails to do so. It is considered that due process principles are complied with since the party is fully aware of its obligation to produce evidence and of the tribunal's powers to impose the material effect of such failure: the negative inference.

3. Conclusion

After explaining the features and the requirements of a negative inference in international arbitration, we will now turn to the Dresser-Rand case to assess whether those requirements were applied in the case. Did the arbitral tribunal follow the five requirements to draw the inference described above? In our understanding, the answer to this question is yes.

Dresser-Rands sought the annulment of the decision rendered by the arbitral tribunal, arguing that the principle of due process was breached when the tribunal drew negative inferences from the non-production of two reports without first informing the parties. The Paris Court of Appeal discharged the annulment, considering that, not only had due process been ensured, but also, that the fact accepted through the negative inference was strongly corroborated by other evidence. The Court then referred to three of the requirements: the third criterion that demands that the inference is consistent with the facts; the fourth requirement according to which the party seeking the inference must show *prima facie* evidence; and, finally, the fifth condition that refers to due process guarantees.

First, the Paris Court of Appeal dismissed the annulment request because it found that the arbitral tribunal's decision was grounded not only on the negative inference, but also on the evidence adduced by the parties, such as a due diligence carried out several months prior to the sale and purchase agreement, statements of accounts and statements of the parties. In fact, the party seeking the adverse inference was able to produce *prima facie* evidence that strongly corroborated the inference sought, making the fact appear plausible, so that the adverse inference drawn was supported by other evidence in record. It therefore fulfilled the fourth criterion.

Moreover, the inference at hand was reasonable and consistent with the facts of the case and with the evidence adduced in the proceedings, which pointed in the same direction as the evidence in record. All this evidence combined with the adverse inference led the arbitral tribunal and, after it, the Paris Court of Appeal, to conclude that Dresser-Rands were aware of the Sellers' breach before the relevant date. Hence, they were barred from arguing the representations and warranties clause to lower the price. The inference was then consistent with the evidence on the record, as demanded by the third requirement.

The Court of Appeal then assessed compliance with requirement three (consistency with other evidence on record) and four (*prima facie* evidence) to uphold the arbitral tribunal's decision.

¹⁷ According "Adverse Inferences in International Arbitral Practice", Simon Greenberg and Felix Lautenschlager, in *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22/Number 2, 2011, p. 54.

¹⁸ ICSID Case No. ARB(AF)/07/02, final award, 13 August 2009.

Secondly, the same evaluation was made regarding respect for due process principles, especially if the opposing party was, one, aware of the possibility the tribunal's power to grant negative inferences; two, given an opportunity to produce the missing evidence; and, finally, to explain why it was not able to adduce the requested document. This is the fifth requirement to draw a negative inference.

In this case, the possibility to draw a negative inference was provided indirectly in Procedural Order No.1, which referred to the IBA Rules on Evidence as guidance in the proceedings. Those Rules establish, in Article 9.5, the tribunal's power to draw negative inferences from the non-production of documents as ordered by the arbitrators. Is this mention in a procedural order enough to fulfil the requirements of due process?

The Court of Appeal answered positively, since the IBA Rules on Evidence are a soft law tool frequently resorted to in international arbitration and well-known to arbitration practitioners. The provision regarding negative inferences is one of the best known features of the Rules and, hence, a party that was aware of its application could not seriously claim that it was surprised by a decision that granted negative inference.

We may also add that the use of the IBA Rules as guidance and not as mandatory rules is a common stipulation in international arbitration. With that provision, parties and tribunals, mainly tribunals, we would say, wish to be able to resort to clear and studied rules, without leaving out their discretionary powers to adapt the concrete solution they believe to be more appropriate to each situation. Arbitral tribunals intend to combine written or more rigid rules with some flexibility. Hence, their aim when they adopt the IBA Rules as guidance and not as straight rules is to have certainty and, simultaneously, flexibility.

The Court of Appeal found that a provision like this one was enough to consider that the parties were informed

in good time of the tribunal's ability to grant the inferences.

Furthermore, the Court of Appeal pointed out that there was a clear and precise request to produce the two reports from UBS and KPMG. Dresser-Rands were, in fact, clearly ordered to produce those documents and they also had enough time to object to that production, which they did not.

In view of this, the arbitral tribunal inferred that such documents would be detrimental to Dresser-Rands' interests, to the extent that they could show that Dresser-Rands were effectively aware of the Sellers' breach.

In sum, the decision at hand fulfilled the fifth condition required to draw an adverse inference. The arbitral tribunal, clearly and precisely, ordered the production of the audit reports, which was not complied with by the parties. Dresser-Rands had the opportunity to respond to that order, which they did not, so the tribunal applied the IBA Rules on the Taking of Evidence, as provided in Procedural Order No.1, and drew the adverse inference, as stipulated in Article 9.5 of those Rules.

Furthermore, the facts inferred by the missing documents were corroborated by other evidence in the record and were consistent with the overall history of the case. The respective requirements were hence met.

Accordingly, the arbitral tribunal's decision, upheld by the Court of Appeal, was consistent with the established international requirements to draw negative inferences. It is a good sign that a particularly difficult and hazardous issue being carefully examined by tribunals and courts. One cannot forget that a negative inference replaces non-existent evidence to declare that something occurred, and that it excuses a party from the burden of adducing comprehensive evidence on a fact. It must then be granted only when all fair and due process conditions have been met.

UM CAMPO DE GOLFE NA CHINA E UMA ARBITRAGEM QUE NÃO CHEGOU A TEMPO

ANSUNG HOUSING CO, LTD
V. REP. POPULAR OF CHINA
DE 9 DE MARÇO DE 2017

Tiago Duarte

Doutor em Direito
Sócio PLMJ
Professor na Faculdade de Direito
da Universidade Católica Portuguesa

Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos

Processo n.º: CIADI n.º ARB/14/25

Árbitros: Lucy Reed (Presidente), Michael Pryles (co-árbitro)
e Albert Jan van den Berg (co-árbitro)

Anotação

1. Introdução

O litígio que motiva a presente decisão arbitral prende-se com o projecto de uma empresa sul coreana de construir um campo de golfe e um condomínio de luxo em Sheyang-Xian, na China, o que viria a ser inviabilizado por um conjunto de actos e omissões alegadamente imputáveis às autoridades chinesas.

O presente caso assume uma particular importância por várias razões:

- (i) Em primeiro lugar, por ser a primeira arbitragem de investimentos contra a China que chega ao fim, depois de um outro caso ter terminado logo após o seu registo, por acordo entre as partes.
- (ii) Em segundo lugar, por ser um dos poucos casos da história do ICSID que termina por recurso ao art. 41 (5) das *ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*, que determinam uma análise e decisão mais abreviadas, nos casos em que o tribunal considere que a "*claim*" apresentada pelo investidor "*is manifestly without legal merit*."
- (iii) Em terceiro lugar, porque o tribunal teve oportunidade de decidir sobre um BIT que previa um prazo limite para que a *claim* fosse apresentada, o que também é pouco usual na arbitragem de investimentos.
- (iv) Em quarto lugar, porque o tribunal teve a oportunidade de verificar, pela primeira vez na história do ICSID, se a *MFN clause* poderia ser usada para afastar o "*time-limit*" relativo à apresentação da *claim*.
- (v) Em quinto lugar, porque se pôde verificar que, não só a China recorreu a advogados externos e ocidentais, como que aceitou, desde início, que a sentença fosse publicada, ainda antes de saber, por isso, qual viria a ser o sentido da mesma.

2. Os factos

Os factos relevantes para o presente litígio remontam a Abril de 2005, quando representantes do distrito de Yancheng-Shi, na China, foram à Coreia do Sul fazer uma apresentação sobre possíveis investimentos estrangeiros no distrito, tendo o CEO da Ansung Housing tomado conhecimento da possibilidade de vir a construir e explorar um campo de golfe no referido Distrito.

No seguimento dessa apresentação, a Ansung Housing identificou uma zona adequada em Sheyang-Xian (no distrito de Yancheng-Shi), que já tinha sido parcialmente desenvolvida para o efeito por uma *joint venture* chamada "Sheyang Seashore International Golf Course Co. Ltd." ("Sheyang Seashore").

Foi então que a Ansung Housing decidiu investir na China, através da aquisição da Sheyang Seashore. O plano de investimento passava por construir um campo de golfe de 27 buracos e um conjunto de infraestruturas associadas, compreendendo um condomínio de luxo e um *clubhouse*, razão pela qual seria necessário adquirir mais terreno do que o que era já detido pela *joint venture*.

A Ansung Housing apresentou, então, um requerimento junto do *Communist Party of the Sheyang Harbor Industrial Zone Administration Committee* ("Comité") para obter a aprovação do investimento por parte das autoridades locais, anexando um relatório contendo um resumo de todo o projecto de investimento.

Em 12 de dezembro de 2006, a Ansung Housing celebrou um contrato de investimento com o referido Comité responsável, através do qual ficou reconhecido que as autoridades de Jiangsu-Sheng e de Sheyang-Xian tinham aprovado a primeira fase do investimento, que permitiria a construção de um campo de golfe de apenas 18 buracos, bem como as infraestruturas associadas, na zona de terreno que era inicialmente detida pela *joint venture* comprada pela Ansung Housing.

O contrato de investimento previa, igualmente, que o referido Comité reservaria um outro lote de terreno adjacente ao que era licenciado para a primeira fase do projecto, de modo a que aí pudesse ser desenvolvido outro campo de golfe de 9 buracos, logo que a primeira fase do projecto de investimento estivesse concluída e que corresponderia à segunda fase do projecto de investimento.

Os representantes da Ansung Housing tentaram que lhes fossem logo concedidos direitos sobre a totalidade dos terrenos, de modo a poderem antes construir de raiz um campo de golfe de 27 buracos, mas tal não foi aceite pelas autoridades chinesas, que se comprometeram, no entanto, a disponibilizar os terrenos necessários para a segunda fase do investimento, logo que a primeira fase estivesse completa.

No dia 5 de março de 2007, a Ansung Housing iniciou a construção da primeira fase do projecto, tendo colocado diversos cartazes no terreno com imagens do que viria a ser o campo de golfe de 27 buracos (através da junção de ambos os campos de golfe da primeira e segunda fases do projecto) e respectivas infraestruturas adjacentes, que compreendiam um condomínio de luxo e um *clubhouse*.

Pouco tempo após o início da construção, a Ansung Housing apercebeu-se de que um parque temático existente nas redondezas, chamado “*Sheyang Island Park*,” que era operado por uma empresa chinesa, estava aparentemente a construir também um campo de golfe nos seus terrenos.

No dia 5 de Abril de 2007, o CEO da Ansung Housing manifestou a sua preocupação junto do secretário geral do Comité sobre a actuação ilegal do “*Sheyang Island Park*” mas foi tranquilizado, no sentido de que mais nenhum campo de golfe poderia ser construído naquela zona e de que o “*Sheyang Island Park*” estava apenas licenciado como “*amusement park*”, o que veio a ser confirmado por outras autoridades chinesas envolvidas.

Em Junho de 2007, quando a Ansung Housing solicitou que fossem desbloqueados os terrenos necessários para a construção das infraestruturas adjacentes ao campo de golfe, tal como previsto na primeira fase do investimento, o Secretário-Geral do Comité explicou que a China tinha alterado a sua política em matéria de imobiliário e que já não seria possível manter o preço fixado no contrato de investimento e que, em qualquer caso, para construir o *clubhouse* e o condomínio de luxo teria de ser constituída uma subsidiária chinesa.

Confrontado com esta situação, a Ansung Housing acabou por aceitar comprar os terrenos por um preço superior ao acordado inicialmente e criou a “*Sheyang Mirage Field Co., Ltd.*” (“*Mirage*”), com o propósito de construir o *clubhouse* e o condomínio de luxo. Apesar disso, no dia 27 de Maio 2008, o governo de Sheyang-Xian apenas concedeu direitos de construção apenas para um terço da área dos terrenos em causa, o que inviabilizou a construção do condomínio.

Em Agosto de 2009, tornou-se também claro que, contrariamente a todas as promessas, o “*Sheyang Island Park*” começou a operar um campo de golfe de 18 buracos, o que não foi objecto de qualquer intervenção por parte das autoridades chinesas no sentido de impedir essa situação.

A Ansung Housing terminou a primeira fase do investimento (sem a construção do condomínio) em novembro de 2010, tendo por diversas vezes solicitado o acesso aos terrenos necessários para o início da segunda fase do projecto, o que nunca foi concretizado pelas diversas autoridades chinesas.

Esta situação impediu, por um lado, a construção do condomínio e, por outro, a transformação do campo de golfe de 18 buracos num campo de golfe de 27 buracos, o que, juntamente com a concorrência do “*Sheyang Island Park*” e outras circunstâncias de maior detalhe, impediu o investidor sul coreano de levar a cabo o investimento, nos termos inicialmente previstos e que, só assim, seria financeiramente sustentável.

Face a toda a situação criada, a Ansung Housing não teve outra alternativa do que vender todo o investimento já realizado, em Outubro de 2014, a um comprador chinês, por um preço muito inferior ao que tinha sido investido. Assim, como resulta do *Request for Arbitration*, apresentado em 7 de Outubro de 2014, “*as a consequence of the foregoing, Ansung was forced to dispose of its entire investment in Sheyang-Xian in October 2011 in order to avoid further losses.*”

3. A jurisdição do tribunal *ratione voluntatis*

Para que o *International Centre for the Settlement of International Disputes* (ICSID) e o tribunal arbitral constituído sob os auspícios desse mesmo ICSID tenham jurisdição (o Centro) e competência (o Tribunal) para decidir o litígio submetido pelas Demandantes, será necessário verificar se se encontram preenchidos todos os requisitos necessários.

Assim, é vulgar a jurisprudência arbitral do ICSID analisar a jurisdição *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione voluntatis* e *ratione temporis*, desta forma verificando, respetivamente, (i) se as partes estão abrangidas, atendendo à sua nacionalidade, seja pela Convenção de Washington, que criou o ICSID, seja pelo *Bilateral Investment Treaty* invocado pelas Demandantes, (ii) se se está perante um verdadeiro investimento à luz da Convenção de Washington e do *BIT* aplicável, (iii) se ambas as partes deram o seu consentimento para que o litígio seja dirimido por recurso à arbitragem do ICSID e se (iv) o *Bilateral Investment Treaty* aplicável se encontra em vigor e é aplicável aos factos, tendo em conta a data dos mesmos.

No caso em concreto, a República da China apresentou uma objecção relativa ao momento em que a arbitragem foi iniciada, o que, no seu entender, poria em causa a jurisdição do ICSID e a competência do Tribunal arbitral para decidir o litígio *ratione voluntatis*, já que o requisito temporal era uma condição estabelecida pela China associada

ao seu consentimento para que o investidor pudesse recorrer à arbitragem internacional.

Para a República Popular da China (*Respondent State*) a *claim* apresentada pelo investidor sul coreano encontrava-se “*time-barred*”, uma vez que tinha sido apresentada mais de três anos depois do momento em que o investidor tinha tido conhecimento, pela primeira vez, dos alegados prejuízos causados alegadamente pela China em violação do BIT.

Com efeito, o BIT celebrado entre a China e a Coreia do Sul em 5 de fevereiro de 2010 tinha uma cláusula, muito pouco vulgar na generalidade dos BITs, que estabelece um prazo de prescrição/caducidade do direito de apresentar *claim* através do recurso à arbitragem.

Assim, nos termos do n.º 7 do art. 9.º do BIT pode ler-se que “*an investor may not make a claim pursuant to paragraph 3 of this Article if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge that the investor had incurred loss or damage*”.

Perante esta limitação temporal, o tribunal arbitral foi confrontado com a questão de saber, por um lado, qual o momento relevante para se iniciar a contagem do prazo de 3 anos (*Dies a quo*), e, por outro lado, qual o momento relevante para terminar a contagem dos 3 anos (*Dies ad quem*).

Note-se que a análise e decisão do Tribunal Arbitral quanto a esta objecção foi realizado ao abrigo do art. 41 (5) das ICSID Arbitration Rules que tem sido muito pouco usado pela jurisprudência do ICSID desde a sua origem e que se analisará com maior detalhe *infra*.

De acordo com o n.º 5 do art. 41 pode ler-se que, *unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit.*

O tribunal, como se verá, depois de analisar o *dies a quo* e o *dies ad quem*, para efeitos de determinar se a *claim* estava ou não *time barred* quando foi apresentada, acabou por decidir que a mesma era temporalmente inadmissível, tendo, consequentemente, determinado, ao abrigo desta cláusula, que a mesma *lacks legal merit*.

3.1. O dies a quo

Para saber se o prazo de 3 anos previsto no BIT já tinha terminado quando o investidor iniciou a arbitragem, o tribunal teve forçosamente de começar por determinar quando é que esse prazo tinha começado a correr, ou seja qual o *Dies a quo*.

O investidor sustentava que o *Dies a quo* apenas deveria começar a contar da data em que o investidor foi forçado a vender o seu investimento ao comprador chinês, pois só nesse momento é que, no seu entendimento, verdadeiramente se tinha consumado o “*loss or damage*” mencionados no BIT.

Segundo o investidor, essa posição era consistente *with the tribunal’s view in Pope & Talbot, Inc. v. Canada that “actual damage, rather than predicted future damage” is required to trigger a prescription period*¹.

Diferentemente, para o *Respondent State*, o *Dies a quo* deveria começar a contar logo que foram tomadas medidas por parte das autoridades chinesas que, na opinião do *Claimant*, se tinham traduzido em violações do BIT e, como tal, motivaram a presente arbitragem. Segundo o *Respondent State* não seria possível querer considerar que as acções e omissões das autoridades chinesas consubstanciaram um único facto danoso continuado, que apenas terminou com a venda do investimento, já que cada um desses factos deve ser considerado como gerador de *losses or damages*, como seja o facto de as autoridades chinesas não terem disponibilizado os terrenos com que se haviam comprometido ou impuseram um preço superior ao alegadamente acordado.

Finalmente, para a China, *Claimant’s interpretation of Treaty Article 9(7)* [cláusula relativa ao limite temporal para apresentação da arbitragem] *would render that Article without effect. If a State’s inaction could itself renew a time limitation period, or if final disposal of an investment were required for the limitation period to begin, the investor would fully control when the period would start, thereby “rendering it illusory” and undermining the legal stability served by limitation periods*².

O tribunal arbitral concordou com a posição do *Respondent State*, usando como fundamentação a própria terminologia mencionada pelo *Claimant* quando, no *Request of Arbitration* com que deu início à arbitragem assumiu que se viu forçado a vender o seu investimento para evitar *further losses* o que, só por si, demonstrava que, mesmo para o investidor, anteriormente ao momento da venda do investimento já havia sofrido outras “*losses*” alegadamente imputáveis às autoridades chinesas.

Do mesmo modo, o próprio *Claimant*, ao longo da descrição factual dos acontecimentos, demonstrou que houve vários momentos danosos causados por acção ou inacção das autoridades chinesas que ocorreram antes de Outubro de 2011,

¹ Sentença, de 9 de Março de 2017, parágrafo 94

² Sentença, de 9 de Março de 2017, parágrafo 85.

data em que decidiu vender o investimento precisamente tendo em consideração esse avolumar de situações danosas.

Segundo o Tribunal, *Ansung pleaded several other facts indicating knowledge of incurred damage, at least to the prospects of its golf course project, well before October 2011. As early as 2007, it observed the development of a competing golf course at Sheyang Island Park, which went into operation in 2009. In 2007 and 2008, Ansung was compelled to pay a higher price for the additional 300 mu of land for phase one than originally agreed, following what Ansung described as "the Committee's outright repudiation" of the Investment Agreement*³. Face a esta sucessão de eventos, o tribunal considerou não ser aceitável tratar estes acontecimentos como *mere background information*⁴.

Assim, para o tribunal, *the limitation period begins with an investor's first knowledge of the fact that it has incurred loss or damage, not with the date on which it gains knowledge of the quantum of that loss or damage. Ansung's actual sale of its shares on December 17, 2011 marked the date on which it could finalize or liquidate its damage, not the first date on which it had to know it was incurring damage*⁵.

De acordo com o tribunal, *even assuming a continuing omission breach attributable to China, which the Tribunal must assume, and even assuming Ansung might wish to claim damages from a date later than the first knowledge of China's continuing omission – for example, from November 2, 2011, when Ansung tentatively agreed to transfer its shares or even December 17, 2011, when Ansung's commercial patience ran out – that could not change the date on which Ansung first knew it had incurred damage. And it is that first date that starts the three-year limitation period in Article 9(7)*⁶.

Uma vez fixado pelo tribunal, ainda que sem uma total exactidão, o *dies a quo*, colocando-o numa janela temporal localizada *well before October 2011*⁷, restava ao tribunal determinar o *dies ad quem* para determinar se entre uma data e outra não tinham passado mais de 3 anos.

3.2. O dies ad quem

Para o *Claimant*, o *dies ad quem*, ou seja o momento relevante para se considerar cumprido o limite dos três anos previsto no BIT, devia ser contado na data em que este apresentou a *"notice of intent"* dirigida às autoridades chinesas, no sentido de se iniciarem conversações em vista a uma solução amigável, tal como previsto no n.º 5 do art.

9.º do BIT. Subsidiariamente, a *Claimant* entendia que o *dies ad quem* devia ser fixado no momento em que foi apresentado o *request of arbitration* junto do ICSID.

Segundo o *Claimant* era relevante o facto de, no BIT, se fazer referência – na parte relativa ao limite temporal para se iniciar uma arbitragem – a que o investidor não podia *"make a claim"* depois de passados três anos, sendo que, depois a *notice of intent* devia ser apresentada, pelo menos 90 dias antes de o *Claimant* *"submit a claim"* ao ICSID. Para o investidor esta diferença terminológica entre *"make a claim"* e *"submit a claim"* devia ser entendida no sentido de que *"make a claim"* implicava a apresentação da *notice of intent* no prazo máximo de 3 anos, assim iniciando as conversações com as autoridades chinesas e *"submit a claim"* implicava a apresentação do *Request of Arbitration*, o que já poderia ocorrer depois do prazo de 3 anos ter passado.

Diferentemente para o *Respondent State* o *dies ad quem* devia corresponder à data do registo da arbitragem pelo ICSID, o que só tinha ocorrido alguns dias após a apresentação do *Request of Arbitration* por parte da Ansung, pois só a partir dessa data é que o procedimento arbitral se iniciava. Com efeito, para o *Respondent State*, *"make a claim"* deveria ser considerado sinónimo de *"submit a claim"*, sendo que, para este a *ICSID Institution Rule 6(2) precisely establishes when a dispute is submitted and the proceeding begins: "[a] proceeding under the Convention shall be deemed to have been instituted on the date of registration of the request"*⁸.

Neste ponto o Tribunal acabou por concordar com a posição subsidiária da *Claimant*, considerando que, *on the basis of the plain language in Article 9(7) of the China-Korea BIT, the end date is the date on which an investor deposits its request for arbitration with ICSID*⁹. O tribunal entendeu, por um lado, que a *notice of intent* não é apresentada ao ICSID antes sendo dirigida ao *Respondent State*, ao contrário do que o *dies ad quem* exige ao referir-se a *"make a claim"* ao ICSID. Por outro lado, o Tribunal entendeu que não faria sentido que essa data estivesse dependente da maior ou menor diligência do ICSID no processo de registo do referido *Request of Arbitration*.

Tendo em conta que o Tribunal admitiu que o *Dies a quo* pudesse ser em *early Autumn* de 2011 ou mesmo em *beginning of October 2011* e que o *dies ad quem* foi fixado no dia 7 de Outubro de 2014 foi por muito pouco que o prazo foi considerado ultrapassado, o que teria justificado que o tribunal tivesse sido mais rigoroso na determinação do *dies a quo* para se ter a certeza que a *claim* era mesmo *time-barred*.

³ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 107.

⁴ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 108.

⁵ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 110.

⁶ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 113.

⁷ O tribunal, no parágrafo 114, já refere apenas que o *dies a quo* se situou numa data *before October 2011. The record does not provide an exact date, but it is reasonable to assume a date close to October, in late summer or early autumn 2011*. Finalmente, no parágrafo 121, o tribunal volta a retocar a sua posição sobre o tema, mencionando que o *dies a quo* terá ocorrido numa data algures no *late summer or early autumn 2011, or the beginning of October 2011*.

⁸ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 88.

⁹ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 115.

3.3. A potencial aplicação da MFN clause como forma de alargamento do consentimento

O investidor procurou ainda ultrapassar a cláusula que estabelecia um limite temporal relativamente à data da apresentação de uma arbitragem por factos alegadamente violadores do BIT, através do recurso à *MFN clause*, prevista no BIT.

A *most favored nation clause* é uma cláusula que se encontra em vários BITs e através da qual os Estados garantem aos investidores que o tratamento conferido por aquele BIT (*basic BIT*) não será menos favorável do que o que esse mesmo Estado conceda a investidores de outros Estados com os quais tenha igualmente celebrado BITs (*third party BIT*).

Isto significa que um investidor que esteja ao abrigo de um BIT que contenha uma *MFN clause* poderá “importar” uma cláusula existente noutro BIT, celebrado por aquele *Respondent State* com (neste caso a China) com outro Estado terceiro, e que seja mais favorável para o investidor do que as cláusulas existentes no BIT que lhe é directamente aplicável.

Ora, tendo em conta que a China celebrou vários BITs com outros Estados para além da Coreia do Sul (por exemplo com Portugal) onde não se prevê a existência de um limite de 3 anos para que a arbitragem seja iniciada, a Ansung procurou usar a *MFN clause* contida no BIT celebrado com a Coreia do Sul para, através dela, importar um melhor tratamento dado pela China a outros investidores de outras nacionalidades e, assim, afastar a cláusula que limitava temporalmente a apresentação da arbitragem.

Aqui chegados, importa dizer que a aplicação da *MFN clause* para importar um melhor tratamento respeitante ao capítulo de *dispute resolution* continua a ser uma *vexata quaestio* na arbitragem de investimentos, na medida em que alguns autores e alguma jurisprudência entendem que pode pôr em causa o consentimento para a arbitragem dado pelo Estado, nos preciso termos em que é dado no BIT.

De qualquer modo, desde a decisão do caso *Mafezinni v. Espanha* que a maioria da doutrina e da jurisprudência tem aceite o recurso à *MFN clause* para ultrapassar obstáculos temporais ao recurso à arbitragem¹⁰.

Em qualquer que caso, a situação com que o tribunal foi confrontado neste litígio entre a Ansung e a China era inovadora, sendo a primeira que se colocava a questão de saber se a *MFN clause* poderia ser usada para evitar que uma

claim fosse considerada *time barred*, sendo que o tribunal de alguma forma se furtou a dar uma resposta definitiva sobre o tema.

Com efeito, o tribunal evitou pronunciar-se em abstracto sobre esta questão, antes tendo considerado que a resposta a dar dependia do *wording* de cada BIT. Assim, segundo o Tribunal, *the ambit of an MFN clause is dependent on its wording*¹¹.

Ora, o n.º 3 do art. 3.º do BIT previa – também de modo pouco usual – que *Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party and to their investments and activities associated with such investments by the investors of the other Contracting Party treatment no less favorable than that accorded in like circumstances to the investors and investments and associated activities by the investors of any third State (hereinafter referred to as “most-favored-nation treatment”) with respect to investments and business activities, including the admission of investment.*

Adicionalmente, o n.º 5 do mesmo art. 3.º do BIT previa que, *treatment accorded to investors of one Contracting Party within the territory of the other Contracting Party with respect to access to the courts of justice and administrative tribunals and authorities or in pursuit and in defence of their rights shall not be less favorable than that accorded to investors of the latter Contracting Party or to investors of any third State.*

Face a estas cláusulas, o *Claimant* considerou que a referência a “*investments*” como objecto da *MFN clause* devia ser interpretada de modo amplo, assim abrangendo questões de *dispute resolution*, já que, em seu entender, a possibilidade de recorrer à arbitragem era fundamental para proteger os investimentos.

Diferentemente, para o *Respondent State*, a definição de “*investments and business activities*” que era o objecto da *MFN clause* devia ser encontrada no n.º 1 dessa mesma cláusula, onde estas expressões eram definidas como estando relacionadas com “*the expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments*”, o que, assim, afastava a sua aplicação a matérias de *dispute resolution*.

Por outro lado, o âmbito da *MFN clause* respeitante a questões relacionadas com *dispute resolution* encontrava-se no n.º 5 desse mesmo artigo do BIT, onde se fazia referência a vários modos de *dispute resolution* sujeitos à *MFN clause* mas onde, mais uma vez, não se encontrava o recurso à arbitragem internacional como integrando o elenco de ma-

¹⁰ Neste caso, que continua a ser o *leading case* nesta matéria, o investidor argentino conseguiu, através do recurso à *MFN clause*, ultrapassar a obrigatoriedade prevista no BIT assinado entre a Argentina e Espanha no sentido de impor aos investidores que, previamente ao início de uma arbitragem, tivessem de procurar resolver o litígio nos tribunais locais durante pelo menos 18 meses antes de poder recorrer à arbitragem internacional. O investidor “importou” o regime de acesso à arbitragem contido noutro BIT celebrado por Espanha e que não previa essa necessidade de prévio recurso aos tribunais locais, tendo, assim, iniciado imediatamente uma arbitragem contra Espanha.

¹¹ Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 137.

téria submetidas à aplicação da *MFN clause* que, assim, se encontrava excluída da aplicação desta cláusula, seja do seu número 3, seja do número 5 do art. 3.º do BIT.

A análise do tribunal a este propósito é muito breve e pouco esclarecedora, ficando também aqui aquém do expectável, sobretudo tendo em conta que era a primeira vez que uma questão como esta era colocada perante um tribunal do ICSID, apenas referindo, em meia dúzia de linhas, que, *this Article offers specific MFN protection in relation to an investor's "access to courts of justice and administrative tribunals and authorities."* In marked contrast to those domestic avenues, such express reference to international dispute resolution is conspicuously absent in the MFN Clause in Article 3(3)¹².

Face a tudo o exposto, o tribunal não sentiu necessidade de maiores detalhes e concluiu que o investidor sul coreano *Ansung submitted its dispute to ICSID and made its claim for purposes of Article 9(3) and (7) of the Treaty after more than three years had elapsed from the date on which Ansung first acquired knowledge of loss or damage. The claim is time-barred and, as such, is manifestly without legal merit*¹³. Do mesmo modo, considerou que a *MFN clause* não era aplicável ao caso, tendo decidido, assim, dar razão à China, no sentido de que a *claim* devia ser liminarmente indeferida.

3.4. A aplicação do art. 41(5) das ICSID Arbitration Rules

O n.º 5 do art. 41.º das *ICSID Arbitration Rules* foi acrescentado na reforma das referidas Regras levada a cabo em 2006¹⁴, como forma de complementar o regime previsto no n.º 3 do art. 36.º das *ICSID Arbitration Rules*, que confere ao Secretário geral do ICSID o poder de recusar registar uma *claim* sem sequer proceder à constituição de um tribunal arbitral¹⁵.

Quanto ao âmbito de aplicação do n.º 5 do art. 41.º ds *ICSID Arbitration Rules*, o tribunal do caso *Mol v. Croácia* considerou que, *this Rule (...) plainly envisages a claim that is so obviously defective from a legal point of view that it can properly be dismissed outright. By contrast, an objection to the jurisdiction or a substantive defence (...) which requires for its disposition more elaborate argument or factual inquiry, must be made subject of a regular preliminary objection [relativa à jurisdição] (...) or a regular defence on the merits*¹⁶.

Do mesmo modo e ainda segundo o tribunal do caso *Mol v. Croácia*, *when the drafters of Rule 41(5) required a tribunal to rule literally at the first session or promptly thereafter, they can only have had in mind an objection that was so clear-cut that it could be decided virtually on the papers or with a minimum of supplementary argument*¹⁷.

No caso *Ansung v. China*, o tribunal não fez referência ao caso *Mol v. Croácia* e entendeu usar o mecanismo contido no art. 41(5) das *ICSID Arbitration Rules*, depois de ter afirmado que, no seu entender, *the test for a preliminary objection under ICSID Arbitration Rule 41(5) is whether "a claim is manifestly without legal merit."* The Tribunal agrees with the Parties that the test of "manifestly" is well articulated by the Trans-Global tribunal, and so will require Respondent to establish its objection "clearly and obviously, with relative ease and despatch."¹⁸

O tribunal entendeu, assim, que a ultrapassagem do prazo previsto no BIT para apresentar a *claim* era claro e óbvio, de modo a não ser sequer necessário confrontar as testemunhas com os factos ou ouvir peritos. Note-se que esta foi, desde a criação do ICSID, apenas a quinta vez que um tribunal arbitral decidiu indeferir uma *claim* usando a permissão excecional prevista no art. 41(5) das *ICSID arbitration rules*¹⁹.

4. Conclusão

Esta sentença mostra bem como a preparação para uma arbitragem se tem de começar a efectuar muito cedo, já que uma adequada e prudente leitura do BIT, numa altura em que o recurso à arbitragem ainda poderia parecer aos responsáveis pelo investimento algo de longínquo, teria podido permitir ir monitorizando os avanços e recuos do projecto, sempre com a mira de não perder a janela temporal de oportunidade para recorrer à arbitragem internacional.

É certo que a sentença parece pouco fundamentada e talvez não se justificasse a decisão de que a *claim* era *manifestly without merit* atendendo a que se poderia considerar a actuação das autoridades chinesas como um facto continuado, que apenas teria terminado quando o investidor vendeu o investimento. Por outro lado, não fica clara a razão pela qual o tribunal entendeu, depois de algumas hesitações quanto a essa data, que o *dies a quo* poderia ter ocorrido no início de outubro de 2011 (mas sempre antes de 7 de Outubro) e não logo em 2007, por exemplo,

12 Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 139.

13 Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 122.

14 A. Antonietti, *The 2006 Amendments of the ICSID Regulations and Rules and Additional Facility Rules*, ICSID Review, vol. 21, 2006, pág. 427 e segs.

15 Neste sentido, Antonio R. Parra, *ICSID Arbitration Rule 41(5) Objections*, Building International Investment Law – The first 50 years of ICSID, 2016, pág. 594.

16 Sentença de 2 de Dezembro de 2014, parágrafo 44.

17 Sentença de 2 de Dezembro de 2014, parágrafo 44.

18 Sentença de 9 de Março de 2017, parágrafo 70.

19 Até este caso esta possibilidade, apesar de ter sido solicitada mais de 20 vezes, apenas tinha sido aplicada nos casos *Trans-Global Petroleum, Inc. v. Jordânia*, *Brandes Investment Partners, LP v. Venezuela*, *Global Trading v. Ucrânia*, *RSM Prod. Corp. v. Granada* e *MOL Hungarian Oil & Gas Co. Plc v. Croácia*. Sobre este último caso, veja-se Antonio R. Parra, *ICSID Arbitration Rule 41(5) objections*, Building International Investment Law – The first 50 years of ICSID, 2016, pág. 593.

quando houve a primeira interferência danosa da China relativamente ao investimento.

Entende-se que o tribunal poderia ter abordado a questão de outra forma, considerando, por exemplo, que a *claim* relativa a prejuízos imputáveis a factos com mais de três anos estava *time barred* mas que ainda seria viável a apresentação de uma *claim* que incidisse apenas sobre factos ocorridos após 7 de Outubro de 2011.

Finalmente, importa notar que o tribunal do caso PNG v. Papua Nova Guiné, por exemplo, considerou que esta cláusula 41(5) das ICSID Arbitration Rules *is not intended to resolve novel, difficult or disputed legal issues, but instead only to apply undisputed or genuinely indisputable rules of law to uncontested facts*²⁰, o que poderia ter levado o tribunal do presente litígio a não deferir a pretensão da China

de ver o caso *dismissed* de modo sumário, através do recurso ao n.º 5 do art. 41.º das ICSID Arbitration Rules.

A sensação que fica da leitura do acórdão, é que o tribunal formou, desde logo e unanimemente a sua convicção de que o investidor não tinha actuado com a diligência devida e encontrou depois um modo expedito de pôr termo à arbitragem, o que pode ser considerado tanto mais injusto quanto o facto de as actuações danosas das autoridades chinesas parecerem ser – *prima facie* – suficientes para determinar uma decisão favorável ao investidor, se a arbitragem tivesse chegado à fase dos *merits*. É ainda de estranhar que o tribunal tenha optado por uma solução prevista nas *Arbitration Rules* que permite uma espécie de indeferimento liminar mas que a arbitragem tenha, ainda assim, durado 2 anos e 4 meses desde o registo do *Request of Arbitration* por parte do ICSID²¹.

20 Decisão sobre a objecção de 24 de Outubro de 2014, parágrafo 89. Para uma análise global da jurisprudência sobre a matéria, Michele Potestà, *Preliminary objections to dismiss claims that are manifestly without legal merit under rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, ICSID Convention after 50 years – Unsettled Issues, 2017, pág. 249 e segs.

21 De acordo com o n.º 5 do art. 41.º das Arbitration Rules, o tribunal deve decidir a objecção formulada pelo Respondent State, na *first session* do tribunal ou imediatamente a seguir. Ora, de acordo com a regra 13(1) das Arbitration Rules, a *first session* deve ocorrer 60 dias após a constituição do tribunal. Sobre esta questão, Aisatou Diop, *Objection under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, ICSID Review, vol. 25, 2010, pág. 312 e segs, onde a Autora analisa os quatro primeiros casos em que esta cláusula foi aplicada.

PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS: BREVE COMENTARIO SOBRE EL CASO MOBIL C. VENEZUELA

(COMITÉ AD HOC CIADI,
09 DE MARZO DE 2017)

Iñaki Carrera

Mestre em Direito (FDUCP)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUL)
Associado PLMJ Arbitragem

Comité Ad Hoc Ciadi,

Decisión sobre Anulación de 9 de marzo de 2017¹

Miembros del Comité: Sir Franklin Berman (Presidente);
Tan Sri Cecil Abraham; Profesor Dr. Rolf Knieper
Caso CIADI N.º ARB/07/27

Resumen:

El 2 de febrero de 2015 Venezuela presentó ante la Secretaría General del CIADI una solicitud de anulación del laudo dictado en 9 de octubre de 2014 en el procedimiento de arbitraje entre Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, LTD, y Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. c. Venezuela.

Venezuela alegó lo siguiente²:

- (i) La sección del Laudo que versa sobre el Proyecto Cerro Negro debe anularse debido a la extralimitación manifiesta de facultades por parte del tribunal y a la falta de motivación de las razones en que se funda para sostener que tenía jurisdicción de conformidad con el Tratado Holandés;
- (ii) En caso de que la sección del Laudo que versa sobre el Proyecto Cerro Negro no sea anulada, entonces la sección del laudo relativa al monto de la compensación para el Proyecto Cerro Negro y la determinación de dicha compensación en el párrafo 404.d del Laudo debe anularse por las causales de (a) extralimitación manifiesta de facultades y falta de motivación de las razones por las que omitió aplicar el acuerdo especial sobre compensación y (b) extralimitación manifiesta de facultades, falta de motivación y vulneración grave de una norma fundamental de procedimiento al no ordenar la producción de documentos relacionados con el acuerdo especial sobre compensación; y
- (iii) La sección del laudo que versa sobre el Proyecto La Ceiba debe anularse debido a la extralimitación manifiesta de facultades por parte del tribunal y a la falta de motivación de las razones en que se funda para sostener que tenía jurisdicción de conformidad con el Tratado Holandés.

La solicitante basa su pedido en las tres siguientes causales de anulación³:

- (1) Extralimitación manifiesta en las facultades (Artículo 52.1.b) del Convenio CIADI: el Tribunal o no aplicó el derecho adecuado completamente o hizo referencia a él para luego ignorarlo y sus conclusiones sobre juris-

dicción no pueden conciliarse con sus determinaciones de hecho, hay una asunción errónea de jurisdicción;

- (2) Falta de expresión de motivos (Artículo 52.1.e) del Convenio CIADI: no es posible seguir el razonamiento del Tribunal hasta su conclusión, y el Tribunal no abordó las preguntas que planteó la solicitante, cuya respuesta podría haber afectado su conclusión; y
- (3) Vulneración grave de una norma fundamental de procedimiento (Artículo 52.1.d) del Convenio CIADI: impacto grave y fundamental de las reglas con relación a la exhibición de documentos, pues el Tribunal impidió que la solicitante planteara su postura en su totalidad y era fundamental pues la práctica de la prueba forma parte del derecho a ser escuchado.

El Comité decidió cada uno de los causales de anulación de la siguiente forma⁴:

- Extralimitación manifiesta en las facultades:
 - (a) las porciones del Laudo sobre la compensación son tan deficientes con respecto a su razonamiento y a la elección y aplicación de las fuentes apropiadas de derecho conforme al TBI aplicable que dan lugar a causales de anulación establecidas en el Artículo 52(1) del Convenio CIADI;
 - (b) jurisdicción: el Tribunal Arbitral centró su análisis en saber si se había manipulado la propiedad de una inversión establecida con el propósito expreso de ubicar una disputa ya existente dentro de un régimen jurisdiccional favorable. Como no cabe al Comité reemplazar la apreciación de los hechos y del derecho realizada por el Tribunal por la suya no puede determinar que haya habido una extralimitación en las facultades por parte del Tribunal respecto de esta cuestión, menos aún que haya sido manifiesta;

Falta de expresión de motivos: en lo que respecta a la materia de jurisdicción el Comité no encontró sustancia en la reclamación según la cual el Tribunal no expresó motivos suficientes en sustento de las conclusiones a que había llegado, ya sea sobre el punto de derecho o la cuestión de hecho;

- Vulneración grave de una norma fundamental de procedimiento: en lo relativo a la exhibición de documentos, entiende que el Tribunal Arbitral tiene una facultad que puede ejercer a su entera discrecionalidad por lo que no puede ser objeto de control a través del procedimiento de anulación simplemente en función de que el tribunal no ha ofrecido razones suficientemente amplias como para explicar la manera en que ha optado por ejercer su discrecionalidad.

1 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8535.pdf>

2 Decisión sobre Anulación, §30

3 Decisión sobre Anulación, §35.

4 Decisión sobre Anulación, §§104 y siguientes.

Comentario

1. Introducción

La decisión sobre anulación del Laudo Arbitral de las Partes Mobil contra Venezuela contiene varios aspectos jurídicos relevantes relacionados con (i) la falta de motivación en cuestiones de jurisdicción; (ii) la errónea aplicación del derecho; (iii) y la vulneración de una regla relacionada con la práctica de la prueba.

Todavía, este comentario se centrará únicamente en las materias relacionadas con la práctica de la prueba, en particular en la denegación de exhibición de documentos por el Tribunal Arbitral y la posibilidad de anular un laudo, ya sea en arbitraje comercial ya sea en arbitraje de inversión.

¿Qué sucedió en particular en el caso Partes Mobil c. Venezuela? Venezuela pidió que fuera permitida la producción de documentos relacionados con la aplicabilidad de la estructura de compensación del Proyecto Cerro Negro de conformidad con la Autorización del Congreso.

Esta solicitud, a su vez, fue lo suficientemente limitada, estaba vinculada a *“la teoría de las Partes Mobil de que la estructura de compensación del Proyecto Cerro Negro era un ‘incentivo’”* y guardaba relación con la defensa de Venezuela de *“que al amparo de la Autorización del Congreso de Cerro Negro, la Demandada se reservó expresamente todos sus derechos soberanos para adoptar acciones que afectaran el Proyecto Cerro Negro; que esto fue una condición fundamental para la obtención de la autorización del Proyecto; y que Mobil Cerro Negro había entendido y aceptado desde el comienzo, que la compensación por acciones gubernamentales adversas estaría sujeta a términos, condiciones y, más importante aún, a límites respecto de la compensación mediante un precio tope a ser establecido en el Convenio de Asociación Cerro Negro y que Mobil Cerro Negro entendió desde el principio que cualquier compensación por medidas gubernamentales estará sujeta a estos términos, condiciones y limitaciones”*⁵.

Según la solicitante estos documentos habrían demostrado el entendimiento que tenían las Partes Mobil del acuerdo especial que rige la compensación por acciones gubernamentales en contra del Proyecto y habrían tenido un impacto significativo y material en la decisión del Tribunal sobre la relevancia del precio tope.

El planteamiento de la cuestión es fácil: una parte pide a la otra la exhibición de documentos, pero el Tribunal rechaza dicha solicitud por no haber demostrado la parte solicitante que los documentos fueran necesarios.

¿Podrá anularse un laudo arbitral por haber denegado el Tribunal Arbitral la exhibición de documentos pedido por una parte a la otra?

2. La decisión del comité

Veamos los preceptos relevantes sobre esta materia:

- Artículo 43.(a) del Convenio CIADI: *“Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba...”*;
- Artículo 52.1.b), d) y e) del Convenio CIADI: *“(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (...) (b) que el Tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades; (...); (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde...”*
- Artículo 34 de las Reglas de Arbitraje CIADI: *“(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio; (2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento: (a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos...”*

Venezuela alegó que la negativa del Tribunal de ordenar la producción de documentos significa una extralimitación manifiesta en sus facultades al no decidir con base en el derecho aplicable, puesto que no empleó ningún estándar adecuado con respecto a la producción de documentos. Afirma que no tener en cuenta los *“principios reconocidos”* equivale a no aplicar las disposiciones mencionadas o constituye una *“grave falta de aplicación o malinterpretación de los principios rectores, lo que equivale a una falta de aplicación del derecho aplicable”*⁶.

Alega, además, que hubo una falta de motivación, pues solamente afirma que el estándar para la producción de documentos no había sido cumplido.

Venezuela afirma, además, que hubo una vulneración grave de una norma fundamental de procedimiento pues los tribunales no tienen discreción ilimitada para administrar la producción de documentos al punto de incluir denegaciones injustificadas en relación con dicha producción. Eso constituiría: (i) una negación al derecho a ser escuchado,

5 Decisión sobre Anulación, §53.

6 Decisión sobre Anulación, §55.

que es una norma fundamental del procedimiento; y (ii) oportunidad plena de plantear su caso⁷.

Por su lado, las Partes Mobil afirman que el tribunal no se extralimitó en sus facultades puesto que empleó el único estándar aplicable a la presentación de documentos conforme al Convenio CIADI y, en lo relativo a la falta de motivación, afirman que la brevedad no es criterio significativo y que las razones del Tribunal pueden estar implícitas en otras consideraciones y conclusiones del Laudo.

Las Partes Mobil alegan, además, que Venezuela no logró establecer ninguno de los tres elementos necesarios para justificar una anulación con base en la vulneración grave de una norma fundamental del procedimiento, a saber:

- (1) no demostró que hubiera una norma fundamental que autorizara a presentar estos documentos, el Artículo 43 al ser inherentemente discrecional, no puede constituir una norma fundamental que habría obligado al Tribunal a fallar de una determinada manera;
- (2) no hubo vulneración de ninguna norma dado que la denegación estuvo justificada, dado que no eran pertinentes tal y como establece el Reglamento de la IBA;
- (3) no se probó la gravedad de la vulneración, en particular no quedó demostrado que de no haberse producido dicha vulneración se hubiera fallado de distinta forma.

El Comité estuvo de acuerdo que la justificación dada por el Tribunal era muy superficial. Además, afirma que el Tribunal fue impreciso al expresar que los preceptos establecen un criterio de demostración de necesidad, pero entiende el Comité que dicho precepto no establece tal criterio sino una facultad conferida al propio tribunal.

Asimismo, el Comité fue claro al decir que el uso del verbo "poder" demuestra que es una facultad que el tribunal ha de ejercer a su entera discrecionalidad a quien le compete pronunciarse sobre la necesidad.

El Comité es tajante: *"el Comité no encuentra justificación alguna para decir que el ejercicio de tal discrecionalidad es objeto de control a través del procedimiento de anulación simplemente en función de que el tribunal no ha ofrecido razones suficientemente amplias como para explicar la manera en que ha optado por ejercer su discrecionalidad"*⁸.

Según el Comité, el marco del procedimiento de anulación no debe determinar si cualquiera de los dos lados estaba en lo cierto o no respecto a la exhibición de los documentos, ni si el Tribunal decidió correctamente al no aceptar el

pedido de la parte. De lo contrario, eso constituiría una apelación. Lo único que puede hacer es tener en consideración *"el posible efecto de la negativa del Tribunal a ordenar la divulgación"*⁹, o sea *"¿infringió dicha negativa el derecho de Venezuela a ser escuchada o, al menos, privó a Venezuela de la oportunidad plena de plantear su caso?"*¹⁰.

En ese respecto entendió el Comité que en los casos anteriores de anulación se consideró únicamente que la parte ha sido privada del derecho a ser escuchada cuando el tribunal en su laudo definitivo se basa en un fundamento que una o ambas partes no habían tenido la oportunidad de abordar en absoluto su argumentación. Considera que no obra en el procedimiento que las Partes no hubieran argumentado completa y ampliamente, ni por escrito ni en forma oral, los fundamentos de las determinaciones sobre el fondo del Tribunal en su Laudo.

En cuanto a la oportunidad de plantear su caso, el Comité concluye que Venezuela no fue privada de la oportunidad plena de plantear su caso. Basa dicha conclusión en las propias alegaciones de Venezuela puesto que afirmó que: *"el tribunal consideró que no tuvo suficientes pruebas sobre las condiciones especiales conforme a las cuales el Proyecto Cerro Negro fue autorizado – aunque, como se revisó anteriormente, el expediente es muy claro en ese punto – dichos documentos hubieran tenido un impacto significativo y material en la decisión del tribunal sobre la relevancia del precio tope..."*¹¹ y *"[e]l expediente está repleto de documentos y testimonios que demuestran lo contrario, y carece de evidencia que sustente la historia revisionista de las Partes Mobil. Sin embargo, si el tribunal hubiera tenido alguna duda al respecto, lo cual no expresó en – e incluso se contradice con – su narración de los hechos, las presentaciones preparadas por las Partes Mobil para explicar los términos y condiciones del Proyecto Cerro Negro a su propio comité ejecutivo, claramente habrían dado luz para su comprensión"*¹².

3. Las facultades de los tribunales en lo que respecta a la exhibición de documentos

Tanto en el arbitraje de inversión como en el arbitraje comercial, los tribunales tienen amplios poderes en lo que respecta a la práctica de la prueba, en particular en la exhibición de documentos en poder de la parte contraria.

Ya hemos visto que las Reglas de Arbitraje CIADI establecen en el artículo 34 que el Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio y esto no es exclusivo de los arbitrajes de inversión.

En efecto, la Ley Modelo establece en el artículo 19.2 que *"el tribunal podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta*

7 Decisión sobre Anulación, p. 47.

8 Decisión sobre Anulación, p. 46.

9 Decisión sobre Anulación, p. 48.

10 Decisión sobre Anulación, p. 48.

11 Decisión sobre Anulación, §134.

12 Decisión sobre Anulación, §134.

facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas”.

Lo mismo está preceptuado en el artículo 25.2 de la Ley de Arbitraje española¹³ y en el art. 27.4 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (“*El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas*”).

Incluso ciertos ordenamientos jurídicos cuyas leyes no establecen nada sobre el asunto otorgan a los tribunales arbitrales amplios poderes sobre la práctica de la prueba como Estados Unidos o Holanda¹⁴. O incluso control sobre todo el procedimiento, práctica de prueba incluida, como es el caso del art. 22.2 de las Reglas ICC.

Veamos, además, el art. 22.1, inciso (vi) de las Reglas LCIA:

“...to decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material tendered by a party on any issue of fact or expert opinion; and to decide the time, manner and form in which such material should be exchanged between the parties and present to the Arbitral Tribunal”

En lo que respecta a las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, estas son muy extensas y tratan de cuestiones de prueba de forma más detallada. Su artículo 9 (Admisibilidad y Valoración de las Pruebas) establece que:

1. *El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y peso específico de las pruebas.*
2. *El Tribunal Arbitral deberá, a instancia de parte o de oficio, excluir de las pruebas o solicitud de presentación de pruebas cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquier de las siguientes razones:*
 - a. *falta de relevancia o importancia suficiente;*
 - b. *impedimento o privilegio legal según las normas legales o éticas establecidas como aplicables por el Tribunal Arbitral;*

- c. *carga irrazonable para producir las pruebas solicitadas;*
 - d. *pérdida o destrucción de un documento que haya sido razonablemente acreditada;*
 - e. *motivos de confidencialidad comercial o técnica que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente;*
 - f. *razones de especial sensibilidad política o institucional (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución internacional pública) que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente; o*
 - g. *consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente.*
3. *El Tribunal Arbitral podrá, cuando lo estime oportuno, tomar las medidas necesarias para permitir que las pruebas a ser analizadas queden sujetas a una adecuada protección de confidencialidad.*
4. *Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que no haya sido objetada oportunamente o se negase a suministrar un documento que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa Parte”*

Pero la inexistencia de tales preceptos no obsta a que el Tribunal Arbitral tenga amplios poderes en lo que respecta a la práctica de la prueba. Como afirma GARY BORN:

“...even in the absence of such provisions, arbitral tribunals clearly have the implied authority to resolve issues of admissibility, weight and relevance of the evidence”¹⁵.

No hay dudas que el poder de los Tribunales Arbitrales es discrecional a la hora de determinar si una determinada prueba es admisible, relevante o importante. No cabe a las partes dicha evaluación¹⁶ y existen sendos casos de tribunales arbitrales que han denegado la exhibición de documentos o de la práctica de otra prueba por entender que no son admisibles, relevantes o importantes¹⁷.

13 Véase asimismo el artículo 30.4 de la Ley de Arbitraje voluntario portuguesa (“*Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, pertinência e valor de qualquer prova produzida ou a produzir*”); art. 1467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil francesa; §1042.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana; §599.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil austriaca; §§34.1 y 2 de la Ley de Arbitraje inglesa.

14 GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, 2014, vol. II, pp. 2308-2309.

15 GARY BORN, *International...*, vol. II, pp. 2309-2310. De igual forma lo admite ROBERT PIETROWSKI, *Evidence in International Arbitration*, in *Arbitration International*, Volume 22, Issue 3, 2006, p. 374: “*Thus, regardless of whether the parties are states or private parties and whether the arbitration is governed by international law or municipal law, the procedure of most international tribunals is characterized by an absence of restrictive rules governing the form, submission and admissibility of evidence. The evaluation of the evidence is entirely within the discretion of the tribunal.*”

16 CHRISTOPH H. SCHREUER/ LORETTA MALINTOPPI / AUGUST REINISH / ANTHONY SINCLAIR, *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge University Press, Second Edition, p. 643: “*The tribunal has discretion in deciding on the relevance and admissibility of the evidence adduced by the parties and in exercising the power to summon further evidence and is not bound by the parties’ submissions regarding the taking of evidence. It is for the tribunal and not for an interested party to determine whether a piece of evidence is admissible and relevant.*”

17 Véase los casos citados en CHRISTOPH H. SCHREUER/ LORETTA MALINTOPPI / AUGUST REINISH / ANTHONY SINCLAIR, *The ICSID Convention: A commentary*, p. 643, n. 10: Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company c. Argentina, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, §226: “*A juicio del Tribunal, los Demandantes han demostrado suficientemente la propiedad e identidad societarias a los fines de las excepciones preliminares. En cuanto a lo demás, los elementos mencionados en la solicitud adicional de pruebas formulada por Argentina no son necesarios para decidir sobre la jurisdicción. Ellos se refieren más bien al fondo del asunto. En consecuencia, el Tribunal no decidirá acerca de la Solicitud del Demandado en esta etapa del procedimiento, salvo en lo que respecta a la propiedad e identidad societarias*”, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0098.pdf>; y M.C.I. Power Group L.C y New Turbine INC. c. Ecuador, Laudo, Caso CIADI n. ARB/03/6, §20: “*El 13 de julio de 2005, el Tribunal, luego de considerar la solicitud formulada por la Demandada para la producción de documentos (en cartas del 23 de junio y 7 de julio de 2005), así como la respuesta de las Demandantes del 1 de julio de 2005, rechazó tal solicitud. Sin embargo, el Tribunal observó que se reservaba los poderes para solicitar a las partes la producción de cualquier documento, promoción de testigos o peritos, si así lo considerare necesario en cualquier estado del procedimiento*”, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0501.pdf>.

Todavía, debemos tener en cuenta que también hay sendos ejemplos de Tribunales que consideraron haber límites a los poderes de los tribunales. Véase el caso Aguas del Tunari c. Bolivia¹⁸, exactamente con base en los artículos 43 del Convenio y 34.2 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal consideró en su Orden Procesal n. 1 que

"13. The Tribunal interprets Article 43 as granting the Tribunal a substantial measure of discretion in the ordering of the parties to produce documentary evidence or witnesses. See CHRISTOPH H, SCHREUER, The ICSID Convention: A commentary 647 (Cambridge Univ. Press, 2011) (stating that the 'tribunal has complete discretion... exercising the power to summon further evidence'). The Tribunal finds that its exercise of this discretion is not without limits, however, and that Article 43 provides some guidance as to the exercise of its discretion. In general, the Tribunal's discretion to order the production of evidence is informed by concepts of materiality, relevance and specificity present in the laws of evidence generally and by the customs of evidentiary production in international arbitration generally. More particularly, Article 43 provides that the Tribunal may order the production of evidence at any stage of the proceedings when in the Tribunal's judgment such an order is 'necessary'.

14. As a consequence, the Tribunal bears in mind a number of considerations in evaluating whether or not to order the production of evidence. These considerations include: the necessity of the requests made to the point the requesting party wishes to support, the relevance and likely merit of the point the requesting party seeks to support, the cost and burden of the request on the Claimant and the question of how the request may be specified so as to both fulfil legitimate requests

by a party while not allowing inquiries that are an abuse of process.

15. At the close of the First Session, the Tribunal encouraged the Respondent in making its request for documents to provide 'specificity in [its] identification of documents.' Transcript of First Session at p. 58. The Tribunal notes that the requests for documents by the Respondent in the main do not specifically identify documents but are instead general. The Tribunal acknowledges that it would be difficult for the Respondent to be more specific given the broad factual context that it asserts must be examined in order to develop its second objection to jurisdiction. The Tribunal also notes that it is within its power under Article 43 of the ICSID Convention to employ its discretion to tailor and narrow Respondent's general requests, taking into account the considerations outlined in paragraph 14"¹⁹.

Varias veces las Partes en anulaciones alegan que la recusa discrecional en materia de prueba es una causal de anulación, en concreto *excess of power* y vulneración grave de una regla fundamental, pero los Comités Ad Hoc han rechazado dichos argumentos ²⁰.

Creemos que los tribunales arbitrales, aunque consideren tener poder discrecional, son prudentes a la hora de denegar la exhibición de documentos y fundamentan sus decisiones. No hay ninguna ventaja para el arbitraje, decidir de forma dictatorial sin cualquier fundamento.

En lo que respecta a la anulación de un lado por denegación de exhibición de documentos, hay que tener en cuenta que los Comités son conservadores a la hora de anular un laudo, y en este caso, más todavía, puesto que existe amplia libertad de los tribunales arbitrales en lo que toca a la práctica de la prueba.

¹⁸ Aguas del Tunari, S.A., C. República de Bolivia, CIADI, n. ARB/02/03, disponible en <https://www.italaw.com/cases/57>. Véase también ADF Group INC. c. Estados Unidos de América, Asunto n. ARB (AF)/00/1, §5. 27 y siguientes, disponible en <https://www.italaw.com/cases/43>.

¹⁹ La orden Procesal es citada en la Decisión sobre Jurisdicción, §25, disponible en https://www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf.

²⁰ Véase como ejemplo el Wena Hotels Limited c. Egipto, Caso CIADI n. ARB/98/4, §73: *"The Applicant tries to turn the discretionary nature of the rules on evidence to their contrary when it asserts the existence of an obligation of the Tribunal to call for evidence on any item critical for the outcome of the dispute. Neither the Convention nor the Arbitration Rules contain any such provision. The Applicant fails to demonstrate the existence of a fundamental rule of procedure which would have put the Tribunal under an obligation to call for further evidence concerning Mr. Kandil. Therefore, the Applicant's complaint must fail also in this respect"*, disponible en <https://www.italaw.com/cases/1162>.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA ARBITRAL

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE 16 DE MARÇO DE 2017

Telma Pires de Lima

Associada Coordenadora PLMJ Arbitragem

Supremo Tribunal de Justiça

Processo n.º: 1052/14.1TBBCL.P1.S1¹
Relator: Lopes do Rego

Sumário:

- I. A LAV apenas permite a impugnação da sentença arbitral pela via do pedido de anulação dirigido ao competente tribunal estadual – só prevendo, como forma de reacção à dita sentença, a via do recurso nos casos em que as partes tiverem acordado na recorribilidade da decisão dos árbitros para os tribunais estaduais, pressupondo o pedido de anulação – que origina uma forma procedimental autónoma, moldada pelas regras da apelação no que se não mostre especialmente previsto no n.º 2 do art. 46.º da LAV – a verificação de algum ou alguns dos fundamentos taxativamente previstos na lei, cumprindo, em regra, à parte que faz o pedido o ónus de demonstrar a respectiva verificação.
- II. Tal pretensão não envolve um amplo conhecimento do mérito da decisão que se pretende anular, estando a competência do tribunal estadual circunscrita à matéria da verificação do específico fundamento da pretendida anulação, cabendo, mesmo nos casos em que proceda a pretensão anulatória, a reapreciação do mérito a outro tribunal arbitral, nos termos do nº 9 do citado art. 46º.
- III. Está suficientemente fundamentada a decisão arbitral que enuncia, de forma perfeitamente inteligível e apreensível pelos respectivos destinatários, os fundamentos factuais e normativos da decisão, tornando perceptível o iter lógico jurídico seguido na resolução do litígio.

Resumo:

Factos Relevantes:

Para o que importa à presente anotação, lê-se no Acórdão do STJ que o recorrente:

“– sustenta que o acórdão arbitral padece de falta de fundamentação, já que – referentemente ao valor das compensações arbitradas, – não especificou os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão proferida, não indicando as regras jurídicas que impunham ou permitiam a decisão acerca das compensações arbitradas, não explicando em que medida é que a situação factual sobre a qual incidiu a decisão se subsume às previsões normativas das regras aplicáveis;

– assim, tal decisão não explicou qual o cálculo aritmético, nem o percurso lógico racional que determinou a fixação dos valores atribuídos à R. como compensação das contratações de jogadores indicados – pelo que os valores arbitrados traduziriam indemnização arbitrária, não justificada por qualquer prova, designadamente documental;

– daí que se sustente ter o acórdão recorrido violado a al. VI do nº3 do art. 46º, conjugado com o nº3 do art. 42º da LAV, bem como o art. 205º da CRP.”

Questão Decidenda:

Estando em causa o conhecimento de recurso de revista interposto no âmbito de ação de anulação de sentença arbitral, o STJ começa por sublinhar, e bem, que – “como é típico da ação de anulação da decisão arbitral – o seu objeto não traduz qualquer reapreciação do mérito da causa, vedado aos tribunais estaduais pelo art. 46º, nº9 da LAV, consistindo, apenas e estritamente, em apurar a verificação ou inverificação dos específicos fundamentos de anulação da sentença arbitral, invocados pelo A. na ação que propôs e naturalmente incluídos no âmbito das conclusões que formulou na revista que interpôs do acórdão da Relação que julgou a acção totalmente improcedente”.

O específico fundamento de anulação do acórdão arbitral invocado pelo recorrente foi a alegada falta de fundamentação do mesmo. É sobre o dever de fundamentação da sentença arbitral, e sua densificação, que se debruçará a presente anotação.

1 Acórdão do STJ de 16.03.2017, Proc. n.º 1052/14.1TBBCL.P1.S1, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e1ca74a2bf9cb80c802580ed005781b2?OpenDocument>.

Anotação

O Acórdão sob anotação confirma o entendimento há muito seguido pelo STJ no sentido que está suficientemente fundamentada e, por isso, não é anulável a sentença arbitral que *"enuncia, de forma perfeitamente intelegível e apreensível pelos seus destinatários, os fundamentos factuais e normativos da decisão, tornando perceptível o iter lógico jurídico seguido na resolução do litígio"*, validando ademais o entendimento vertido no Acórdão *a quo*, do TRP, segundo o qual *"Só a falta absoluta de motivação implicará uma nulidade da sentença arbitral, invocável através da ação de anulação"*, também em linha com a jurisprudência uniforme do STJ.

A propósito da função jurisprudencial, a Constituição da República Portuguesa ("CRP") prescreve, no seu artigo 202.º, n.º 4, que a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos e, no artigo 209.º, n.º 2, faz expressa referência aos tribunais arbitrais e aos julgados de paz.

Os tribunais arbitrais estão previstos como uma categoria autónoma de tribunais e encontram-se submetidos a um estatuto funcional similar ao dos tribunais judiciais. A sua atividade corresponde a um verdadeiro exercício privado da função jurisdicional e as suas decisões têm natureza jurisdicional.

O dever de fundamentação da decisão arbitral decorre diretamente da CRP, que no seu art. 205.º, n.º 1 estipula que *"As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei."* Por seu turno, o artigo 42.º, n.º 3 da Lei da Arbitragem Voluntária (LAV²), seguindo a redação exata do art. 31.º, n.º 2 da Lei Modelo da UNCITRAL, dispõe que *"A sentença deve ser fundamentada, salvo se as partes tiverem dispensado tal exigência³ ou se trate de sentença proferida com base em acordo das partes, nos termos do artigo 41.º."*

A violação do dever de fundamentação da sentença arbitral é fundamento de anulação desta pelo tribunal estadual competente, ao abrigo do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea vi) da LAV. Como aferir se uma decisão arbitral cumpre ou não o requisito da fundamentação?

O artigo 42.º da LAV estipula sobre a *"Forma, conteúdo e eficácia da sentença"* e a regulamentação aí vertida é diferente da que consta do CPC. Desde logo, a LAV não contém uma norma que permita densificar em que consiste o dever de fundamentação da sentença arbitral, nem tão pouco uma norma

semelhante ao art. 607.º, n.ºs 3 e 4 do CPC, onde relativamente aos fundamentos da sentença se estipula que o juiz deve *"discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final"* (n.º 3) e que *"o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção"* (n.º 4).

Como se referiu, o artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea vi) da LAV estipula que a sentença arbitral é anulável se foi proferida sem fundamentação, mas não dispõe que é nula a sentença que não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão ou em que os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível, como o artigo 615.º, n.º 1, alíneas b) e c) do CPC estipula para a sentença judicial.

Por último, a LAV não prevê um dever geral do tribunal arbitral fundamentar qualquer decisão, como acontece com as decisões judiciais *"proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo"*, que nos termos do artigo 154.º, n.º 1 do CPC, *"são sempre fundamentadas"*.

A regulamentação distinta é intencional, o que por si só já justificaria que não se transpusesse diretamente para o processo arbitral as normas processuais civis e, de facto, a jurisprudência e a doutrina concordam que o CPC não se aplica a processos arbitrais com sede em Portugal.

A título meramente exemplificativo, veja-se o Acórdão do TRL de 19.02.2015 (Proc. 640/15.3YRLSB.L1-2)⁴, onde se bem julgou que *"O processo arbitral tem características próprias que o distinguem do processo nos tribunais do Estado. Todavia, partilhando com estes a mesma função de resolução de conflitos e de contribuição para a pacificação social, apresenta necessariamente pontos de contacto em muitos aspectos. No entanto, o modo como se organiza e se desenvolve o processo arbitral e o método utilizado na sua condução são distintos."*, sublinhando que *"Antes de mais, o Código de Processo Civil não se aplica ao processo arbitral."*

Com efeito, reconhece-se que a LAV pretendeu afastar a aplicação subsidiária do CPC às arbitragens conduzidas sob

2 Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro.

3 Relativamente à dispensa de fundamentação, JORGE MORAIS CARVALHO aponta como vantagens a promoção da celeridade do processo, o aumento do grau de confidencialidade dos factos objeto do litígio e a dificuldade de impugnar a sentença arbitral, dando-lhe um caráter mais definitivo. Como sem fundamentação não há recurso, este Autor alerta que as partes não podem simultaneamente acordar na dispensa de fundamentação e no recurso da sentença arbitral. – O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral, O Direito, Ano 143.º, 2011, IV, pp. 785-786.

4 Disponível em www.dgsi.pt.

5 MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 2ª Edição, p. 237; Documento "Exposição de Motivos da Proposta de Lei", disponível em <http://www.arbitragem.pt/projetos/lav-2011/lav-preambulo030509.pdf>, p. 1, segundo parágrafo.

a sua égide, e bem, pois não só a aplicação subsidiária do CPC não é necessária⁶, desde logo face à clareza meridiana do artigo 30.º, n.º 3 da LAV⁶, como a aplicação subsidiária do CPC é contraditória com a natureza e características do processo arbitral⁷.

Nesse sentido, bem se fez notar em Acórdão do TRL que *"O processo arbitral, de resto, não tem, nem deve ter, a rigidez própria da ação declarativa regulada no Código de Processo Civil (CPC)"*⁸.

Entendemos, por isso, que as normas processuais civis não devem ser tidas como *fonte* na densificação do dever de fundamentação da sentença arbitral.

Questão diferente é admitir que *"princípios e categorias básicas do processo civil, que são comuns ao processo arbitral"*, em situações *"analisadas casuisticamente"*, tenham aplicação neste último⁹.

Pode-se argumentar que à fundamentação das decisões arbitrais se aplicam os princípios gerais do processo civil¹⁰ ou que as normas do CPC podem constituir um *"elemento interpretativo no sentido de determinar o alcance da necessidade de fundamentação"*¹¹ ou, ainda, que *"No que respeita à falta de fundamentação da decisão arbitral não se verifica nenhuma especialidade relativamente a idênticos vícios das decisões judiciais, pelo que tudo quanto se refere a estas será aplicável àquelas"*¹², mas, como se escreve no Acórdão a quo do TRP, ainda que com menos exigências, é indiscutível que os tribunais arbitrais também se encontram sujeitos ao dever de fundamentação.

Comentando o artigo 42.º, n.º 3 da LAV, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE¹³ assinala precisamente que *"Não se exige qualquer tipo específico de fundamentação nem se impõe que sejam expres-*

samente considerados todos os argumentos jurídicos invocados pelas partes. A tendência jurisprudencial claramente dominante é no sentido de que o grau de fundamentação exigido seja menor do que é a prática corrente nas sentenças judiciais."

Como se faz notar no Acórdão sob anotação, quando transcreve o entendimento do Acórdão a quo do TRP, *"Conquanto a natureza informal e prática do processo arbitral, a fundamentação deve conter as razões de facto e de direito que justificam a decisão em termos que não diferem da lei adjetiva civil para a sentença judicial, pois, de outro modo, tornar-se-ia difícil a sua apreciação em caso de impugnação"*.

A menor exigência na fundamentação da sentença arbitral poderá traduzir-se nomeadamente na dispensa da análise crítica das provas.

Nesse sentido, ainda ao abrigo da anterior LAV, o STJ¹⁴ proferiu acórdão no sentido que o não cumprimento do requisito específico da análise crítica das provas que o atual artigo 607.º n.º 4 do CPC impõe para a sentença judicial não gera invalidade do acórdão, tendo decidido que uma vez *"especificados os fundamentos de facto e feita a indicação dos meios de prova que foram decisivos para a convicção dos Árbitros, não é imprescindível para a validade do acórdão arbitral que neste se mostre efectuada a análise crítica das provas."*

Este entendimento foi recentemente reiterado pelo STJ¹⁵, que julgou que *"o facto de na sua estrutura lógico argumentativa, se não ter autonomizado formalmente um capítulo em que se enunciam os factos considerados provados e não provados não implica necessariamente que um acórdão arbitral se deva considerar não fundamentado."*

Como o TRL bem chamou a atenção, *"A medida da fundamentação necessária para assegurar a validade de uma*

6 O artigo 30.º, n.º 3 da LAV estipula que *"Não existindo tal acordo das partes [sobre as regras de processo a observar na arbitragem – cfr. n.º 2 do mesmo artigo] e na falta de disposições aplicáveis na presente lei, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, definindo as regras processuais que entender adequadas, devendo, se for esse o caso, explicitar que considera subsidiariamente aplicável o disposto na lei que rege o processo perante o tribunal estadual competente."* O "Anteprojeto de nova Lei de Arbitragem Voluntária com notas justificativas" é claro em dar nota que a redação deste preceito visa *"afastar em definitivo, o erróneo entendimento que se encontra ainda muito difundido na prática da arbitragem no nosso país, segundo o qual as normas de direito processuais civis são subsidiariamente aplicáveis ao processo arbitral."* – disponível em <http://www.arbitragem.pt/projetos/lav-2011/proposta-de-lav-2011-notas.pdf>. A propósito deste preceito, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO entende que *"A segunda parte do n.º 3 deste artigo visa tornar claro que a aplicação nas arbitragens da lei processual, a título subsidiário, só terá lugar se o tribunal arbitral o tiver expressamente determinado; se essa explicitação não for feita, deve entender-se que as regras do processo civil não são relevantes para o processo arbitral. Pelas razões expostas no parágrafo anterior, é de esperar que árbitros experientes não tomem a iniciativa de mandar aplicar (subsidiariamente) ao processo arbitral a lei processual civil, dada a sua manifesta inadequação a este, e que só o façam se a partes manifestarem uma forte vontade neste sentido."* – Da Condução do Processo Arbitral. Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária, ROA 73.º, II/ III, 2013, pp. 678-679.

7 MARIANA FRANÇA GOUVEIA, op.cit., p. 235, e DÁRIO MOURA VICENTE, Lei da Arbitragem Voluntária Anotada, 2017, 3ª Edição, Almedina, p. 9.

8 Ac. TRL de 27.11.2014, Proc. n.º 703/14.2YRLSB.L1-2, disponível em www.dgsi.pt.

9 A este respeito, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO defende a importância de distinguir *"entre, por um lado, as normas reguladoras da tramitação do processo civil e da atuação de quem nele intervém e, por outro lado, os princípios e categorias básicas do processo civil, que são comuns ao processo arbitral e que, por isso, tem neste possível aplicação (porventura, com adaptações), quando for necessário: é o caso dos conceitos de litisconsórcio, habilitação, legitimidade, caso julgado, entre outros."* – Da Condução..., p. 679. Atente-se ainda nas palavras de MARIANA FRANÇA GOUVEIA, para quem *"o tratamento dogmático destes princípios [i.e. princípios que têm de ser cumpridos para que uma decisão possa ser reconhecida judicialmente] é já antigo no processo civil e deve ser aproveitado para a arbitragem. É, porém, necessário ter algumas cautelas na transposição das regras que atualmente substanciam estes princípios no processo civil. O não cumprimento destas regras não corresponde inevitavelmente à violação dos princípios no âmbito do processo arbitral. As situações devem ser analisadas casuisticamente, em função, portanto, da situação concreta e das regras processuais específicas que o regulam."* – Op.cit., p. 259..

10 Ac. STJ de 17.05.2001, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, II, p. 89; Ac. TRL de 02.10.2006, Proc. n.º 1465/2006-2, disponível em www.dgsi.pt.

11 JORGE MORAIS DE CARVALHO, Op.cit., p. 782.

12 PAULA COSTA E SILVA, Os Meios de Impugnação de Decisões, ROA 56.º, I, 1996, pp. 184-185.

13 JOSÉ ROBIN DE ANDRADE em anotação ao artigo 42.º, n.º 3 da LAV, Lei da arbitragem voluntária anotada, p. 132, n.º 3.

14 Ac. STJ de 15.05.2007, Proc. n.º 07A924, disponível em www.dgsi.pt.

15 Ac. STJ de 22.09.2016, Proc. n.º 660/15.8YRLSB.L1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

decisão, ou obstar à verificação do vício de falta de fundamentação, varia de caso para caso, afigurando-se que deve ser a necessária e adequada à compreensão do litígio e da decisão proferida. Sabendo-se que as meras insuficiências de fundamentação de facto não são fundamento de anulação. Para além deste princípio geral, julga-se que a fundamentação de facto de determinada decisão jurisdicional não obedece a um modelo obrigatório, nem a forma legal, sendo apenas relevante que cada decisão especifique, de forma inteligível, a matéria de facto em que se funda."¹⁶.

ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO¹⁷ salienta que "O entendimento prevalecente na doutrina e jurisprudência da grande maioria dos sistemas jurídicos é de que o árbitro não é obrigado a seguir nem a responder a todos os argumentos das partes, considerando-se suficiente a existência de uma relação lógica entre o fundamento e a decisão; mesmo uma fundamentação deficiente, não convincente ou errada pode satisfazer a obrigação de apresentar os motivos para ela."

Por seu turno, PAULA COSTA E SILVA¹⁸ afirma poder-se dizer "genericamente que uma sentença é provida de fundamentos sempre que seja possível compreender a motivação do árbitro. Assim, mesmo que tal motivação seja deficiente, medíocre ou errada, estaremos perante uma sentença motivada, devendo as deficiências da sua fundamentação, que não geram nulidade, ser arguidas em via de recurso. Só a falta absoluta de motivação implicará uma nulidade da sentença arbitral, invocável através da ação de anulação."

Mesmo que não caiba recurso da sentença arbitral ao abrigo do artigo 39.º, n.º 4 da LAV, a fundamentação é garantia de um processo arbitral que se quer equitativo e contraditório e, por isso, é imprescindível.

De referir também que mesmo que não caiba recurso da sentença arbitral, esta não pode ser um acto arbitrário, antes "deve representar a adaptação da vontade abstracta da lei ao caso particular", já ensinava ALBERTO DOS REIS¹⁹. E não será diferente se os árbitros deverem julgar segundo a equidade²⁰.

Concordando com ALBERTO DOS REIS, PAULA COSTA E SILVA²¹ salienta que a exigência de fundamentação da sentença arbitral "pode explicar-se através da vontade legislativa de

afastar toda a arbitrariedade do processo arbitral, impondo-se aos árbitros que demonstrem que «a solução dada ao caso é legal e justa..., que é a emanação correcta da vontade da lei»."

A necessidade de fundamentação prende-se também com a legitimação da sentença arbitral, pois é na fundamentação que o tribunal colhe legitimidade e autoridade para dirimir o conflito entre as partes e lhes impor a sua decisão, "pela razão simples de que uma decisão vale, sob o ponto de vista doutrinal, o que valerem os seus fundamentos", como escreve ALBERTO DOS REIS²².

É pela fundamentação que as partes ficam a saber da razão ou razões do decaimento das suas pretensões. As partes têm o direito de ser não só esclarecidas, mas também convencidas do acerto da sentença arbitral, o que certamente contribuirá para o (melhor) acatamento da mesma.

Relativamente à contradição entre os fundamentos e a sentença arbitral, a jurisprudência tem entendido que não pode ser causa de pedir em ação de anulação²³.

A este respeito, PAULA COSTA E SILVA defende que "Também nos casos em que se verifica uma contradição entre os fundamentos e a decisão não nos parece caber acção de anulação. Se bem que nestas hipóteses se possa considerar que a fundamentação não preenche nenhuma das suas finalidades ou funções, certo é que a Lei nº 31/86, ao contrário daquilo que estabelece o CPC, no seu artigo 668º, nº1, al. c), não previu expressamente esta causa de nulidade. Deste modo, e apesar de existir uma contradição lógica insanável na sentença, deve esta contradição ser ultrapassada através de recurso da decisão arbitral."²⁴. Esta Autora salvaguarda, porém, "este vício da decisão pode reconduzir-se a falta de fundamentação"²⁵.

Precisamente porque o dever de fundamentação exige uma apreciação material para se aferir da inteligibilidade da decisão final, MARIANA FRANÇA GOUVEIA defende que se existir contradição entre os fundamentos e a decisão, este vício equivale a falta de fundamentação²⁶.

No mesmo sentido, JORGE MORAIS CARVALHO chama a atenção para que "em situações-limite, nada sobra que explique o sentido da sentença ou sequer como é que os

16 Ac. TRL de 28.01.2016, Proc. n.º 660/15.8YRLSB-2. Anteriormente, o TRL já tinha criticado em Acórdão de 04.03.2014, Proc. 672/11.0YRLSB-6, "o entendimento de que as decisões arbitrais estão sujeitas à "fundamentação da decisão de facto" nos exactos moldes que as decisões judiciais, levando a sua omissão ou insuficiência à anulação da decisão decorrida", chamando a atenção que a jurisprudência do STJ ia noutro sentido. Ambos os arestos disponíveis em www.dgsi.pt.

17 ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, A impugnação da sentença arbitral, cit., pp. 60-61.

18 PAULA COSTA E SILVA, Anulação e recursos da decisão arbitral, ROA, 52.º, III, 1992, p. 938.

19 ALBERTO DOS REIS, Código de Processo Civil Anotado, V, p. 139.

20 JORGE MORAIS DE CARVALHO, Op.cit., p. 785.

21 PAULA COSTA E SILVA, Anulação..., loc.cit..

22 ALBERTO DOS REIS, Comentário ao Código de Processo Civil, 2.º, p. 172.

23 Ac. TRP de 02.07.2015, Proc. n.º 92/15.8YRPRT, e Ac. TRL de 02.10.2006, Proc. n.º 1465/2006-2, ambos disponíveis em www.dgsi.pt. – Anulação..., pág. 939.

24 PAULA COSTA E SILVA, Anulação..., pág. 939.

25 PAULA COSTA E SILVA, Os Meios..., p. 186.

26 MARIANA FRANÇA GOUVEIA, Curso..., p. 308.

árbitros chegaram a ela”, pois “Uma sentença em que a decisão seja totalmente contraditória com os fundamentos não é inteligível para as partes, não cumprindo, portanto, o dever de fundamentação imposto pela LAV”, concluindo o Autor que a sentença arbitral assim proferida “pode ser anulada”²⁷.

O exposto impõe que se conclua que o critério para aferir se o dever de fundamentação foi ou não cumprido pelo tribunal arbitral deverá sempre passar por afiançar a inteligibilidade da sentença, não sendo causa de pedir de ação de anulação a sentença que, fundamentada, “porventura

seja mais displicente ou incompleta, insuficiente, medíocre, errada ou não convincente, ocorrência que apenas afecta o valor doutrinário desejável, o apreço e respeito devidos e o carácter persuasivo e justo da decisão”²⁸.

Em nota final, é de enaltecer que o Acórdão sob anotação é mais um bom exemplo da recusa dos tribunais estaduais a subverter a filosofia inerente aos tribunais arbitrais, que visam uma justiça abreviada e informal, logo liberta de muitos e apertados espartilhos do CPC, não permitindo que a sentença arbitral em causa “venha morrer à praia”²⁹ e, em última, análise se destrua a arbitragem como instituto.

²⁷ Op.cit., pp. 784-785.

²⁸ Ac. STJ de 21.06.2011, Proc. n.º 1065/06.7TBESP.1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

²⁹ Ac. TRL de 03.04.2014, Proc. n.º 672/11.0YRLSB-6, disponível em www.dgsi.pt.

ALOCAÇÃO DE CUSTOS EM ARBITRAGEM – HAVERÁ LUZ AO FUNDO DO TÚNEL?

**ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE LISBOA DE 16 DE MARÇO DE 2017**

Mariana Carvalho

LL.M. Corporate and Commercial Law
(Queen Mary University of London)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUL)
Associada PLMJ Arbitragem

Tribunal da Relação de Lisboa,

Processo n.º: 407/17.04YRLSB-8¹

Relator: Maria Alexandra Branquinho

Resumo:

1. *"A instância arbitral foi iniciada pelas sociedades A... Ltd., A... Ltd. e A... Lda. contra a ora apelante T... Lda.*
2. *As demandantes são titulares dos direitos de propriedade industrial que emergem da Patente Europeia n.º 1920764 e do Certificado Complementar de Protecção n.º 493, relativamente aos medicamentos genéricos contendo a substância activa "Travoprost".*
3. *A demandada, ora apelante, foi titular de uma AIM (Autorização de Introdução no Mercado) por si requerida em 02.12.2013 no Infarmed – Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I.P., para medicamentos contendo "Travoprost" como substância activa.*
4. *Procedeu-se à instalação do Tribunal Arbitral, constando da respectiva acta as principais regras a observar no processo.*
5. *Aquela acta foi enviada às partes em 07.10.2015 e, posteriormente, foi reformulada, sendo que a nova versão foi, igualmente, enviada às partes, em 26.10.2015.*
6. *As partes fizeram entrar no processo, em 03.11.2015, um requerimento conjunto de suspensão da assinatura da Acta pelo período de 30 dias, invocando estarem em negociações os termos de um acordo que pusesse termo ao processo.*
7. *Esgotado o prazo de suspensão, o Tribunal Arbitral inquiriu as partes sobre se mantinham interesse na realização da arbitragem, tendo as demandantes respondido afirmativamente em 28.12.2015, e a demandada manifestado o seu desacordo quanto aos valores*

previstos para os encargos e honorários do processo arbitral, o que determinou a reformulação da Acta de Instalação em consonância com as propostas da demandada.

8. *A Acta de Instalação acabou por ser assinada pelos árbitros e pelos mandatários das partes em 25.01.2016.*
9. *Em 14.03.2016, as demandantes fizeram entrar no processo a petição inicial e, em 15.03.2016, a demandada foi notificada para contestar e para proceder ao pagamento da provisão inicial, de acordo com o disposto no artigo 47.º da Acta de Instalação.*
10. *Em 20.04.2016, a demandada requereu a prorrogação do prazo para contestar, pedido que foi indeferido e, em 26.04.2016, requereu a prorrogação do prazo para pagamento da provisão inicial, pedido que foi deferido.*
11. *Em 03.06.2016, demandantes e demandada fizeram entrar nos autos um requerimento conjunto pedindo a suspensão da instância arbitral por se encontrarem a discutir uma solução que pusesse termo ao litígio, pedido que foi deferido.*
12. *Em 28.10.2016, as demandantes requereram o encerramento do processo arbitral dado que a AIM havia sido revogada em 13.09.2016, a pedido da demandada.*
13. *O Tribunal Arbitral proferiu decisão e, aí, declarou a extinção do processo arbitral, fixou os honorários dos árbitros e da secretária e determinou que os custos fossem integralmente suportados «pela demandada, visto ter dado causa à acção e, sobretudo, por ter sido ela a praticar os actos que determinaram a inutilidade superveniente da lide».*

É, precisamente, do segmento da decisão do Tribunal Arbitral que imputa à demandada a obrigação de pagamento da totalidade dos custos do processo que vem interposto o presente recurso, com a apelante T... Lda. a apresentar as conclusões que constam de fls. 401 e verso que aqui se dão como reproduzidas e, as apeladas a contra alegarem nos termos que constam de fls. 410 a 422 que, igualmente aqui se dão como reproduzidos."

1 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º 407/17.04YRLSB-8, 16 de março de 2017, disponível www.dgsi.pt

Anotação

1. Introdução

Por Acórdão proferido em 16 de março de 2017, inverteu o Tribunal da Relação de Lisboa a condenação em custas da Demandada T..., Lda. determinada por Tribunal Arbitral no âmbito da ação proposta pelas sociedades A..., Ltd., A..., Ltd, e A..., Lda..

A matéria de custos de arbitragem é um tema pouco desenvolvido apesar da sua relevância cada vez mais proeminente na hora de uma parte decidir se avança ou não com um requerimento de arbitragem, se opta por uma arbitragem institucional ou ad hoc, ou mesmo, quiçá, na escolha dos seus advogados.

Realmente, com a crescente complexidade técnica e legal dos casos que vão surgindo, a qual acarreta um incremento nos custos associados à arbitragem, a possibilidade de imputar parte ou a totalidade desses custos a uma eventual contraparte não é de desvalorizar.

Na decisão que aqui se comenta, será interessante de notar que, nas palavras do Tribunal da Relação, a Demandada (i) não deu causa à ação, e (ii) dela não tirou proveito. Apesar disto, o Tribunal Arbitral determinou que os custos do processo ficariam totalmente a cargo da Demandada.

A experiência demonstra que não existe uniformidade nos critérios utilizados nas decisões tomadas em matéria de custos da arbitragem, à custa da previsibilidade sobre o desfecho do processo bem como da faculdade de as partes tomarem uma decisão informada entre litigar ou transigir.

Crê-se que pouca tinta foi ainda vertida sobre este tema que é eminentemente prático, mas que muito ganharia com o acerto de algumas diretrizes. No presente comentário iremos analisar quais os critérios subjacentes à alocação de custos, procurando determinar qual o melhor critério a seguir na ponderação deste tema.

Começaremos por olhar à ratio subjacente ao artigo 42.º, n.º 5 da Lei de Arbitragem Voluntária (a "LAV"), de seguida passando à análise da solução consagrada no processo civil bem como àquela seguida no contexto da arbitragem comercial internacional, terminando pelo exame do critério originalmente utilizado pelo tribunal arbitral bem como da-quele empregue a final pelo Tribunal da Relação de Lisboa.

2. A LAV não estabelece um critério definido para a alocação de custos

A LAV de 1986² estabelecia a exigência de que, na sentença, o tribunal procedesse à fixação e repartição dos encargos suportados pelas partes com o processo. Esta matéria já era assim decidida de forma definitiva na sentença final, beneficiando de valor de sentença formal.

Mantendo a mesma preocupação de reflexão da fixação e repartição dos encargos na sentença final, o artigo 42.º, n.º 5 da presente LAV prevê que *"a menos que as partes hajam convencionado de outro modo, da sentença deve constar a repartição pelas partes dos encargos diretamente resultantes do processo arbitral. Os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas das partes compense a outra ou outras pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem."*³

As partes são livres de acordar a imputação dos custos com a arbitragem nos termos do artigo 17.º da LAV⁴, se assim não acontecer, é o tribunal que deve proceder a essa repartição por entre as partes. O preceito acima transcrito peca por falta de clareza, no entanto crê-se que foi intenção do legislador distinguir duas categorias de encargos suportados pelas partes. De facto, o preceito menciona por um lado *"encargos diretamente resultantes do processo arbitral"*⁵, e *"custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem"*⁶ por outro.

Embora a expressão não seja particularmente feliz, naquilo que a lei refere como *"encargos diretamente resultantes do processo arbitral"* caberão honorários dos árbitros, despesas administrativas, despesas com instituições arbitrais, ou outras despesas com diligências e atos processuais ordenados pelo tribunal⁷, ficando de fora os honorários dos advogados.

Já *"custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem"*, tratar-se-ão de despesas que as partes incorreram com vista à sua defesa. Incluem-se tradicionalmente nesta categoria os honorários dos advogados, despesas com a produção de prova, apresentação e deslocação de testemunhas e peritos, entre outras coisas⁸.

2 Anterior artigo 23.º, n.º 4.

3 Sublinhado nosso.

4 Os custos também podem ser distribuídos de acordo com os termos do regulamento arbitral que possa ser aplicável.

5 Artigo 42.º, n.º 5, primeira parte.

6 Artigo 42.º, n.º 5, segunda parte.

7 Neste sentido, AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, 2014, p. 504.

8 Neste sentido, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, p. 406; AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, 2014, p. 504.

De notar que do artigo 42.º, n.º 5 da LAV (como já sucedia com a LAV de 1986) não resulta a imposição de uma regra específica para alocação dos custos da arbitragem pelas partes, seja relativamente a uma como à outra categoria de custos. Falaremos antes de uma faculdade atribuída aos árbitros. É todavia pacífico que a repartição dos encargos diretamente resultantes do processo deve, em certa medida, refletir o resultado do processo em causa, ainda que temperado por outros factos que o tribunal considere relevantes⁹.

Assim, ainda que não estejam expressamente adstritos ao chamado princípio da sucumbência, “os árbitros podem fixar os encargos com o processo em função do decaimento na arbitragem, podendo também suceder que o tribunal arbitral impute equitativamente às partes tais custos, “ainda que a parte vencedora no litígio tenha ganho no todo ou em parte, mas devido à maior complexidade do processo criada desnecessariamente pela parte vencedora esta deva suportar uma parte dos honorários e/ou custos do processo”¹⁰.

Mas se relativamente à primeira parte do artigo 42.º, n.º 5, o legislador se limita a atribuir um poder discricionário, na segunda parte do referido preceito parece existir a imposição de um dever acrescido de cuidado aos árbitros. Aí se diz que em matéria de outros custos e despesas que não os encargos do processo, “os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado” que uma parte compense a outra. Ou seja, “o tribunal tem o poder de sancionar, se o entender justo e adequado, que a parte que tenha dado origem a custos com a sua intervenção, injusta e desadequada, no processo arbitral compense a outra parte (...) pela totalidade ou parte dos custos e despesas razoáveis que demonstrem ter suportado por causa da sua intervenção na arbitragem”¹¹. Qual será então a ratio por traz deste preceito?

A segregação em duas categorias distintas de encargos pode justificar-se pelo facto de os honorários de advogados constituírem uma parte não pouco relevante dos custos das partes. Para além do mais, enquanto os honorários dos árbitros são negociados (ou antecipadamente comunicados) com as partes¹², já o valor investido na respetiva defesa – diga-se, a escolha dos advogados – fica a cargo de cada parte. Não poucas vezes existe uma desproporção relevante entre os honorários dos advogados de uma e outra parte, pelo que se compreende que a LAV pretenda limitar o poder discricionário dos árbitros na condenação de uma parte nos encargos da outra.

Ou seja, existindo uma permissão legal que o tribunal condene uma parte compensar a outra pelos custos envolvidos na sua defesa, este poder encontra-se limitado por valores de razoabilidade, justiça e adequação¹³. Assim, este poder é geralmente entendido com cautela na doutrina portuguesa¹⁴. Fala-se de atropelo do princípio da igualdade processual das partes por a repartição dos encargos poder ser feita a favor de uma parte e em detrimento da outra. Mas por outro lado, não deverá a repartição das custas, como parte da decisão final, justamente refletir também o resultado do processo?

Doutrina existe que interpreta este dever de cautela de forma ainda mais rigorosa, defendendo que os árbitros gozam da faculdade de condenação de uma parte no pagamento dos custos da outra apenas em casos de litigância de má-fé¹⁵. Assim o tribunal deveria afastar-se de uma repartição equitativa apenas em casos em que considere que as partes litigaram de má-fé. Ora, tem-se dúvidas quanto a esta posição. É que o normal e desejável é que as partes litiguem de boa fé. Assim, atuar de boa fé não deve ser o critério primordial de repartição de custas entre as partes. O raciocínio deve ser o inverso: se o tribunal considerar que uma parte atuou de má fé pode ter isso em conta para mitigar o resultado da sua decisão sobre custas a que se chegaria pelo critério do decaimento. Ou seja, essa relevância será não para determinar a repartição das despesas numa situação normal, mas sim para determinar uma repartição diferente da que decorreria de uma situação de normalidade.

A explicação para a falta de critério para a alocação de custos na LAV pode-se encontrar no facto de a LAV retirar a sua inspiração na Lei Modelo, a qual por natureza tende a adotar posições mais harmonizadoras. Ainda assim, a LAV peca, na nossa opinião, por querer agradar a gregos e a troianos. É que interpretado literalmente, o artigo 42.º, n.º 5 permite soluções de “meio termo”, o que infelizmente se observa mais vezes que o desejável na prática arbitral: “E aqui quero realçar a tendência, que também nasce da má qualidade de julgadores, de árbitros que embarcam no “split the baby”, da vontade nem sempre idealista e bondosa de “dar alguma coisa a ambas as partes”; e, ainda, da vontade de proteger a fraca advocacy e a ousadia de quem não tendo um caso persiste apesar disso em tentar obter algum desconto na condenação inevitável, com isso obrigando a parte com razão gastar dinheiro e vergar-se ou ter de aceitar uma composição do litígio que é abdicante.”¹⁶.

Ora, perante a inexistência de um critério definido, qual então o critério a adotar na repartição dos encargos do processo?

9 Neste sentido, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 153.

10 DIOGO LEMOS E CUNHA, “Da Forma, Conteúdo e Eficácia da Sentença Arbitral”, *Themis*, Ano XV, n.ºs 26/27. No mesmo sentido veja-se MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013, p. 506.

11 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, p. 153.

12 O mesmo acontece com os encargos com instituições arbitrais, que normalmente são escolhidas por comum acordo entre as partes.

13 Veja-se por exemplo MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, 2ª ed., 2013, pp. 506-507.

14 AA. VV., *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, 2014, pp. 504-505; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, *Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, p. 406.

15 Veja-se a título de exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, *Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, p. 406. Esta posição segue a prática que se seguia no processo civil, antes da entrada em vigor do Regulamento das Custas Processuais, como se verá mais à frente.

16 JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *5 anos da LAV – esboço de uma análise do estado da arte*, in XI Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), pp. 25-26.

3. Uma breve referência à solução consagrada no processo civil

No âmbito do processo civil, vigora como critério geral, a regra da imputação das custas à parte que tenha dado causa à ação, entendendo-se geralmente como “*quem dá causa à ação*” a parte vencedora¹⁷, já que “[e]m geral, não deve impor-se um sacrifício patrimonial à parte em benefício da qual a actividade do tribunal se realizou, uma vez que é do interesse do Estado que a utilização do processo não cause prejuízo ao litigante que tem razão. Assim, e como regra, a responsabilidade pelo pagamento das custas [deve] assenta[r] no princípio da causalidade e, subsidiariamente, no princípio da vantagem ou do proveito processual”¹⁸.

Esta solução demonstrou-se verdadeiramente inovadora na medida em que, com a publicação do Regulamento das Custas Processuais, a possibilidade de, nos tribunais judiciais, uma parte ser condenada a indemnizar a outra por conta das despesas de patrocínio deixou de ser uma situação apenas concebível no âmbito da litigância de má fé.

Assim, hoje, não há dúvidas que as preocupações de proporcionalidade e adequação¹⁹ se encontram no processo civil, ainda que não expressamente, refletidas neste critério. Crê-se assim que a solução aí consagrada no que se refere à questão da imputação de custas processuais é acertada uma vez que pondera o equilíbrio de posições entre autores e réus pois “(...) se é certo que o réu não intervém voluntariamente no processo, certo é também que o autor se vê forçado, na maior parte dos casos, a recorrer a tribunal por causa da atuação do réu. Daí que vigore, como regra geral, a imputação das custas àquele dos dois – autor e réu – que tenha dado causa à ação ou a uma tramitação autónoma (incidente ou recurso)”²⁰. Mais categoricamente, Alberto dos Reis explicava a propósito da sucumbência o seguinte: “*Não descortinamos outro critério que não seja este: a equação entre o pedido que a parte formulou ou entre a pretensão que deduziu em juízo e a rejeição que encontrou por parte do tribunal. Sucumbência quer dizer insucesso; ora o insucesso mede-se e gradua-se pelos termos em que a decisão jurisdicional tenha deixado de acolher a pretensão da parte. Sucumbe em juízo o litigante que não conseguiu obter decisão favorável à sua pretensão, e sucumbe na medida em que a decisão lhe foi desfavorável.*”²¹.

Aqui chegados, e em todo o caso, embora o Código de Processo Civil não seja aplicável à arbitragem, não deixa de ser relevante na medida em que mostra que o critério da sucumbência não só é reconhecido, como é aceite pelo ordenamento jurídico português. Nas palavras de Menezes Cordeiro “*As regras alinhadas nos 527.º a 539.º do CPC não têm aplicação direta nas arbitragens: constituem, todavia, referências sempre úteis, que aos árbitros cabe conhecer, mas às quais não devem obediência.*”²².

4. A prática seguida em arbitragem comercial internacional²³

Em arbitragem internacional, à semelhança do que se passa em Portugal, crê-se que a matéria de alocação de custos não angaria a atenção e análise que merece. Em 2015, a Câmara de Comércio Internacional publicou o seu relatório sobre custos em arbitragem internacional (o “Relatório da CCI”)²⁴, o qual trouxe novos e interessantes dados sobre a matéria, em relação à qual existia pouca informação publicada.

Diga-se em primeiro lugar que as leis de arbitragem dos países mais frequentemente escolhidos pelas partes como sede de arbitragens internacionais resolvem a questão de uma de duas maneiras: conferem expressamente ao tribunal arbitral o poder de decidir sobre os custos²⁵, ou esse poder é considerado como integrando implicitamente o âmbito dos poderes conferidos aos árbitros para a administração da justiça do caso²⁶.

Para além disso, não deixa de ser verdade que a maioria das leis de arbitragem nacionais, como é aliás o caso da LAV, não limita a autonomia das partes para regular esta matéria por acordo. No entanto, certas leis nacionais incluem disposições obrigatórias quanto à alocação de custos ou oferecem orientações específicas, as quais não padecem de ser derogadas por referência a regulamentos institucionais menos exigentes.

No que aos regulamentos de instituições arbitrais diz respeito, o Relatório da CCI veio confirmar que a maioria dos regulamentos de instituições arbitrais não contém qualquer critério de alocação de custos estabelecido. Nota-se de igual forma que, apesar de a matéria poder ser regulada por

17 Artigo 527º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil.

18 Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães de 27.04.2017 (Processo n.º 647/13.0TBRRG.G2), disponível em www.dgsi.pt. Veja-se também – neste sentido Acórdão do Tribunal Constitucional; DR nº 130/2015 Série II de 2015-07-02.

19 Já havíamos identificado na LAV a mesma preocupação por parte do legislador.

20 JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A. MONTALVÃO MACHADO, RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. 2, Coimbra Editora, 2001, p.176.

21 Código de Processo Civil anotado, vol. II, 3ª ed., reimpressão, Coimbra Editora, 1981, pág. 205.

22 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem*, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro, Almedina 2015, p. 406.

23 Sobre este tema veja-se por exemplo, GOTANDA, *Awarding Costs and Attorney Fees in International Commercial Arbitration*, 21 Michigan Journal of International Law 1; WETTER AND PRIEM, *Costs and their Allocation in International Commercial Arbitration*, 2 American Review of International Arbitration 249; SMITH, *Costs in International Commercial Arbitration*, 56(4) Dispute Resolution Journal 30.

24 ICC COMMISSION REPORT, *Decision on Costs in International Arbitration*, ICC Dispute Resolution Bulletin, 2015, Issue 2.

25 Veja-se a título de exemplo, o artigo 61 da Lei da Arbitragem Inglesa de 1996: “(1) *The tribunal may make an award allocating the costs of the arbitration as between the parties, subject to any agreement of the parties. (2) Unless the parties otherwise agree, the tribunal shall award costs on the general principle that costs should follow the event except where it appears to the tribunal that in the circumstances this is not appropriate in relation to the whole or part of the costs.*”.

26 Este é o caso por exemplo em França e na Suíça.

acordo das partes, nenhum dos principais centros de arbitragem apresenta uma “cláusula-padrão” que contemple a questão da alocação de custos. Dito isto, os principais regulamentos institucionais atribuem aos árbitros um amplo poder discricionário para, na determinação da alocação final de custos entre as partes, não só tomar em consideração o resultado, mas ainda quaisquer outras circunstâncias relevantes do caso²⁷. O mesmo é dizer que, na execução desta tarefa, os princípios de razoabilidade e proporcionalidade são geralmente utilizados pelos árbitros como critérios para a sua decisão. Esta “razoabilidade” que se retira do espírito da maior parte dos regulamentos institucionais ou leis de arbitragem nacionais não tem definição expressa em nenhum conjunto normativo. Em relação a este critério, o Relatório da CCI propõe o seguinte: “*A common-sense approach is to assess whether the costs are reasonable and proportionate to the amount in dispute or value of any property in dispute and/or the costs have been proportionately and reasonably incurred*”²⁸.

Tendo em conta o acima exposto, não é surpreendente que se note, na prática arbitral internacional, uma variedade de abordagens na alocação de custos. Duas práticas destacam-se contudo. Por um lado, aquilo a que em Portugal se apelida de sucumbência, internacionalmente é conhecido como a regra “*costs follow the event*”, a qual implica que a parte vencida compense o a parte vencedora pelos seus custos. Do outro lado do espectro, a chamada “*American Rule*”²⁹, a qual dita que cada parte suporta os respetivos custos (independentemente da natureza ou causa desses mesmos custos)³⁰.

O que o Relatório da CCI tornou evidente é que a primeira destas opções – “*costs follow the event*” – ainda que não seja a única abordagem possível, é sem dúvida a mais comum, tanto na comunidade de “*common law*” como de “*civil law*”³¹. A razão subjacente a esta opção é compreensível, é que “*o processo não deve ser fonte de prejuízo a quem tem razão, na medida em que, pelo ordenamento em vigor, todo aquele que necessita ingressar em juízo e contrata um advogado acaba sofrendo um decréscimo patrimonial irressarcível, correspondente*

aos honorários contratuais pagos pelo vencedor ao seu advogado”³².

Para além disso, esta solução encontra ainda um forte fundamento na teoria económica, na medida em que transfere o ónus do pagamento dos encargos do processo para a parte com menor razão em substância – o que é geralmente entendido como uma verdadeira penalização –, servindo assim como desincentivo a ações frívolas.

Por outro lado, raras serão as decisões em que se vê uma aplicação rigorosa da regra da sucumbência³³, antes sujeitando a imposição do pagamento da parte vencedora ao mencionado critério de “razoabilidade”. O mesmo é dizer que o tribunal tomará em princípio em consideração um número de aspetos próprios do caso concreto – desde o comportamento das partes, o sucesso relativo das suas pretensões ou mesmo, ocasionalmente, a capacidade económica de cada uma.

5. O princípio da sucumbência como critério de alocação de custos do processo?

Antes de mais, cumpre esclarecer que a determinação dos custos da arbitragem³⁴, nomeadamente em contexto de arbitragem institucional, raramente apresenta problemas na prática. Refira-se também que, dos encargos de parte, o elemento que geralmente compõe a parte mais substancial desses encargos são os honorários de advogados. O Relatório da CCI aponta aliás a uma proporção que ascende aos 80% dos custos totais da arbitragem^{35, 36}.

Como vimos, em Portugal, apesar de em última análise nos encontrarmos perante um poder discricionário que cabe aos árbitros, existe uma tendência de “*(...) procede[r]-se a uma repartição igualitária, independentemente de decaimentos*”³⁷.

Nota-se que a ampla discricionariedade conferida pela LAV aos árbitros nesta matéria segue, conforme referido, a prática internacional. Por outras palavras, não existe afinal

27 Artigo 52, n.º 2 do Regulamento do CIETAC; Artigo 35, n.º 2 do Regulamento do DIS; Artigo 33, n.º 2 do Regulamento do HKIAC; Artigo 38, n.º 5 do Regulamento da CCI; Artigo 28, n.º 4 do Regulamento da LCIA; Artigo 34 do Regulamento do Centro Internacional para a Resolução de Disputas; Artigo 42, n.º 1 do Regulamento da Corte Permanente de Arbitragem; Artigo 31, n.º 1 do Regulamento do SIAC; Artigo 40, n.ºs 1 e 2 do Regulamento da Câmara Suíça de Arbitragem; Artigo 42, n.º 1 do Regulamento da UNCITRAL.

28 Relatório da CCI, pp. 11-12.

29 Por ser sobretudo utilizada no contencioso americano, mas também é amiúde solução na China e no Japão.

30 A utilização desta regra é geralmente justificada por se considerar em certos meios que encargos legais fazem parte do acervo de custos ligados à manutenção de relações comerciais.

31 Relatório da CCI, pp. 4-5. O Relatório da CCI continua ainda expondo que a regra da sucumbência tinha sido aplicada na maioria das sentenças CCI examinadas, bem como em 91% das sentenças HKIAC, na maioria das sentenças do Centro Internacional para a Resolução de Disputas, em 90% das sentenças SIAC e em mais de metade das sentenças da Câmara Suíça de Arbitragem, e tal apesar de nenhum dos respetivos regulamentos estabelecer presunção (ilidível ou não) quanto ao pagamento dos custos da arbitragem pela parte vencida.

32 JOSÉ ANTÓNIO FITCHNER, SÉRGIO NELSON MANNHEIMER e ANDRÉ LUÍS MONTEIRO, *Distribuição do Custo do Processo na Sentença Arbitral*, in Novos Temas de Arbitragem, Rio de Janeiro, FGV Editora 2014, pág. 246.

33 Esta aplicação rigorosa do princípio da sucumbência está tradicionalmente ligada à prática inglesa e é raramente recomendável para arbitragens internacionais.

34 Aqueles que a LAV qualifica como “diretamente resultantes do processo arbitral”.

35 Relatório da CCI, p. 3.

36 É importante contudo ter em atenção que uma disparidade entre os valores investidos pelas partes nas suas respetivas defesas não significa automaticamente que uma parte tenha reclamado um valor desrazoável ou inflacionado esse mesmo valor para efeitos de recuperação. Veja-se a este respeito o Relatório da CCI, p. 26.

37 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, p. 406.

diferença de substancia no tratamento desta matéria entre a LAV e o que se observa na prática internacional. Porque será então que o princípio da sucumbência não tem maior expressão na prática arbitral portuguesa?

De facto, crê-se que incentivos não faltam para que assim fosse: além da regra da sucumbência ser o primeiro e principal critério de repartição de custas em arbitragem internacional, é também a abordagem seguida nas leis de processo em Portugal. Alguma doutrina eleva-se nesse sentido, conforme se pode ler por exemplo no comentário à LAV de Manuel Pereira Barrocas, no qual este defende que na repartição de encargos "(...) *deve atender ao critério da percentagem do decaimento por ser o critério mais adequado e justo*."³⁸

Realmente, a LAV concede ao tribunal arbitral a discricionariedade para avaliar em que medida as partes foram ou não bem-sucedidas nos seus diferentes pedidos e incidentes no curso de uma arbitragem³⁹. Precisamente, crê-se que a solução mais coerente será aquela que procure alcançar a maior adequação e equilíbrio tendo em conta a realidade em apreço, como por exemplo, o comportamento das partes, quem deu causa à ação, etc. Por outras palavras, o arbitro deve proceder à alocação de custos procurando "ajustar" a regra da sucumbência às especificidades do litígio sob escrutínio – só assim é alcançável a justiça no caso concreto.

Repudia-se a noção de que apenas em casos ditos "temerários", em que alguma má-fé das partes seja evidente, se recorra ao princípio da sucumbência⁴⁰ para, apenas nesses casos, espelhar o equilíbrio da decisão no que à distribuição dos custos diz respeito. É que, como já vimos, a arbitragem (e o processo em geral) não deve fazer com que a parte vencedora tenha de olhar a meios para fazer valer a sua pretensão.

Existe assim uma natureza indemnizatória subjacente a este critério (baseada em responsabilidade processual civil), que visa compensar a parte vencedora, na respetiva proporção, em particular no que respeita às despesas com os honorários de advogados, que de resto não se afasta – uma vez mais – do que observamos no processo civil. É aliás essa a expressão usada na LAV: "*os árbitros podem ainda decidir na sentença, se o entenderem justo e adequado, que uma ou algumas partes compense a outra ou outras (...)*".⁴¹

Além desta função manifestada expressamente na LAV, crê-se que a função dissuasora acima referida também cabe no espírito da norma. Vislumbra-se assim uma vantagem adicional a uma repartição dos custos nestes moldes, que além da sua função indemnizatória, cumpre o

papel de demover pretensões materialmente fracas e incentivando as partes a resolver os seus diferendos por vias não contenciosas.

Finalmente, pensa-se que a aplicação deste critério como regra teria outras vantagens, nomeadamente no que respeita a destacar Portugal no mapa da arbitragem internacional. Como se viu, existe uma miríade de soluções praticadas no plano internacional no que toca à questão da alocação de encargos. Uma vez que internacionalmente a aplicação do princípio da sucumbência corresponde à prática com maior expressão (e cada vez mais prevalente), o mercado português teria a ganhar em alinhar-se com esta solução, contribuindo para uma maior previsibilidade e menor incerteza para as partes de diferentes nacionalidades. Assim, crê-se que este ponto não é de descurar, em particular na relação com partes estrangeiras com diferentes expectativas culturais. Tal contribuiria para maior certeza e segurança jurídica na ótica de partes estrangeiras que ponderem escolher Portugal como sede de arbitragem, as quais terão potencialmente expectativas diferentes da experiência portuguesa e naturalmente alinhadas com a abordagem encontrada nos seus sistemas jurídicos nacionais respetivos⁴².

6 Conclusões

É bem-vinda a decisão da Relação de Lisboa, uma vez que corrige uma aplicação demasiado literalista de uma regra extraída do código de processo civil, ao mesmo tempo acolhendo o critério de razoabilidade aqui propugnado.

Sendo certo que, nos termos da LAV, o tribunal dispõe de uma ampla discricionariedade nesta matéria, somos da opinião que o tribunal arbitral decidiu mal pois fez uma aplicação demasiado literal do código de processo civil. Como bem identificou a Relação, "[a] *ideia de inutilidade superveniente da lide foi absorvida do Código de Processo Civil. Todavia, as normas e conceitos daquele diploma servem, tão só, de referência (...)*".

Por outro lado, na resolução da questão, o Tribunal da Relação procede à ponderação de diferentes e relevantes razões, nomeadamente: quem deu causa à ação e quem dela tirou proveito. É pois verdade, como o refere o acórdão, que "(...) *a demandada, ora recorrente, requereu uma AIM no uso dum direito que lhe assiste*", dando assim fundamento à demandante para dar início à arbitragem. Não é menos verdade que, como identificou a Relação, "(...) *os factos demonstram que [da demandada] partiu a iniciativa de pôr fim ao litígio, abdicando da AIM que tinha obtido*".

38 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, 2013, pág. 156.

39 Um exemplo deste poder discricionário é o tribunal levar em consideração que uma parte, embora vencida a final, foi bem-sucedida em certas questões preliminares.

40 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem, Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina 2015, p. 406.

41 Artigo 42.º, n.º 5, *in fine*, da LAV. Sublinhado nosso.

42 Outra solução pode passar também pela abordagem destas questões de custo com as partes no início do processo, por exemplo, na ocasião da conferência organizacional inicial; particularmente, quando o caso envolve partes e árbitros de várias nacionalidades e diferentes tradições jurídicas e culturais.

Assim, a decisão do tribunal arbitral peca principalmente por ser penalizadora de uma parte que demonstrou proatividade na resolução do litígio, impedindo assim que se fizesse a justiça do caso concreto.

A Relação soube fazer uso da discricionariedade conferida pelo artigo 42.º, n.º 5 da LAV, tomando em consideração a atuação da demanda em seu benefício, e chegando à conclusão de que *“a demandada não deu causa à ação e não tirou proveito dela.”*

Por outras palavras, ponderou mais do que o mero resultado do litígio em prol da justiça no caso concreto, aproximando-se assim da regra seguida em arbitragem internacional e da prática aí observada, sendo nessa medida ajustada.

Duvida-se todavia se a Relação fez bom uso dessa prerrogativa, uma vez que inverteu na totalidade a decisão sobre a alocação de custos, o que por outro lado, não deixa de ser um atropelo da proporcionalidade e adequação da solução.

Em jeito de conclusão, é evidente que, o critério da sucumbência é um dos critérios ao alcance do tribunal arbitral na hora de decidir quanto a custas, que o mesmo poderá naturalmente adotar, da mesma forma que poderá optar por não o fazer. Entende-se contudo que a boa prática deveria levar à aplicação deste princípio, enveredando por uma decisão equitativa, mais consentânea com o espírito da arbitragem.

**THE SEPARABILITY OF
ARBITRATION AGREEMENTS
IN PUBLIC TENDERS:
*DO BIRDS OF A (DIFFERENT)
FEATHER FLOCK (AND FALL)
TOGETHER?***

PORTUGUESE SUPREME COURT
OF JUSTICE 'S JUDGMENT
OF 6 APRIL 2017

José-Miguel Júdice

Sócio Fundador PLMJ Arbitragem
Árbitro Internacional

João Tornada

Mestrando em Direito Orientado
para a Investigação (FDUCP)
Advogado PLMJ Arbitragem

Case Information

Court: Portuguese Supreme Court of Justice

Case no.: 416/16.0YRLSB.S1

Date: 06.04.2017

Reporting Judge: OLINDO GERALDES

Official Judgement Summary:¹

I – In the case of breach of the rules of substantive jurisdiction, in particular of arbitral tribunals in relation to judicial courts, an appeal to the Portuguese Supreme Court of Justice on jurisdiction is always admissible.

II – Since the arbitration agreement forms an integral part of the works contract and because the latter is non-existent, given it has not been formally signed, the arbitration clause is also non-existent and non-binding, despite the recognition of its autonomy.

III – In the absence of an arbitration agreement, the arbitral tribunal has no material jurisdiction to hear the dispute.

Case Summary:

I – The Claimant in the proceedings before the Portuguese Supreme Court of Justice (the Respondent in the arbitration, hereinafter “AA”), a Portuguese sports club, launched a public tender to build a sports facility in which a Portuguese construction company, the subsidiary of an international company, the Respondent in the Portuguese Supreme Court of Justice proceedings (the Claimant in the arbitration proceedings, hereinafter “BB”) submitted a bid that led to a negotiation that lasted for several months.

Initially, the tender specifications included an arbitration clause that stipulated that all matters arising from that construction contract or from non-compliance with it were to be decided by an arbitral tribunal.

Over the course of approximately one month of negotiations, several changes to the terms of execution of the work and its price were agreed upon. Subsequently, AA communicated to BB its intention to award the contract, while stressing that such commitment would be only formalised with the signing of the contract at a later date.

However, the final agreement was not signed as arranged and the negotiations were resumed.

After several drafts of the contract were exchanged, AA sent to BB new tender specifications withdrawing the previous arbitration clause whilst conferring jurisdiction on the Civil Court of Lisbon. In response, BB re-inserted the arbitration clause in the exchanged drafts and sent it back to AA. The negotiations proceeded during almost two months concerning other topics and the arbitration clause remained in the drafts that were consecutively exchanged by both parties.

Meanwhile, these back and forth negotiations led to a disagreement regarding the price, the project deadlines, the terms of execution of the work and the terms of the licensing project. Those divergences resulted in the cancellation of the arrangement to sign the final agreement by AA.

During those six months of negotiation, BB entered into an agreement with a third party to develop the underlying projects, and several services were provided following those projects that had been reviewed and changed by AA. As a result, BB started arbitration proceedings against AA, claiming compensation of €1 042 320.40.

II – The arbitral tribunal issued an interlocutory decision ruling that it had jurisdiction over the dispute. Nonetheless, AA filed an action for nullity of that interlocutory decision in the Lisbon Court of Appeal (without success) and later in the Portuguese Supreme Court of Justice on the same grounds.

The Lisbon Court of Appeal had ruled the arbitral tribunal had full jurisdiction to resolve the dispute, but the Portuguese Supreme Court of Justice found otherwise and annulled the arbitral tribunal’s interlocutory decision on the basis that, despite admitting that both parties had finally agreed on an arbitration clause, the works contract which contained that clause was “inexistent” due to the absence of signature or written form.

This case note is intended to provide an overview of “the principle of separability” or “severability” of arbitration agreements under Portuguese law along with a comparative analysis in international arbitration on the matter, in order to conclude if/when “birds of a different feather”, i.e., arbitration clauses and the underlying contracts, “flock (and fall) together”.

1 Award available at <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/de264a72e335a759802580fa005e83f9?OpenDocument> (unofficial translation).

Case note

1. Introduction

I – The Portuguese Supreme Court of Justice's judgment of 6 April 2017, under analysis here, annulled an interlocutory decision of an arbitral tribunal that had declared its own jurisdiction over a dispute due to a breach of a works contract on the basis that, despite both parties having agreed on an arbitration clause, the works contract which contained the arbitration clause was "inexistent" due to lack of signature or written form.

Overall, with all due respect, this decision might be in conflict with one of the cornerstones of arbitration: the "doctrine of separability" regarding arbitration clauses. However, in order to sustain such a claim, one must first present the "big picture" of the underlying case.

II – The Claimant in the Portuguese Supreme Court of Justice case (the Respondent in the arbitration proceedings, hereinafter "AA") is a Portuguese sports club, officially recognised as being a legal person of benefit to the public, whilst the Respondent (the Claimant in the arbitration proceedings, hereinafter "BB") is a Portuguese civil and public works construction company, that is the subsidiary of an international company.

On September 2014, AA launched a public tender to build a sports facility in which the tender specifications included an arbitration clause that stipulated *"all matters arising from this contract or from non-compliance with it must be resolved by an arbitral tribunal constituted in accordance with the applicable laws"*.

On 7 November 2014, BB submitted a bid for the public tender, which led to a negotiation that lasted for several months and involved²:

- On 9 December 2014, upon request from AA, BB changed its bid, lowering the price;
- On 23 December 2014, after several meetings, BB changed its proposal regarding the construction of a stand;
- On 7 January 2015, AA made a counterproposal for a lower price, while readjusting other terms of the works;
- By 8 January 2015, BB submitted its final offer;
- On 14 January 2015, after a meeting the day before, AA expressed its intention to award the contract, scheduling the signing of the agreement to 30 January 2015 – which did not take place;

- On 18 February 2015, AA sent the first draft of the works contract;
- On 24 February 2015, BB sent back the draft to AA with new terms, while the latter sent, on the same day, new tender specifications which did *not* include an arbitration clause, instead expressly conferring jurisdiction on the Civil Court of Lisbon;
- On 26 February 2015, BB re-inserted the arbitration clause in the exchanged drafts and sent it back to AA, while stressing the tender specifications could not be changed at that stage;
- On 16 March 2015, AA sent a new draft which maintained the arbitration clause, while agreeing expressly that, indeed, *"the tender specifications should not be changed"*;
- Up until 4 May 2015, new drafts of the construction contract were exchanged at least six times regarding other topics while the arbitration clause remained intact;
- Finally, on 4 May 2015, due to disagreement regarding the price, the project deadlines, the terms of execution of the work and the terms of the licensing project, AA changed its intention to award the contract.

During those six months of negotiation, BB entered into an agreement with a third party to develop the underlying projects, and several services were provided following those projects that had been requested and/or reviewed and/or changed by AA.

2. The arbitration

I – As a result of the intention to not sign the final contract, BB brought arbitration proceedings against AA, claiming compensation of €1 042 320.40 for financial and non-material losses due to breach of the contract.

Little is known about the arbitral proceedings regarding the case under analysis, other than the fact it was an institutional arbitration in Portugal (Centro de Arbitragem Comercial – Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa) and that there was an interlocutory decision regarding its own jurisdiction, as analysed in the subsequent judicial judgments.

II – In its statement of defence, AA pleaded that the arbitral tribunal had no jurisdiction over the dispute because the arbitration clause and the works contract were null and void due to lack of written form.

² Ruled as "established facts" in the decision of the Lisbon Court of Appeal referred to below.

However, the arbitral tribunal issued an interlocutory decision declaring it had jurisdiction over the dispute, by exercising its "competence-competence"³, as prescribed in Article 18(1) of the Portuguese Arbitration Law ("LAV")⁴. To withstand this assertion, the arbitral tribunal ruled that even if the works contract were null and void due to lack of written form, the arbitration agreement would not be tainted by its invalidity, pursuant to Article 18(3) of the LAV that stipulates "*the decision of the arbitral tribunal that considers the contract null and void does not, in itself, imply the nullity of the arbitration clause.*"⁵.

Moreover, the arbitral tribunal held that the repeated exchanges via e-mail of drafts of the works contract containing the arbitration clause were enough to reason that there had been a proposal and an acceptance, ergo, a valid arbitral agreement, pursuant to Articles 2(1) and 2(2) of the LAV.

In fact, Article 2(2) of the LAV stipulates "*the written form requirement will be deemed satisfied when the agreement consists of a written document signed by the parties, exchange of letters, telegrams, telefax or other means of telecommunication of which there is written proof, including electronic means of communication*"⁶.

III – One last issue was raised by AA: the inadmissibility of bringing the drafts into the record of the arbitration, due to legal professional privilege, as they were exchanged between lawyers.

This last argument was overruled by the arbitral tribunal which held that the directors of the legal departments of both parties that negotiated those drafts did not act as lawyers, but as representatives of the parties. The arbitral tribunal even added that the law that regulates the acts that must be exclusively performed by lawyers⁷ does not include negotiation of contracts.

3. The action for nullity in the Lisbon Court of Appeal

I – Disagreeing with the arbitral tribunal's interlocutory decision, AA filed an action for nullity of that decision in the Lisbon Court of Appeal (without success), pursuant

to Articles 18(9), 46(3)(a)(i) and (iii) and 59(1)(f) of the LAV.

Overall, AA argued against the existence of jurisdiction of the arbitral tribunal on the following grounds: (i) the works contract was null and void, since Article 29 of Decree-Law no. 12/2004, of 9 January, which regulates the construction sector, required it to be in written form; (ii) the arbitration clause was tainted by the invalidity of the works contract; (iii) the drafts of the works contract could not be exhibited in the proceedings, due to their inadmissibility under the rules of legal professional privilege; (iv) the parties never agreed on any binding contract; (v) the arbitration clause did not cover the matter in dispute; (vi) the director of the legal department of AA lacked powers of representation to legally bind AA; (vii) the arbitration clause was negotiated along with the works contract as a whole and (viii) the arbitration clause presented in the tender specifications did not meet the legal requirements of Article 2 of the LAV either.

On the other hand, BB argued that the action for nullity was inadmissible since (i) the arbitration clause had been set out in writing; (ii) the works contract was celebrated when AA accepted BB's proposal, which had been set out in writing and included all the legal requirements pursuant to Article 29 of Decree-Law no. 12/2004, of 9 January, namely the parties' identification, the required licences, the identification of the object of the contract, the value of the contract, the execution time and the payment deadline; (iii) the failure to sign the final contract was attributable to AA alone; (iv) even if the works contract was null and void, such invalidity would not taint the arbitration agreement which is an independent agreement, pursuant to Articles 18(2) and (3) of the LAV; (v) the negotiation was not carried out only by lawyers and (vi) the lawyers did not act in representation of their "clients", but in representation of their employers in the negotiation of a contract, pursuant to Article 115(3) of the Portuguese Employment Code ("CT")⁸.

II – So, three main questions were submitted to the court for scrutiny: (i) whether the drafts of the works contract were inadmissible due to breach of legal professional privilege; (ii) whether the arbitration agreement clause was valid and (iii) whether the interlocutory decision of the arbitral tribunal was valid.

3 Regarding the principle of "competence-competence" or "*kompetenz-kompetenz*", see PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 1999, pp. 397-401; GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 1046-1252 and, in Portugal, see LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 133-142; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 203; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, "A competência da competência e a autonomia do tribunal arbitral", in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, vol. I, Lisbon, 2013, pp. 291-325 and "A «autonomia» da cláusula compromissória e a competência da competência do tribunal arbitral", in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisbon ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 105-128; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.^a edição, Lex, Lisbon, 1997, pp. 134 and 135; JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, "A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (Voluntário)", in ROA, Ano 58.^o, III, pp. 1122-1124; PEDRO SIZA VIEIRA/ NUNO FERREIRA LOUSA, in DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2017, pp. 70-76 and MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2nd ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 164-165 and 253-260.

4 Law no. 63/2011, of 14 December.

5 This solution follows Article 16(1) of the UNCITRAL Model Law which stipulates "*an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.*"

6 Emphasis added.

7 Law no. 49/2004, of 24 August.

8 Law no. 7/2009, of 12 February.

Called upon to decide, the Lisbon Court of Appeal ruled that there was no breach of legal professional privilege, pursuant to Articles 73(2) and (3), 92(1)(f) and 113(2) of the Statute of the Portuguese Bar Association ("EOA")⁹. In sum, the professional secrecy pursuant to Article 92 of the EOA only covers facts and documents that have been acquired during the negotiation independently of the concrete proposals of those negotiations, and not the proposal itself, even when made by lawyers in representation of their clients.

The court even added that even if those drafts had been covered by professional secrecy, there would always be an overriding interest in demonstrating a possible breach during the negotiation of the contract, i.e., *culpa in contrahendo*, pursuant to Article 227 of the Portuguese Civil Code ("CC")¹⁰.

Regarding the existence, validity and enforceability of the arbitration clause, the Lisbon Court of Appeal held that, pursuant to Article 18 of the LAV, arbitration clauses must be treated as "autonomous legal transactions", and not as mere clauses from a single agreement.

The Court further added that, according to the principle of "competence-competence", pursuant to Article 18(1) of the LAV, the first decision regarding the validity, effectiveness and enforceability of an arbitration agreement falls to the arbitral tribunal – thus, the same goes for the existence of the arbitral tribunal's jurisdiction. After all, recourse to arbitration always implies a transfer of the power to resolve a dispute from the state courts to an arbitral tribunal (*positive and negative effect*)¹¹.

According to the Court of Appeal, the provision of an arbitration clause in the tender specifications along with the bid/proposal of BB which accepted those rules, functioned as a proposal-acceptance. Moreover, as those steps were taken through correspondence, they were sufficient to form a valid arbitration agreement, pursuant to Article 2(2) of the LAV. Thus, this court went on to explain the subsequent exchange of the works contract drafts only corroborated the fact that the arbitration agreement had already been accepted by the parties, whereas the arbitral tribunal held those exchanges fulfilled the need for legal written form. We will address this topic later¹².

Further on, this state court confirmed the understanding that the director of the legal department of AA had powers, pursuant to Article 115(3) of the CT, to insert the arbitration clause in the works contract, given that AA had already been bound by that arbitration agreement since BB's "acceptance" of the terms of the tender specifications.

In sum, since the court ruled there was an arbitration agreement which was legally independent from the works contract, it held that the nullity due to lack of legal form of the latter could not invalidate the arbitration agreement and the action for nullity was unsuccessful.

4. The portuguese Supreme Court of Justice's judgment and the "doctrine of separability" of arbitration agreements

I – Dissatisfied with the Lisbon Court of Appeal's decision, AA appealed (this time, with success) to the Portuguese Supreme Court of Justice, pursuant to Articles 629(2)(a), 671(2)(a) and 671(3) of the Portuguese Civil Procedure Code ("CPC").

Once again, AA argued against the existence of jurisdiction of the arbitral tribunal on the following grounds: (i) the works contract was null and void, because Article 29 of Decree-Law no. 12/2004, of 9 January, required it to be in written form; (ii) the arbitration clause was tainted by the invalidity of the works contract; (iii) the arbitration clause present in the tender specifications did not meet the legal requirements of Article 2 of the LAV either; (iv) the works contract was never signed due to the unwillingness of the management of the companies and due to the failure of the parties involved to sign it, and (v) even if the arbitration clause were valid, the dispute in question would fall outside the scope of that arbitration clause because the works contract did not exist. Thus, AA concluded that only the Civil Court of Lisbon had jurisdiction over the dispute in question.

On the other hand, BB argued that the decision of the Lisbon Court of Appeal was not appealable because it confirmed the decision of the arbitral tribunal, as provided by Article 671(1) of the CC.

Previously, we set out a list of facts ruled as "established" by the Lisbon Court of Appeal in this case. It is, then, worth mentioning that this appeal to the Portuguese Supreme Court of Justice is limited to a purely "normative review", i.e., only regarding the application of the law *latu sensu*, excluding possible mistakes in assessing evidence and establishing the material facts of the case, as provided for in Article 674(3) of the CPC.

II – The Portuguese Supreme Court of Justice ruled on the preliminary issue that any decision regarding the material jurisdiction of an arbitral tribunal is always appealable by virtue of Articles 629(2)(a), 671(2)(a) and 671(3) of the CPC.

⁹ Law no. 145/2015, of 9 September.

¹⁰ Decree-law no. 47344/66, of 25 November.

¹¹ See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., pp. 1253-1316; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.^a ed., Almedina, Lisbon, 2014, pp. 181-194 and MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, cit., pp. 166-167.

¹² See section 5 of this case note.

Concerning the main question in dispute – the jurisdiction of the arbitral tribunal – the Portuguese Supreme Court of Justice acknowledged that the parties agreed on the essential terms of the works contract and included an arbitration clause, but the lack of signature (required by Article 2 of LAV and Article 29 of Decree-Law no. 12/2004) meant that neither contract ever existed.

The Portuguese Supreme Court of Justice's reasoning is, with all due respect, patently flawed on two different levels.

First, Article 29(4) of that Decree-Law clearly stipulates that the lack of written form implies the nullity of the contract, and not its inexistence. This is also the main rule under Portuguese civil law, as provided by Article 220 of the CC. Then, if anything, the works contract was null and void, and not inexistent.

The differences between inexistence and nullity under Portuguese law are fairly unquestionable¹³. For instance, a null and void contract can still partially produce effects, by virtue of Articles 292 and 293 of the CC, or even integrally, as provided by Articles 291 and 1939(2) of the CC.

The same goes for the arbitration agreement. The difference between inexistence and invalidity was also addressed by the Portuguese legislature in Article 18(1) of the LAV¹⁴. This means that even if the arbitration clause did not meet the written form requirement (which it did, as explained below), the arbitration agreement would be null and void, and not inexistent, as provided by Article 3 of the LAV.

It is important to distinguish between a null contract and a (legally) inexistent one. *Prima facie*, under the Portuguese Law, a contract *exists* when there is an agreement founded on two or more opposite declarations of will (generally, a negotiating proposal and an acceptance)

perfectly harmonised and intended to fulfil a unitary composition of interests¹⁵.

In other words, a proposal of intent only *exists* when it (i) is "complete"¹⁶, (ii) "reveals an unambiguous intention to conclude the contract"¹⁷ with the awareness that its acceptance will produce practical effects that are legally binding¹⁸ and (iii) observes a "required form"¹⁹. Therefore, in order for a proposal to be "complete", it must "contain at least the essential elements of the contract in question" without which the acceptance does not close the contract²⁰.

In this case, the arbitration clause in question contained all the essential elements pursuant to Articles 1 and 2 of the LAV, namely (i) an expression of the will of the parties to submit certain disputes to arbitration and (ii) the identification of those disputes (which can be either present or future ones)²¹.

Therefore, as the arbitral tribunal ruled, the successive exchanges of the works contract drafts containing the same arbitration agreement via e-mail were enough to conclude there was a meeting of the minds of the contracting parties, through an acceptance and a proposal, to submit those disputes to arbitration.

Second, Article 18(2) of the LAV stipulates that the arbitration clause is legally autonomous from the remaining clauses of a contract, which embodies the principle (or doctrine²²) of "separability"²³.

III – The "principle of separability" is one of the cornerstones and fundamental legal principles governing modern international²⁴ (and national²⁵) arbitration. Even though arbitration clauses were historically seen as part of the underlying contract in some jurisdictions²⁶, those understandings are long gone, as arbitration clauses are now "*uniformly regarded in virtually all jurisdictions as presumptively separate from – and not "an integral part" of – the parties' underlying contract*"²⁷.

13 See LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., op. 487-491. Dissenting. See ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil...*, cit., pp. 864-869.

14 Pursuant to Article 18(1) of the LAV, an arbitral tribunal can judge on the "the existence, validity or effectiveness of the arbitration agreement".

15 See ANTUNES VARELA, *Das Obrigações Em Geral*, Vol. I, 10th ed., Almedina, Coimbra, 2013, reprint, p. 212.

16 See ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado do Direito Civil Português – Parte Geral*, Tomo I, 3.^a edição, 2009, págs. 552/553; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., pp. 94-95 and FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito...*, cit., 1975-1976, Lisbon, p. 182. In the Portuguese jurisprudence, see Portuguese Supreme Court of Justice's Judgment, of 20 March 2012, no. 1903/06.4TVLSB.L1.S.

17 Ibidem.

18 See MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, p. 122 and CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3rd ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 416.

19 Explaining how only the *absolute lack of form* generates inexistence, whereas the lack of a legally required form generates nullity, see LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., p. 289 and 301.

20 See FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito...*, cit., p. 182.

21 See MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, cit., pp. 154-156. Dissenting, including the "signature of the parties or equivalent or, in the alternative, how to locate them", see ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 105.

22 See KAJ HOBÉR/ANNETTE MAGNUSSON, "The Special Status of Agreements to Arbitrate: The Separability Doctrine; Mandatory Stay of Litigation" in *Dispute Resolution International*, vol. 2, no. 1, 2008, pp. 56-57.

23 Or "severability", "autonomy", "independence" or "detachment", see PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., p. 198.

24 See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., p. 354 and PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., p. 197.

25 See ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, "A «autonomia»...", cit., p. 107; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem internacional...*, cit., p. 119 and MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, cit., pp. 149. In Portuguese jurisprudence, see Lisbon Court of Appeal's Judgment, of 7 July 2016 (proc. 508/14.0TBLNH-A.L1-2).

26 See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., pp. 354 and 407-440.

27 See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., pp. 354 and 358-471 and PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., pp. 202-209.

An arbitration agreement is an independent agreement where the parties, by exercising their private autonomy, transfer the jurisdictional power to resolve a dispute from the state courts to an arbitral tribunal (*positive and negative effect*)²⁸. This “procedural” or “ancillary” function differs from the underlying contract’s “substantive” function of regulating the main interests of the contracting parties²⁹.

That being said, there are *three* primary purposes of regarding the arbitration clause as a distinct agreement from the underlying contract.

First, it protects the integrity and effectiveness of an arbitral procedure³⁰. Usually, it is the non-compliant party who will try to state that the arbitration clause is null and void when that is its position towards the main agreement, so as to postpone an (expectable) unfavourable award, or at least to plant the seeds to set aside the award if unfavourable³¹. Hence, this avoids the need to have two separate judgments: the arbitral tribunal for the dispute on claims from a valid contract and the state tribunal for disputes about the effectiveness of the contract and on the consequences of its ineffectiveness³².

Therefore, there is a strong “*presumption*”³³ that the contracting parties intended to enter into two legally autonomous agreements. In other words, “there is every reason to presume that reasonable parties will wish to have the relationships created by their contract and the claims arising therefrom [...] decided by the same tribunal and not by two different tribunals”³⁴ irrespective of whether their contract is legally existent, valid or effective.

Second, it prevents the defects of one agreement from tainting the other one³⁵. Article 18(3) of the Portuguese LAV stipulates that “*the decision of the arbitral tribunal that considers the contract null and void does not, in itself, imply the nullity of the arbitration clause.*”

Finally, the *third* corollary of the “principle of separability” is also of the utmost importance. The legal autonomy of these agreements prevents an en masse application of “choice of law clauses” (highly common in international commerce) to arbitration agreements³⁶.

IV – As long as the “doctrine of separability” presents itself as a presumption, either party can rebut it by demonstrating that the arbitration agreement contained in an underlying contract was only meant to exist/cease along with that main agreement. In order to accomplish that task, it is not enough to prove that the proposal/acceptance of the arbitration agreement was concomitant with the underlying contract³⁷. Instead, it is necessary to demonstrate that the *parties’ intention* (all along) was to negotiate the arbitration agreement and the underlying contract as a whole and that no meeting of the minds ever took place³⁸³⁹.

There are a few cases in international arbitration where it has been ruled that the nullity or inexistence of an underlying contract affects the arbitration clause contained therein, such as (i) lack of signature⁴⁰, (ii) fraud, duress and mistake cases⁴¹; (iii) lack of consideration and authority to assent on behalf of others⁴² (iv) forgery of the signature/document⁴³ and (v) mental incapacity of a party⁴⁴.

However, the reverse is also true in another series of cases regarding the very same situations⁴⁵. The reason be-

28 See GARY BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 1253-1316 and ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 206.

29 See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., pp. 359-400 and JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem”, in *Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 626-628.

30 See KAJ HOBÉR/ANNETTE MAGNUSSON, “The Special Status...”, cit., p. 58.

31 See MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, cit., p. 132.

32 See GARY BORN, *International Arbitration...*, cit., 197; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 260 and MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, cit., p. 149.

33 See PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., pp. 199-200.

34 See Judgment of 27 February 1970, 6 Arb. Int’l 79, 85 (German Bundesgerichtshof) (1990); GARY BORN, *International Commercial...*, cit., p. 363 and *International Arbitration...*, cit., pp. 197 and 207.

35 See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., pp. 401-469 and MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, cit., p. 153.

36 See PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., pp. 214-218; KLAUS-PETER BERGER, *International Economic Arbitration*, Kluwer, 1993, p. 158 and “Re-Examining the Arbitration Agreement, Applicable Law Consensus or Confusion?” in *ICCA Congress, International Arbitration: Back to Basics?*, no. 13, 2006, pp. 319-320; WILLIAM L. CRAIG/WILLIAM PARK/JAN PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., Oceana Publ., 2000, fn. 54, para. 5.05.

37 See PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., pp. 210 and 273.

38 See KAJ HOBÉR/ANNETTE MAGNUSSON, “The Special Status...”, cit., p. 64.

39 Regarding the rebuttal of legal presumptions, in general, see JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 177-179 and *A Ação Declarativa Comum*, 3.^a ed., 2013, pp. 207 and 208.

40 E.g., *Hyundai Merchant Marine Company Limited v. Americas Bulk Transport Ltd* [2013], EWHC. See also, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem...*, cit., p. 261.

41 E.g., GARY BORN, *International Commercial...*, cit., p. 427 and ALAN SCOTT RAU, *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of “Consent”*, *Arbitration International*, Volume 24, Issue 2, June 2008, pp. 199-264.

42 *Sphere Drake*, 256 F.3d at 591; *Sandvik AB v. Advent Int’l Corp.*, 220 F.3d 99, 104, 109 (3d Cir. 2000); see also *Hojnowski v. Vans Skate Park*, 901 A.2d 381, 393 (N.J. 2006).

43 *Sandvik AB v. Advent Int’l Corp.*, 220 F.3d 99, 109 (3d Cir. 2000).

44 E.g., *Spahr v. Secco*, 330 F.3d 1266, 1272 (10th Cir. 2003). See also, GARY BORN, *International Commercial...*, cit., p. 426.

45 E.g., (i) regarding lack of signature, *BCY v BCZ* (2016) SHGC 249 (Singapore) and Case No. 4A-84/2015 (Switzerland); *Repub. of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 937 F.2d 469 (9th Cir. 1991); (ii) regarding fraud, duress and mistake claims, *Oberlandesgericht München*, 12 February 2008, 34 SchH 006/07 and *Judgment of 12 January 1934*, 1934 Hanseatische Rechts-und Gerichtszeitschrift 113 (German Reichsgericht), *Serv. Corp. Int’l v. Lopez*, 162 S.W.3d 801, 810 (Tex. App. 2005) and *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. v. Haydu*, 637 F.2d 391, 398 (5th Cir. 1981); (iii) regarding forgery of the contract/signature, *Alexander v. U.S. Credit Mgt*, 384 F.Supp.2d 1003, 1007 (N.D. Tex. 2005) and (iv) regarding mental incapacity, *Primerica Life Ins. Co. v. Brown*, 304 F.3d 469, 472 (5th Cir. 2002). See also, GARY BORN, *International*

hind this disparity lies in the doctrine of separability. The "principle of separability" does not mean that if/when an underlying contract is void, ineffective or unenforceable, an arbitration clause contained in it is not. It might (or might not) be.

Since an arbitration agreement is legally autonomous from the underlying contract, *what the "principle of separability" really means is that if the underlying contract is void, ineffective or unenforceable, the same does not necessarily go for the arbitration agreement contained therein*⁴⁶.

Thus, when an arbitral tribunal is faced with an arbitration clause, it *must* make a judgment as to whether or not that agreement is void, ineffective or unenforceable, irrespective of whether the underlying contract is valid, effective or enforceable⁴⁷.

Therefore, if an arbitral tribunal holds that an arbitration agreement is invalid, ineffective or unenforceable due to the invalidity, ineffectiveness or unenforceability of the underlying contract⁴⁸, it must discharge a greater burden in justifying why the *same* disease affected both contracts ("identity of defects"⁴⁹). The same, obviously, goes for the alleging party when it comes to proving and rebutting the separability presumption.

That being said, there are several cases in which state courts and arbitral tribunals have decided that the inexistence of the underlying contract due to lack of signature did not taint the existence, validity or enforceability of an arbitral agreement contained in it⁵⁰.

Particularly, in 2016, it was ruled in an ICC arbitration that even though a sale and purchase agreement was not concluded, an arbitration agreement was formed, because the parties' mutual assent to resort to arbitration "could be inferred from the exchange of drafts subsequent to the second draft containing an identical arbitration provision coupled with the plaintiff's statement that it was ready to sign the sixth

draft, which contained the arbitration clause"⁵¹. It should also be noted that this arbitration clause covered all the disputes arising out of or in connection with that Agreement.

A case even more similar to the one under review here was resolved in a different fashion in 1993, in France⁵². In that situation, a Libyan municipal council entered into a works contract for a water drainage system with a Danish company. That contract referred to both the standard conditions (amplified and amended in the "Annex" as an integral part of the agreement) and to documents contained in the tender specifications. Even though the standard conditions included a clause that provided for the exclusive jurisdiction of the Libyan courts (Article 32), there was an arbitration clause both in the tender specifications and in the "Annex", which specifically meant to modify Article 32. Then, when the construction company started arbitration proceedings (ICC arbitration in Paris), the municipal council objected claiming the Annex containing the arbitration clause was not signed and was invalid under Libyan law. The arbitral tribunal, and both state courts (Paris Cour d'appel and the Cour de Cassation), upheld the existence and validity of the arbitration clause, because it was the parties' common intention to be subject to that arbitration clause, despite the fact the Annex document was never signed.

V – Simply put, in the case under analysis here, the parties did celebrate an arbitration agreement, which may or may not be valid.

Regarding its validity, both parties agreed on the arbitration clause by e-mail, which is a valid written form under Article 2(2) and (3) of the LAV and does not require the signature of the parties involved⁵³. This has already been reasoned by the Lisbon Court of Appeal in a previous case⁵⁴.

Similar provisions can be found in Article 7(4), Chapter II of the UNCITRAL Model Law⁵⁵. Even Article 7(2), Chapter II of the 1985 UNCITRAL Model Law, required an "exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication

Commercial..., cit., pp. 424-437 and GEORGE A. BERMANN, "The «Gateway» Problem in International Commercial Arbitration", in *Yale Journal of International Law*, Vol. 37, Issue I, 2012, available at <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol37/iss1/2>, p. 28 and STEPHEN J. WARE, "Arbitration Law's Separability Doctrine After Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna" in *Nevada Law Journal*, Vol. 8, January 2008, available at <https://core.ac.uk/download/pdf/10678529.pdf>, p. 116.

46 See GARY BORN, *International Arbitration...*, cit., p. 436 and MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, cit., p. 184.

47 Regarding whether the arbitral tribunals can/should reason these cases *ex officio*, see ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., pp. 204-205.

48 See PEDRO SIZA VIEIRA/ NUNO FERREIRA LOUSA, in DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem...*, cit., p. 73.

49 See GARY BORN, *International Arbitration...*, cit., p. 461.

50 Snowden v. Checkpoint Check Cashing, 290 F.3d 631, 638 (4th Cir. 2002); *Repub. of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*, 937 F.2d 469 (9th Cir. 1991); *Toray Indus. Inc. v. Aquafil SpA*, 17(10) Mealey's Int'l Arb. Rep. D-1, D-2 (N.Y. Sup. Ct. 2002) and *Teledyne, Inc. v. Kone Corp.*, 892 F.2d 1404 (9th Cir. 1990) (in this case, only the final contract lacked signature, since the parties signed a draft agreement that including arbitration clause). See also, GARY BORN, *International Commercial...*, cit., p. 429.

51 See *BCY v BCZ* (2016) SHGC 249 (Singapore). It should be noted that the Singaporean High Court of Justice found otherwise: there were no objective elements to conclude the parties' intent was to conclude an arbitration agreement, rather than merely agreeing on the wording of such clause.

52 *Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico*, Judgment of 20 December 1993, 1994 Rev. arb. 116 (French Cour de cassation). See also, GARY BORN, *International Arbitration...*, cit., pp. 182-183.

53 See MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução...*, cit., p. 133; DÁRIO MOURA VICENTE (COORD.), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, 3ª. ed., Almedina, Coimbra, p. 34 and ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 106.

54 See Lisbon Court of Appeal's Judgment, of 7 July 2016 (proc. 508/14.0TBLNH-A.L1-2).

55 The language adopted in Article 7(4) was based on Article 9(2) of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (also known as "Convention on Electronic Communications"). The Working Group responsible for the amendment of the Model Law observed that since the Model Law might be used to assist in the interpretation of the New York Convention, it would be important to ensure that those instruments were compatible with the Convention on Electronic Communications, which was concluded during the amendment of the Model Law. See *February 2006 Working Group Report*, A/CN.9/592, para. 51, p. 133 and HOWARD M. HOLTZMANN, JOSEPH E. NEUHAUS (et al.), *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015, p. 40.

which provide a record of the agreement.”⁵⁶, which was meant to cover modern means of communications such as e-mail⁵⁷.

Notwithstanding the benefits of having a different solution, such as requiring an electronic signature to conclude an arbitration agreement via e-mail⁵⁸, the truth is the legislature found otherwise and enacted a solution *pro* arbitration, in detriment to a more accurate demonstration of authorship.

In fact, as the arbitral tribunal ruled, the successive exchanges of the works contract drafts containing the same arbitration agreement via e-mail were enough to fulfil the legal written form requirement. In the next section, we will address whether BB’s bid for the public tender was also enough to fulfil that requirement, as ruled by the Lisbon Court of Appeal.

Overall, along with Justice MARIA DOS PRAZERES BELEZA in her dissenting vote, we are of the opinion that the arbitration clause did exist, because it must be regarded as a separate agreement from the underlying contract. Furthermore, as all the remaining legal requirements seem to be fulfilled (i.e., the clause identified the contracting parties and the legal relationship it meant to cover, and the dispute in question was arbitrable, pursuant to Articles 1 and 2 of the LAV), the arbitration agreement was valid and enforceable.

5. The “Doctrine of Separability” of arbitration agreements in public tenders under portuguese law

I – Last, but not, the least, the Lisbon Court of Appeal’s reasoning – that an arbitration agreement was formed with BB’s bid for the public tender – raises the issue of *whether it is enough for an interested party to formulate a proposal agreeing to tender documents (which contain an arbitration clause) in order to enter into an arbitration agreement with the contracting party/authority*.

First of all, in the case under analysis here, the public tender was governed by private law, since both parties are private persons, pursuant to Articles 1 and 2 of the Portuguese Public Procurement Code (“CPP”)⁵⁹. Therefore, we do not

know the extent to which the procedure chosen by AA was like the ones regarding public procurement contracts.

What we do know is that the tender specifications did not include all the necessary elements of a works contract, so that a proposal of an interested party would function as an *acceptance* of a proposal available to the public and form a contract⁶⁰. For instance, the interested parties still had to agree on a price, which is one of the essential elements of this type of contract (Article 1207 of the CC). Therefore, if anything, the public tender launched by AA constituted a mere *invitation to purchase*⁶¹ regarding the works contract.

The same, however, might not be necessarily true regarding the arbitration agreement. Since the arbitration clause contained the two essential elements, as explained above, it is arguable that the parties’ intention was to enter into an arbitration agreement which covered the whole negotiation period. At the end of the day, it comes down only to a matter of the parties’ intention towards the arbitration agreement, which, under Portuguese law, is regarded both *objectively* and *subjectively*, as provided for by Article 236 of the CC⁶².

II – The answer seems to be different regarding public tenders in the public sector. There is a strong case for the idea that the formation of public procurement contracts does not follow the rules of civil law⁶³.

Indeed, under Portuguese law, the tender documents have a regulatory nature⁶⁴. Yet, pursuant to Article 96(2)(c) of the CCP, the tender documents are an integral part of the final contract regardless of whether those clauses appear in the final contract.

As the Supreme Administrative Court has been ruling⁶⁵, in public procurement, the proposal of an interested party only functions as a declaration of intent to inform the Administration of its willingness to contract, while setting out how it intends to do so. It does not serve as an *acceptance* of an *invitation to purchase* of any kind. Yet the legal classification of the launching of the proceeding by the contracting authorities and the respective proposal of the interested parties is not unanimously agreed by scholars⁶⁶.

⁵⁶ Emphasis added.

⁵⁷ See HOWARD M. HOLTZMANN/JOSEPH E. NEUHAUS (et al.), *A Guide to...*, cit., p. 39. Even though e-mail was invented during the 70s.

⁵⁸ See MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coord.), *Lei da Arbitragem...*, cit., pp. 73-74.

⁵⁹ Decree-Law no. 18/2008, of 29 of January.

⁶⁰ See LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5th ed., Universidade Católica Editora, Lisbon, p. 94 and FERNANDO PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, 1975-1976, Lisbon, p. 182.

⁶¹ See LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., p. 94.

⁶² See LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., pp. 443-450; PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4th ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 223-224 and JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico: Anotação ao Regime do Código Civil (Artigos 217º a 259º)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, reprint, p. 44. In Portuguese jurisprudence, see Portuguese Supreme Court of Justice’s Judgment, of 6 September 2011, no. 4537/04.4TVPRT-A.P1.S1.

⁶³ See MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito...*, cit., p. 551 and *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 383 and 384 and MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., p. 1171.

⁶⁴ See Portuguese Supreme Administrative Court’s Judgments, of 19 March 2003, no. 0492/03, of 14 January 2004, no. 01383/03 and Portuguese South Administrative Central Court’s Judgment, of 17 January 2008, no. 03301/07.

⁶⁵ See Portuguese Supreme Administrative Court’s Judgment, of 3 January 2011, no. 839/10.

⁶⁶ Classifying the launching of a public tender as: (i) an *administrative act*, see MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 551; (ii) a *proposal available to the public*, see SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 700-701; (iii) both a *proposal available to the public* (regarding the rules of the procedure) and an *invitation to purchase* (regarding the final contract), see MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, LEX, Lisbon, 1994, pp. 47 and ff; (iv) a *sui generis declaration of intent*, see MARGARIDA

In any case, the contracting authority is always the "master of the bargain"⁶⁷ because it has "the last word" in deciding to award (or not award). Since the decision to award does not close the underlying contract⁶⁸, there is a strong case for the idea that the mere submission of a proposal of an interested party does not function as an acceptance to form an arbitration agreement contained in the tender documents⁶⁹.

We do believe there is yet another persuasive argument to sustain that the proposal of an interested party is not enough to celebrate an arbitration agreement included in the tender specifications. Pursuant to Articles 476(2)(a) and (b), the submission to arbitration of disputes about the procedure for the formation of the contract and the underlying final contract require a written acceptance of the interested party in accordance with the model reproduced in the annex of the CCP to be included in the tender documents and/or the final contract⁷⁰. Therefore, this written requirement rule might be a special rule that derogates from the general rule of Article 2(2) of the LAV.

This interpretation, however, is not unanimously agreed, because there are authors who interpret these provisions as a mere obligation for any interested party to agree to a *sui generis* mandatory arbitration⁷¹: which might be unconstitutional⁷² and against the European law⁷³. Naturally, if this is a case of mandatory arbitration, there is no contractual basis⁷⁴. As this provision only came into force in 2018, it is yet to be seen how the Administration and the courts will interpret it.

In any case, it seems that a proposal of an interested party in a public tender process is not enough to enter into an arbitration agreement (or to validly start the arbitration proceedings⁷⁵).

6. Final remarks: *do birds of a (different) feather flock (and fall) together?*

I – In sum, the "principle of separability" does not mean that if/when an underlying contract is void, ineffective or

unenforceable, an arbitration clause contained in it is not. In fact, it might be. Since an arbitration agreement is legally autonomous from the underlying contract, what the "principle of separability" really means is that if the underlying contract is void, ineffective or unenforceable, the same does not necessarily go for the arbitration agreement contained in it.

In other words, it is often said that "birds of a feather flock together". Ergo, birds of a *different* feather (i.e., arbitration agreements and the underlying agreements) do *not* flock together. This idea shows the true value of the "principle of separability" – it assures that when a "hunter" comes, he cannot kill these "two birds with one stone" if they never flocked together in the first place.

This conclusion is still true even when the "stone" (which may be the invalidity, inexistence or inefficiency) which kills an underlying contract is similar to the "stone" that kills an arbitration agreement. Even in those cases of "identity of defects", it still takes two "stones" to kill both "birds". In this sense, one might say *birds of a different feather do not flock and fall together*.

Therefore, as we have mentioned earlier, when a court/tribunal (or an interested party) argues (or alleges) that the underlying contract's defect invalidated an arbitration clause, it must meet a greater burden in justifying (or proving) why the *same* disease affected both contracts.

II – There are reasons that a party may use to avoid arbitration⁷⁶. However, when we factor in (i) cost, (ii) expediency, (iii) procedural flexibility, (iv) control over the decision-making process and the expertise of the judgment through the appointment of arbitrators, (v) enforceability or, at least, finality of the award, (vi) neutrality in international arbitrations and (vii) confidentiality, arbitration, as a form of litigation, comes second to none, especially when it comes to cross-border commercial disputes⁷⁷.

If anything, paraphrasing WINSTON CHURCHILL on Democracy, "*arbitration is the worst form of international dispute*

OLAZABAL CABRAL, *O concurso no Código dos Contratos Públicos*, in PEDRO GONÇALVES (COORD.) in *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 226 and 227. Classifying the proposal of the interested parties as: (i) a *proposal*, see SÉRVULO CORREIA, ob. cit., loc. cit.; (ii) an *acceptance* (regarding the rules of the procedure) and a *proposal* (regarding the final contract), see MARCELO REBELO DE SOUSA, ob. cit., loc. cit.

67 See MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação...*, cit., p. 1171.

68 See MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A formação dos contratos públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisbon, 2013, p. 1172-1181; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso...*, cit., p. 50 and MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, *O concurso...*, cit., p. 199.

69 See, under the previous law, ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 399. Sustaining, *de iure condendo*, that the interested parties must expressly accept an arbitration clause regarding disputes regarding the formation of the contract, see PEDRO MELO/MARIA ATAÍDE CORDEIRO, "O Regime do Contencioso Pré-Contratual Urgente", in *Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA*, CARLA AMADO GOMES/ANA FERNANDA NEVES/TIAGO SERRÃO (COORD.), AAFDL, Lisbon, 2016, pp. 913 and 914.

70 See RICARDO GUIMARÃES, "A arbitragem e a revisão do Código dos Contratos Públicos", in *Revista de Direito Administrativo*, no. 1, 2018, p. 92.

71 See TIAGO SERRÃO, "A Arbitragem no CCP revisto" in *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, CARLA AMADO GOMES/RICARDO PEDRO/TIAGO SERRÃO/MARCO CALDEIRA (COORD.), AAFDL, Lisbon, 2017, pp. 965-967; MARCO CALDEIRA, "A arbitragem no Código dos Contratos Públicos", in CARLA AMADO GOMES/RICARDO PEDRO (COORD.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisbon, 2018, pp. 288-294.

72 See PAULO H. PEREIRA GOUVEIA, "Arbitragem administrativa e código dos contratos públicos: dissidentes da boa administração do interesse público", in *Revista de Direito Administrativo*, no. 1, 2018, pp. 78-79 and MARCO CALDEIRA, "A arbitragem...", cit., p. 292.

73 See TIAGO SERRÃO, "A Arbitragem...", cit., pp. 982-985.

74 See TIAGO SERRÃO, "A Arbitragem...", cit., p. 966.

75 See TIAGO SERRÃO, "A Arbitragem...", cit., p. 970.

76 See DRAHOZAL/WITTRICK, "Is There a Flight from Arbitration?", in *Hofstra Law Review*, Vol. 37, Issue 1, Article 3, 2008, available at <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol37/iss1/3>, pp. 78-89 and MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual...*, cit., pp. 141-142.

77 See WON L. KIDANE, *The Culture of International Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2017, pp. 93-119.

*resolution, except for all those other forms that have been tried from time to time*⁷⁸.

However, to keep it this way, the contracting parties who want to submit their disagreements to arbitration must be assured that if/when a dispute arises, the non-compliant party does not render an arbitration agreement useless or postpone an (expectable) unfavourable award. After all, their purpose in concluding an arbitration agreement in the first place is usually to accelerate and enforce a decision.

The “principle of separability” is essential to prevent delays and disruptions arising from litigation in national courts. However, quite paradoxically, to preserve this cornerstone of (inter)national arbitration, the arbitral tribunals need the help of the very same public authorities from which they want to free themselves: the state courts⁷⁹.

Overall, the decision under analysis here seems to have done the opposite: it contradicted the “principle of separability” of arbitration clauses, compromised the integrity of the ongoing arbitral process and rendered the “competence-competence” of that arbitral tribunal (almost) meaningless.

It should be noted that the “competence-competence” doctrine can still be in force even when there is no “principle of separability”⁸⁰. An arbitral tribunal can have competence to rule on its jurisdiction, even when the arbitration agreement is separable from the underlying contract or even when the arbitration agreement itself is not challenged at all. However, under Portuguese law, the “competence-competence” doctrine grants full power to the arbitral tribunal to decide upon its own jurisdiction, but does not hinder the state courts from afterwards ruling otherwise⁸¹ (or previously, if the invalidity, ineffectiveness or unenforceability is blatant⁸²).

78 See C. N. BROWER/C. H. BROWER II/ J. K. SHARPE, “The Coming Crisis in the Global Adjudication System”, in *Center for American and International Law*, in *Arbitration International*, 2003, Vol. 19, No. 4, p. 440.

79 See JAN PAULSSON, “Arbitration in Three Dimensions”, in *LSE Legal Studies Working Paper*, No. 2, 2010, p. 2.

80 See GARY BORN, *International Commercial...*, cit., pp. 1071-1076.

81 See PHILIPPE FOUCARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *On International...*, cit., pp. 400 and 401; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional...*, cit., pp. 133-142, ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “A competência da competência...”, cit., pp. 291-325, e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos...*, cit., pp. 134 and 135.

82 As pursuant to article 5(1) of the LAV. See also JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, *A Excepção da Preterição...*, cit., p. 1123.

O CASO ABENGOA: INDÍCIOS DE UMA NOVA POLÍTICA NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS?

SEC NO. 9.412/US DO STJ BRASILEIRO
DE 19 DE ABRIL DE 2017

Betyna Heidrich Jaques

Mestre em Contencioso, Arbitragem
e Métodos Alternativos de Resolução
de Conflitos (Université Panthéon-Assas
- Paris II)
Pós-Graduação em Direito Civil
(Université Panthéon-Assas - Paris II)
Bacharelado em Direito, UniCuritiba
Associada PLMJ Arbitragem

Superior Tribunal de Justiça Brasileiro,

Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5)¹

Relator: Ministro Felix Fischer

Relator Pró-Acórdão: Ministro João Otávio De Noronha

EMENTA:

Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Apreciação do mérito. Impossibilidade, salvo se configurada ofensa à ordem pública. Alegação de parcialidade do árbitro. Pressuposto de validade da decisão. Ação anulatória proposta no estado americano onde instaurado o tribunal arbitral. Vinculação do STJ à decisão da justiça americana. Não ocorrência. Existência de relação credor/devedor entre escritório de advocacia do árbitro presidente e o grupo econômico integrado por uma das partes. Hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro. Relação de negócios, seja anterior, futura ou em curso, direta ou indireta, entre árbitro e uma das partes. Dever de revelação. Inobservância. Quebra da confiança fiducial. Suspeição. Valor da indenização. Previsão da aplicação do direito brasileiro. Julgamento fora dos limites da convenção. Impossibilidade.

1. O procedimento de homologação de sentença estrangeira não autoriza o reexame do mérito da decisão homologanda, excepcionadas as hipóteses em que se configurar afronta à soberania nacional ou à ordem pública. Dado o caráter indeterminado de tais conceitos, para não subverter o papel homologatório do STJ, deve-se interpretá-los de modo a repelir apenas aqueles atos e efeitos jurídicos absolutamente incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro.
2. A prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, matéria que não preclui e é aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional, razão pela qual a decisão proferida pela Justiça alienígena, à luz de sua própria legislação, não obsta o exame da matéria pelo STJ.
3. Ofende a ordem pública nacional a sentença arbitral emanada de árbitro que tenha, com as partes ou com o litígio, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (arts. 14 e 32, II, da Lei n. 9.307/1996).
4. Dada a natureza contratual da arbitragem, que põe em relevo a confiança fiducial entre as partes e a figura do árbitro, a violação por este do dever de revelação de

quaisquer circunstâncias passíveis de, razoavelmente, gerar dúvida sobre sua imparcialidade e independência, obsta a homologação da sentença arbitral.

5. Estabelecida a observância do direito brasileiro quanto à indenização, extrapola os limites da convenção a sentença arbitral que a fixa com base na avaliação financeira do negócio, ao invés de considerar a extensão do dano.
6. Sentenças estrangeiras não homologadas.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator, ratificando o voto anteriormente proferido, no sentido de deferir o pedido de homologação das sentenças estrangeiras, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Raul Araújo acompanhando a divergência, por maioria, indeferir o pedido de homologação das sentenças estrangeiras.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Vencido o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Antonio Carlos Ferreira e Joel Ilan Paciornik.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Jorge Mussi e Luis Felipe Salomão.

Brasília, 19 de abril de 2017 (data do julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ, Presidente

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator

RESUMO:

Trata-se de contestação à ação de homologação de duas sentenças arbitrais estrangeiras proferidas simultaneamente em Nova Iorque, por um mesmo tribunal arbitral.

Em meados de 2007, Asa Bioenergy Holding A. G., Bioenergia Agrícola Ltda, Abengoa Bioenergia São João Ltda,

1 O presente Acórdão encontra-se disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=52148959&tipo=91&nreg=201302788725&SeqCgrma=Sessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170530&formato=PDF&salvar=false>

Abengoa Bioenergia São Luiz E Abengoa Bioenergia Santa Fé ("**Abengoa**") e Adriano Giannetti Dedini Ometto e Adriano Ometto Agrícola Ltda ("**Ometto**") firmaram contrato de compra e venda das quotas (SPA) do Grupo Dedini Agro ("**GDA**"). O grupo Abengoa assumiu, assim, o controle acionário dos negócios relacionados à propriedade de duas usinas produtoras de etanol e cana de açúcar no Estado de São Paulo. O contrato estabelecia a arbitragem como método de resolução de eventuais disputas, sob a administração da Câmara de Comércio Internacional ("**CCI**"), com aplicação do direito material brasileiro e tendo Nova Iorque como sede do procedimento arbitral.

Após assumir o controle das usinas e valendo-se da cláusula arbitral, o grupo Abengoa instaurou dois procedimentos que se processaram simultaneamente perante a CCI. Nestes, alegou (i) que havia sido intencionalmente ludibriado por Adriano Ometto acerca da capacidade das usinas para moagem e produção de cana de açúcar; (ii) que Ometto teria omitido uma transação *swap* que sobrecarregou a empresa com passivos significativos e; (iii) por fim, que Ometto teria realizado uma transação de arrendamento desvantajosa em uma das propriedades envolvidas na operação durante o período de "lock-up", isto é, posterior à assinatura do acordo e anterior à posse efetiva do negócio pelo grupo Abengoa.

O tribunal arbitral, formado por Guillermo Aguiar Alvarez, José Emílio Nunes Pinto e David Rivkin – este último árbitro presidente e sócio do escritório de advocacia Debevoise & Plimpton LLP ("**Debevoise**") –, julgou procedentes as demandas do grupo Abengoa em ambos os procedimentos arbitrais, culminando na condenação dos requeridos ao pagamento de indenização que atingiu o montante de US\$ 127 milhões, acrescido de juros, correção monetária e custas.

Curiosamente, após a condenação, Ometto conduziu extensa investigação na busca por potenciais conflitos de interesse em relação aos membros do tribunal arbitral, "*bem além da devida diligência normal*".² O investigador acabou por verificar três volumosas transações envolvendo uma filial do grupo Abengoa e o escritório Debevoise. Ademais, segundo as investigações, tais operações teriam sido concluídas justamente durante o período em que David Rivkin conduziu os procedimentos arbitrais em questão.

Ometto questionou inicialmente o próprio tribunal arbitral, que, todavia, após renúncia do árbitro presidente, considerou já estar exaurida sua jurisdição. Na mesma oportunidade, David Rivkin afirmou total desconhecimento do envolvimento de Debevoise em assuntos relacionados aos interesses do grupo Abengoa e que, por este motivo, tal ligação não teria tido quaisquer efeitos perante o procedimento arbitral e/ou as decisões proferidas. Em apoio ao presidente, os demais membros do tribunal ar-

bitral expressaram confiança na lisura do comportamento do árbitro.

Ometto então formulou ação anulatória das sentenças arbitrais perante a justiça federal norte-americana ("*Southern District of New York*"), que confirmou as decisões proferidas pelo tribunal arbitral através do pedido contraposto pelo grupo Abengoa, sob os seguintes fundamentos:³

- 1) [...] *a Corte considera que não existe nenhuma prova material que refute a afirmação sob juramento do Sr. Rivkin de que ele, de fato, desconhecia completamente os conflitos sobre os quais Ometto reclama quando proferiu as sentenças. [...] Consequentemente, as decisões não podem ser anuladas sob o pretexto de 'evidente parcialidade'.*
- 2.1) [...] *Porque [...] Ometto apresentou sua argumentação jurídica de forma inadequada aos árbitros, a alegação de que estes teriam desrespeitado a lei de forma manifesta não merece prosperar.*
- 2.2) [...] *A contestação formulada por Ometto é, como em tantas demandas de 'manifesto desrespeito', 'na verdade, uma disputa contra as conclusões factuais do tribunal arbitral'.*
- 3) [...] *Cada uma das 200 páginas das decisões dirimiu integralmente o litígio entre as partes, além de esclarecer que os árbitros haviam considerado todas as questões a eles apresentadas, de acordo com a ata de missão.*
- 4) [...] *Em conclusão, Ometto alega que a decisão foi obtida por meio de fraude. [...] Ainda que este argumento prosperasse, Ometto descobriu os e-mails e os apresentou ao tribunal; Ometto simplesmente não obteve o resultado desejado visto que os árbitros os consideraram inadmissíveis.*

Ometto formulou recurso ao Tribunal de Apelação de Nova Iorque, que confirmou a decisão do tribunal de primeira instância, afirmando que "*na medida em que o árbitro presidente foi imprudente, tal imprudência não resultaria em cegueira deliberada*".⁴

Entrementes, a parte vitoriosa no procedimento arbitral ajuizou ação de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Ometto opôs-se à ação, pleiteando a violação à ordem pública e aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, dispostos nos Artigos 38, incisos II e IV, e 39, inciso II, da Lei nº 9.307/96 ("**Lei Brasileira de Arbitragem**"), bem como do Artigo V, inciso I, alíneas "b" e "d", da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras ("**Convenção de Nova Iorque**")

2 Ometto v. ASA Bioenergy Holding A.G., U.S. District Court – (SDNY), 12 Civ. 1328 (JSR), p. 5.

3 Ometto v. ASA Bioenergy Holding A.G., U.S. District Court – (SDNY), 12 Civ. 1328 (JSR).

4 Ometto v. Asa Bioenergy Holding A.G., U.S. Court of Appeals – (2nd Circuit), 12-4022(L).

Anotação

Por maioria de votos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro ("STJ") acolheu os pedidos formulados na Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US, negando a homologação das duas sentenças arbitrais anteriormente validadas pelo Tribunal de Apelação de Nova Iorque.

Admitindo a possibilidade de reexame do mérito das decisões homologandas, o voto vencedor, contrário ao voto do Ministro Relator,⁵ balizou a questão nos seguintes termos:

[P]ara o procedimento de homologação de sentença estrangeira ou concessão de exequatur, o ordenamento jurídico pátrio instituiu um sistema de contenciosidade limitada, no qual a impugnação fica restrita à inobservância das questões formais, previstas no artigo 5º da Resolução n. 9/2005 do STJ, e à ocorrência de ofensa à soberania ou à ordem pública, conforme artigo 6º. Neste juízo de valor acerca do respeito à soberania e à ordem pública nacional, o STJ possui ampla liberdade para realizar o efetivo controle da decisão estrangeira antes de reconhecer sua eficácia no território nacional.

Deste modo, de acordo com os pontos levantados pela contestação à ação homologatória, incumbia à Corte Especial analisar (i) primeiramente, "a alegada parcialidade do árbitro presidente"; (ii) em seguida, "o indeferimento de prova relevante para a defesa dos requeridos"; e (iii) finalmente, "a fixação de indenização que extrapola a extensão dos danos".⁶

A imparcialidade do árbitro: pode o STJ reapreciar a questão?

O debate acerca da alegada parcialidade do árbitro presidente e, talvez mais relevante, da competência da Corte para julgar a parcialidade do árbitro estrangeiro, pautou os votos dos Ministros envolvidos. Sendo assim, houve divergência de entendimento a respeito do papel a ser exercido pelo STJ em sede de homologação de sentença estrangeira.

Para o Ministro Felix Fischer, Relator do processo, o mecanismo de homologação de sentenças estrangeiras não comportaria característica recursal, impossibilitando, assim, a reapreciação de matéria anteriormente julgada por órgão competente estrangeiro. Segundo o Ministro:

[T]ratando-se de Tribunal Arbitral instaurado nos Estados Unidos, é daquele Estado, por meio de seus órgãos, a competência para julgar a parcialidade

de juiz americano, mesmo que Juiz arbitral, o que ocorreu in casu. Entender de forma contrária, a meu ver, seria ferir a soberania daquela nação.⁷

No entanto, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, os demais ministros da Corte Especial do STJ negaram reconhecimento às referidas sentenças estrangeiras. Em inabitual decisão, os ministros admitiram a análise do mérito do litígio, sob o entendimento de que a decisão arbitral afrontaria a soberania nacional e a ordem pública brasileira.

De acordo com o voto divergente do Ministro João Otávio de Noronha, a solução se justificaria na medida em que a alegada imparcialidade do julgador estaria compreendida no conceito de ordem pública brasileira. Nas palavras do Ministro:

[C]om efeito, a prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional. Além disso, só se tem por válida a renúncia à garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal quando os árbitros gozam de independência e confiança das partes.

Assim, a sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto a possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente.⁸

Outrossim, o voto vencedor entendeu que o caso concreto apresentava elementos objetivos capazes de colocar em xeque a imparcialidade e independência do árbitro presidente.⁹

Ponto controverso, paira a dúvida se se trataria de simples excesso de zelo por parte do STJ ou de eventual adoção de nova postura no tocante ao seu papel na homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

A violação ao contraditório pela desconsideração de prova: a quem pertence a última palavra?

Com relação à alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento de provas consideradas essenciais por Ometto (dois e-mails reputados sigilosos pelo tribunal arbitral por terem sido trocados entre cliente e advogado), houve apa-

5 Os Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Relator Pró-Acordão, Ministro João Otávio de Noronha. O Ministro Felix Fischer, Relator da ação homologatória, foi vencido.

6 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 30.

7 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 12.

8 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 31.

9 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 34.

rente convergência de votos por parte dos Ministros da Corte Especial do STJ. Enquanto o voto que abriu a divergência se manteve silencioso neste ponto, tanto o Ministro-Relator quanto o Ministro Herman Benjamin entenderam que o argumento não merecia prosperar.

O Ministro Felix Fischer concluiu que:

[A] efetiva participação dos requeridos no procedimento arbitral restou comprovada em diversos momentos dos autos, com a aceitação do Tribunal Arbitral, com a designação de árbitro (fls. 145 e 343), com a apresentação de contestação e propositura de reconvenção (fls. 713-725), com o "pedido de impugnação" perante a Corte de Arbitragem (fls. 543-579). O juízo arbitral entendeu que a documentação em questão teria sido produzida antes da celebração do contrato, e consistiria em e-mails trocados entre as ora requerentes e seus advogados, estando, portanto, resguardados pelo sigilo profissional.

Proposta ação de anulação de arbitragem perante a Justiça federal norte-americana (fls. 2598-2622), o eg. Tribunal julgou improcedente a pretensão dos ora requeridos e concluiu que os referidos documentos não foram desconsiderados pela eg. Corte Arbitral, mas apenas não surtiram o efeito desejado a ponto de alterar o entendimento por ela firmado (fl. 2620). Reitero que a decisão foi confirmada, em sede de recurso, pelo Tribunal de Apelação dos Estados Unidos, Segundo Circuito (fls. 2778-2788), com trânsito em julgado.¹⁰

Curiosamente, o Ministro Herman Benjamin foi além, afirmando que:

[n]ão há violação ao contraditório se as partes se manifestaram sobre a admissibilidade ou não de determinada prova e o tribunal arbitral examinou suas razões e decidiu num sentido ou noutro. As contratantes poderiam ter optado por submeter seus conflitos ao Judiciário. Tendo escolhido o juízo arbitral, devem conviver com as consequências da sua livre (e desde que realmente livre) escolha, a mais óbvia de todas sendo a de que quem conduzirá o processo e fará o julgamento serão os árbitros indicados, e não o Judiciário.¹¹

Considero que este ponto da decisão merece aprovação, já que elucidou entendimento de que o tribunal arbitral tem poder exclusivo na análise da pertinência e valoração das provas apresentadas pelas partes.

A violação ao princípio da reparação integral: a má aplicação da lei é fundamento para reexame do mérito?

O tópico de maior controvérsia do presente Acórdão envolve o cálculo e a forma de fixação da indenização determinada pelo tribunal arbitral. O voto vencedor discorreu sobre aquilo que entendeu como uma "afronta ao princípio da reparação integral", nos seguintes termos:

[O]bsta a pretendida homologação da Sentença Arbitral n. 16.513, na parte em que condenou os requeridos na obrigação de pagar indenização fixada no montante de US\$ 100 milhões. Refiro-me à alegada afronta ao princípio da reparação integral e consequente julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, que determinava aplicação da lei brasileira. [...]

A lei brasileira dispõe, expressamente, que a indenização se mede pela extensão do dano (artigo 944 do Código Civil), que deve ser efetivo e estar comprovado nos autos, inexistindo previsão legal que ampare a obrigação de indenizar danos eventuais ou hipotéticos.

Verifica-se que o Tribunal Arbitral fixou a indenização, adotando como critério o preço do negócio, o que implica distorção do sistema brasileiro de responsabilidade civil. [...]

Assim, considerando que o direito brasileiro – eleito pelas partes para regular a relação contratual e a arbitragem – não autoriza a condenação na obrigação de indenizar em valor que supere os efetivos prejuízos suportados pela vítima, a sentença arbitral extrapolou os limites da convenção de arbitragem, devendo ser recusada a pretendida homologação nesta parte, consoante prevê o artigo 38, IV, da Lei de Arbitragem.

Ante o exposto, pedindo vênias ao eminente relator, voto pela **não homologação das sentenças arbitrais estrangeiras.**

Na hipótese de superado o entendimento retromencionado, entendo, ainda, que não seria o caso de homologar plenamente a sentença estrangeira n. 16.513, visto que arbitrou indenização que extrapola os limites previstos na legislação brasileira, aplicável ao caso por convenção das próprias partes.¹²

10 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 15 (ênfase no original).

11 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 66 (ênfase adicionada).

12 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 34-37 (ênfase no original).

No entanto, além do parecer do Subprocurador-Geral da República, os Ministros Felix Fischer e Herman Benjamin entenderam que não se sustenta a tese segundo a qual a má aplicação da lei brasileira pelo tribunal arbitral extrapolaria os limites da convenção de arbitragem assinada pelas Partes. O *Parquet* afirmou que:

[O] processo de homologação não é um novo julgamento da lide já solvida pela autoridade estrangeira. Não se trata de revisão judicial doméstica de sentença alienígena. Trata-se de controle de formalidades documentais e processuais fundamentais para a higidez de um julgado. [...]

[H]omologação de Sentença Estrangeira é espacosa, na melhor lição do Supremo Tribunal Federal, de mero juízo de deliberação e, portanto, de contenciosidade limitada.¹³

Analisados os fatos particulares do caso, o acórdão proferido pela Corte Especial do STJ suscita algumas questões interessantes que merecem análise. Num primeiro momento, abordarei a discussão acerca da alegada parcialidade do árbitro julgador e de como a matéria repercute na ordem pública internacional (**Seção 1**). Em seguida, versarei a respeito da competência da Corte na análise do mérito do litígio já dirimido por sentença arbitral, com efeito de coisa julgada (**Seção 2**).

1. Dos critérios utilizados para determinar a (im)parcialidade do árbitro

Ao tratar da (im)parcialidade do árbitro presidente, o voto vencedor apresentou os fatores que obstarão a homologação das duas decisões arbitrais:

[O] recebimento pelo escritório de advocacia do árbitro presidente de vultosa quantia paga por uma das partes no curso da arbitragem, ainda que não decorrente do patrocínio direto de seus interesses, mas com eles relacionado, configura hipótese objetiva passível de comprometer a isenção do árbitro presidente, podendo ser enquadrada no inciso II do artigo 135 do CPC.

Mas não é só isso [...]

Consta nos autos, e isso é incontroverso, que o escritório de advocacia do árbitro presidente representou a empresa SCHNEIDER ELECTRIC na operação de aquisição das ações que a Abengoa S/A

detinha na companhia Telvent GIT S/A, avaliada em US\$ 2 bilhões.

[...]

Em outra operação, o fundo de investimentos First Reserve, cliente habitual do escritório Debevoise, adquiriu, no curso da arbitragem, ações da sociedade Abengoa S/A, que é a holding controladora do grupo Abengoa. Nessa operação, avaliada em US\$ 400 milhões, o escritório do árbitro presidente igualmente prestou assessoria ao Departamento de Energia dos EUA para a aprovação da operação, com todos os envolvimento daí decorrentes.

Tais fatos evidenciam que o escritório do árbitro presidente teve contatos relevantes com sociedades do grupo Abengoa e com questões de alta importância para o grupo econômico no curso da arbitragem. Ainda que não se trate de relações cliente-advogado, por certo que não podem ser desconsideradas, sobretudo se levados em conta os valores nelas envolvidos, o que autoriza seu enquadramento na cláusula aberta de suspeição prevista no inciso V do artigo 135 do CPC.¹⁴

Consequentemente, depreende-se do trecho descrito que o presente voto negou homologação às sentenças com base em indícios de circunstâncias que, em tese, poderiam acarretar na imparcialidade do árbitro presidente. Além disso, a integralidade de votos demonstra que a imparcialidade do julgador figura entre os princípios e garantias constitucionais fundamentais do direito brasileiro, pertencendo à ordem pública internacional.

Interessante notar que a abordagem do STJ parece estar inteiramente calcada no Direito brasileiro, sem qualquer menção à Convenção de Nova Iorque. É legítimo, porém, interrogar-nos sobre a interpretação dada pela Convenção a respeito do tema, já que, conforme a opinião de comentaristas brasileiros, o “exame da parcialidade do árbitro [...] não pode ser feito à luz do CPC brasileiro”.¹⁵ Com isso, destaca-se a opinião de André de Albuquerque Cavalcanti Abbud no tocante à parcialidade do árbitro e a sua relação com a ordem pública no âmbito do artigo V, nº 2, “b” da Convenção de Nova Iorque. O jurista chama atenção à necessidade, por parte do juízo homologando, da efetiva constatação de parcialidade do árbitro, através de atos que visam o favorecimento de uma das partes. Assim, “o importante não é como o julgador poderia ter se conduzido, mas sim como ele se conduziu in concreto”.¹⁶

13 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 16 (ênfase no original).

14 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 33-34 (ênfase no original).

15 RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS, RICARDO RAMALHO ALMEIDA “Asa Bioenergia Holding Ltda. e outros v. Adriano Giannetti Ometto e Adriano Ometto Agrícola Ltda.”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2017, vol XIV, edição 56, p. 127.

16 ANDRÉ DE ALBUQUERQUE CAVALCANTI ABBUD, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, Atlas, 2008, p. 210.

Com efeito, foi este o entendimento do juízo da sede da arbitragem, que negou o pedido de anulação das sentenças. Para a Southern District, as alegações apresentadas por Ometto não seriam suficientes para refutar a afirmação do árbitro presidente quanto ao seu completo desconhecimento no tocante aos conflitos mencionados.

Contudo, enquanto o Ministro Relator adotou a visão de independência e imparcialidade extraída da *lex arbitri* (a Lei de Nova Iorque), a qual determina a demonstração concreta da parcialidade do árbitro durante o procedimento arbitral, o voto divergente, seguido pelos demais Ministros, adotou a noção brasileira do tema. Esta última, afirma o Ministro João Otávio De Noronha, contentar-se-ia com a demonstração de indícios e circunstâncias que, no plano teórico, seriam suficientes para instaurar dúvidas justificáveis no tocante à imparcialidade do julgador.

Assim, ao manifestar um posicionamento demasiadamente pautado no direito brasileiro, o STJ não considerou o contexto internacional da demanda de homologação, notoriamente relevante ao caso concreto. Portanto, tivesse o STJ se valido das disposições da Convenção de Nova Iorque, aplicáveis ao caso concreto, bem como de standards internacionais amplamente reconhecidos, como as Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses, entendendo que os laudos arbitrais ora comentados poderiam ter sido acolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se, por fim, que este resultado pode ter sido acidentalmente fomentado pela fundamentação apresentada pelo próprio Ministro Relator, pró-homologação. Isto é, ao afirmar – equivocadamente – que a Justiça Federal norte-americana detinha competência exclusiva para analisar a imparcialidade e independência do árbitro, Felix Fischer pode ter incitado uma resposta acalorada dos demais Ministros. Estes últimos, com o intuito de reafirmar o poder do STJ para julgar a matéria, acabaram então por adotar posicionamento diametralmente oposto ao da decisão norte-americana.

2. Da análise pelo SJ do *bien-fondé* da decisão arbitral

O voto condutor da maioria também decidiu pela não homologação dos laudos arbitrais por considerar que estes estariam fora dos limites da convenção de arbitragem, consoante ao artigo 38, inciso IV, da Lei Brasileira de Arbitragem. Em concreto, o Ministro João Otávio de Noronha entendeu que a indenização recebida pela Abengoa superou os prejuízos por ela efetivamente suportados, violando, assim, o princípio da reparação integral (artigo 944 do Código Civil brasileiro).

No entanto, a boa ou a má aplicação do direito brasileiro pelos árbitros não deve ser causa para reapreciação do mérito pelo juízo homologando. Como bem ponderou o Ministro Herman Benjamin, “*não podemos efetuar novo julgamento do mérito para dizer que o direito material brasileiro foi mal aplicado*”.¹⁷

Entendo que discordar de tal afirmação enfraqueça o próprio instituto da arbitragem, uma vez que as partes optaram por um julgamento fora do sistema judicial. Sendo assim, resta vedada revisão do mérito da sentença arbitral pelo juiz estatal. Ademais, como bem frisou o Ministro Relator, o tribunal arbitral não aplicou direito material diverso daquele contido na convenção de arbitragem. Pelo contrário, os árbitros deliberaram e proferiram as decisões estrangeiras com base no direito brasileiro. Segundo o Ministro Relator:

*[N]ão houve [...] afronta ao princípio da reparação integral e da legalidade, no que tange ao quantum indenizatório, por ser matéria de mérito a que se nega a análise em sede de homologação, principalmente quando aplicado o direito indicado na convenção de arbitragem, como ocorreu no caso.*¹⁸

Também o Ministro Herman Benjamin, que votou pela recusa na homologação das sentenças por violação à ordem pública no tocante à alegada parcialidade do árbitro presidente, discordou do voto que abriu a divergência neste quesito específico. Para o Ministro, a simples leitura das sentenças demonstra que o direito brasileiro foi aplicado ao caso concreto. Outrossim, o Ministro defendeu que “decidir mal” não pode ter como consequência a revisão do mérito do litígio, vejamos:

[N]ão é fundamento para anulação da sentença arbitral o entendimento de que os árbitros decidiram mal, seja quanto aos fatos, seja quanto à aplicação do Direito.

É essa a situação da tese sob exame. Embora não o digam diretamente [...], a tese das requeridas no que concerne ao ponto é de que as sentenças arbitrais decidiram mal.

*Não se sustenta a tese de que as sentenças arbitrais baseiam-se no direito norte-americano, na teoria dos danos punitivos, pelo que teria havido violação da cláusula arbitral que determina a aplicação do Direito brasileiro. A leitura da sentença arbitral CCI 16513 revela que ela se fundamentou no art. 944 do Código Civil.*¹⁹

17 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 83.

18 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, p. 87 (ênfase adicionada).

19 Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, Sentença Estrangeira Contestada n.º: 9.412 – US (2013/0278872-5), 19 de abril de 2017, Inteiro Teor de Acórdão, pp. 33-34 (ênfase no original).

Por fim, a título meramente argumentativo, fosse admissível a reapreciação do mérito das decisões estrangeiras, ainda assim seria questionável o argumento de violação ao direito brasileiro. Neste sentido, subscrevo-me à opinião de comentaristas brasileiros acerca da compatibilidade dos referidos laudos arbitrais com o direito brasileiro:

[E]m situações fáticas como a analisada pelo acórdão, o Direito brasileiro admite e contempla a ação quanti minoris, pela qual a coisa recebida com defeito pode ser enfeitada ou ter seu preço abatido proporcionalmente. Foi exatamente o que fez o tribunal arbitral, no caso concreto, pelo que facilmente se nota que os efeitos concretos da decisão não são aberrantes ao Direito brasileiro, nem chocam o sentimento de juridicidade prevalecente em nosso País ou nossos preceitos constitucionais, mas, ao contrário, são com eles plenamente compatíveis.²⁰

Concluo que a decisão da Corte Especial do STJ que negou homologação às sentenças arbitrais estrangeiras não foi acertada. Assim, considerando o pregresso benemérito do judiciário brasileiro como um fórum pró-arbitragem, deve-se salientar que este posicionamento parece ser um exemplo isolado, ou mesmo raro. Corroborando com a presente opinião, um estudo recente indica que os pedidos de homologação são normalmente julgados sem que se analise o mérito dos laudos arbitrais.²¹

Em outra, no que se refere ao poder do STJ no exame da boa ou má aplicação da lei brasileira em sede de homologação de sentença estrangeira, cumpre acrescentar que apenas um dos Ministros negou homologação com base neste argumento. Os demais votos entenderam, corretamente, não ser papel do juiz homologando adentrar o fundo da disputa.

Assim, espera-se que esta decisão tenha sido apenas uma exceção à regra, ao invés do início de uma nova tendência na política, até agora louvável, de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

20 RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO, VERA CECÍLIA MONTEIRO DE BARROS, RICARDO RAMALHO ALMEIDA "Asa Bioenergia Holding Ltda. e outros v. Adriano Giannetti Ometto e Adriano Ometto Agrícola Ltda.", in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2017, vol XIV, edição 56, p. 141.

21 Sobre o tema, veja-se, especialmente, o *Relatório Analítico – Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira*, sob a coordenação de DANIEL TAVELA LUÍS, GUSTAVO SANTOS KULESZA e LAURA GOUVÊA DE FRANÇA PEREIRA.

O DUE PROCESS NA ARBITRAGEM DESPORTIVA DO TAS/CAS – SENTIDO, ALCANCE E (FREQUENTES) CONFUSÕES NA MATÉRIA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL FEDERAL SUÍÇO
DE 25 DE JULHO DE 2017¹⁻²

António Pedro Pinto Monteiro

Doutor em Direito (FDUNL)
Professor Convidado da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Advogado, Associado Sénior PLMJ Arbitragem

- 1 O acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 encontra-se disponível em: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/> e <https://www.bger.ch/index.htm>.
- 2 O presente texto encontra-se redigido ao abrigo do antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Resumo:

I – O presente caso coloca-nos perante um litígio entre Aleksey Lovchev (conhecido halterofilista russo e atleta olímpico) e a Federação Internacional de Halterofilismo [*International Weightlifting Federation*, (IWF)].

Em causa, está uma pesada sanção disciplinar aplicada pela IWF ao atleta, na sequência de um controlo antidoping onde foi detectada a presença de substâncias ilegais. A sanção não foi aceite por Lovchev, tendo o mesmo recorrido: (i) primeiro para o Tribunal Arbitral do Desporto suíço, com sede em Lausanne [referimo-nos ao *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS) ou *Court of Arbitration for Sport* (CAS)]³; e (ii) depois para o Tribunal Federal Suíço.

Em ambos os casos, porém, o atleta não foi bem sucedido.

II – Aleksey Lovchev participou – com sucesso – no Campeonato Mundial de Halterofilismo de 2015, em Houston: conquistou uma medalha de ouro e estabeleceu dois recordes mundiais pela equipa russa.

Em Novembro de 2015, porém, um controlo antidoping da IWF revelou a presença de substâncias ilegais na urina do atleta⁴, em concreto uma pequena concentração de *Ipamorelin* (hormona de crescimento). O resultado positivo veio depois a ser confirmado por um laboratório independente, credenciado junto da Agência Mundial Antidopagem [*World Anti-Doping Agency* (WADA)]⁵.

Após uma audiência que teve lugar na sede do IWF em Budapeste, esta instituição deu como provada a presença da substância proibida (*Ipamorelin*) no corpo do atleta. Consequentemente, por decisão de 13 de Maio de 2016, o IWF aplicou uma pesada sanção disciplinar a Aleksey Lovchev. Entre outras medidas, o atleta foi desclassificado, tendo perdido as medalhas e prémios obtidos no Campeonato Mundial de Halterofilismo de 2015, bem como em competições posteriores que entretanto tivesse participado. Ao mesmo tempo, Lovchev foi banido do desporto por um período de quatro anos.

Aleksey Lovchev não se conformou com tal decisão, tendo recorrido, no dia 1 de Junho de 2016, para o TAS/CAS, isto é, para o chamado “tribunal desportivo internacional”⁶ ou “Supremo Tribunal do mundo desportivo”⁷. Por sentença arbitral de 1 de Dezembro de 2016, porém, este tribunal arbitral não deu razão ao atleta e manteve a decisão do IWF.

Face a tal decisão desfavorável, o atleta interpôs novo recurso para o tribunal competente (desta vez para o Tribunal Federal Suíço), pedindo a anulação da sentença arbitral⁸. A argumentação utilizada centrou-se, essencialmente, numa alegada violação do *direito ao processo equitativo* (*due process*). Neste sentido, entre os vários argumentos avançados, Aleksey Lovchev afirmou que o tribunal arbitral teria violado o seu direito a ser ouvido (“*rechtliches Gehör*”⁹ ou “*right to be heard*”¹⁰), bem como o princípio da igualdade das partes e a ordem pública processual. De novo, todavia, o atleta não teve sucesso, pois o recurso veio a ser indeferido por acórdão de 25 de Julho de 2017 (o presente acórdão sob anotação).

Anotação

1. Introdução

O acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 versa sobre várias questões controvertidas – ques-

tões estas que têm como pano de fundo um conhecido escândalo de *doping* que envolveu vários atletas russos, entre os quais Aleksey Lovchev no âmbito do litígio subjacente ao acórdão que aqui anotamos¹¹.

3 Como se sabe, foi no TAS/CAS que o Tribunal Arbitral do Desporto português (TAD) mais se inspirou – *cfr.* ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal: Entre o Direito Público e o Direito Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 460, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, in *Revista de Direito Civil*, ano I (2016), n.º 3, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 703 e 717. Para uma visão específica sobre o regime do TAD, *vide*, entre outros, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto Anotado e Comentado*, Petrony, Lisboa, 2016, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, “The Portuguese Court of Arbitration for Sport: A Hybrid”, in *Schieds VZ*, 16. Jahrgang, Heft 1, Januar/Februar 2018, Verlag C. H. Beck, Munique, 2018, pp. 14 a 19.

4 Verificou-se o que se chama de “*Adverse Analytical Finding*”.

5 Sobre o (importante) papel desempenhado por esta entidade, vejam-se, por exemplo, SÉRGIO CASTANHEIRA, *O Fenómeno do Doping no Desporto – O Atleta Responsável e o Irresponsável*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 91 a 105, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, pp. 211 a 213. Em Portugal, a dopagem é regulada pela *Autoridade Antidopagem de Portugal* (ADoP).

6 ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, p. 383; sobre a importância do TAS/CAS como instância de resolução de conflitos desportivos, vejam-se particularmente as pp. 383 a 429.

7 GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration*, vol. I, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014, p. 196.

8 Note-se que, existindo recurso (como sucedeu no caso concreto), os fundamentos de anulação devem aqui ser invocados (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 298).

9 Na versão original do acórdão em alemão disponível em <https://www.bger.ch/index.htm>.

10 Na versão do acórdão traduzida para inglês disponível em <http://www.swissarbitrationdecisions.com/>.

De entre os vários problemas discutidos, um deles merece particular destaque: a alegada violação do *direito ao processo equitativo*. Por se tratar de uma temática que tem sido invocada, com frequência, em processos arbitrais, e onde se têm verificado muitos equívocos em torno da mesma, será por referência a ela que centraremos o nosso comentário.

Para o efeito, iremos começar com um breve enquadramento do direito ao processo equitativo (necessário para que se compreenda melhor o problema em causa), ao qual se seguirá uma análise dos argumentos invocados pelo atleta russo e do fenómeno conhecido por “due process paranoia”. No final, terminaremos a anotação com uma breve conclusão.

2. O *due process* ou direito ao processo equitativo – enquadramento geral

I – Tema forte do acórdão sob anotação, o direito ao processo equitativo é, com alguma frequência, alvo de vários equívocos na arbitragem. Importa, desta forma, iniciar o comentário ao presente acórdão com um enquadramento geral do tema.¹²

Com raízes históricas longínquas que remontam ao artigo 39.º da Magna Carta inglesa (1215)¹³, o *direito ao processo equitativo* (*due process of law* ou *devido processo legal*) é hoje, inequivocamente, um direito muito importante, essencial em qualquer processo e perante qualquer tribunal (estadual ou arbitral).

Para além da sua expressa consagração constitucional no artigo 20.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP), tal direito encontra-se igualmente previsto em inúmeras constituições de diferentes países, bem como em vá-

rios instrumentos europeus e internacionais. Referimo-nos, designadamente, aos artigos:

- (i) 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais [Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 04/11/1950];
- (ii) 47.º, 2.º parágrafo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 07/12/2000;
- (iii) 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 10/12/1948; e
- (iv) 14.º, n.º 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 16/12/1966¹⁴.

Esta ampla consagração compreende-se: trata-se, afinal, de um dos *direitos humanos mais elementares*¹⁵. Assim, muito embora tenha sido introduzido na Lei Fundamental apenas em 1997, com a 4.ª Revisão Constitucional¹⁶, a verdade é que estamos perante um direito que resulta, em última instância, do próprio princípio do Estado de Direito¹⁷ e que é hoje reconhecido como uma *exigência elementar na administração da justiça*¹⁸.

Neste sentido, apesar de ser um direito que tradicionalmente é invocado, com mais frequência, no *Direito Processual Penal*, o direito ao processo equitativo vale também no âmbito do processo civil (e, como veremos melhor *infra*, na arbitragem), devendo entender-se que o mesmo é afirmado, no artigo 20.º, n.º 4, da CRP, como uma “*garantia processual universal*”¹⁹. No actual Código de Processo Civil (CPC), a necessidade de o juiz assegurar um processo equitativo encontra-se, aliás, expressamente prevista na parte final do artigo 547.º, legitimando e, ao mesmo tempo, limitando o princípio da adequação formal²⁰.

11 O tema é politicamente sensível, tendo a Rússia lançado várias acusações no sentido de ter sido alvo de uma alegada campanha contra os seus atletas, algo que afectou a sua participação nos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016. Vide por exemplo: <https://www.theguardian.com/sport/2016/jul/17/banned-russian-athletes-smear-campaign-documentary-rio-olympics-2016> e <https://edition.cnn.com/2016/07/27/sport/russia-doping-sendoff-for-olympic-games-rio-2016/index.html>.

12 O presente capítulo seguirá de muito perto o que já anteriormente escrevemos – com maior profundidade – em ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 84 a 86, 98 e ss., 215 a 226.

13 Sobre as origens do direito ao processo equitativo, vejam-se, por exemplo, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 492 e 493, e RYAN C. WILLIAMS, “The One and Only Substantive Due Process Clause”, in *The Yale Law Journal*, vol. 120, n.º 3, New Haven, 2010, pp. 428 a 434.

14 De entre estes preceitos, um destaque especial merece o artigo 6.º da CEDH, que muito influenciou o n.º 4 do artigo 20.º da CRP. Salientando a influência deste preceito, veja-se MARCELO REBELO DE SOUSA / JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República Portuguesa comentada*, Lex, Lisboa, 2000, p. 103, e o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 345/99, de 15/06/1999 (Relator Sousa e Brito, processo n.º 996/98), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>. De destacar, ainda, que o artigo 6.º da CEDH foi, por sua vez, inspirado nos artigos 10.º e 11.º, n.º 1, da DUDH (sobretudo os n.ºs 1 e 2 do mencionado artigo 6.º) – a este respeito, vide, por exemplo, JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights’ Impact on Consensual Arbitration. An État des Lieux of Strasbourg Case-Law and of a Problematic Swiss Law Feature”, in *Human Rights at the Center – Les droits de l’Homme au Centre*, Schulthess, Zurique, 2006, p. 77 (nota de rodapé n.º 11), e ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, Studien zum vergleichenden und internationalen Recht – Comparative and International Law Studies, vol. 59, Peter Lang, Frankfurt, 2002, p. 221 (nota de rodapé n.º 4).

15 Cfr. JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights: some remarks on the République de Guinée case”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n.º 2, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1989, p. 115.

16 Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro.

17 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 82/2007, de 06/02/2007 (Relator Paulo Mota Pinto, processo n.º 461/06), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>; veja-se, ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Vocabulário do Processo Civil*, 2.ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2014, p. 128.

18 Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, in *BMJ*, Documentação e Direito Comparado, n.ºs 75/76, Lisboa, 1998, p. 151, e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 188.

19 PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 676; a este propósito, vejam-se, ainda, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 188, e MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2.ª ed., University of Helsinki Conflict Management Institute (COMI), Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, p. 1.

No fundo, poder-se-á afirmar que o direito ao processo equitativo compreende “um núcleo normativo essencial que é transversal a *toda o direito processual*” (aqui se incluindo a arbitragem) e cujos efeitos se estendem “a *todas as instâncias de administração da justiça*” (onde naturalmente se incluem os tribunais arbitrais)²¹.

II – Referida a importância e a ampla consagração, algumas questões se impõem. Desde logo, em que se traduz, afinal, o direito ao processo equitativo? Por outro lado, quando poderemos afirmar que o mesmo foi ou não cumprido? Será que, no presente caso concreto, se verificou uma violação do direito ao processo equitativo (ou de algum dos princípios e regras fundamentais em que este direito se concretiza), conforme sustentado pelo atleta Aleksey Lovchev?

É sabido que o direito à jurisdição não implica apenas o direito de acesso aos tribunais²²; é igualmente necessário que o processo a que se acede apresente *garantias de justiça*²³, de modo que se consiga alcançar a “justa composição do litígio”²⁴. Por outras palavras, é preciso que o processo seja *equitativo*, isto é, *justo*²⁵. A tutela jurisdicional efectiva assim o exige²⁶.

Dir-se-á, a este propósito, que “de nada serve ao particular aceder à justiça se a sua posição em juízo não se encontrar igualmente protegida”²⁷; por exemplo, se ele não puder

apresentar o seu caso, não se puder defender, não lhe for dada a oportunidade de produzir prova, se for tratado de forma desigual em relação à outra parte, etc. Deste modo, a CRP e os sistemas de direitos fundamentais em geral não se preocupam apenas com a obtenção de tutela jurisdicional, mas também “com a configuração concreta que conduz à sua obtenção: essa configuração concreta do processo deve ser *equitativa ou justa*”²⁸.

Ora, tendo em vista esta finalidade, torna-se indispensável observar, ao longo de todo o processo, um determinado conjunto de princípios e regras fundamentais em que o direito ao processo equitativo se concretiza²⁹, tais como: a *independência e a imparcialidade do tribunal*, a observância do *princípio do juiz natural*, a *publicidade do processo*, a *fundamentação da decisão* e o seu proferimento em *prazo razoável*, o *direito à prova* (e à licitude desta) e o *princípio da igualdade das partes* (donde resultam outros importantes princípios, como o *princípio do contraditório*)³⁰.

Este determinado conjunto de princípios e regras fundamentais, que conformam o direito ao processo equitativo, não deve ser subestimado na arbitragem³¹. Com efeito, e nunca é demais repetir, o direito ao processo equitativo é uma exigência elementar na administração da justiça e, consequentemente, de qualquer meio de resolução de litígios que se pretenda afirmar como tal. Deste modo,

20 Cfr. RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 6 e 7, ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES / PAULO PIMENTA / LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 597 a 599, e PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LUÍSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 455.

21 PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 955 e 956.

22 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 4.ª ed., Gestlegal, 2017, p. 125.

23 Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 39.

24 Tal como se encontra expressamente prevista nos artigos 6.º, n.º 1, 7.º, n.º 1, 37.º, n.º 2, 411.º e 418.º, n.º 1, do CPC – cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil* (em preparação), § 4.º, I, 4, 4.2, a).

25 A este propósito, vejam-se MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 2.ª ed., Lex, Lisboa, 2000, p. 27, ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2015, p. 49, e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 189.

26 Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português*, vol. I (Identidade Constitucional), Almedina, Coimbra, 2010, p. 95.

27 JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 4.º, I, 4, 4.2, a).

28 RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar. A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 78.

29 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, cit., pp. 125 e ss. A exigência de um processo equitativo tem, assim, como significado básico, a “conformação do processo de forma materialmente adequada a uma tutela judicial efectiva” (J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 415). Sobre os vários princípios e regras fundamentais que o direito ao processo equitativo abrange, vejam-se, por exemplo, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 39 a 58, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 4.º, I, 4, 4.2, RITA LOBO XAVIER / INÊS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, pp. 126 a 132, ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo...*, cit., p. 50, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., pp. 187 a 193, RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, cit., p. 7, bem como J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, cit., pp. 415 e 416, e VITAL MOREIRA / CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Compreender os direitos humanos – manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 227 a 233. Para maiores reflexões sobre o conteúdo do justo processo, vejam-se, entre outros, RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar...*, cit., pp. 79 a 83, e, na doutrina alemã, CHRISTOPH G. PAULUS, *Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht*, 5.ª ed., Springer, Berlin, 2013, pp. 135 a 137.

30 Vide GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, 2.ª ed. (6.ª reimpressão), Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1957, pp. 86 e 87. Defendendo ser o princípio do contraditório uma decorrência do princípio da igualdade das partes, vejam-se, nomeadamente, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 2012 (reimpressão), p. 132, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 9.º, VI, 3, 3.2, e § 4.º, I, 4, 4.2, a), MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., p. 46, e *Introdução ao Processo Civil*, cit., p. 53, MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, com a colaboração de ANTUNES VARELA, ed. revista e actualizada por HERCULANO ESTEVES, Coimbra Editora, Coimbra, 1976, p. 378, PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório e irregularidade de constituição de tribunal arbitral”, in *Revista de Processo (RePro)*, ano 37, vol. 212, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 308, LUCINDA DIAS DA SILVA, *Processo Cautelar Comum. Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 42, 43 e 45, CARLOS LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2004, p. 35, CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES, “Noções Gerais De Direito Processual Civil” e “Do Processo Arbitral Em Geral: Formalismo Elástico Ou Informalismo Ordenado? Princípios Fundamentais”, ambos os artigos publicados in *Direito de Macau – reflexões e estudos*, Fundação Rui Cunha / CRED-DM, Macau, 2014, pp. 236 e 495, respectivamente, e J. PEREIRA BATISTA, *Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 52.

31 Neste sentido, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 258 a 261, e PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...” cit., pp. 329 e 332.

não obstante a origem contratual da arbitragem e a sua forte matriz centrada na autonomia privada³², a verdade é que, em qualquer processo arbitral, há determinados princípios fundamentais que deverão ser *sempre* respeitados – princípios que, no essencial, correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um *processo equitativo*³³.

III – A Lei da Arbitragem Voluntária (LAV) – não aplicável ao presente caso e aqui invocada apenas a título de exemplo – não se mostrou indiferente à importância que o direito ao processo equitativo reveste (também) na arbitragem.

Compreende-se, por isso, que no artigo 30.º, n.º 1, preveja expressamente a necessidade de o processo arbitral dever “sempre respeitar” certos princípios fundamentais³⁴. Referimo-nos: à obrigatoriedade de citação; ao princípio da igualdade das partes; ao facto de dever ser dada às partes uma “oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final”; e ao princípio do contraditório (alíneas a), b) e c) do n.º 1). Mas não só. Conforme salientam alguns autores, além dos princípios que estão previstos nesta norma, existem, ainda, reflectidos na própria LAV, outros princípios fundamentais que deverão ser observados. É esse o caso, por exemplo, do princípio do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral, bem como dos requisitos de independência e imparcialidade que os árbitros devem possuir³⁵.

Por outro lado, fora da LAV, encontramos igualmente outros princípios fundamentais com relevância para a arbitragem

e que deverão ser respeitados, em particular aqueles que emergem da CRP (onde, como vimos já, o direito ao processo equitativo está consagrado no artigo 20.º, n.º 4). Com efeito, importa ter presente que “existem dispersos pela Constituição *determinados princípios* que, além de serem direitos fundamentais processuais [...], constituem também *princípios constitutivos de toda a ordem processual*”³⁶ e sem os quais não se pode falar da existência de um processo. É esse o caso, entre outros, do princípio da igualdade das partes (princípio que Aleksey Lovchev considera ter sido violado pelo TAS/CAS) e do princípio do contraditório³⁷.

Conforme defendemos já a este respeito³⁸, é essa a razão pela qual, aliás, se poderá afirmar que o artigo 30.º, n.º 1, da LAV acaba por ser uma disposição incompleta e até mesmo inócua. Incompleta, na medida em que não contempla todos os princípios fundamentais que o processo arbitral deverá sempre respeitar. Inócua, uma vez que os princípios elencados no n.º 1 do artigo 30.º seriam sempre aplicáveis, independentemente da sua consagração expressa na LAV.³⁹

Neste âmbito, o ponto essencial que cumpre agora destacar é o de que o respeito por estes princípios é condição da validação pública de um processo privado, isto é, o Estado só pode admitir decisões de tribunais privados na medida em que tais decisões cumpram determinadas *regras mínimas de justiça processual* em que o direito ao processo equitativo se concretiza⁴⁰ e que impedem que o processo arbitral caia em descrédito⁴¹. Daí que o legislador português preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser *anulada*, caso al-

32 Sobre a origem contratual da arbitragem voluntária (e a sua cobertura constitucional e legal, que não deverá ser esquecida), veja-se, entre muitos outros, ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 168 a 215.

33 Vide BRUNO OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 29, JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 2003, p. 95, JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 115, MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., pp. 1 e 2, JAN PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 13, 14 e 90 a 93, PETER SCHLOSSER, in STEIN / JONAS (coordenadores), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. 10, 23.ª ed., Mohr Siebeck, Tübinga, 2014, pp. 239 a 241, PHILIPPE FOUCHARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haia, 1999, pp. 464 e 465, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Arbitragem e terceiros”, in ARNOLDO WALD (organizador), *Arbitragem e Mediação*, vol. II (Elementos da Arbitragem e Medidas de Urgência), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 529 e 530, e, entre nós, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 233 e 258 a 261, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Convenção de arbitragem – algumas notas”, in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 536 e 537. Sublinhando a importância e a necessidade de respeito pelo direito ao processo equitativo na arbitragem, vejam-se, ainda, PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, cit., pp. 329 e 332, MIGUEL GALVÃO TELES, “A independência e imparcialidade dos árbitros como imposição constitucional”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. III, Almedina, Coimbra, 2011, p. 271, e o *Anteprojecto de LAV da APA (2010)*, notas justificativas ao artigo 30.º, in RIAC, APA, n.º 3 (2010), Almedina, Coimbra, 2010, p. 192.

34 O mesmo se verifica, de resto, no artigo 34.º da Lei do Tribunal Arbitral do Desporto (Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro, subsequentemente alterada); sobre esta norma concreta, vide ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / DANIELA MIRANTE, *O Regime Jurídico do Tribunal Arbitral do Desporto Anotado e Comentado*, cit., p. 84.

35 Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 258, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coleção Vieira de Almeida & Associados, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 377 a 379. Tais princípios encontram-se reflectidos, respectivamente, nos artigos 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea v), 42.º, n.º 3, e 9.º, n.º 3, da LAV.

36 J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 966.

37 Veja-se, a este propósito, JUAN MONTERO AROCA, *El Proceso Civil. Los procesos ordinarios de declaración y de ejecución*, 2.ª ed., tirant lo blanch, Valência, 2016, pp. 233, 130 e ss., e JUAN MONTERO AROCA / JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER / SILVIA BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, 23.ª ed., tirant lo blanch, Valência, 2015, pp. 247 e ss.

38 ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 99 e 100.

39 Neste sentido, por referência ao artigo 21, § 2º, da lei de arbitragem brasileira (Lei n.º 9.307, de 23 de Setembro de 1996, subsequentemente alterada), veja-se CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, Malheiros Editores, São Paulo, 2013, p. 25. Julgamos que a intenção do legislador é chamar a atenção para a necessidade de respeito de alguns dos mais elementares princípios fundamentais que qualquer processo arbitral terá de observar. Terá faltado, assim, apenas acrescentar-se a referência “entre outros” ou “designadamente” ao n.º 1 do artigo 30.º da LAV, quando se enunciam os princípios fundamentais a serem respeitados.

40 Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 258 e 259, e DANIELA MIRANTE, *Os Efeitos da Anulação da Sentença Arbitral*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na FDUNL, versão académica, Lisboa, 2009, pp. 4 e 5; em sentido idêntico, veja-se também, por exemplo, MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., pp. 1 e 2.

41 Vide PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, in ROA, ano 52, vol. III, Lisboa, 1992, p. 934, e ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, cit., pp. 341 a 345. Na arbitragem, a autonomia das partes e dos árbitros tem, portanto, de respeitar certas *garantias processuais mínimas* [cfr. MARIA HELENA BRITO, “Arbitragem internacional. A propósito da nova Lei da Arbitragem Voluntária”, in *Themis – FDUNL*, ano XII, n.º 22 e 23 (2012), Almedina, Coimbra, 2013, p. 129, e “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, p. 41].

gum dos princípios fundamentais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, e não só, tenha sido violado⁴²⁻⁴³ (facto que atesta bem a importância destes princípios⁴⁴), podendo, ainda, tal violação constituir um *obstáculo à execução da sentença*⁴⁵.

O mesmo sucede, naturalmente, noutras jurisdições. É o que se verifica, por exemplo, na Suíça, tanto na arbitragem interna⁴⁶, como no regime previsto para a arbitragem internacional (aplicável ao caso concreto do acórdão sob anotação)⁴⁷. Assim se compreende que Aleksey Lovchev tenha tentado fundamentar a anulação da sentença arbitral com base na alegada violação de alguns dos princípios fundamentais que referimos (ponto que veremos melhor *infra*).

O direito ao processo equitativo é, efectivamente, um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico,

que faz parte do conceito de *ordem pública* do Estado Português (na sua vertente processual)⁴⁸⁻⁴⁹ e que, por isso, não deverá ser subestimado na arbitragem. Na verdade, como se referiu em momento prévio, este direito é afirmado, no artigo 20.º, n.º 4, da CRP, como uma “garantia processual universal”⁵⁰, compreendendo um núcleo normativo básico e indispensável que é *transversal a toda a ordem processual* e cujos efeitos se estendem a *todas as instâncias de administração da justiça*⁵¹ – aqui se incluindo, respectivamente, a arbitragem e os tribunais arbitrais. Deste modo, independentemente da acção de anulação prevista na LAV, importa salientar que, caso uma decisão arbitral aplique uma determinada *norma*⁵² que infrinja algum dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (*e que se entende serem aplicáveis à arbitragem*⁵³), poder-se-á abrir –

42 Artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea ii), da LAV. Em todo o caso, para que a sentença arbitral seja anulável, é necessário que a referida violação tenha “influência decisiva na resolução do litígio”. Sobre este (controverso) requisito adicional, vejam-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 303 e 304, e ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, pp. 52 a 55 (em consonância com o entendimento deste último Autor, entendemos que o aparente requisito adicional deverá ser sujeito a uma interpretação restritiva, sob pena de se comprometer a salvaguarda dos princípios fundamentais do processo arbitral).

43 A este respeito, note-se que também a violação dos requisitos de independência e imparcialidade dos árbitros, do princípio do dispositivo e do dever de fundamentação da sentença arbitral podem dar lugar à anulação da sentença (artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalíneas iv), v), e vi), respetivamente, da LAV).

44 Cfr. PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., p. 965.

45 Artigo 48.º, n.º 1, da LAV.

46 Artigos 373.º, n.º 4, e 393.º, d), do ZPO suíço (no que se refere ao princípio da igualdade das partes e ao direito a ser ouvido).

47 Artigos 182.º, n.º 3, e 190.º, n.º 2, d) e e), da Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado (no que respeita ao princípio da igualdade das partes, ao direito a ser ouvido e à ordem pública). Sobre estas normas, vide JOACHIM KNOLL, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 182 [Procedure: principle]”, e MANUEL ARROYO, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 190 [Finality, challenge: principle]”, ambas as anotações publicadas em MANUEL ARROYO (coordenador), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, 2.ª ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, pp. 141 a 150 e pp. 292 a 346, respectivamente.

48 Vide JORGE MORAIS CARVALHO, “O processo deliberativo e a fundamentação da sentença arbitral”, in *O Direito*, ano 143.º, IV, Almedina, Coimbra, 2011, p. 762, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 302 e 303, PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., pp. 955 e 956, e PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, cit., p. 329. Semelhante entendimento verifica-se, por exemplo, no direito francês (cfr. ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international face à la Convention européenne des droits de l’homme”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, numéro spécial, édition Juillet 2002, Gazette du Palais, Paris, 2002, pp. 25 e 29, e “Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d’arbitrage après les arrêts des 6 novembre 1998 et 20 février 2001 de la Cour de cassation française”, in *L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme*, Droit et Justice, n.º 31, Nemesis / Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 26 e 30, bem como JEAN-HUBERT MOTTRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 120) e em muitas outras jurisdições (vide WALTHER J. HABSCHIED, “Schiedsgerichtsbarkeit und Europäische Menschenrechtskonvention”, in *Festschrift für Wolfram Henckel vom 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Walter de Gruyter, Berlin, 1995, pp. 347 e 348, GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 122, ALEKSANDAR JAKSIC, “Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings – A still Unsettled Problem?”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 24, n.º 2, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 168, e MARIUS EM-BERLAND, “The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration”, in *Journal of International Arbitration*, vol. 20, n.º 4, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2003, pp. 357 e 358).

49 Sendo um princípio de ordem pública, importa, além do mais, salientar que a *convenção de arbitragem* que contenha uma ofensa aos princípios em que o direito ao processo equitativo se consubstancia será *nula*. A este respeito, note-se que os casos de nulidade da convenção arbitral não estão limitados apenas àqueles que são enunciados no artigo 3.º da LAV. Na verdade, conforme bem observam alguns autores, existem outros casos de nulidade da mencionada convenção, desde logo aqueles que determinam a nulidade dos negócios jurídicos em geral, como é a hipótese de contrariedade à ordem pública (artigo 280.º, n.º 2, do Código Civil: CC) – cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 81 e 82; a este propósito, veja-se também ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, *A Impugnação da Sentença Arbitral*, cit., pp. 46 a 48.

Deste modo, a sentença arbitral que venha a ser proferida, num litígio em que haja uma violação dos princípios que consubstanciam o direito ao processo equitativo, poderá ser igualmente anulável nos termos do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea i), e alínea b), subalínea ii), da LAV, podendo, ainda, pelo mesmo motivo, obstar à execução da sentença nacional (artigo 48.º, n.º 1, da LAV), bem como ao reconhecimento e à execução de uma sentença arbitral estrangeira, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, alínea a), subalínea i), e alínea b), subalínea ii), da LAV, e do artigo V, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea b), da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque em 10 de Junho de 1958 (CNY); sobre esta última alínea da CNY, veja-se, em concreto, ALBERT JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Haia, 1981, pp. 359 e ss.

Por outro lado, uma vez que estamos perante um princípio de ordem pública, importa acrescentar que o *comportamento omissivo das partes* (caso, por exemplo, de as partes não invocarem a violação da ordem pública durante o processo arbitral) não significa, necessariamente, que estas fiquem impedidas de invocar a violação da ordem pública como fundamento de anulação da sentença arbitral (não obstante a regra preclusiva do n.º 4 do artigo 46.º da LAV). Para maiores desenvolvimentos sobre este ponto, veja-se o nosso “Da ordem pública no processo arbitral”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 657 e 658, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., pp. 300 a 302; quanto ao tema da ordem pública em geral, veja-se, mais recentemente, RUTE ALVES / IÑÁKI CARRERA, “(Des)ordem pública internacional. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Junho de 2016”, in *Revista PLMJ Arbitragem*, Jurisprudência comentada (2016), n.º 1, 2017, pp. 52 a 65.

50 PAULA COSTA E SILVA, *A Litigância de Má Fé*, cit., p. 676.

51 Cfr. PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, cit., pp. 955 e 956.

52 De salientar que, como se sabe, a questão de inconstitucionalidade tanto pode respeitar a uma norma (ou a uma sua dimensão parcelar), como à *interpretação ou sentido* com que tal norma foi tomada no caso concreto e aplicada na decisão recorrida – cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 80 e 81, e GUILHERME DA FONSECA / INÊS DOMINGOS, *Breviário de Direito Processual Constitucional (recurso de constitucionalidade)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 30.

53 Não é esse, em princípio, o caso da *publicidade do processo* e, por exemplo, do *princípio do juiz natural* – dimensões do processo equitativo (no âmbito da jurisdição estadual) que, por norma, não deverão ser exigidas ao processo arbitral (cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 215 a 223 no que respeita ao princípio da publicidade do processo, bem como as pp. 31 a 33 e 115 a 121 quanto ao princípio do juiz natural).

verificados os requisitos legais – a possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional⁵⁴.

IV – Para além da relevância que o direito ao processo equitativo reveste na LAV e no artigo 20.º, n.º 4, da CRP, importa ter presente que existem também fontes de direito europeu e de direito internacional (artigos 47.º, 2.º parágrafo, da CDFUE, 6.º da CEDH, 10.º da DUDH e 14.º, n.º 1, do PIDCP) que consagram o direito a um processo equitativo e que não deverão ser ignoradas. É o caso, particularmente, do *artigo 6.º, n.º 1, da CEDH* cuja relação com a arbitragem há muito vem suscitando um grande debate, em especial na esfera dos Estados partes da referida Convenção⁵⁵. A disposição é relevante, sobretudo porque, no caso concreto, o atleta invocou a violação do n.º 1 deste artigo.

Parece ser inegável que o artigo 6.º da CEDH se encontra, à partida, previsto para um processo estadual, e não arbitral⁵⁶, em que o n.º 1 se aplica ao processo civil e ao processo penal, e os n.ºs 2 e 3 se encontram pensados apenas para o processo penal⁵⁷. Daí as dúvidas que se têm colocado a este propósito, dúvidas estas que são agravadas pelo facto de os *trabalhos preparatórios* da

CEDH nada dizerem a respeito da sua aplicação (ou não) à arbitragem⁵⁸.

De todo o modo, como de forma quase unânime tem vindo a reconhecer a doutrina e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), isto não significa que a arbitragem voluntária seja *contrária* ou *incompatível* com o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, nem que tal norma seja *inaplicável* à arbitragem⁵⁹.

A este respeito, e no que à primeira questão se refere (*não contrariedade* da arbitragem com este preceito), importa começar por salientar que o artigo 6.º da CEDH não se opõe à criação de tribunais arbitrais⁶⁰. Dir-se-á, a este propósito, que o direito de acesso aos tribunais – implicitamente garantido no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH⁶¹ – não exige que o tribunal a que se acede tenha de ser sempre um *tribunal estadual*. Neste sentido, e em consonância com a jurisprudência do TEDH, não deveremos interpretar a palavra “tribunal”, prevista no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, como significando, necessariamente, um tribunal estadual, excluindo os tribunais arbitrais⁶². O direito de acesso a um tribunal (estadual) pode, assim, ser renunciado a favor da arbitragem, não sendo tal facto incompatível com o artigo 6.º da CEDH⁶³.

54 Sobre o recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional e as dificuldades que se levantam, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Do recurso de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional”, in *Themis – FDUNL*, ano IX, n.º 16 (2009), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 185 a 223, MIGUEL GALVÃO TELES, “Recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais arbitrais”, in *III Congresso do CAC – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 199 a 220, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “A nova Lei de Arbitragem Voluntária e as formas de impugnação das decisões arbitrais (algumas notas)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 753 a 756, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 117 e 118. Admitindo, igualmente, a possibilidade de recurso (em geral) de decisões arbitrais para o Tribunal Constitucional, vejamos-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 297 (nota de rodapé n.º 487), PAULA COSTA E SILVA, *A Nova Face da Justiça – Os Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 105 e 106, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Administração Pública e arbitragem – em especial, o princípio legal da irrecorribilidade de sentenças arbitrais”, in *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 797 e 798, FERNANDA DA SILVA PEREIRA, *Arbitragem voluntária nacional – Impugnação de sentenças arbitrais: o tortuoso e longo caminho a percorrer*, Livraria Petrony, Lisboa, 2009, p. 100, e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, APA, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 126. Na jurisprudência constitucional, veja-se, especialmente, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 181/2007, de 08/03/2007 (Relator Paulo Mota Pinto, processo n.º 343/05), e 42/2014, de 09/01/2014 (Relator Fernando Vaz Ventura, processo n.º 564/12), disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

55 É no âmbito desta esfera que analisamos aqui o problema da relação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH com a arbitragem. Iremos seguir de muito perto o que já anteriormente escrevemos – com maior profundidade – em ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem: os Problemas na Constituição do Tribunal Arbitral*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 103 a 108.

56 Vide GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 130.

57 Cfr. EVA BREMS, “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 27, n.º 1, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005, p. 295, e JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada e Protocolos Adicionais anotados (Doutrina e Jurisprudência)*, Legis Editora, Porto, 2008, p. 72.

58 Vide JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 91, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, in *L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme*, Droit et Justice, n.º 31, Nemesis / Bruylant, Bruxelas, 2001, p. 59, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, cit., p. 74.

59 Vejamos-se, entre outros, ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., p. 184, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., pp. 26 e 34, MARIE-LAURE NIBOYET, “Incertitude sur l’incidence de la Convention européenne des droits de l’homme en droit français de l’arbitrage international: l’arrêt Cubic de la Cour de cassation”, in *Les Cahiers de l’Arbitrage*, numéro spécial, édition Juillet 2002, Gazette du Palais, Paris, 2002, p. 35, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, cit., pp. 57, 58, e 63, JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., p. 93, SÉBASTIEN BESSON, “Arbitration and Human Rights”, in *ASA Bulletin*, vol. 24, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, p. 398, e, na jurisprudência do TEDH, o conhecido caso *Deweert v. Belgium*, de 27/02/1980 (queixa n.º 6903/75), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>; em sentido diferente, vide CHARLES JARROSSON, “L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’Homme”, in *Revue de l’Arbitrage*, CFA, vol. 1989, n.º 4, Paris, 1989, pp. 576, 577 e 607.

60 Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 149 (nota de rodapé n.º 108), e a decisão do TEDH proferida no âmbito do caso *TRANSADO – Transportes Fluviais do Sado, S.A. v. Portugal*, de 16/12/2003 (queixa n.º 35943/02), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

61 Vejamos-se JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, cit., p. 78, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 27, e J.J. FAWCETT, “The impact of article 6(1) of the ECHR on Private International Law”, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 2.

62 Vide casos *Lithgow and others v. The United Kingdom*, de 08/07/1986 (queixas n.ºs 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 e 9405/81), e *Regent Company v. Ukraine*, de 03/04/2008 (queixa n.º 773/03), ambos disponíveis em <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>, e caso *TRANSADO...*, cit.. Na doutrina, vejamos-se PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6, 1º de la Convention européenne des droits de l’homme”, e ALESSANDRA CAMBI FAVRE-BULLE, “L’état de la jurisprudence en suisse”, ambos os artigos publicados em *L’arbitrage et la Convention européenne des droits de l’homme*, Droit et Justice, n.º 31, Nemesis / Bruylant, Bruxelas, 2001, pp. 17 a 19 e 73, respectivamente, bem como ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., pp. 185 e 186, GEORGES-ALBERT DAL, “Le point de vue Belge”, cit., pp. 64 e 65, SÉBASTIEN BESSON, “Arbitration and Human Rights”, cit., p. 401, XAVIER VUITTON, *Le procès équitable. L’article 6-1 de la CEDH: état du droit et perspectives*, LGDJ, Paris, 2017, pp. 25 e 26, MARTINA ZÁVODNÁ, *The European Convention on Human Rights and Arbitration*, Faculty of Law Masaryk University, in http://is.muni.cz/th/325836/pravf_m/Zavodna_Final.pdf, 2014, pp. 25 e 26, e KLÁRA SVOBODOVÁ, “Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration”, in <http://dfk-online.sze.hu/koszonto>, 2010, p. 113.

Já no que se refere à *aplicação* do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, à arbitragem voluntária, a questão é mais complexa⁶⁴. Resumidamente, poder-se-á dizer que existem, na doutrina, três posições a este respeito: (i) uma posição minoritária (hoje ultrapassada) que, pura e simplesmente, entende que a CEDH (aqui se incluindo, como é natural, o artigo 6.º, n.º 1) *não se aplica* à arbitragem⁶⁵; (ii) uma posição que defende a *aplicação directa* do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁶⁶; e (iii) uma posição maioritária que afirma a aplicação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, à arbitragem, mas *de forma indirecta* – particularmente no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, os tribunais estaduais são chamados a desempenhar na arbitragem⁶⁷. Outros autores defendem, também, a aplicação do artigo 6.º da CEDH à arbitragem, embora sem especificar o modo como tal aplicação é feita (designadamente se se trata de uma aplicação directa ou indirecta)⁶⁸⁻⁶⁹.

Embora a aplicação desta norma à arbitragem *voluntária* seja controvertida (sobretudo quanto à questão de saber

se se aplica directa ou indirectamente), não existem dúvidas sobre a relevância da mesma para a arbitragem (não podendo ser ignorada)⁷⁰ e sobre a necessidade de respeito pelo mencionado artigo 6.º, n.º 1, sempre que os tribunais estaduais tenham de intervir na arbitragem (antes, durante ou após o processo arbitral, no âmbito da função de controlo e assistência que, por vezes, são chamados a desempenhar). Deste modo, o tribunal estadual que, por exemplo, esteja incumbido de apreciar a decisão arbitral em sede de recurso ou no âmbito da acção de anulação, de proceder ao reconhecimento e à execução da mencionada sentença ou que tenha de nomear o árbitro em falta ou a totalidade dos árbitros terá de conduzir a sua intervenção com a necessária observância pelo artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁷¹⁻⁷². Caso não o faça, e uma vez esgotados – perante as respectivas instâncias nacionais – todos os recursos ordinários internos a que haja lugar⁷³, não é de excluir a possibilidade de apresentação de uma queixa junto do TEDH, com fundamento na violação do direito a um processo equitativo, previsto no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH⁷⁴⁻⁷⁵.

- 63 Vide IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, cit., p. 196, MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 2, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", cit., p. 79, ALEXIS MOURRE, "Le droit français de l'arbitrage international...", cit., p. 27, GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 113 e 114, e ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., p. 226.
- 64 Note-se que o tema é apenas controverso no que à arbitragem voluntária diz respeito. Com efeito, é pacífico que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH se aplica, directamente, à *arbitragem necessária*. Neste sentido, vejam-se, entre outros, SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", cit., pp. 398 e 399, JEAN-FRANÇOIS POUDRET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 66, PIERRE LAMBERT, "L'arbitrage et l'article 6...", cit., pp. 15 e 16, GEORGES-ALBERT DAL, "Le point de vue Belge", cit., p. 68, CHARLES JARROSSON, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme", cit., pp. 581 a 587, bem como, por referência à jurisprudência do TEDH, o relatório proferido no âmbito do conhecido caso *Bramelid and Malmström v. Sweden*, de 12/12/1983 (queixas n.ºs 8588/79 e 8589/79), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Na doutrina portuguesa, vide ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não são 'Tribunais como os outros'", in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 63; para uma perspectiva geral sobre as relações entre a arbitragem voluntária, a arbitragem necessária e a CEDH, veja-se, particularmente, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, cit., pp. 361 a 369.
- 65 Cfr. CHARLES JARROSSON, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme", cit., pp. 576 e ss., e ALI BENCHENEB, "La contrariété à la Convention européenne des droits de l'Homme d'une loi anéantissant une sentence arbitrale", in *Revue de l'Arbitrage*, CFA, vol. 1996, n.º 2, Paris, 1996, pp. 181 e 182.
- 66 Vide SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", cit., pp. 400 a 416, ALEKSANDAR JAKSIC, *Arbitration and Human Rights*, cit., pp. 183 a 219, e "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings...", cit., pp. 159 a 171, KLÁRA SVOBODOVÁ, "Application of the Article 6(1)..." , cit., pp. 119 e 120, e MARTINA ŽÁVODNÁ, *The European Convention on Human Rights and Arbitration*, cit., pp. 3, 67 e 68.
- 67 Vejam-se, por exemplo, ALEXIS MOURRE, "Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable...", cit., pp. 30 e 31, e "Le droit français de l'arbitrage international...", cit., pp. 24, 33 e 34, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", cit., pp. 99 a 101, MARIE-LAURE NIBOYET, "Incertitude sur l'incidence de la Convention européenne...", cit., p. 35, e JULIAN D. M. LEW / LOUKAS A. MISTELIS / STEFAN M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, cit., pp. 96 e 97.
- 68 Cfr. PETER SCHLOSSER, in STEIN / JONAS (coordenadores), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., pp. 239 e 240.
- 69 Questão diferente (que não será aqui analisada) é a de saber se a CEDH se aplica *na sua totalidade* à arbitragem (ponto que nos parece muito controvertido) ou se só alguns preceitos (caso do artigo 6.º, n.º 1) podem ser relevantes; no primeiro sentido veja-se, GEORGES-ALBERT DAL, "Le point de vue Belge", cit., p. 63, e, no segundo, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", cit., p. 76.
- 70 Vide SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", cit., pp. 406, 407 e 416, GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 151, e XAVIER VUITTON, *Le procès équitable. L'article 6-1 de la CEDH...*, cit., p. 25. Como referido anteriormente, é certo que as partes podem *renunciar* ao direito de acesso a um tribunal estadual, optando por um tribunal arbitral. De todo o modo, isso não significa, de forma alguma, que a CEDH não tenha qualquer significado na arbitragem (cfr. MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 2). Não se pode, por exemplo, deduzir que, ao subscrever a convenção de arbitragem, as partes quiseram *renunciar à totalidade* das garantias do processo equitativo previstas no artigo 6.º, n.º 1, da CEDH; o que poderá haver, assim, apenas, é uma *renúncia parcial*, designadamente aos princípios do juiz natural e da publicidade – sobre esta questão, vejam-se ALEXIS MOURRE, "Le droit français de l'arbitrage international...", cit., pp. 24 a 28 e 34, e "Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable...", cit., pp. 31 e 32, ALEKSANDAR JAKSIC, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings...", cit., pp. 159 a 171, JUAN CARLOS LANDROVE, "European Convention on Human Rights...", cit., pp. 82 a 90, GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 130, ALESSANDRA CAMBI FAVRE-BULLE, "L'état de la jurisprudence en suisse", cit., pp. 74 e 75, PIERRE LAMBERT, "L'arbitrage et l'article 6...", cit., p. 21, SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", cit., pp. 400 e 401, MAURO RUBINO-SAMMARTANO, *International Arbitration: Law and Practice*, 3.ª ed., Juris, Nova Iorque, 2014, pp. 189 e 1503, assim como a decisão do TEDH proferida no caso *Suovaniemi and others v. Finland*, de 23/02/1999 (queixa n.º 31737/96), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.
- 71 Cfr. SÉBASTIEN BESSON, "Arbitration and Human Rights", cit., p. 399, JEAN-FRANÇOIS POUDRET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 66, PHILIPPE FOUCARD / EMMANUEL GAILLARD / BERTHOLD GOLDMAN, *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, cit., p. 118, e ALEKSANDAR JAKSIC, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings...", cit., p. 168. A este propósito, repare-se que mesmo os autores mais críticos, como Charles Jarrosson, que defendem a não aplicação da CEDH à arbitragem, não deixam, precisamente, de reconhecer tal entendimento (vide CHARLES JARROSSON, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme", cit., pp. 587 e 588).
- 72 É esta a principal razão que, no fundo, leva vários autores a afirmarem que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, tem (pelo menos) uma aplicação indirecta à arbitragem.
- 73 Sobre este ponto concreto, vejam-se, nomeadamente, VITAL MOREIRA, "A adesão da União Europeia à Convenção Europeia de Direitos Humanos", in *"Respublica" Europeia: Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 234, JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 295, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA / FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009 (reimpressão), pp. 617 a 620, e JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal. Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Almedina, Coimbra, 2015 (reimpressão), p. 47.
- 74 Neste sentido, vide JEAN-HUBERT MOITRY, "Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...", cit., pp. 117 e 118, e JEAN-FRANÇOIS POUDRET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 66. Afirmando a possibilidade de recorrer ao TEDH, apresentando uma queixa com fundamento na violação do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, no contexto do Direito Processual Civil, veja-se, entre nós, por exemplo, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, cit., § 4.º, 1, 4, 4.2, c).

O direito ao processo equitativo é, em suma, um direito essencial, amplamente consagrado em várias normas (nacionais, europeias e internacionais) e que a arbitragem não pode nunca perder de vista, pois a verdade é que o processo arbitral se encontra sujeito aos parâmetros do processo equitativo⁷⁶, parâmetros estes que funcionam como um *limite* à autonomia das partes⁷⁷. Daqui resulta que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais (postulados pelo direito ao processo equitativo) que deverão ser *sempre* respeitados, sob pena de, como vimos, a sentença poder vir a ser anulada, não ser executada⁷⁸, ou, eventualmente, ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional ou apresentada uma queixa junto do TEDH⁷⁹.

Ora, considerando o *supra* exposto, teria Aleksey Lovchev razões para, no caso concreto, invocar uma violação do direito ao processo equitativo (ou de algum dos princípios e regras fundamentais em que este direito se concretiza)?

Esta é a questão que iremos ver de seguida.

3. A alegada violação de *due process* segundo Aleksey Lovchev

Conforme referimos anteriormente, na sequência da pesada sanção disciplinar aplicada pelo IWF⁸⁰, e após a sentença arbitral (desfavorável) proferida pelo TAS/CAS, Aleksey Lovchev recorreu para o Tribunal Federal Suíço⁸¹ e pediu a anulação da mesma, centrando a sua argumentação numa alegada violação do *direito ao processo equitativo*⁸².

No essencial, o atleta russo invocou – nos termos do artigo 190.º, n.º 2, alíneas d) e e), da Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado⁸³ – que o tribunal arbitral teria violado: (i) o seu direito a ser ouvido, (ii) o princípio da igual-

dade das partes e (iii) a ordem pública processual. Fê-lo, porém, sem sucesso, pois o recurso veio a ser indeferido.

Vejamos então, em concreto, os referidos argumentos, partindo da descrição que é feita no acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 (descrição que, adiantamos desde já, em alguns aspectos parece ser parca quanto a fundamentos e detalhes).

Aleksey Lovchev começou por afirmar, em primeiro lugar, que o tribunal arbitral (TAS/CAS) teria violado o seu direito a ser ouvido (*“rechtliches Gehör”* ou *“right to be heard”*⁸⁴), isto é, a sua “audição adequada” (segundo a terminologia de António Menezes Cordeiro) – direito que, no fundo, radica na igualdade e no contraditório⁸⁵. Para tanto, sustenta vagamente que o tribunal arbitral terá usado uma concentração errada da substância proibida (1 ng/ml de *Ipamorelin* em vez de 0,1 ng/ml) e terá recusado, ilegalmente, o seu pedido de uma perícia técnica aos chamados “limites de detecção”⁸⁶ e de “incerteza de medição”⁸⁷, bem como de uma nova análise da sua amostra de urina.

Seguiu-se um argumento baseado no princípio da igualdade das partes. Essencialmente, o referido argumento parecia residir no pedido de análise adicional da amostra de urina do atleta: este pretendia que a referida análise fosse conduzida pelo mesmo laboratório (credenciado junto da WADA), mas seguindo um método alternativo de detecção⁸⁸. Entre outras questões, por demonstrar ficou, porém, em que medida isto se traduziria numa alegada violação do princípio da igualdade das partes.

Por fim, Aleksey Lovchev – com base na sanção, aplicada pela IWF, através da qual foi banido do desporto (e, conseqüentemente, da sua actividade profissional) pelo período de quatro anos – veio sustentar que a sentença arbitral

75 Esta possibilidade de recorrer ao TEDH demonstra bem, aliás, o interesse prático que a aplicação (directa ou indirecta) do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH à arbitragem pode revestir.

76 Vide PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, *cit.*, pp. 329 e 332. Neste sentido, por referência aos meios de resolução alternativa de litígios de consumo, JORGE MORAIS CARVALHO / JOÃO PEDRO PINTO-FERREIRA / JOANA CAMPOS CARVALHO, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 86 e ss.

77 Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, pp. 233 e 258, e PAULA COSTA E SILVA, “Anulação e Recursos da Decisão Arbitral”, *cit.*, p. 934.

78 Nem reconhecida, no caso de se tratar de uma sentença arbitral estrangeira.

79 Conclusão, a nosso ver, evidente, mas que, ainda assim, por vezes pode não se afigurar tão clara para alguns, como sucedeu no caso que o Tribunal da Relação de Lisboa apreciou, por acórdão de 16/09/2008 (Relator João Aveiro Pereira, processo 4213/2008-1, in <http://www.dgsi.pt/>).

80 Sobre a responsabilidade disciplinar do praticante desportivo em casos de doping, veja-se, por exemplo, SÉRGIO CASTANHEIRA, *O Fenómeno do Doping no Desporto...*, *cit.*, pp. 147 e ss.

81 Quanto ao papel do Tribunal Federal Suíço como alegado “guardião da legalidade da resolução de conflitos desportivos”, veja-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, pp. 408 a 415; sobre o tema vide, ainda, MANUEL ARROYO, “Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 191 [Finality, challenge: competent judicial authority]”, in MANUEL ARROYO (coordenador), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, *cit.*, pp. 351 e ss.

82 Recorde-se que, existindo recurso, os fundamentos de anulação devem aqui ser invocados (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 298).

83 O n.º 2 do mencionado artigo 190.º enuncia os fundamentos de anulação da sentença arbitral. Note-se que, no presente caso concreto, uma vez que o tribunal arbitral (TAS/CAS) tinha sede em Lausanne (Suíça), a Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado era aplicável nos termos do n.º 1 do artigo 176.º, assumindo-se, portanto, como a *lex arbitrii*. A este respeito, vide ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, p. 408.

84 Fórmulas utilizadas, respectivamente, na versão original do acórdão em alemão e na versão do mesmo traduzida para inglês, disponíveis em <https://www.bger.ch/index.htm> e <http://www.swissarbitrationdecisions.com/>.

85 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem. Comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 278 e 279. O referido direito parece encontrar correspondência na alínea b) do n.º 1 do artigo 30.º da LAV, sob a fórmula “deve [às partes] ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos, por escrito ou oralmente, antes de ser proferida a sentença final”, isto é, o direito de as partes apresentarem o seu caso; sobre esta norma concreta, veja-se, ainda, MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 260, e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, *cit.*, pp. 372 a 374.

86 *Limits of Detection* (LOD), na expressão inglesa.

87 *Measurement Uncertainty* (MU), na expressão inglesa.

88 O chamado método HRMS (*high resolution mass spectrometry*, na expressão inglesa).

era contrária ao princípio da boa fé e de proibição de abuso de direito, o que, por sua vez, consubstanciava uma violação da ordem pública (embora, mais uma vez, sem concretizar em que medida isso sucederia).

Como referimos, nenhum dos argumentos invocados recebeu acolhimento, tendo o recurso sido indeferido; decisão que nos parece correcta, face à situação factual que nos é dada a conhecer no acórdão sob anotação. Na verdade, como veremos de seguida, os mencionados argumentos parecem reflectir o frequente abuso – que, cada vez mais, se verifica na arbitragem – na invocação de alegadas violações do direito ao processo equitativo que, na maior parte das vezes, não são violações nenhuma, mas apenas meios para atingir outros fins (neste caso concreto, um meio para se tentar conseguir obter a anulação da sentença arbitral do TAS/CAS, algo que se veio a revelar, porém, infrutífero).

4. O “due process paranoia”: os frequentes equívocos e a necessidade de uma adequada compreensão do *due process*

I – O direito ao processo equitativo é, como vimos antes, um direito essencial em qualquer processo e perante qualquer tribunal (estadual ou arbitral), encontrando-se amplamente consagrado no plano normativo. Neste sentido, ele corresponde a uma exigência elementar na administração da justiça e, consequentemente, de qualquer meio de resolução de litígios que se pretenda afirmar como tal. Desse modo, referimos que, em qualquer processo arbitral, existem determinados princípios fundamentais que deverão ser sempre respeitados (e que, no essencial, correspondem àquele mínimo que nos permite afirmar estarmos perante um *processo equitativo*).

A importância deste direito não pode, de forma alguma, ser subestimada na arbitragem. Na verdade, o respeito por

determinados princípios e regras em que o direito ao processo equitativo se traduz é condição da validação pública de um processo privado, isto é, o Estado só pode admitir decisões de tribunais privados na medida em que tais decisões cumpram *regras mínimas de justiça processual* em que o direito ao processo equitativo se concretiza. Assim se compreende, que o legislador português (à semelhança de muitos outros) preveja a possibilidade de a sentença arbitral ser *anulada*, caso algum dos princípios fundamentais do n.º 1 do artigo 30.º da LAV⁸⁹, e não só, tenha sido violado, podendo ainda, por exemplo, tal violação constituir um *obstáculo à execução da sentença*⁹⁰.

Ora, é justamente aqui que reside aquilo que na comunidade internacional se tem vindo a designar nos últimos anos por “*due process paranoia*”⁹¹. Referimo-nos ao *receio excessivo* que existe em torno do *due process*, em particular ao receio excessivo que muitos árbitros têm com a possibilidade de os tribunais estaduais anularem a sentença arbitral ou não a executarem (entre outras consequências gravosas) com fundamento na alegada violação de um dos corolários do direito ao processo equitativo⁹².

Este receio excessivo tem muitas vezes condicionado a actuação dos árbitros (sobretudo em arbitragens internacionais), levando-os a adoptarem uma *posição demasiado cautelosa* e a serem muito *condescendentes* para com certos comportamentos das partes. É essa a razão pela qual, por vezes, são facilmente deferidos pedidos das partes que não eram expectáveis face ao calendário processual previamente definido, que não encontram uma justificação razoável e, acima de tudo, que o respeito pelo direito ao processo equitativo não exigia⁹³. É o que se verifica, por exemplo, com a apresentação de articulados, documentos e outros meios de prova já depois da data em que deviam ter sido produzidos, com a prorrogação de prazos em casos em que a mesma manifestamente não se justificava, com a alteração ou formulação de pedidos novos que não constavam dos articulados, etc.⁹⁴

89 Este preceito refere, genericamente, alguns dos princípios fundamentais em que o direito ao processo equitativo se traduz (cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 258, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 98 e ss.).

90 Para além de, eventualmente, poder vir a ser interposto um recurso para o Tribunal Constitucional ou apresentada uma queixa junto do TEDH.

91 Esta expressão tornou-se mais frequente sobretudo após um estudo realizado, em 2015, pela Universidade Queen Mary de Londres, em parceria com a sociedade de advogados White & Case (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, in <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>, p. 10).

92 Sobre o fenómeno recente do “due process paranoia”, vejam-se, entre outros, KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators”, in *Arbitration International*, vol. 32, n.º 3, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 415 a 435, ANDRÉS TALAVERA CANO, “Combatiendo la Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad”, in *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8, 2016, pp. 75 a 90, LUCY REED, “Ab(use) of due process: sword vs shield”, in *Arbitration International*, vol. 33, n.º 3, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 361 a 377, bem como os estudos QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey...*, cit., p. 10, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, in <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>, p. 27, e IBA ARBITRATION COMMITTEE, “Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process”, Outubro de 2018, in <https://www.ibanet.org/>; na doutrina portuguesa, vide MARIA MARGARIDA ARÊLO MANSO GONÇALVES, “Do conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem: uma perspectiva adquirida na CIMA”, Relatório de Estágio realizado na Corte Civil e Comercial de Arbitragem de Madrid, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, versão académica, Lisboa, 2018, pp. 52 a 59.

Conforme referiremos mais à frente, este receio excessivo é, por vezes, também visível em alguns regulamentos e leis de arbitragem, designadamente naqueles que, por referência ao problema da constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes (quando o tribunal seja colegial), consagram a nomeação automática da totalidade dos árbitros caso falhe a nomeação conjunta do árbitro por uma das partes (por norma, os demandados), aparentemente para garantir o respeito pelo princípio da igualdade das partes.

93 Cfr. KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, cit., p. 415.

94 Vide QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, *2015 International Arbitration Survey...*, cit., p. 10, KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, cit., p. 419, ANDRÉS TALAVERA CANO, “Combatiendo la Due Process Paranoia...”, cit., pp. 76 a 78, e JOÃO BOSCO LEE, “Palestra de Abertura: O Devido Processo Legal na Arbitragem: Entre Segurança e a Eficiência”, in *Trabalhos do XVI Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr: Devido Processo Legal na Arbitragem*, CBAr, São Paulo, 2018, pp. 12 e 13.

O mencionado receio, e as decisões tomadas em função dele, podem, em certos casos, ser prejudiciais à própria arbitragem, podendo comprometer a celeridade, eficiência, qualidade e desejável previsibilidade do processo arbitral (para além de serem susceptíveis de gerar um aumento dos custos da arbitragem face a incidentes processuais não previstos e que não eram expectáveis)⁹⁵. Por outro lado, importa também ter presente que, por razões que se prendem com o princípio da igualdade das partes, a partir do momento em que o tribunal arbitral começa a deferir este tipo de pedidos a uma das partes, em princípio deverá também assumir a mesma postura de condescendência para com a outra parte em pedidos idênticos ou similares que esta venha a fazer – o que pode atrasar e prejudicar ainda mais o processo arbitral. Neste sentido, é fácil o tribunal começar a perder o controlo do processo.

As próprias partes, de resto, com as constantes invocações de uma alegada violação do direito ao processo equitativo por parte do tribunal arbitral, contribuem para este excessivo receio. Com efeito, vários são os casos em que as partes tentam tirar partido desta “paranóia”, em particular (i) para fazerem diversos pedidos extemporâneos e que não têm justificação, (ii) como manobra dilatória para perturbar o processo arbitral (as chamadas “táticas de guerrilha”⁹⁶) e, sobretudo, (iii) de forma a garantir um fundamento de anulação da decisão arbitral, caso a mesma lhes venha a ser desfavorável⁹⁷.

Na prática, as partes usam e abusam das invocações de alegadas violações do direito ao processo equitativo que, na maior parte das vezes, não são violações nenhuma, mas apenas meios para atingir outros fins. Neste sentido, entre os argumentos mais frequentemente utilizados⁹⁸ contam-se a violação do *princípio da igualdade das partes* ou, mais genericamente, o *direito a ser ouvido* (audição adequada)⁹⁹. Estes argumentos são fáceis de invocar e a verdade é que, frequentemente, revelam-se muito eficazes (fruto do “due process paranoia”).

Não surpreende, por isso, que o atleta russo Aleksey Lovchev tenha pedido a anulação da sentença arbitral do TAS/CAS centrando a sua argumentação na violação do *direito ao processo equitativo* e, em concreto, na alegada violação do seu direito a ser ouvido e do princípio da igualdade das partes. Como referimos, fê-lo, porém, sem sucesso, não tendo o Tribunal Federal Suíço acolhido tal argumentação. Face aos elementos factuais que nos são dados a conhecer pelo acórdão, a decisão parece-nos correcta; no presente caso, não se verificava qualquer violação do direito ao processo equitativo, tudo indicando que se tratava, também aqui, de uma alegação abusiva do atleta. O Tribunal Federal Suíço não se deixou, no entanto, enganar pela mesma.

Não obstante, no caso concreto, o “due process paranoia” não se ter manifestado, o acórdão sob anotação evidencia o frequente abuso da invocação do desrespeito do direito ao processo equitativo em processos arbitrais (muitas vezes com fracos argumentos, como parecia ser o caso), tendência que se tem acentuado nos últimos anos. A questão que, naturalmente, depois se coloca é a de saber como resolver o fenómeno do “due process paranoia” – identificado por muitos como um problema cada vez mais preocupante, sobretudo nas arbitragens internacionais¹⁰⁰.

É certo que a flexibilidade é uma importante característica e vantagem da arbitragem (permitindo, por exemplo, que as regras processuais sejam adaptadas/moldadas em função do caso concreto e de algum imprevisto ou incidente processual)¹⁰¹. É certo que os árbitros devem ter a preocupação de proferir uma decisão arbitral que não seja anulável e seja executável¹⁰² (razão pela qual deverão estar atentos a possíveis vícios que, de uma forma ou de outra, a possam afectar)¹⁰³. É certo, igualmente, que o direito ao processo equitativo é, conforme mencionado, um direito essencial em qualquer processo e perante qualquer tribunal, correspondendo a uma exigência elementar na administração da justiça. Em todo o caso, como é evidente, isso não significa que os árbitros sejam (ou devam ser) com-

95 Cfr. KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, p. 420, JOÃO BOSCO LEE, “Palestra de Abertura: O Devido Processo Legal na Arbitragem...”, *cit.*, p. 12, MARIA MARGARIDA ARÊLO MANSO GONÇALVES, “Do conflito entre a publicidade e a confidencialidade na arbitragem...”, *cit.*, p. 56, e QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, 2015 *International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 10.

96 Sobre o tema, veja-se, por exemplo, GÜNTHER J. HORVATH / STEPHAN WILSKE (coordenadores), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.

97 No que se refere a este último fundamento, importa ter presente que, num processo arbitral, quando uma parte sente que está a começar a perder o litígio (ou apenas por mera cautela de patrocínio) irá, por vezes, procurar invocar uma alegada violação de um princípio ou regra do direito ao processo equitativo (como, por exemplo, o princípio da igualdade das partes), de modo a garantir um fundamento de anulação da decisão arbitral, caso a mesma lhe venha a ser desfavorável. Uma vez que a violação do direito ao processo equitativo é, como referimos antes, fundamento de anulação da sentença arbitral (à luz do ordenamento jurídico português e de muitos outros), compreende-se a preferência das partes pela invocação deste fundamento. Por outro lado, note-se que este tipo de comportamento é mais frequente nas hipóteses em que a possibilidade de recurso da sentença arbitral não esteja prevista (sendo este o regime supletivo consagrado no artigo 39.º, n.º 4, da LAV).

98 A este respeito, veja-se KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, p. 421.

99 Direito que, como referimos, radica na igualdade e no contraditório (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, *cit.*, p. 279).

100 Cfr. QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, 2015 *International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 10, e 2018 *International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 27, bem como ANDRÉS TALAVERA CANO, “Combatiendo la Due Process Paranoia...”, *cit.*, p. 78.

101 ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 191 e ss., 209.

102 Vide KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, p. 420. Alguns regulamentos de arbitragem, aliás, prevêm expressamente que o tribunal arbitral deve fazer todos os esforços para assegurar que a sentença arbitral seja executável – caso do Regulamento de Arbitragem da CCI (artigo 42.º). Por outro lado, importa salientar que a preocupação que referimos é maior naqueles casos em que a jurisdição onde a sentença arbitral vai ser reconhecida ou executada seja mais hostil à arbitragem; o fenómeno do “due process paranoia” tende a ser maior nestes casos (QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON / WHITE & CASE, 2018 *International Arbitration Survey...*, *cit.*, p. 27).

103 Note-se, além do mais, que os árbitros têm uma reputação a manter. Neste sentido, não é bom para a reputação de um árbitro ter várias sentenças arbitrais anuladas, não reconhecidas e executadas (podendo essa circunstância reflectir-se negativamente em futuras nomeações).

placentes com eventuais abusos que possam existir nesta matéria. Com efeito, os árbitros têm de saber manter a eficiência, celeridade e qualidade do processo arbitral, e, acima de tudo, perceber correctamente o sentido e alcance do direito ao processo equitativo, não caindo no chamado “due process paranoia”.

Neste sentido, cabe aos tribunais arbitrais e estaduais estar atentos e pôr fim a estes abusos. Quanto aos tribunais arbitrais, eles deverão ter presente os falsos argumentos relacionados com a violação do direito ao processo equitativo (quando existam) – e a perturbação que os mesmos poderão ter causado – no momento, por exemplo, de distribuírem as custas da arbitragem¹⁰⁴. No que se refere aos tribunais estaduais, há que confiar no bom senso, qualidade e perspicácia dos nossos juízes não só para anularem ou não reconhecerem a sentença arbitral quando isso se justificar (designadamente quando haja uma efectiva violação do direito ao processo equitativo), como também para não se deixarem enganar pela falsa argumentação usada por muitas partes a este respeito¹⁰⁵.

II – A par do “due process paranoia”, existem ainda alguns equívocos em torno do direito ao processo equitativo que acentuam o problema. Neste contexto, há dois pontos essenciais que importa ter presente.

O primeiro é o de que nem todos os princípios e regras em que o direito ao processo equitativo se traduz – e que se encontram consagrados, por exemplo, na CRP, na CEDH e no CPC – serão aplicáveis à arbitragem¹⁰⁶. Na verdade, existem determinadas exigências provenientes da CRP, de fontes de direito europeu e de direito internacional “que dificilmente podem ser aplicadas *de pleno* aos tribunais arbitrais, sob pena de se desvirtuarem as razões pelas quais ao longo de milénios se recorreu à chamada justiça arbitral”¹⁰⁷. O direito ao processo equitativo é um bom exemplo disso mesmo. A (aparente) necessidade de respeitar *todos* os princípios em que este direito se concretiza na jurisdição estadual traz, com

alguma frequência, graves problemas aos tribunais arbitrais.

A este respeito, cumpre salientar que, à partida, a arbitragem parece, de facto, entrar em conflito com determinados princípios fundamentais do processo equitativo – princípios que parecem ser difíceis ou mesmo impossíveis de assegurar neste meio de resolução alternativa de litígios. É esse caso, desde logo, do *princípio do juiz natural* (que, como se sabe, consiste essencialmente na *predeterminação do tribunal competente* para o julgamento, assente em *critérios objectivos e abstractos*, não em critérios subjectivos ou arbitrários)¹⁰⁸.

Com efeito, ao contrário do que sucede num processo estadual, onde vigora o princípio do juiz natural e onde as partes não desempenham qualquer papel na constituição do tribunal e na designação de juízes, na arbitragem as partes assumem um papel fulcral na constituição do tribunal, nomeando os árbitros (ou, pelo menos, tendo essa possibilidade)¹⁰⁹. Ora, a ausência deste princípio leva a que se coloquem problemas que não existem nos tribunais estaduais, desde logo problemas de *independência e imparcialidade* dos árbitros. Sobre este ponto, importa observar que, enquanto nos tribunais estaduais os juízes se presumem independentes e imparciais (uma vez que, por norma, não conhecem as partes, nem são escolhidos por elas), nos tribunais arbitrais não é exactamente assim, uma vez que são as próprias partes que os nomeiam¹¹⁰; daí que vários autores entendam que a questão da independência e imparcialidade seja, à partida, consideravelmente mais importante, sensível e difícil na arbitragem do que nos tribunais estaduais¹¹¹.

Em todo o caso, como é evidente, isto não significa que os tribunais arbitrais não sejam (nem consigam ser) independentes e imparciais. Para além de ser uma exigência que resulta, de forma expressa, da LAV¹¹² (bem como da própria CRP, podendo, ainda, considerar-se de ordem pública)¹¹³, a independência e imparcialidade é assegurada (i) pelo chamado “dever de revelação” que sobre os árbitros impende (isto é, revelação de todas as circunstâncias que

104 Cfr. João Bosco LEE, “Palestra de Abertura: O Devido Processo Legal na Arbitragem...”, *cit.*, p. 13.

105 Para uma perspectiva geral, em várias jurisdições, da posição dos tribunais estaduais nesta matéria, vejam-se KLAUS PETER BERGER / J. OLE JENSEN, “Due process paranoia...”, *cit.*, pp. 423 a 428 e, particularmente, IBA ARBITRATION COMMITTEE, “Annulment of arbitral awards by state court...”, *cit.*

106 Neste sentido, vejam-se CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris, 2013, p. 330, e MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 259. Seguiremos aqui, de muito perto, algumas considerações que já anteriormente fizemos a este respeito: ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 215 a 226.

107 ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, p. 60.

108 Vide J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *cit.*, p. 525, e GIOVANNI VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. 1 (Parte generale), 4.ª ed., Zanichelli Bologna, Bolonha, 2015, p. 6. Para maiores desenvolvimentos sobre o problema que, em concreto, se coloca na arbitragem com o princípio do juiz natural, veja-se ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 31 a 33 e 115 a 121.

109 Facto que se torna incompatível com o princípio do juiz natural aplicável nos tribunais estaduais (OTHMAR JAUERNIG, *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch*, Juristische Kurz-Lehrbücher, 25.ª ed., Verlag C. H. Beck, Munique, 1998, p. 345). Neste sentido, vejam-se, na doutrina portuguesa, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “O Princípio do Contraditório na Nomeação de Árbitro pelo Presidente do Tribunal da Relação”, in *Themis – FDUNL*, ano X, n.º 18 (2010), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 33 e 34, PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, *cit.*, pp. 313 e 333, PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, *cit.*, p. 970, PAULA COSTA E SILVA / MARCO GRADI, “A Intervenção de Terceiros no Procedimento Arbitral no Direito Português e no Direito Italiano”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, CBAr, ano VIII, n.º 28, Síntese, Porto Alegre, 2010, pp. 54, 57 e 65, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “A constituição do tribunal arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros”, in *II Congresso do CAC – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 111 e 112, JOÃO LUÍS LOPES DOS REIS, “A excepção da preterição do tribunal arbitral (voluntário)”, in *ROA*, ano 58, vol. III, Lisboa, 1998, pp. 1126 a 1128, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, “O princípio do juiz natural e a nova organização judiciária”, in *Julgar*, n.º 20 (2013), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 31, e CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, in *Themis – FDUNL*, ano VII, n.º 13 (2006), Almedina, Coimbra, 2007, p. 115.

110 Cfr. JEAN-HUBERT MOTTRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 118.

111 Vide MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, *cit.*, p. 107.

112 Artigos artigo 9.º, n.º 3, 10.º, n.º 6, e 13.º, da LAV.

113 Com efeito, a independência e imparcialidade dos árbitros é uma “consequência directa das suas funções jurisdicionais” (MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 203), pelo que um tribunal arbitral que não seja independente e imparcial não será um verdadeiro tribunal.

possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua independência e imparcialidade), conjugado com o processo de recusa a que os árbitros podem ser submetidos¹¹⁴; e (ii) pela igualdade das partes na constituição do tribunal arbitral – igualdade que, juntamente com a autonomia das partes na escolha dos árbitros, é vista como o “contrapeso” da impossibilidade de aplicação do princípio do juiz natural na arbitragem, o “*sucedâneo funcional*” que permite colmatar a ausência de tão importante princípio, como é o do juiz natural¹¹⁵.

Para além do princípio do juiz natural, idênticas dificuldades se verificam, ainda, por exemplo, quanto ao *princípio da publicidade do processo*, outro importante corolário do direito ao processo equitativo¹¹⁶.

A exigência de publicidade representa, como se sabe, uma garantia de transparência do exercício da função jurisdicional¹¹⁷ que, resumidamente, permite combater o arbítrio do secretismo, bem como a desconfiança na administração da justiça, assim reforçando a legitimidade democrática das decisões dos tribunais¹¹⁸. Na verdade, se os tribunais administram a justiça em nome do povo (artigo 202.º, n.º 1,

da CRP), é natural que o povo deva poder conhecer o modo como são praticados os actos processuais e as decisões dos tribunais¹¹⁹ – no fundo, ao abrigo da conhecida máxima de que “a justiça não deve ser só feita, mas deve ser vista a ser feita”¹²⁰.

O princípio da publicidade encontra-se, assim, amplamente consagrado e compreende, em processo civil, a publicidade das audiências¹²¹, bem como o direito de acesso ao processo^{122–123}. Em todo o caso, não obstante a importância do referido princípio, importa salientar que a publicidade não é um princípio absoluto, podendo em alguns casos acarretar inconvenientes¹²⁴ – o que justifica que o mesmo comporte *excepções*¹²⁵.

Ora, esses inconvenientes são bem claros por referência à arbitragem, onde o princípio da publicidade do processo é susceptível de entrar em conflito, desde logo, com uma das principais vantagens que este meio de resolução alternativa de litígios apresenta: a *confidencialidade*^{126–127}. Atendendo à origem contratual e natureza privada da arbitragem, poder-se-á, aliás, considerar natural que os processos arbitrais sejam, por norma, confidenciais¹²⁸. É esta a prática

- 114 Cfr. Artigos 13.º e 14.º da LAV. A este propósito, alguns autores entendem, ainda, embora tal nos pareça muito controverso, ser possível aplicar, analogicamente, aos árbitros, o estatuto do juiz em matéria de impedimentos, previsto no CPC (cfr. MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 309).
- 115 PAULA COSTA E SILVA, “Preterição do contraditório...”, *cit.*, pp. 313, 329, 330, 333, e PAULA COSTA E SILVA / NUNO TRIGO DOS REIS, “A natureza do procedimento judicial de nomeação de árbitro”, *cit.*, p. 970.
- 116 Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão concreta, vejam-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, *cit.*, pp. 703 a 711, e ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 216 e ss., que aqui seguiremos de perto.
- 117 Vide JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *cit.*, pp. 126 e 145, e RITA LOBO XAVIER / INÊS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, *cit.*, p. 130.
- 118 Sobre as várias finalidades do princípio da publicidade do processo, vejam-se, nomeadamente, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *cit.*, p. 145, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, p. 53, e J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 220.
- 119 Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, *cit.*, pp. 152 e 153, e A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, *cit.*, p. 183, tal como FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, *cit.*, p. 192.
- 120 VITAL MOREIRA / CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Compreender os direitos humanos...*, *cit.*, p. 230 – máxima que provém do famoso caso inglês *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* (King’s Bench Division), de 09/11/1923, in *All England Law Reports*, 233, 1 K. B., 1924, p. 259.
- 121 Artigos 206.º da CRP e 606.º, n.º 1, do CPC. Para Alberto dos Reis, a regra de as sessões e audiências dos tribunais serem públicas (e, consequentemente, de qualquer pessoa ter o direito de assistir e de fiscalizar o comportamento da lei) permite encerrar a publicidade “como uma das garantias de correcção e legalidade dos actos judiciais” – JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. IV, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reimpressão), p. 575.
- 122 Artigo 163.º do CPC.
- 123 Sobre estes dois direitos compreendidos no princípio da publicidade, vejam-se, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, pp. 53 a 55, e JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 323.
- 124 Cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, *cit.*, p. 161. Neste sentido, salientando igualmente o facto de não estarmos perante um valor absoluto, vejam-se ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, *cit.*, p. 28, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, *cit.*, p. 85.
- 125 Excepções estas previstas, por norma, nos próprios preceitos que consagram o princípio da publicidade, anteriormente referidos. Sobre as várias excepções, vejam-se, por exemplo, JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil...*, *cit.*, pp. 145 e 146, JOSÉ LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil anotado*, vol. I, *cit.*, pp. 325 e 326, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, pp. 53 a 55, e IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, *cit.*, p. 161.
- 126 Aparentando a confidencialidade como uma das maiores vantagens da arbitragem, vide A. FERRER CORREIA, “Da arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 174 e 175, PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, in *I Congresso do CAC – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 133 e 134, e “Os meios de impugnação de decisões proferidas em arbitragem voluntária no direito interno português”, in *ROA*, ano 56, vol. I, Lisboa, 1996, p. 180, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Arbitragem Transnacional – A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 24 e 25, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, *cit.*, p. 141, DÁRIO MOURA VICENTE, “Arbitragem OHADA”, in *Direito Internacional Privado – Ensaios*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 356, CARLA GONÇALVES BORGES, “Pluralidade de Partes...”, *cit.*, pp. 115 e 116, JENS-PETER LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2008, pp. 41 a 45, PIETER SANDERS, “Trends in the field of international commercial arbitration”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye – Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 145, BrillOnline, Leiden, 1975, p. 216, NANA JAPARIDZE, “Fair Enough? Reconciling the Pursuit of Fairness and Justice with Preserving the Nature of International Commercial Arbitration”, in *Hofstra Law Review*, vol. 36, n.º 4, Hofstra University, Nova Iorque, 2008, pp. 1420 a 1424, DIDIER MATRAY / GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, in *La convention d’arbitrage. Groupes de sociétés et groupes de contrats – Arbitrageovereenkomst. Vennootschapsgroepen en groepen overeenkomsten*, Actes du colloque du CEPANI du 19 novembre 2007, n.º 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 23, e S. I. STRONG, “Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?”, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31, Vanderbilt University, Nashville, 1998, p. 933.
- 127 Ao nível dos meios de resolução alternativa de litígios, importa assinalar que não é apenas na arbitragem que a confidencialidade se afigura essencial – o mesmo sucede na mediação [cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, pp. 97 a 100, e MARIA OLINDA GARCIA, “Gestão Contratual do Risco Processual. A Mediação na Resolução de Conflitos em Direito Civil e Comercial”, in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO (coordenação), *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*, Instituto Jurídico, FDUC, Coimbra, 2015, pp. 170, 171, 173 e 174].
- 128 A este respeito, vejam-se, por exemplo, SERGE LAZAREFF, “Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections”, in *Confidentiality in Arbitration: Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement, Paris, 2009, pp. 81 e ss., RICHARD

geralmente aceite e seguida¹²⁹ (havendo mesmo quem defende que, da convenção de arbitragem, emerge, à partida, um dever implícito de confidencialidade¹³⁰) e é isto que, de certo modo, se verifica na lei portuguesa, onde a confidencialidade é a regra nas arbitragens domésticas (artigo 30.º, n.º 5, da LAV)¹³¹⁻¹³² – ao contrário, portanto, do que sucede no processo civil, em que a regra é a publicidade.

As dificuldades de compatibilização do princípio da publicidade do processo com a arbitragem são, assim, evidentes. A ponto de nos devermos questionar se, afinal, a arbitragem não violará o direito ao processo equitativo, por não respeitar um dos seus mais importantes corolários, a publicidade do processo¹³³.

A questão tem sido muito discutida por referência ao artigo 6.º da CEDH – disposição que consagra o direito ao processo equitativo e nos termos da qual se estabelece, de forma expressa, no n.º 1, que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e *publicamente*”, devendo o julgamento “ser *público*” (com as restrições

constantes da parte final do n.º 1) – e a resposta, em geral, tem sido muito clara: a ausência de publicidade na arbitragem não viola o direito ao processo equitativo.

A este respeito, importa, antes de mais, considerar que existem certos direitos, previstos no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH, que são susceptíveis de serem *renunciados*, entre os quais se contam o princípio da publicidade¹³⁴. Na verdade, nem a letra, nem o espírito do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, impedem a renúncia, expressa ou tácita, à referida publicidade, devendo tal renúncia, porém, ser inequívoca e, acima de tudo, não ofender nenhum *interesse público relevante*¹³⁵. Neste sentido, tem sido defendido que as partes, ao recorrerem à arbitragem, estarão, em princípio, e desde que assim tenham consentido, a renunciar à publicidade do julgamento¹³⁶. Renúncia esta que muitas vezes se justificará por razões de privacidade e de confidencialidade (face à inconveniência, em certos casos, das audiências públicas) e que, por norma, não ofenderá “nenhum princípio fundamental, nem nenhum interesse público relevante”¹³⁷.

SMELLIE, “Is arbitration confidential?”, in *International Quarterly*, n.º 5, 2013, p. 6, e LAURA A. KASTER, “Confidentiality in U.S. Arbitration”, in *NYSA – New York Dispute Resolution Lawyer*, vol. 5, n.º 1, 2012, p. 23.

129 Vide MÁRIO RAPOSO, “Os árbitros”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 915 e 916.

130 Vide JEAN-FRANÇOIS POUDRET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 317. Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, a natureza do dever de sigilo decorre, desde logo, “de deveres acessórios à própria convenção de arbitragem e de deveres, também acessórios, ao contrato-de-árbitro” (*Tratado da Arbitragem...*, cit., p. 307).

131 Cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, cit., p. 203 (nota de rodapé n.º 247); especificamente sobre esta norma, veja-se ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “Da Condução do Processo Arbitral (Comentário aos arts. 30.º a 38.º da Lei da Arbitragem Voluntária)”, in *Direito da Arbitragem – Ensaios*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 160 a 162. Em todo o caso, importa deixar bem claro duas notas. A primeira é a de que, também na arbitragem, a mencionada regra admite exceções (artigo 30.º, n.º 5, 2.ª parte, e n.º 6, da LAV); exceções, aliás, bastante amplas – referimo-nos, sobretudo, ao “direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos”, presente na 2.ª parte do n.º 5 do artigo 30.º – e que levam alguns autores a defender (e bem) uma interpretação restritiva das mesmas (vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado da Arbitragem...*, cit., pp. 307 e 308). A segunda é a de que a confidencialidade – embora presente na maior parte das vezes – não é uma condição *sine qua non* da arbitragem, no sentido de todos os processos arbitrais serem (ou terem de ser) sempre necessariamente confidenciais. É essa a lição que nos deixa, aliás, a decisão proferida pelo High Court da Austrália, em 07/04/1995, no âmbito do famoso caso *Esso Australia Resources Ltd. and others vs. The Honourable Sidney James Plowman and others* (acórdão publicado na *Arbitration International*, vol. 11, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1995, pp. 235 a 264, e comentado por JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao acórdão Esso Australia Resources Limited and others v. The Honourable Sidney James Plowman and others”, in *100 Anos de Arbitragem – os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 153 a 164). Sobre este e outros casos, vejamos, nomeadamente, LEON E. TRAKMAN, “Confidentiality in International Commercial Arbitration”, in *Arbitration International*, vol. 18, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, pp. 1 e ss., NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 127 e 128, bem como JAN PAULSSON, “The Decision of the High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman*”, e HANS SMIT, “Confidentiality in Arbitration”, ambos os artigos publicados na *Arbitration International*, vol. 11, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1995, pp. 231 a 234 e 337 a 340, respectivamente. Salientando, igualmente, o facto de a arbitragem não ser (sempre) sinónimo de confidencialidade, assim como o facto de esta última não ser universalmente reconhecida como parte integral da arbitragem, vejamos, entre outros, JAN PAULSSON / NIGEL RAWDING, “The Trouble with Confidentiality”, in *Arbitration International*, vol. 11, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1995, p. 303, NIGEL BLACKABY / CONSTANTINE PARTASIDES / ALAN REDFERN / MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, cit., pp. 30, 124, 134 e 135, LAURA A. KASTER, “Confidentiality in U.S. Arbitration”, cit., p. 23, GEORGE BURN / ALISON PEARSALL, “Exceptions to Confidentiality in International Arbitration”, in *Confidentiality in Arbitration: Commentaries on Rules, Statutes, Case Law and Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Special Supplement, Paris, 2009, pp. 23 e ss., DIDIER MATRAY / GAUTIER MATRAY, “La rédaction de la convention d’arbitrage”, cit., p. 76, e, na doutrina portuguesa, RUI PENA, “O(s) equívoco(s) da Confidencialidade na Arbitragem”, in *Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 235 a 266, e JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais em matéria administrativa (O Projecto de revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos e a nova LAV)”, in *RIAC*, APA, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, pp. 18 a 21.

132 Questão diferente, mas igualmente relevante, é a de saber até onde vai a confidencialidade. Sobre este ponto, vejamos, por exemplo, PATRICK WAUTELET, “Confidentiality and third parties in international commercial arbitration: some preliminary reflections”, in *L’arbitrage et les tiers – Arbitrage en derden*, Actes du colloque du CEPANI 40 du 28 novembre 2008, n.º 10, Bruylant, Bruxelas, 2008, pp. 105 a 148, e ILEANA M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, cit., pp. 27 e ss.

133 Cfr. ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Tribunais arbitrais e tribunais estaduais”, in *VIII Congresso do CAC – Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 117 a 119.

134 Vide GEORGIOS PETROCHILIS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 122, ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 28, e MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 2. Sobre os mencionados direitos passíveis de serem renunciados (*renúncias parciais*), com a escolha do foro arbitral, veja-se ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., pp. 24 a 28 e 34, e “Réflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable...”, cit., pp. 31 e 32; note-se que, pela sua importância, e conforme anteriormente indicado, o princípio da igualdade das partes não é um desses direitos (cfr. ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, cit., p. 26).

135 Cfr. PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6...”, cit., pp. 16 e 17, IRENEU CABRAL BARRETO, “Direito ao exame da causa publicamente”, cit., pp. 160 e 161, MANUEL CAVALheiro BRANDÃO / PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 27 de novembro de 1996 (*Nordström v. The Netherlands*)”, in *100 Anos de Arbitragem – os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 199, e, na jurisprudência do TEDH, o acórdão proferido no caso *Håkansson and Sturesson v. Sweden*, de 21/02/1990 (queixa n.º 11855/85), in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

136 Vide GEORGIOS PETROCHILIS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., p. 150, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, cit., p. 85.

137 PIERRE LAMBERT, “L’arbitrage et l’article 6...”, cit., p. 16. Conforme, de modo muito claro, considerou a anterior Comissão Europeia dos Direitos do Homem, em certos aspectos – particularmente no que respeita à *publicidade* – torna-se evidente que, muitas vezes, os processos arbitrais não têm de estar em conformidade com o artigo 6.º da CEDH (na sua totalidade) e que a convenção de arbitragem envolve uma renúncia à aplicação *integral*, *sem restrições*, deste artigo [decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem proferida no âmbito do caso *Nordström-Janzon and Nordström-Lehtinen v. the Netherlands*, de 27/11/1996 (queixa n.º 28101/95),

Daí que, especificamente por referência ao ordenamento jurídico português (e em relação a alguns dos preceitos que, entre nós, consagram a publicidade), Paula Costa e Silva entenda que a confidencialidade do processo arbitral – e, consequentemente, a ausência de publicidade deste – não viola qualquer comando constitucional¹³⁸. Deste modo, se o artigo 20.º, n.º 4, da CRP (preceito que consagra o direito ao processo equitativo), “se deve entender aplicável ao processo arbitral, uma vez que deve entender-se aplicável a todo o modo de resolução heterónoma de litígios, a publicidade não integra o seu núcleo”¹³⁹.

A questão é mais controvertida, porém, no domínio da *arbitragem administrativa* e das *arbitragens de investimento*¹⁴⁰ (por envolverem Estados ou certas entidades públicas, a ausência de publicidade é susceptível de levantar questões mais delicadas, na medida em que poderá estar em causa a defesa do interesse público ou de interesses colectivos relevantes, que justifiquem que deva ser respeitado o princípio da publicidade¹⁴¹), bem como na *arbitragem desportiva*¹⁴². Fora destes casos, dir-se-á, a este propósito,

que se as pessoas têm direito a que a sua causa seja julgada *publicamente*, têm igualmente direito a que assim não o seja, usufruindo das (maiores) vantagens de *confidencialidade* sempre que recorram à arbitragem.

Deste modo, e em suma, um processo arbitral, para ser equitativo, não precisará, em princípio, de ser público (tal como não necessita de observar o princípio do juiz natural, como vimos anteriormente).

Em todo o caso, as referidas dificuldades de compatibilização do direito ao processo equitativo com a arbitragem não se ficam apenas por aqui. Problemas poderão surgir, ainda, por exemplo, a respeito do direito a que todos têm que a sua causa seja julgada em *prazo razoável* – outro corolário do direito ao processo equitativo, também ele amplamente consagrado¹⁴³⁻¹⁴⁴.

Além da questão de saber se a exigência de um prazo razoável se pode ou não aplicar à arbitragem (entendemos que sim, embora tal ponto seja controvertido¹⁴⁵), o proble-

in <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Para Alexis Mourre, esta renúncia à publicidade é, aliás, “lógica, se considerarmos que a confidencialidade é a essência mesma da arbitragem” (ALEXIS MOURRE, “Le droit français de l’arbitrage international...”, *cit.*, p. 28).

138 Vide PAULA COSTA E SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais...”, *cit.*, pp. 133 a 135.

139 PAULA COSTA E SILVA, *op. cit.*, pp. 134 e 135; no mesmo sentido, vejam-se ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, *A Resolução de Conflitos Desportivos em Portugal...*, *cit.*, pp. 339 e 340, e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO / BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Teoria Geral do Novo Processo Civil*, Malheiros Editores, São Paulo, 2016, p. 68. Conforme bem observam alguns autores a propósito da publicidade das audiências dos tribunais, não devemos cair na tentação de adoptar aqui uma lógica silogística e formalista, no sentido de que, se os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais (artigo 209.º, n.º 2, da CRP), e se as audiências dos tribunais são públicas (artigo 206.º, 1.ª parte, da CRP), então também os tribunais arbitrais estarão cobertos pelo princípio da publicidade das audiências – *cfr.* MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO / PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, *cit.*, p. 200. Na verdade, importa recordar que “o que está em causa num processo que nasce de uma convenção celebrada entre parceiros privados, prolongada num contrato, igualmente privado, com uma instituição arbitral e (ou) com os árbitros, não é assimilável, nem confundível com os relevantes interesses de ordem pública derivados do modo como a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judicial – o único que, em democracia, carece de legitimidade electiva e relativamente ao qual a comunidade e o povo não têm outros meios de controlo efectivo” (MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO / PEDRO FERREIRA DE SOUSA, *op. cit.*, p. 201; veja-se, ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*, *cit.*, p. 62). Neste sentido, salientando, igualmente, a não aplicação do princípio da publicidade das audiências dos tribunais estatuído no artigo 206.º da CRP, vide ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, pp. 61 e 62, e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, *cit.*, p. 88.

140 Sobre esta questão, vejam-se ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, *cit.*, pp. 102 e 103, e “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, p. 62, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, *cit.*, pp. 18 a 22, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, “Anotação ao acórdão Esso Australia Resources Limited and others...”, *cit.*, pp. 161 a 163, MANUEL CAVALEIRO BRANDÃO / PEDRO FERREIRA DE SOUSA, “Anotação à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem...”, *cit.*, pp. 201 a 203 e, mais recentemente, TIAGO SERRÃO / MARCO CALDEIRA, “A publicidade das decisões arbitrais administrativas: algumas reflexões”, in *Estudos Jurídicos em Comemoração do Centenário da AAFDL. Contributo para o presente e futuro dos meios de resolução alternativa de litígios*, volume I, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 157 a 182, e DIOGO CALADO / MANUEL DA SILVA GOMES, “Publicidade das decisões arbitrais administrativas: ponto de situação e algumas interrogações conexas”, in *A Arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, pp. 169 a 193.

141 Por essa razão é que, na sequência da revisão do CPTA, se veio prever já, expressamente, uma norma que consagra a publicidade das decisões arbitrais (artigo 185.º-B) e que visa assegurar “uma maior transparência no exercício da arbitragem” (FAUSTO DE QUADROS, “Linhas gerais da reforma do Código de Processo nos Tribunais Administrativos em matéria de arbitragem”, in *RIAC*, APA, n.º 7 (2014), Almedina, Coimbra, 2014, p. 13). Sendo que, em Portugal, é essa a regra que se verifica já nas arbitragens administradas pelo CAAD, cujas decisões arbitrais são publicitadas, estando acessíveis online no seu respectivo site [*cfr.* ARMINDO RIBEIRO MENDES, in DÁRIO MOURA VICENTE (coordenador), *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, *cit.*, p. 102].

A este respeito, acrescente-se que a publicidade tem sido também a regra no domínio das arbitragens de investimento (vide JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, “Publicidade e Impugnação de decisões arbitrais...”, *cit.*, p. 20, e ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, p. 62).

142 Vide ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA / ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, “Publicidade vs. confidencialidade na arbitragem desportiva transnacional”, *cit.*, pp. 701 a 722, “Confidentiality in Portuguese Sports Arbitration: what lessons can we learn from CAS”, in *YAR*, ano 5, n.º 21 (Abril de 2016), Lisboa, 2016, pp. 58 a 61, e HEINER KAHLEIT, *Vertraulichkeit im Schiedsverfahren. Eine Untersuchung nach deutschem Recht mit internationalen Bezügen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 367 e ss.

143 Designadamente nos artigos 20.º, n.º 4, 1.ª parte, da CRP, 2.º, n.º 1, do CPC, e 2.º, n.º 1, do CPTA, bem como nos artigos 6.º, n.º 1, da CEDH, e 47.º, 2.º parágrafo, da CDFUE. Para maiores desenvolvimentos sobre esta questão, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 224 e 225.

144 O direito a uma decisão em prazo razoável é, como se sabe, uma consequência da ideia segundo a qual uma justiça tardia pode significar uma verdadeira *denegação de justiça* e um direito cuja violação é susceptível de fazer incorrer o Estado em responsabilidade civil (tendo valido já a Portugal algumas condenações pelo TEDH) – *cfr.* CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, tomo II, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 497, RITA LOBO XAVIER / INÊS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE e CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, *cit.*, p. 130, e ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo...*, *cit.*, pp. 85 e 86; sobre o tema, vejam-se, especialmente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, *cit.*, pp. 49 a 53, JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, *cit.*, § 4.º, I, 4, 4.2, a), ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência – Contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na Justiça administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, M. HENRIQUE MESQUITA, “Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, in *Ab Vno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 1386 e 1387, TIAGO SERRÃO, “A subsidiariedade da tutela jurisdicional conferida pelo TEDH no âmbito do direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável”, in *O Direito*, ano 143.º, IV, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 793 a 838, ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Conteúdo e Limites do Princípio Inquisitório na Jurisdição Voluntária*, Petrony, Lisboa, 2017, pp. 89 e 90, e GIOVANNI VERDE, *Diritto processuale civile*, vol. 1, *cit.*, pp. 79 a 83.

145 A este respeito, vejam-se GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, *cit.*, pp. 150 e 151, JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, *cit.*, pp. 120 e 121, e JUAN CARLOS LANDROVE, “European Convention on Human Rights...”, *cit.*, pp. 85 e 86. Importa recordar, aliás, que

ma surge depois em definir o que é um prazo razoável em processo arbitral. A este respeito, importa salientar que, diferentemente do que sucede nos tribunais estaduais, na arbitragem as partes podem fixar, livremente, o prazo para a sentença arbitral ser proferida¹⁴⁶.

Desta forma, não basta apenas atender às *circunstâncias do caso* para determinar o que é o prazo razoável¹⁴⁷; na arbitragem, a determinação do prazo razoável deve ser feita, em primeiro lugar, por referência à convenção de arbitragem, isto é, por referência ao que as partes possam, eventualmente, ter acordado sobre este ponto.

O princípio do prazo razoável não se aplica, assim, nos mesmos termos do que sucede no processo estadual. Mais uma vez, a arbitragem apresenta certas particularidades – no âmbito dos vários princípios postulados pelo direito ao processo equitativo – que importa ter em atenção.

Em conclusão, e conforme adverte Mariana França Gouveia, é necessário ter cautelas, quando transpomos, por exemplo, do Direito Processual Civil, o tratamento que é dado aos princípios fundamentais do processo equitativo¹⁴⁸. Além de não se aplicarem, na arbitragem, *todos* esses princípios fundamentais (caso evidente do princípio do juiz natural), é importante depois ter presente que a não aplicação (ou aparente dificuldade na aplicação) de algum desses princí-

pios não significa, automaticamente, que determinado processo arbitral não seja um processo equitativo ou que a arbitragem, em geral, viole o direito ao processo equitativo¹⁴⁹ – não nos devemos *precipitar* com tal conclusão.

À semelhança do que se verifica, por exemplo, com a aplicação do princípio da igualdade nas relações entre particulares (devendo entender-se que este princípio impõe uma certa atenuação e “algumas adaptações, de forma a não aniquilar a especificidade das relações jurídico-civis”¹⁵⁰), também aqui se poderá afirmar ser necessária uma certa atenuação e adaptações à aplicação (e ao próprio entendimento) do direito ao processo equitativo na arbitragem¹⁵¹.

III – Um segundo ponto essencial importa ter presente quanto aos (muitos) equívocos que se verificam nesta matéria. Referimo-nos, em concreto, à falta de compreensão do sentido e alcance de alguns dos mais elementares princípios e regras do direito ao processo equitativo.

É isso que sucede, desde logo, com o *princípio da igualdade das partes* – princípio que Aleksey Lovchev afirma ter sido violado no caso concreto; a argumentação do atleta russo, porém, não mereceu acolhimento (decisão que nos parece correcta, uma vez que os argumentos usados foram muito vagos, não se tendo percebido onde estaria a alegada vio-

uma das vantagens clássicas apontadas à arbitragem – por comparação com os tribunais estaduais – é a *maior celeridade do processo arbitral* (A. FERRER CORREIA, “Da arbitragem comercial internacional”, *cit.*, pp. 174 e 175).

146 Cfr. Artigo 43.º, n.º 1, 1.ª parte, da LAV. Sobre este ponto, veja-se MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, pp. 291 a 293.

147 O prazo razoável é, em si mesmo, conforme se costuma salientar no Direito Processual Civil, um *conceito indeterminado*, que carece de ser concretizado em face das circunstâncias de cada caso – vide JOÃO DE CASTRO MENDES / MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Direito Processual Civil*, *cit.*, § 4.º, I, 4, 4.2, a), RITA LOBO XAVIER / INÊS FOLHADELA / GONÇALO ANDRADE E CASTRO, *Elementos de Direito Processual Civil...*, *cit.*, p. 130, e ANTÓNIO JÚLIO CUNHA, *Direito Processual Civil Declarativo...*, *cit.*, p. 86; quanto ao problema da *celeridade processual*, no âmbito do actual CPC, veja-se JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 919 a 924.

148 Vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 259.

149 Neste sentido, vide MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, *cit.*, p. 259. Sobre o tema, veja-se, ainda, ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Os Tribunais Arbitrais são tribunais...”, *cit.*, pp. 57 a 65.

150 J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, *cit.*, p. 347. O princípio da igualdade deve, com efeito, ser conjugado com o *princípio da autonomia da vontade*, também ele com consagração constitucional – cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV (Direitos Fundamentais), 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 348. Neste sentido, alertando para o facto de o princípio da igualdade não poder valer, *em toda a sua extensão*, no domínio do direito privado, sendo necessário uma certa *atenuação*, vejamos-se CARLOS MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 75 a 79, e PAULO MOTA PINTO, “Autonomia privada e discriminação – algumas notas”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 326 e 338 a 342.

Sobre o tema da eficácia dos direitos fundamentais no direito privado [mais conhecido na sua fórmula alemã por “Drittwirkung der Grundrechte” (eficácia externa dos direitos fundamentais)] e, em especial, sobre os desafios que o princípio da igualdade levanta nas relações entre particulares, vide, além dos autores citados, e entre muitos outros, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *cit.*, pp. 432, 448 e 1285 e ss., e “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. V, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 63 a 83, JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do Direito Civil”, in *Direito dos Contratos – Estudos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 19 e ss., JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 258 a 262, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 16 e ss., e *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, GUILHERME DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 134 e ss., e *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 183 e ss., JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 174 a 179, VASCO PEREIRA DA SILVA, “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, in *RDES*, ano XXIX (II da 2.ª série), n.º 2, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 259 a 274, PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in *BFDUC*, *Stvdia Ivridica*, n.º 40 (Portugal-Brasil ano 2000), Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 227 e ss., e “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in ANTÓNIO PINTO MONTEIRO / JÖRG NEUNER / INGO SARLET (organizadores), *Direitos fundamentais e direito privado. Uma perspectiva de direito comparado*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 148 e ss., SANDRA PASSINHAS, *Propriedade e Personalidade no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 389 a 414, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp. 712 e ss., BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 41 e ss., e JOÃO ZENHA MARTINS, *Dos Pactos de Limitação à Liberdade de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 77 a 86; na doutrina alemã, veja-se, designadamente, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Direitos fundamentais e direito privado*, tradução de INGO SARLET / PAULO MOTA PINTO, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 52 e ss. Para um resumo sobre as divergências de interpretação em torno do artigo 18.º, n.º 1, da CRP, e as diversas posições que, em concreto, têm sido assumidas nesta matéria (referimo-nos às teorias que, quanto à relevância dos direitos fundamentais no seio das relações privadas, defendem uma *eficácia imediata/directa*, uma *eficácia mediata/indirecta* ou uma *solução intermédia*), vide, em particular, GUILHERME DRAY, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho...*, *cit.*, pp. 304 e ss., e CÉLINE ROSA PIMPÃO, *A tutela do trabalhador em matéria de segurança, (higiene) e saúde no trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 63 a 70.

151 Posição que defendemos anteriormente em *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, *cit.*, pp. 225 e 226.

lação). Por se tratar de um dos princípios que mais vezes é invocado para fundamentar uma possível violação do direito ao processo equitativo, e onde mais vezes se nota uma clara confusão quanto ao sentido e alcance do mesmo, iremos de seguida centrar-nos em alguns dos princípios equívocos que o rodeiam.¹⁵²

Importante corolário do direito ao processo equitativo¹⁵³, o princípio da igualdade das partes é, sem margem para dúvidas, um princípio “indiscutido em matéria de arbitragem”¹⁵⁴, uma verdadeira “*regra bíblica*” a observar em qualquer processo arbitral¹⁵⁵. A importância do princípio é reconhecida, de forma expressa, em inúmeras leis e regulamentos de arbitragem estrangeiros, podendo afirmar-se que pertence aos princípios gerais do “*due process internacional*”¹⁵⁶. Por outro lado, o princípio da igualdade das partes é, importa salientá-lo, um princípio fundamental em todos os momentos da arbitragem¹⁵⁷ (a começar, desde logo, com o momento da constituição do tribunal arbitral).

Cingindo-nos apenas aos maiores equívocos que na arbitragem se verificam, um dos pontos mais importantes que cumpre salientar nesta matéria é o de que *igualdade não é sinónimo de identidade de tratamento*¹⁵⁸. Ou seja, a igualdade das partes não significa (nem pode significar) – sempre e em todas as situações – uma identidade de tratamento das partes, que muitas vezes, aliás, será impossível de conseguir¹⁵⁹. Na verdade, conforme se costuma

afirmar no âmbito do Direito Processual Civil, *estar no processo como autor não é o mesmo que estar no processo como réu*¹⁶⁰. Por conseguinte, existirão sempre certas diferenças entre as partes, diferenças que, pura e simplesmente, não serão possíveis de ultrapassar (sem que isso ponha em causa o princípio da igualdade das partes)¹⁶¹.

Pense-se, por exemplo, no seguinte: o autor, à partida, terá mais tempo para preparar a acção (escolhendo o momento da sua propositura¹⁶²) do que o réu tem para se defender dessa mesma acção. A desigualdade substancial entre as partes é inegável – o autor está numa clara posição de vantagem quanto a este ponto. O mesmo se diga, também, a propósito das regras de distribuição do ónus da prova. A parte sobre a qual recai o ónus da prova sobre determinados factos estará em desvantagem em relação àquela que não tenha esse ónus (esta última poderá obter uma sentença favorável, sem ter de provar nenhum facto)¹⁶³.

A igualdade das partes não implica, assim, *necessariamente*, estender a uma das partes a *mesma* medida que foi concedida à outra – não estamos perante um princípio automático ou mecânico¹⁶⁴. Mais: por vezes, para que se cumpra a igualdade *material ou substancial* (e não apenas uma igualdade formal¹⁶⁵), será mesmo necessário que se estabeleçam diferenciações¹⁶⁶, designadamente quando a situação entre demandante(s) e demandado(s) não for idêntica¹⁶⁷.

152 Sobre o tema, vide ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit.

153 Para alguns autores, o princípio da igualdade das partes constitui, na arbitragem, a garantia de *due process* mais importante, sem o qual não se pode conceber sequer a existência de um processo equitativo – vejam-se MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2.ª ed., University of Helsinki Conflict Management Institute (COMI), Oxford University Press, Nova Iorque, 2010, p. 189, e EMMANUEL GAILLARD, “Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye – Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 329, BrillOnline, Leiden, 2008, p. 153.

154 MARIA ÂNGELA BENTO SOARES / RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais – compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 383; veja-se, ainda, SELMA FERREIRA LEMES, “Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado”, in ARNOLDO WALD (organizador), *Arbitragem e Mediação*, vol. I (A Arbitragem. Introdução e Histórico), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 225 e ss.

155 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Tribunal arbitral – falta de advogado – princípio do contraditório”, anotação ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/09/2008, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, vols. I e II, Lisboa, 2009, p. 375. Na arbitragem, o princípio da igualdade das partes, tal como o princípio do contraditório, é um “*verdadeiro mandamento*”, cuja observância é indispensável no *iter* do processo arbitral (CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES, “O Monopólio Estadual da Jurisdição: Relatividade Ou Crise”, in *Direito de Macau – reflexões e estudos*, Fundação Rui Cunha / CRED-DM, Macau, 2014, p. 187).

156 STEPHEN M. SCHWEBEL / SUSAN G. LAHNE, “Public Policy and Arbitral Procedure”, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series*, n.º 3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1987, p. 216. Neste sentido, vejam-se, entre outros, JEAN-FRANÇOIS POURET / SÉBASTIEN BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, cit., p. 338, e GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 144 e 145.

157 Vide GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 144 e 145. Na mesma linha, vejam-se, entre outros, LAURA SALVANESCHI, *L’arbitrato con pluralità di parti*, Processo e Giudizio – Collana diretta da Giuseppe Tarzia, Cedam, Pádua, 1999, p. 193, JEAN-HUBERT MOITRY, “Right to a fair trial and the European Convention on Human Rights...”, cit., p. 115, CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., pp. 344 e 345, e, por referência ao artigo 18.º da Lei-Modelo da UNCITRAL, PETER BINDER, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 3.ª ed., Sweet & Maxwell, Beccles, 2010, pp. 276, 277 e 280.

158 Cfr. CHRISTOPHE SERAGLINI / JÉRÔME ORTSCHIEDT, *Droit de l’arbitrage interne et international*, cit., p. 345.

159 Vide MATTI S. KURKELA / SANTTU TURUNEN, *Due Process in International Commercial Arbitration*, cit., p. 190.

160 Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, parte seconda, Cedam, Pádua, 1943, p. 192, e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., p. 61.

161 Aludindo a algumas destas diferenças, nomeadamente a certas vantagens que o demandante pode ter na preparação da acção arbitral, vejam-se DOMINIQUE HASCHER, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye – Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 279, BrillOnline, Leiden, 1999, p. 129, e JAN PAULSSON, “The Timely Arbitrator: Reflections on the Böckstiegel Method”, in *Arbitration International*, vol. 22, n.º 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 23 e 24.

162 Tendo em atenção, claro, eventuais prazos de caducidade (por exemplo, o prazo da responsabilidade contratual).

163 Mencionando alguns destes exemplos, vide, nomeadamente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, cit., pp. 42 e 43, FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, *O Novo Processo Civil. Os Princípios Estruturantes*, cit., pp. 61 e 62, e *Noções Fundamentais de Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 45, e J. P. REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, cit., p. 208.

164 Cfr. DOMINIQUE HASCHER, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 129.

165 Na cena internacional, alertando para o facto de o princípio da igualdade das partes não se reduzir a uma *igualdade formal*, GEROLD HERRMANN, “The Arbitrator’s Responsibilities for the Proper Conduct of Proceedings and the Role of the Courts in Providing Supervision”, in *International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story, ICCA Congress Series*, n.º 10, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2001, p. 73.

166 A este propósito, veja-se GEORGIOS PETROCHILLOS, *Procedural Law in International Arbitration*, cit., pp. 145 e 146.

167 Cfr. DOMINIQUE HASCHER, “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, cit., p. 129.

Utilizando uma imagem sugestiva de Balladore Pallieri, poder-se-á afirmar que, no duelo judiciário ou arbitral, não basta que se dê ao autor e ao réu “espadas iguais”; por vezes, poderá ser necessário que se dê uma espada mais comprida à parte que tem o braço mais curto¹⁶⁸, só assim se conseguindo garantir o referido estatuto de igualdade substancial das partes.

O que o princípio da igualdade das partes exige, portanto, é que o tribunal assegure um estatuto de igualdade substancial das partes¹⁶⁹ e não que as partes tenham (sempre) as mesmas armas – uma coisa não implica (necessariamente) a outra, pois *igualdade não é sinónimo de identidade de tratamento*¹⁷⁰.

Desta forma, também na arbitragem a regra deverá ser a de que quando a situação em que as partes se encontram for igual, em princípio estas deverão ser tratadas de forma igual; quando a situação for diferente, poderão as partes, nesse caso, ser tratadas de forma diferente¹⁷¹ (no fundo, em consonância com o conhecido adágio, imputado a Aristóteles, de *tratar igualmente o que é igual e desigualmente o desigual*¹⁷², com respeito pelos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade¹⁷³).

Embora não se tenha manifestado no caso concreto, os (muitos) equívocos em torno do princípio da igualdade das partes têm contribuído para agravar o fenómeno do “due process paranoia”. Neste contexto, não são apenas os árbitros que têm revelado um receio excessivo em torno do direito ao processo equitativo. O mesmo se tem verificado em alguns *regulamentos e leis de arbitragem*: designadamente naqueles que, por referência ao problema da constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes (quando o tribunal seja colegial), consagram a nomeação automática da totalidade dos árbitros caso falhe a nomeação conjunta do árbitro por uma das partes

(por norma, os demandados), aparentemente para garantir o respeito pelo princípio da igualdade das partes¹⁷⁴.

5. Conclusão

Apesar da sua importância indiscutível em qualquer processo e perante qualquer tribunal (estadual ou arbitral), o *due process* ou direito ao processo equitativo é, com alguma frequência, fonte de vários equívocos na arbitragem.

Com particular incidência nos últimos anos, muitos têm sido os casos onde, ao longo do processo arbitral, se repetem argumentos relacionados com uma alegada violação do direito ao processo equitativo – violação esta que, na maior parte das vezes, é apenas fictícia, servindo de meio para atingir outros fins. É neste contexto que emerge o recente fenómeno do “due process paranoia”, onde os referidos equívocos, ainda mais notórios, têm prejudicado a qualidade da própria arbitragem.

Neste sentido, o acórdão do Tribunal Federal Suíço de 25 de Julho de 2017 é relevante e merecedor de uma reflexão aprofundada. Para além de evidenciar o frequente abuso da invocação do desrespeito do direito ao processo equitativo em processos arbitrais (muitas vezes com fracos argumentos, como aparentava ser o caso), o Tribunal soube ultrapassar as questões controvertidas que se colocavam e adoptar uma decisão que, face aos elementos factuais que nos são dados a conhecer no acórdão, parece ser a decisão correcta.

Desta forma, à semelhança do que o TAS/CAS já havia feito, o Tribunal Federal Suíço não se deixou enganar pelo que tudo indicava ser uma alegação abusiva do atleta russo, não existindo qualquer violação do direito ao processo equitativo (ou de algum dos princípios e regras fundamentais em que este direito se concretiza) no caso concreto.

168 A este respeito, veja-se GIORGIO BALLADORE PALLIERI, “Introduzione ai lavori del convegno”, in *Studi Parmensi*, vol. XVIII, L’eguaglianza delle armi nel processo civile, atti del convegno 10 dicembre 1976, Università di Parma, Giuffrè Editore, Milão, 1977, p. XVI.

169 No âmbito do Direito Processual Civil, é isso que decorre expressamente, por exemplo, do artigo 4.º do Código de Processo Civil português.

170 VIDE VITAL MOREIRA / CARLA DE MARCELINO GOMES (coordenação), *Compreender os direitos humanos...*, cit., p. 229, LUCINDA DIAS DA SILVA, *Processo Cautelar Comum...*, cit., pp. 39 e 40, e RUI PEREIRA, “O princípio da igualdade em Direito Penal”, in *O Direito*, ano 120.º, I-II, Lisboa, 1988, p. 111. Aliás, da própria ideia de igualdade de tratamento das partes decorre a *necessidade de diferenças*, sobretudo “nas situações onde a igualdade formal possa redundar em desigualdade substancial ou, pelo menos, onde elas se legitimem por um fundamento racional, não arbitrário” [JOSÉ LEBRE DE FREITAS / CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS, *O Processo Civil na Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 84; veja-se, também, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 518/00, de 29/11/2000 (Relator Artur Maurício, processo n.º 362/00), in <http://www.tribunalconstitucional.pt/>].

171 Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (coordenação), *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, cit., pp. 371 e 372.

172 Vide ARISTÓTELES, *Política*, tradução de ANTÓNIO CAMPELO AMARAL e CARLOS DE CARVALHO GOMES, Coleção Vega Universidade / Ciências Sociais e Políticas, Vega, Lisboa, 1998, p. 217 (1280a10).

173 Utilizando uma imagem sugestiva de MARIA LÚCIA AMARAL, dir-se-á que “não se utilizam canhões para atirar a pardaís”, quer dizer, “as vantagens (obtidas por todos) através da medida estadual devem ser *proporcionais* às desvantagens que tal medida tenha eventualmente causado a alguns membros da comunidade jurídica, de tal modo que o peso da decisão pública nunca venha a exceder o quantum requerido pela prossecução do seu fim” – MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República. Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012 (reimpressão), p. 186.

174 Conforme concluímos já a este respeito, esta solução revela uma incompreensão do sentido e alcance do princípio da igualdade das partes (à qual se soma uma confusão quanto aos conceitos processuais de parte, sujeito, dualidade e pluralidade de partes), que, no fundo, é fruto do (excessivo) receio de os tribunais estaduais poderem anular as sentenças arbitrais que venham a ser proferidas (entre outras consequências nefastas), com base numa alegada violação do princípio da igualdade das partes no momento da constituição do tribunal – cfr. ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO, *O Princípio da Igualdade e a Pluralidade de Partes na Arbitragem...*, cit., pp. 323 e 324.

EXPEDITED PROCEDURES: A PARTY AUTONOMY PARADOX IN THE MAKING?

SHANGHAI NO. 1 INTERMEDIATE PEOPLE'S
COURT JUDGEMENT OF 11 AUGUST 2017

Ana Coimbra Trigo

LL.M. em Direito Europeu e Internacional Law
(China – E.U. School of Law, Univ. Hamburg)
Associada PLMJ Arbitragem

Case Information

Court: P.R.C. Shanghai No. 1 Intermediate People's Court
Case no.: (2016) Hu 01 Xie Wai Ren No.1 (11 August 2017)
Judge: Huang Ying (Presiding Judge), Yang Su, Ren Mingyan

Excerpt:

"[4] First, the [SPA] made between the parties herein referred to the terms and conditions in Sect. 2 of version L2.4 of the 'globalORE Standard Iron Ore Trade Agreement', which includes an arbitration clause. That arbitration clause has therefore effectively been incorporated into the SPA and a valid written arbitration clause between both parties is in place. Art. 16.1 of the arbitration clause expressly specifies that 'any dispute or claim shall be submitted to the Singapore International Arbitration Centre for arbitration in accordance with its then effective Arbitration Rules, and the Arbitral Tribunal shall consist of three (3) arbitrators'. Accordingly, the arbitration procedures and constitution of the Arbitral Tribunal shall be consistent with the above arbitration clause agreed by both parties.

[5] "Second, is the request for expedited procedure consistent with the agreement between the parties? The arbitration rules applicable at the time the dispute was submitted for arbitration were the 5th edition of the 2013 SIAC Rules. (...)"

[6] "The amount of the claim in question is less than S\$ 5 million and both parties have not excluded the application of the 'expedited procedure' in the arbitration clause; therefore, it is consistent with the Arbitration Rules and is not against the agreement of both parties for SIAC to determine based on the written application of Noble that the 'expedited procedure' be applicable to the arbitration.

[7] "Last, as to the question whether or not the constitution of the Arbitral Tribunal is consistent with the agreement of the parties, Art. 5.2 of the 5th edition of the 2013 Arbitration Rules of SIAC provides: 'When a party has applied to the Registrar under Rule 5.1, and when the President determines, after considering the views of

the parties, that the arbitral proceedings shall be conducted in accordance with the Expedited Procedure, the following procedure shall apply: b. The case shall be referred to a sole arbitrator, unless the President determines otherwise;....'

[8] "Based on the above provision, the 5th edition of the 2013 SIAC Rules has not excluded other forms of constitution of the Arbitral Tribunal when the 'expedited procedure' is adopted, nor has it specified that the President of SIAC is still entitled to mandatorily require the application of Art. 5.2(b) despite that the parties have already agreed some other forms of constitution of the Arbitral Tribunal.

[9] "The party autonomy principle is the cornerstone of operation of the arbitration system and the constitution of the Arbitral Tribunal is a fundamental procedure of arbitration. Therefore, the specification of 'unless the President determines otherwise' in Art. 5.2(b) of the 5th edition of the 2013 Arbitration Rules of SIAC shall not be construed to mean that the President of SIAC has discretion as to the constitution of the Arbitral Tribunal. On the contrary, in exercising his/her decision power, he/she shall fully respect the agreement of the parties as to the constitution of the Arbitral Tribunal in order to protect the autonomy of the parties.

[10] "As the parties herein have expressly agreed in the arbitration clause that the Arbitral Tribunal shall consist of three arbitrators and this form of constitution has not been excluded in the 'expedited procedure', the application of the 'expedited procedure' shall not affect the basic procedural right of the parties to have the arbitration conducted in a tribunal consisting of three arbitrators as agreed in the arbitration clause. SIAC's decision to appoint a sole arbitrator pursuant to Art. 5.2 of its Arbitration Rules regardless of the arbitration agreement requiring that the Arbitral Tribunal shall consist of three arbitrators and Xintai's indication unequivocally objecting to the appointment of a sole arbitrator is against the arbitration agreement and falls within the case that 'the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place' in Art. V(1)(d) of the New York Convention. Hence, the Arbitral Award shall not be recognized and enforced".¹

¹ Translation provided in *China No. 15, Noble Resources International Pte. Ltd. v. Shanghai Xintai International Trade Co. Ltd.*, Shanghai No. 1 Intermediate People's Court, 11 August 2017, in *Yearbook Commercial Arbitration*, Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer Law International, Vol. XLII, 2017, pp. 367-369.

Case note

1. Introduction

The Shanghai No. 1 Intermediate People's Court Judgment of 11 August 2017, under analysis here, denied recognition and enforcement of a Singapore International Arbitration Centre ("SIAC") arbitral award, pursuant to Article V.1.d) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ("New York Convention").

Several relevant issues that arise from this decision merit examination. We highlight the rules regarding expedited procedures, increasingly present in arbitration, the right to appoint a number of arbitrators pursuant to the principle of party autonomy, and the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in P. R. China ("China"). Singapore and China are countries that have very meaningful arbitration dynamics in Asia.² Therefore, it is important to understand how this case may impact the regional (and global) arbitral landscape.

As arbitration rules of institutions are becoming increasingly complex, can party autonomy and institutional power harmoniously coexist?

2. The arbitration

In the context of the underlying dispute, the Claimant was Noble Resources International Pte. Ltd. ("Noble Resources") and the Respondent was Shanghai Xintai International Trade Co. Ltd. ("Xintai"), jointly referred to as the "Parties".

The Parties had entered into a Sale and Purchase Agreement ("SPA") by email under which Noble Resources was to sell 170,000 tons of iron ore to Xintai and deliver it as per CFR Qingdao, China, and Xintai undertook to pay USD 78.50 per thousand tons. The agreement contained reference to the L2.4 version of the globalORE Standard Iron Ore Trade Agreement ("Standard Agreement" or "SIOTA").³

Article 16 of the Standard Agreement provided for arbitration as the dispute resolution mechanism, whereby the arbitration proceedings were undertaken according to the

SIAC Rules in force at the time, in English and before a three-member arbitral tribunal.⁴

On 14 January 2015, Noble Resources applied to SIAC for arbitration, alleging that Xintai had failed to accept the vessel appointed by Noble Resources for CFR delivery of the iron ore and failed to issue a letter of credit for settlement of payment, as the SPA required, thus committing a repudiatory breach.

Besides claiming damages, Noble Resources also requested that the arbitration be conducted according to the expedited procedure provided for in Rule 5.1 of the 2013 SIAC Rules.

On 16 January 2015, SIAC wrote to both parties requesting them to pay a deposit regarding arbitration costs. In addition, SIAC wrote to Xintai asking for a comment on Noble Resource's request for the expedited procedure and informing Xintai that the President of SIAC would decide whether or not to conduct the arbitration on an expedited basis based on the facts and grounds put forward by the Parties.

On 29 January 2015, Xintai wrote to SIAC stating that Noble Resources was in serious breach of several other contracts between the parties. Thus, Xintai disagreed with the Claimant's expedited procedure application and requested the appointment of a three-member tribunal. On 5 February and 6 February of the same year, Xintai again wrote to SIAC, with the same message.

On 17 February 2015, SIAC informed the Parties that the President of SIAC had granted the expedited procedure application pursuant to Rule 5 of the SIAC Rules 2013 and had decided that a sole arbitrator should be appointed.

On 26 February 2015, SIAC wrote to Xintai urging it to pay the required first costs tranche, which it did not pay.

Nevertheless, Noble Resources made an offer to Xintai to agree to a three-member tribunal, on condition that SIAC would ensure it had sufficient funds from Xintai for the costs of a three-member tribunal. Xintai did not reply.

2 As already explored in articles written by the author, see Ana Coimbra Trigo, *Recent Developments in Arbitration in China – Interim Measures, How to Achieve Proper Relief*, in *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 20, 2017, pp. 56-94, and Mariana França Gouveia and Ana Coimbra Trigo, *Ad Hoc Admission of Foreign Counsel in International Arbitration-related Judicial Proceedings – Singapore High Court Judgement of 2 August 2016*, in *PLMJ Arbitration Review*, N. 1, Nov. 2017, pp. 79-92. See also Chiann Bao, *International Arbitration in Asia on the Rise: Cause & Effect*, in *The Arbitration Brief*, Vol. 4, n. 1, 2014; and Justin D'Agostino, *Arbitration in Asia at full gallop*, *Kluwer Arbitration Blog*, 10 February 2014.

3 For more information regarding SIOTA, see Stephenson Harwood Briefing Note, *"Standard Iron Ore Trading Agreement (SIOTA)" – 7 September 2012*, available here: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f08dfd0d-04cb-4b6f-9e30-5260d29c6f12>.

4 The arbitration clause was as follows: "16.1 Any dispute or claim arising out of or in connection with the transaction and/or this agreement, including any question relating to its existence, validity or termination, shall be submitted to Singapore for arbitration in accordance with the arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre in force at that time, which are deemed to have been incorporated into this article by citation. 16.1.1 The arbitral tribunal will consist of three (3) arbitrators. 16.1.2 The arbitration language is English. 16.2 Any award (including majority award) of an arbitration will constitute a final award binding on the parties as from the date of its making, and the parties shall irrevocably waive any form of appeal, review or recourse to any court or other judicial organ, provided that such rights are validly waived. 16.3 Nothing in this Agreement may preclude any party from applying to any court for the seizure, seizure and/or other preservation, interim or temporary action before the arbitral tribunal makes a final decision." (unofficial translation).

On 20 April 2015, SIAC appointed the sole arbitrator. From that point, Xintai was absent from the proceedings.

On 26 August 2015, the sole arbitrator ruled that Xintai had breached the SPA and was liable for damages as it had failed to take delivery of the iron ore cargo in relation to CFR vessel designated by Noble Resources without giving any reasons, and that Xintai had failed to issue the required letter of credit under the SPA, suggesting instead that Noble Resources resell the cargo. The sole arbitrator ordered Xintai to pay Noble Resources USD 1,603,100 in damages, with interest, all arbitration costs, and Noble Resources' legal costs.

Xintai did not perform its obligations as set out in this final award, and Noble Resources applied for recognition and enforcement of this foreign award in the Shanghai court.

3. The Shanghai Court's judgment

The Shanghai No. 1 Intermediate People's Court ("Shanghai Court") found that (i) a valid and written arbitration clause existed between the Parties, as the arbitration clause in the Standard Agreement had been incorporated in the SPA, and (ii) that the expedited procedure did not empower SIAC to compel the Parties to accept a sole arbitrator despite their agreement to a three-member tribunal. Because the expedited procedure rules did not exclude other forms of constituting the arbitral tribunal, and in order to respect the Parties' agreement, the Shanghai Court considered that the decision of the SIAC President breached party autonomy.

Thus, the Shanghai Court refused to enforce the SIAC award pursuant to Article 283 of the Chinese Civil Procedural Law and Article V.1.d) of the New York Convention, on the basis that "*the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties*".

4. Questions raised

We will focus on the second conclusion of the Shanghai Court's analysis,⁵ which relates to the compatibility of the parties' agreement on the constitution of a tribunal, as set out in their arbitration clause, and expedited procedures, where this regime provides for the feature of a sole arbitrator.

Numerous questions can be raised when considering the above decision. Was the principle of party autonomy

breached when the SIAC President appointed a sole arbitrator, contrary to the Parties' express stipulation in the arbitration agreement? Or was the Shanghai Court oblivious to the Parties' implied choice when addressing this apparent clash of terms? Are expedited procedure rules compatible with party autonomy? What are the current practices and solutions regarding these matters? Do Chinese courts take a concurring or a differing approach regarding these topics when enforcing foreign awards?

In order to reply to these questions, we will address the topics mentioned in the following order: *First*, we will consider the concept and purpose of expedited procedures, their rise within the arbitral world and their current status. *Second*, party autonomy will be our focus, as we analyse the right to appoint a number of arbitrators and Chinese courts understanding of this fundamental right. *Third*, we will link these topics to the Shanghai Court's reasoning in the case under analysis.

The fundamental question that seems to appear before us is how to give effect to the parties' intent – can a balance be obtained between "*the forces of regulation and autonomy*"⁶?

5. The rise of expedited procedures

a. Brief analysis of the status of expedited procedures

Expedited procedures can be considered an answer to arbitration users' prayers.

The **2015 QMUL International Arbitration Survey**, the sixth edition carried out as part of a major empirical investigation conducted by this university with respondents with experience in international arbitration, specifically concluded that:

"The procedural innovation perceived as most effective at controlling time and cost in international arbitration is a requirement for tribunals to commit to a schedule for deliberations and delivery of final awards.

*92% of respondents favour inclusion of simplified procedures in institutional rules for claims under a certain value: 33% as a mandatory feature and 59% as an optional feature".*⁷

Among other mechanisms implemented seeking to bolster arbitration with reduced timing and costs,⁸ expedited pro-

⁵ The first aspect relates to the validity of the arbitration agreement. Pursuant to Article 16 of the Chinese Arbitration Law, arbitration agreements need to be put in writing, and clearly express the application for arbitration, the matters for arbitration and the arbitration commission chosen.

⁶ Mohamed S. Abdel Wahab, *Chapter 6: Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, in *Expedited Procedures in International Arbitration*, Laurent Lévy and Michael Polkinghorne (eds.), Dossier of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 16, 2017, p. 133.

⁷ 2015 Queen Mary University of London (QMUL) International Arbitration Survey on "*Improvements and Innovations in International Arbitration*", p. 3. See also p. 7. Another aspect identified and claimed by users is transparency, an issue that has been extensively addressed by the author, see Christopher Campbell and Ana Coimbra Trigo, *We Want to be in the Room Where it Happens: A Demand for Practical Transparency in International Commercial Arbitration*, in YAR, N. 25, March 2017.

⁸ Such as Fast Track Arbitration, Emergency Arbitrator, and others.

cedures make it possible to respond precisely to these concerns and to tackle the “*length and uncertainty of the award process*”.⁹ By addressing less complex or lower-value claims, this type of faster procedure serves its users best.¹⁰

This is not a novel scheme, as the Geneva Chamber of Commerce and Industry had provided for expedited procedures since 1992, although without reference to a number of arbitrators and applicable only if chosen by the parties.¹¹ In recent years, various institutions have resorted to expedited procedures, but in doing so they have adopted different approaches.

The **International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce** (“ICC”) amended its rules in March 2017 and now provides for “*Expedited Procedure Provisions*” (set out in Article 30 of the ICC 2017 Arbitration Rules and Appendix VI). These rules will apply automatically in cases where the amount in dispute does not exceed USD 2 million, unless the parties opt out, and only to arbitration agreements concluded from 1 March 2017 onwards.¹² Cases with higher amounts at stake may opt in.¹³

This regime not only provides for an online hearing or no hearing at all, and a 6-month deadline to issue the final award,¹⁴ but also considers that “*one of the important features of the Expedited Procedure Rules is that the ICC Court may appoint a sole arbitrator, even if the arbitration agreement provides otherwise*”.¹⁵ It is noteworthy that Article 30.1 of the ICC 2017 Arbitration Rules provides that “*by agreeing to arbitration under the Rules, the parties agree that this Article 30 and the Expedited Procedure Rules (...) shall take precedence over any contrary terms of the arbitration agreement*”. In conjunction, these provisions establish a clear overriding mechanism, whereby the ICC Court has ample discretion to ignore or uphold the parties’ express agreement.¹⁶

Since 2016, the **Australian Centre for International Commercial Arbitration** (“ACICA”) has also allowed its users to choose the ACICA Expedited Arbitration Rules, ap-

plicable when the parties so agree.¹⁷ Only the option for a sole arbitrator exists.¹⁸ In a similar fashion to the ICC’s overriding clause, these Expedited Arbitration Rules include an explicit disclaimer in Article 3, stating that “[b]y *invoking these Rules the parties agree to accept the overriding objective and its application by the Arbitrator*”.¹⁹

Also setting the sole arbitrator as a default rule for expedited procedures is the **Japan Commercial Arbitration Association** (“JCAA”).²⁰ In this case, the Expedited Procedure rules will apply where the amount or economic value of the claim is not more than JPY 20 million, save if a party notifies the JCAA that the parties have agreed not to submit their dispute to these rules or if a party notifies the JCAA that there will be more than one arbitrator.²¹ This institution’s approach differs only in that parties may opt out of this regime after the first exchange of written submissions. Some flexibility is recognised in allowing parties to opt out until a later date, although with a degree of inherent uncertainty.²²

Other rules, such as the **Hong Kong International Arbitration Centre** (“HKIAC”) 2013 Administered Arbitration Rules, more precisely Article 41.2.b) of the same, state that when the Expedited Procedure rules apply, and the arbitration agreement provides for an arbitral tribunal with three members, the institution shall invite the parties to agree to refer the case to a sole arbitrator. These provisions apply when either party requests the application of the Expedited Procedure rules, when the amount in dispute is below HKD 25 million or in cases of exceptional urgency. These allow for shorter procedural time limits, fewer written submissions and a 6-month deadline for the issuance of the final award. Furthermore, they only permit oral hearings and long award reasoning exceptionally.²³

Similarly, the **Swiss Chamber Arbitration Institution** (“SCAI”) in the respective 2012 Swiss Rules of International Arbitration, Article 42.2.c), provide for Expedited Procedures when the parties agree to it or when the amount in dispute is below CHD 1 million. The rules also include the possibility for the SCAI to suggest that the parties opt for

9 2015 QMUL International Arbitration Survey, pp. 25-26.

10 See António Júdeice Moreira, *Did you ask for fast track arbitration?* in IBA Arbitration Newsletter, February 2016, p. 60, and Rute Alves, *Fast-Track Arbitration: Back to Basics?*, in 40 Under 40 International Arbitration, Carlos González-Bueno (ed.), Dykinson, S.L., 2018.

11 Article 31 of the 1992 Geneva Chamber of Commerce and Industry Arbitration Rules. See Christophe Imhoos, *The 1992 Geneva Chamber of Commerce and Industry Arbitration Rules under Scrutiny*, in Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 1992, Vol. 9, Issue 4, pp. 134-135.

12 Article 30.3.a) and b) of the ICC 2017 Arbitration Rules.

13 Article 30.3.b) of the ICC 2017 Arbitration Rules and Foreword of the ICC 2017 Arbitration Rules, p. 2.

14 See Articles 3.5 and 4.1 of Appendix VI of the 2017 ICC Arbitration Rules (Expedited Procedure Rules).

15 Foreword of the ICC 2017 Arbitration Rules, p. 2.

16 The “*Note to the Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration*”, in p. 12, § 78 provides that the ICC Court “*may nevertheless appoint three arbitrators if appropriate in the circumstances*”. As explained by several authors, this grants great discretion to the ICC Court – Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, pp. 140-141. See also Carolina Pitta e Cunha, *The 2017 ICC Expedited Rules: Increasing Speed and Cost-Efficiency in ICC Arbitrations*, in YAR, Year 6, n. 26, July 2017.

17 Article 2.1 of the ACICA 2016 Expedited Arbitration Rules.

18 Article 8.1 of the ACICA 2016 Expedited Arbitration Rules.

19 Article 3.2 of the ACICA 2016 Expedited Arbitration Rules.

20 Article 79 of the JCAA 2015 Commercial Arbitration Rules.

21 Article 75.2.1 and 2 of the JCAA 2015 Commercial Arbitration Rules.

22 Yu Jin Tay, *Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration*, in International Arbitration: The Coming of a New Age? ICCA Congress Series, Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer Law International, 2013, Vol. 17, pp. 112-132, p. 118.

23 Article 41.2 of the HKIAC 2013 Administered Arbitration Rules.

a sole arbitrator when the respective arbitration clause mentions three arbitrators.²⁴

Along with the **Korean Commercial Arbitration Board** ("KCAB"), providing for a similar rule,²⁵ we can conclude that these three sets of rules entail a "persuasive" approach and show that expedited procedures are not in theory incompatible with a plural arbitral tribunal solution.

The **Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce** ("SCC") provides for a proper set of rules to address a simplified procedure, the 2017 Rules for Expedited Arbitration. In this case, these rules will only apply with the parties consent, in one of two ways: either by stipulation in the arbitration agreement, and in this case a sole arbitrator will decide their case,²⁶ or by acceptance of an SCC invitation for the parties to upgrade their reference to these rules, as "*the SCC may invite the parties to agree to apply the Arbitration Rules with either a sole or three arbitrator(s), having regard to the complexity of the case, the amount in dispute and any other relevant circumstances*".²⁷

Other institutions that provide for expedited procedures in the respective rules, are the **Beijing Arbitration Commission / Beijing International Arbitration Centre** ("BAC/BIAC"),²⁸ and the **International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association** ("ICDR/AAA"),²⁹ which provide that expedited procedure claims are heard before a sole arbitrator, or the **German Arbitration Institute** ("DIS"), which conversely makes no reference to the number of arbitrators pursuant to the respective 2018 Arbitration Rules Annex 4.

The **Commercial Arbitration Centre of the Portuguese International Chamber of Commerce** ("CAC") provides a set of Fast Track Arbitration Rules,³⁰ with the customary shorter time limits, and fewer and shorter written submissions. Curiously, these rules will apply by agreement of the parties, if one party requests it and the other does not oppose it, and if the President of the CAC so determines (and

both parties do not object), providing for a duty of the President to promote the application of these rules to disputes with claims in an amount not exceeding EUR 200,000.³¹ These rules unsurprisingly provide for a sole arbitrator.³²

The disparity between what is a "smaller claim" pursuant to all the cited rules is clear, and it is also understandable that the quantum of the dispute does not always necessarily correlate to its complexity (procedural and on the merits). This should be taken into account when opting in or out of expedited procedures, and when anticipating arbitration costs.³³

From this brief analysis, one can conclude that the figure of the sole arbitrator is not a necessary element of expedited procedures, although it is considered highly desirable. It is understandable that arbitrator fees will be lower, scheduling meetings with a sole arbitrator will be easier and his or her deliberation will be quicker, rather than if dealing with a plural tribunal.³⁴

Arbitration users have requested these remedies – but are expedited procedures mobilised in practice and is this reflected statistically? This seems to be the case.

Regarding the **ICC**, statistics show that a total of 810 new cases were registered in 2017 and 46 requests to opt in were submitted, of which 12 resulted in an agreement to apply the Expedited Procedure Provisions.³⁵ **HKIAC** statistics show that in 2017, 297 new arbitration cases were registered, 156 of which were administered under the HKIAC Administered Arbitration Rules or the UNCITRAL Rules, and 11 out of 15 applications for expedited procedure were granted.³⁶ **SCAI** 2015 statistics show that out of the 100 new cases registered, 63% were resolved by a sole arbitrator, "*reflecting the increasing number of expedited procedures*".³⁷ **KCAB** has not released numbers since the 2016 Rules came into force, although it should be noted that in 2015 over 413 arbitration cases were brought before this institution (74 of which were international cases).³⁸ Under the **SCC** in 2017, of the 200 new arbitrations registered, 72 were expedited procedure cases.³⁹ **BAC/BIAC**

24 Article 42.1 of the SCAI 2012 Arbitration Rules.

25 See the 2016 KCAB 2015 Rules, Chapter 6, Article 43, which provides that the Expedited Procedure chapter applies either where the claim amount does not exceed KRW 500 million, or where the parties agree to it.

26 Article 18 of the SCC 2017 Rules for Expedited Arbitrations.

27 Article 11 of the SCC 2017 Rules for Expedited Arbitrations. We note that the time limit to render an award under these rules is 3 months from the date the case is referred to the Arbitrator – see Article 43 of the SCC 2017 Rules for Expedited Arbitrations.

28 See BAC/BIAC Rules, Chapter VII (Summary Procedure), Article 48, applicable also to International Commercial Arbitration proceedings pursuant to Article 61 of the same.

29 Article E-6 of the 2014 ICDR/AAA Arbitration Rules.

30 For more on these rules see António Júdice Moreira, *Did you ask for fast track arbitration?*, cited.

31 Articles 1 and 3 of the CAC Fast Track Arbitration Rules.

32 Article 6 of the CAC Fast Track Arbitration Rules. See also Yu Jin Tay, *Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration*, cited, p. 118-119.

33 2015 QMUL International Arbitration Survey, p. 26. See Jonathan Lim, "Are All Institutions Rules Now Basically the Same?", Kluwer Arbitration Blog, 10 April 2015.

34 See Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, pp. 237-238, § 4.25; Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2001, p. 1669.

35 See 2017 ICC Dispute Resolution Statistics. Available here: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>. It should be noted that "To date, 84 'opt-in' requests have been submitted in total. In most cases, an agreement to 'opt-in' was not reached for a variety of reasons (lack of participation of adverse party, lack of consent, or lack of comments on the application of the Expedited Procedure). In total, 25 cases have been, or are being, conducted under the Expedited Procedure Provisions. Six cases have reached a final award, all within the six-month time limit from the case management conference pursuant to Article 4(1) of Appendix VI to the Rules" (p. 62 of the 2017 ICC Dispute Resolution Statistics).

36 See HKIAC Statistics: <http://www.hkiac.org/about-us/statistics>.

37 SCAI Commented Statistics 2015, available here: <https://www.swissarbitration.org/files/515/Statistics/Commented%20Statistics%202015%20final%2020160810.pdf>.

38 KCAB 2015 Annual Report. Available here: http://www.kcab.or.kr/jsp/comm_jsp/BasicDownload.jsp?FilePath=marketing/f_0.83413551785897241463617259521&org-Name=Annual%20Report_2015.pdf.

registered 3,550 new cases in 2017, and even though no mention was found in the statistics regarding expedited procedures, it is interesting to see that 2,030 cases (a little over 57%) were below RMB 1 million, the threshold to apply the Summary Procedure provisions.⁴⁰ According to **CAC** records, in 2017 19 new cases were registered, and in only one case were the Fast Track Arbitration Rules applied.⁴¹

b. Expedited Procedure Rules within SIAC

Having analysed the worldwide panorama of expedited procedures, we now turn to the SIAC rules relevant to the case under analysis. The **SIAC Rules 2013** provided in Rule 5.1 that, prior to the full constitution of the arbitral tribunal, the parties could apply to the Registrar requesting that the arbitral proceedings be conducted according to the Expedited Procedure rules if the amount in dispute did not exceed the equivalent amount of SGD 5 million, if the parties agreed or in cases of exceptional urgency. Its Rule 5.2 established that:

"5.2 When a party has applied to the Registrar under Rule

5.1, and when the President determines, after considering the views of the parties, that the arbitral proceedings shall be conducted in accordance with the Expedited Procedure, the following procedure shall apply: (...)

b. The case shall be referred to a sole arbitrator, unless the President determines otherwise".⁴²

These rules did not exclude a possible coordination between expedited procedures and a plural arbitral tribunal, at the discretion of the President of SIAC.

The **SIAC Rules 2016**, among introducing other relevant changes,⁴³ amended the wording of this Rule 5 in several aspects. Not only did this new version expand the possibility to apply these procedures to any claim of an amount up to SGD 6 million, withdrawing the default requirement of a hearing, but also new rules were added, Rule 5.3 and 5.4:

"5.3 By agreeing to arbitration under these Rules, the parties agree that, where arbitral proceedings are conducted in accordance with the Expedited Procedure under this Rule 5, the rules and procedures set forth in Rule 5.2 shall apply even

in cases where the arbitration agreement contains contrary terms.

5.4 Upon application by a party, and after giving the parties the opportunity to be heard, the Tribunal may, having regard to any further information as may subsequently become available, and in consultation with the Registrar, order that the arbitral proceedings shall no longer be conducted in accordance with the Expedited Procedure. Where the Tribunal decides to grant an application under this Rule 5.4, the arbitration shall continue to be conducted by the same Tribunal that was constituted to conduct the arbitration in accordance with the Expedited Procedure."⁴⁴

Rule 5.3 is a new "override" provision, similar to the ICC 2017 Arbitration Rules analysed previously, whereby even if the parties provide for more than one arbitrator in their arbitration clause, the SIAC President has the power to decide otherwise pursuant to the Expedited Procedure rules, taking into account all relevant factors, including the parties' agreement, the quantum and complexity of the case and also whether the contract concerned was signed before the Expedited Procedure provision came into force.⁴⁵

Rule 5.4 in turn is a new "fall-back" provision, whereby a party may apply for the Tribunal to determine that the Expedited Procedure rules no longer apply to the proceedings in question.

Commentators have addressed this change extensively as it was introduced following the **AQZ v ARA** decision of the Singapore High Court in 2015.⁴⁶ In this case, where a similar situation of clash of terms was at issue, this Singaporean court decided that the parties' choice of SIAC Rules overrode the agreement of a three-arbitrator panel in their arbitration clause, and that this was consistent with party autonomy.

The respondent in the underlying arbitration (which addressed a contract for sale and purchase of Indonesian non-cooking coal) attempted to set aside the award rendered pursuant to the SIAC Expedited Procedure rules, arguing that the SIAC Rules 2007, in force at the time of the parties' agreement, did not provide for expedited procedures, and that the composition of the arbitral tribunal (a sole arbitrator appointed by the SIAC President) was not in accordance with the parties agreement of having three arbitrators in the proceedings.⁴⁷

39 Anja Havedal Ipp, "Expedited Arbitration at the SCC: One Year with the 2017 Rules", Kluwer Arbitration Blog, 2 April 2018.

40 See Article 47 of the BAC/BIAC Rules and the institution's 2017 Report, available here: <http://www.bjac.org.cn/english/news/view?id=3167>. Out of the total number of new cases, only 77 pertained to international commercial arbitration.

41 According to statistics kindly provided by the CAC to the author, for which she expresses her sincere gratitude.

42 Rule 5.1 and 2 of the SIAC Rules 2013.

43 See Christopher Boog and Julie Raneda, *The 2016 SIAC Rules: A State-of-the-Art Rules Revision Ensuring an even more Efficient Process*, in ASA Bulletin, Vol. 24, Issue 3, 2016, pp. 584-605.

44 Rules 5.3 and 5.4 of the SIAC Rules 2016.

45 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49, § 133, available here: <http://www.singaporelaw.sg/>.

46 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49.

47 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49, §§ 2, 33, 122 and 123.

The court, applying the SIAC Rules 2010 in force in time of commencement of the arbitration (similar to the SIAC Rules 2013),⁴⁸ upheld that a purposive and “commercially sensible” interpretation of the arbitration agreement should be applied, including the SIAC Rules chosen in the agreement, concluding that:

*“A commercially sensible approach to interpreting the parties’ arbitration agreement would be to recognize that the SIAC President does have the discretion to appoint a sole arbitrator. Otherwise, regardless of the complexity of the dispute or the quantum involved, a sole arbitrator can never be appointed to hear the dispute notwithstanding the incorporation of the SIAC Rules 2010 which provide for the tribunal to be constituted by a sole arbitrator when the Expedited Procedure is invoked”.*⁴⁹

This decision was highly praised,⁵⁰ and was understood “to signal that the mere application of the SIAC’s Expedited Procedure (without evidence establishing a breach of natural justice or some other serious procedural defect) is unlikely to form a sufficient basis for challenging the award” in Singapore.⁵¹

In these proceedings both parties invoked Singaporean case law to support their arguments. The applicant for setting aside the award invoked the **NCC International AB v Land Transport Authority of Singapore** case,⁵² where the parties had agreed to arbitrate with “an Arbitrator”, but the claimant requested the Registrar of SIAC to appoint three arbitrators, based on the discretion conferred on it pursuant to Rule 5.1 of the SIAC Rules 2007. This argument was rejected, and the court concluded that the express agreement of the parties should prevail over the chosen institutional rules, unless the parties expressly assented to the institutional rules taking precedence.⁵³ The court in **AQZ v ARA** dismissed this case, as

it did not see this “express assent” as necessary for expedited procedure provisions to override an arbitration clause.⁵⁴

Conversely, the defendant quoted a redacted SIAC award, **W Company v Dutch Company and Dutch Holding Company** case,⁵⁵ where a sole arbitrator rejected a challenge to its jurisdiction based on the argument that the arbitration agreement provided for a three-member tribunal. The court in **AQZ v ARA** highlighted that in this case the parties had expressly chosen a version of the SIAC rules that provided for expedited provisions, whereas in **AQZ v ARA** that was not the case.⁵⁶

From these cases, we can conclude that courts in Singapore undertake a detailed analysis both of the parties’ arbitration agreement and the rules on a case-by-case basis, in search of their real will.

All in all, these cases have not diminished the parties’ choice for SIAC rules and the respective expedited procedures. The relevant **statistics** show that out of the 452 new cases in 2017, 107 expedited procedure rules applications were made, of which 55 were accepted.⁵⁷ Since its introduction in 2010 and until the end of 2017, SIAC has received 414 expedited procedure applications, accepting 236 of these requests.⁵⁸

6. Party autonomy and the agreement to arbitrate

Arbitration is often described as a “**creature of consent**”.

This is so since arbitration markets itself as a consensual process whereby parties may resolve their disputes outside state courts and are able to agree on specific rules that will govern their dispute.⁵⁹ This contractual perspective naturally adds emphasis to the **arbitration agreement**, as it

48 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49, §§ 124-127. This is in line with the “theory of dynamic reference to the rules in force”, accepted by German courts, whereby there is a presumption that “parties expect that institutional rules are to be continuously adapted to commercial or legal developments, although a rebuttal of the presumption is accepted if contrary intention by the parties can be identified.” – see more on Fabian Bonke (Assistant Editor for Europe), “Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators – One Step Too Far under the New ICC Expedited Procedure Rules?”, Kluwer Arbitration Blog, 22 May 2017.

49 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49, § 132.

50 See Gary B. Born and Jonathan W. Lim, “AQZ v ARA: Singapore High Court Upholds Award Made under SIAC Expedited Procedure”, Kluwer Arbitration Blog, 9 March 2015; Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 142; Carolina Pitta e Cunha, *The 2017 ICC Expedited Rules*, cited.

51 Michael Hwang and Aloysius Chang, **AQZ v. ARA** [2015] SGHC 49, *Supreme Court of Singapore, High Court, Originating Summons No 530 of 2014 and Summons No 3168 of 2014, 13 February 2015*, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

52 **NCC International AB v Land Transport Authority of Singapore** [2008] SGHC 186, available here: <http://www.singaporelaw.sg/>.

53 **NCC International AB v Land Transport Authority of Singapore**, [2008] SGHC 186, §§ 44, 45. The court concluded in § 45 that “even if the plaintiff is correct in its interpretation of Rule 5.1, I would still hold that its incorporation into the parties’ agreement does not have the effect of overriding their express intention to have only one arbitrator to determine their dispute. The agreement of the parties to incorporate the SIAC Rules, even though stated to be those for the time being in force, does not permit those rules to override the express term of the arbitration clause (on a sole arbitrator) except as expressly assented to, and, in my view, clause 71.4 does not show that the parties have agreed to allow the SIAC Rules to take precedence over their agreement.”. See also Kah Cheong Lye, “Institutional Overreach? Institutional Arbitration Rules versus Parties’ Express Agreement”, Kluwer Arbitration Blog, 17 January 2013.

54 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49, §§ 130, 132.

55 **W Company v Dutch Company and Dutch Holding Company** [2012] 1 SAA 97. Paragraph 19 of this decision provides that “The parties chose the SIAC Rules to govern the arbitration and they accepted the entirety of the SIAC Rules including the Expedited Procedure in Rule 5 together with the powers that the Rule reserves to the Chairman and Registrar of the SIAC to administer and guide the proceedings. There is no derogation from party autonomy and it is precisely the parties’ choice of the SIAC Rules that requires acceptance of the Chairman’s decision. It may be otherwise if the parties had stipulated that there shall be 3 arbitrators even if the proceedings were under the Expedited Procedure but that is not the case here”.

56 **AQZ v ARA** [2015] SGHC 49, § 131.

57 See 2017 Annual Report, p. 12. Report available here: http://siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2017.pdf, p. 18.

58 See 2017 Annual Report, pp. 12 and 18.

59 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 135.

is the undeniable expression of the parties' choice and basis of authority for arbitrators to decide.⁶⁰

The parties' choice both of the arbitrators that will resolve their dispute and of the procedural law applicable to their arbitration proceedings is a reflection of this principle of party autonomy.

As Prof. Gary Born explains:

*"Rather, one of the most fundamental characteristics of contemporary international commercial arbitration is the parties' broad freedom to agree upon the procedures to be followed in their arbitration. As explained below, this principle is acknowledged in the New York Convention (and other international agreements concerning arbitration); it is guaranteed by national arbitration statutes in many developed jurisdictions; it is confirmed in the decisions of national courts and arbitral tribunals; and it is contained in and facilitated by the rules of most leading arbitration institutions. (...)"*⁶¹

Thus, the sanctity of party autonomy is protected and upheld by courts worldwide, although with several inherent limitations.⁶² As recognised by the Shanghai Court, *"the party autonomy principle is the cornerstone of operation of the arbitration system"*.⁶³

a. The Right to Appoint an Arbitrator and to Select the Number of Arbitrators

The **appointment of the arbitrator** or arbitrators by the parties to resolve their dispute has been described as *"the most vital initial step in any arbitration"*.⁶⁴ Concurrently, it is understood that:

"The right to appoint an arbitrator and to determine the scope of that arbitrator's mandate are key as-

pects of party autonomy and is pivotal in differentiating arbitration from national court systems".⁶⁵

From these statements it is clear that the act of appointing arbitrators is considered a pillar of arbitration, an ability of the parties and an opportunity to engage in arbitral proceedings. The fact that a party can choose the adjudicator of its dispute, by itself or jointly with the other party, is considered a major advantage and attraction of arbitration, in contrast with proceedings under national courts.⁶⁶

This is also expressed in the **2018 QMUL International Arbitration Survey**, which revealed that one of the most valuable characteristics of arbitration (more precisely, the fourth most valued by respondents) is the ability to select the arbitrators.⁶⁷ In **2012**, a previous edition of the survey had already demonstrated, regarding the selection of arbitrators, that:

"A significant majority of respondents (76%) prefer selection of the two co-arbitrators in a three-member tribunal by each party unilaterally. This shows that the arbitration community generally disapproves of the recent proposals calling for an end to unilateral party appointments".⁶⁸

This is so because it reinforces the *"sense of investment"* of the party in the arbitral tribunal. On the one hand, the trust bestowed upon the arbitrator is anchored on certain aspects that parties may consider of great importance, such as the arbitrator's professional knowledge of a certain area of law, experience in arbitration, and independence and impartiality. On the other hand, parties will be more confident that the tribunal's joint deliberations will take into account their case, thus enhancing predictability.⁶⁹

Understandably so, *"it is, above all, the quality of the arbitral tribunal that makes or breaks the arbitration"*,⁷⁰ and thus the parties' input, and that of their lawyers,⁷¹ assumes considerable weight.

60 See Redfern and Hunter on International Arbitration, cited, p. 71, § 2.01; Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 99, § 6-2.

61 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, p. 434.

62 Regarding choice of law see Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, Part II, Chapter 13, pp. 977-991; David A. R. Williams and Anna Kirk, *Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?*, in Neil Kaplan and Michael J. Moser (eds.), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration*: Liber Amicorum Michael Pryles, Kluwer Law International, 2018, pp. 87-106; and Charles Chatterjee, *The Reality of The Party Autonomy Rule In International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 20, Issue 6, 2003, pp. 539-560.

63 See *China No. 15, Noble Resources International Pte. Ltd. v. Shanghai Xintai International Trade Co. Ltd.*, Shanghai No. 1 Intermediate People's Court, 11 August 2017, in *Yearbook Commercial Arbitration* 2017, cited, pp. 367-369.

64 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, p. 453.

65 David A. R. Williams and Anna Kirk, *Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration*, cited, p. 88.

66 Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, pp. 1638-1641; Lew, Mistelis and Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, cited, p. 224, § 10-4; and Yu Jin Tay, *Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration*, cited, p. 113. This is of course not devoid of disputed points, such as the challenge of arbitrators, more recently seen for e.g. in the Abengoa saga. See María Eduarda Lemgruber, *"Recognition of Foreign Arbitral Awards in Brazil: The Abengoa Decision One Year On"*, Kluwer Arbitration Blog, 3 May 2018.

67 2018 Queen Mary University of London (QMUL) International Arbitration Survey on *"Evolution of International Commercial Arbitration"*, p. 7.

68 2012 Queen Mary University of London (QMUL) International Arbitration Survey on *"Current and Preferred Practices in the Arbitral Process"*, p. 2.

69 See 2012 QMUL International Arbitration Survey, cited, p. 5; Redfern and Hunter on International Arbitration, cited, p. 239, § 4.30, and pp. 246-258, §§ 4.49-4.88; Yu Jin Tay, *Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration*, cited, pp. 124-130.

70 Redfern and Hunter on International Arbitration, cited, p. 213, § 233.

71 See Charles Chatterjee, *The Reality of The Party Autonomy Rule In International Arbitration*, cited, p. 540.

This right to appoint the arbitrators may be given effect indirectly. This is the case when arbitral institutions, national courts or other international or professional bodies (in case of *ad hoc* arbitration) step in to appoint an arbitrator, be it because parties fail to reach an agreement on the appointment of a sole arbitrator or of the third arbitrator, or when the applicable rules and arbitration law selected by the parties establish this.⁷²

Also, the relevance of this right should not be underestimated. It has been argued that in interpreting the arbitral clause, if the composition of the arbitral tribunal is so crucial to the consent to arbitrate, it can be considered non-existent if not upheld *expressis verbis*.⁷³

The right to appoint an arbitrator is protected by **New York Convention** in its Article V.1.d) and in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006 ("UNCITRAL Model Law"), Article 34.2.a).iv) and Article 36.1.a).iv).

Article V.1.d) of the New York Convention provides that:

"1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (...)

(d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; (...)"

Commentators have discussed this paragraph and extensively analysed case law invoking this article.⁷⁴ It is a clear reflection of the supremacy attributed to the parties' procedural autonomy in arbitration.⁷⁵

Pursuant to this article, national courts have found that not only is the selection by the parties of the arbitrators *per se* incorporated in the principle of party autonomy, but so is

the **determination of the number of the arbitrators**.⁷⁶

Tellingly, the **UNCITRAL Model Law** establishes in its Article 10.1 that "*the parties are free to determine the number of arbitrators*", as do most national arbitral laws.⁷⁷

From the parties' perspective, it might not be inconsequential to select one or three arbitrators. The benefits for procedural efficiency and economy of a sole arbitrator are evident, as already addressed. However, a plural tribunal may also provide some pluses. The parties may appoint one arbitrator (as seen above) and often indirectly the chair or president, and the tribunal will be internationally-neutral with diverse personal and professional backgrounds, allowing for a collegial discussion that will ensure competence and expertise, thereby reducing chances of error. This may be of greater significance in higher value claims, where parties will wish to exert greater control over the proceedings, also due to the general absence of appeals.⁷⁸ Of course, it is possible to argue the opposite, that even if "*three heads think better than one*", the added value of this choice is reduced, as both sole arbitrators and three-member panels issue quality decisions, and are equally susceptible to mistake.⁷⁹

Nevertheless, all previous considerations should be taken into account when parties chose to arbitrate. Party autonomy makes it possible for an "ideal" tribunal to be established, according to the parties' wishes and expectations. Thus, they can shape the proceedings as they seem fit, weighing cost and time efficiency as well as legitimacy and quality.

b. The Chinese Perspective on Party Autonomy and on Recognition and Enforcement of Foreign Awards

The *lex arbitri* in China is the **China Arbitration Law** ("CAL"), dated 1994 and last amended in 2009. It is also relevant to add that the Supreme People's Court ("SPC") publishes judicial interpretations (in the form of replies or notices) on the CAL, acting as a "*de facto rulemaking powerholder*", that clarify practical aspects or fill relevant gaps.⁸⁰

⁷² Redfern and Hunter on International Arbitration, cited, p. 241, §§ 4.36, 4.37.

⁷³ Kah Cheong Lye, *Institutional Overreach? Institutional Arbitration Rules versus Parties' Express Agreement*, cited. This author explores an English Court of Appeal case (Jivraj v Hashwani [2010] EWCA Civ 712) where the parties had expressly provided that the arbitrator should be of Ismaili faith, and where the court concluded that this requirement was unlawful, rendering it void *in integrum*, as the arbitration clause was not several.

⁷⁴ Regarding the interplay between the arbitration agreement and local law, see Gary Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, pp. 1643-1652.

⁷⁵ UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2016 Edition, p. 191: "Article V (1)(d) expressly affirms the supremacy of the parties' agreement concerning the composition of the tribunal (...). Courts have consistently recognized that the grounds enumerated in article V (1)(d) must be measured, in the first instance, against the agreement of the parties".

⁷⁶ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, pp. 1664-1665. Prof. Gary Born cites an Italian case, denying recognition of an award made in London by two arbitrators pursuant to English Law, when the parties' agreement provided for three arbitrators – *Judgment of 13 April 1978, Rederi Aktiebolaget Sally v. Srl Termarea*, IV Y.B. Comm. Arb. 294 (Florence Corte d'Appello, 1979), and another Italian case, allowing recognition and enforcement where the parties' agreement provided for three arbitrators, but the case was decided by a sole arbitrator, as the court concluded that the arbitration agreement was silent as to the hypothesis of one of the parties failing to appoint its arbitrator – *Judgment of 21 May 1976*, III Y.B. Comm. Arb. 277 (Venice Corte d'Appello, 1978).

⁷⁷ Lew, Mistelis and Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, cited, p. 225, § 10-9.

⁷⁸ Yu Jin Tay, *Reflections on the Selection of Arbitrators in International Arbitration*, cited, p. 114.

⁷⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, pp. 1669-1671; Lew, Mistelis and Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, cited, pp. 226-229.

⁸⁰ Gu Weixia, *Chapter 3 – Arbitration in China*, in International Commercial Arbitration in Asia, Shahla Ali and Thomas Ginsburg (eds.), 3rd Edition, p. 82. About the Chinese judicial organization, see Kun Fan, *Arbitration in China – A Legal and Cultural Analysis*, Hart Publishing, 2013, p. 10.

The CAL establishes a dual-track system, distinguishing on the basis of the underlying dispute between domestic arbitration (with all its elements contained in China), foreign-related arbitration (where proceedings are administered by an institution established in China but where a foreign element is present),⁸¹ and also foreign arbitration (related to foreign interests and both *ad hoc* and administered by an arbitral institution overseas).⁸² The latter benefits from greater organisational autonomy, more flexible rules regarding choice of arbitrators or interim measures of protection, and courts' judicial review, pursuant to Articles 66, 67, 68, 70 and 71 of the CAL, respectively.⁸³

China ratified the **New York Convention** in 1986 making reservations in respect of both reciprocity and commercial issues.⁸⁴ This means that China agreed to enforce foreign awards rendered only in other contracting states of the New York Convention, and only those awards that are considered commercial under Chinese law.⁸⁵

In this regard, it should be noted that in China there is a **centralised court reporting system** in place, regarding the recognition and enforcement of foreign-related and foreign arbitral awards and arbitration agreements. This system was established with the *Notice of the Supreme People's Court Regarding the Handling by the People's Court of Certain Issues Relating to International Arbitration and Foreign Arbitration*, dated 28 August 1995 ("SPC Notice 1995") and the *Supreme People's Court on relevant Issues Relating to the Setting Aside of International Awards by the People's Court*, dated 23 April 1998 ("SPC Notice 1998"). If an Intermediate People's Court wishes to refuse recognition and enforcement of a foreign arbitral award or arbitration agreement, it must submit the case to the Provincial Higher People's Court for review before ruling. If this court agrees with the position of the lower level court,

it must report the case to the Supreme People's Court and wait for its final say.

Most recently, with the *Supreme People's Court Provisions on Issues Concerning Approval and Reporting in the Judicial Review of Arbitration-Related Cases*, dated 20 November 2017 ("SPC Judicial Review Notice 2017"), and the *Supreme People's Court Provisions on Issues Concerning Application for Approval of the Arbitration Cases under Judicial Review*, dated 4 December 2017 ("SPC Application for Approval Notice 2017"), both in effect since 1 January 2018, this system was extended to domestic arbitration awards and agreements. In this case, domestic awards will only go up to the Provincial Higher People's Court, save if the parties are from different provinces or if the lower courts intend to refuse enforcement or annul a domestic award due to an alleged breach of public interests, where reporting to the SPC is mandatory. It must be said that, in any case, the Provincial Higher People's Courts have the discretion to report to the SPC any cases they consider appropriate.

This extension was done with the aim of improving the consistency of the judicial review system for arbitration cases in China.⁸⁶ This cannot be overlooked, as statistics show that in 2016, 251 arbitration institutions throughout the country handled 208,000 cases, of which 205,404 were domestic cases and 3,141 were foreign related. All in all, these cases were worth RMB 469.5 billion.

If this system aims to fight local protectionism, to boost foreign investors' confidence,⁸⁷ and increase transparency (now allowing the Provincial Higher People's Court to ask for clarifications directly from the parties involved), the fact is that it is criticised for being opaque, omitting time limits or any form of compensation for parties if the lower courts fail to report their intended decisions.⁸⁸

81 This is not defined by the CAL, but rather in SPC opinions, the most recent being the *Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the PRC*, dated 30 January 2015, which, in its Article 522, states that a foreign element exists when one party or both parties to the contract are foreign legal persons, one party or both parties to the contract have their habitual residence outside of China, the subject matter of the contract is located in a foreign country, or the act that gives rise to, modifies or extinguishes the rights and obligations under the contract occurs in a foreign country, or other circumstances exist that can constitute a foreign-element. This is the example of disputes involving parties from Macau, Hong Kong and Taiwan, that are also considered foreign-related. See Cao Lijun and Lu Leilei, "To Be or Not to Be: The Practical Implications of Choosing Foreign Arbitration for Purely Domestic Contracts", Kluwer Arbitration Blog, 6 March 2015; Song Lu, *National Report for China*, in ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2014, Chapter I; Gu Weixia, *Arbitration in China*, cited, p. 91.

82 Articles 65 to 73 of the CAL. Regarding issues arising from the definition of "foreign awards", see Gan Luxi, and Yang Shudong, *Issues in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China*, in Asian International Arbitration Journal, Michael Pryles and Philip Chan (eds.), SIAC and Kluwer Law International, Vol. 13, Issue 1, 2017, pp. 75-96.

83 See Ana Coimbra Trigo, *Recent Developments in Arbitration in China – Interim Measures, How to Achieve Proper Relief*, cited, pp. 78-79.

84 Tao Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, Kluwer Law International, 2012, p. 14.

85 Samantha Jayne Lord, *The Procedure for Enforcement of Foreign-Related and Foreign Arbitral Awards in the People's Republic of China: Is There a Need for Reform?* pp. 6-7. The New York Convention now has 159 contracting states. Regarding the commercial reservation, Article 2 of the *Circular of the SPC on Implementing the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards Entered by China*, dated 2 December 1986, provides guidance and gives examples, including in this concept legal relationships such as sale of goods, lease of property, project contracting, processing, technology assignment, joint venture, joint business operation, exploration and development of natural resources, insurance, credit, labour service, maritime / civil / aviation / railway / road passenger and cargo transportation, product liability, environmental pollution and disputes over ownership.

86 See Yves Hu and Clarisse von Wunscheim, "Reforms on the 'Prior Reporting System' – A Praiseworthy Effort by the PRC Supreme People's Court, or Not?", Kluwer Arbitration Blog, 8 January 2018, and "SPC Publishes New Judicial Interpretations On Arbitration", Herbert Smith Freehills, Arbitration Notes, dated 10 January 2018. – Legal Daily, "Arbitration in China for the first time to exceed 200,000 cases a year" (unofficial translation), 5 May 2018, available here: http://www.legaldaily.com.cn/Arbitration/content/2017-05/05/content_7137563.htm?node=79488.

87 Tao Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, cited, p. 18; Kun Fan, *Arbitration in China – A Legal and Cultural Analysis*, cited, p. 33.

88 See Yves Hu and Clarisse von Wunscheim, "Reforms on the 'Prior Reporting System' – A Praiseworthy Effort by the PRC Supreme People's Court, or Not?", cited; Gu Weixia, *Arbitration in China*, cited, p. 131, and from the same author, *Judicial Review Over Arbitration in China: Assessing the Extent of the Latest Pro-arbitration Move by the Supreme People's Court in the People's Republic of China*, in Wisconsin International Law Journal, Vol. 27, No. 2, 2009, p. 233; Kun Fan, *Arbitration in*

Chinese courts have consistently recognised and enforced foreign arbitration awards pursuant to the New York Convention, as abundantly commented on.⁸⁹ The most recent accessible data shows that in 2016 only 63 awards (whether domestic, foreign-related or foreign) were denied recognition and enforcement in Chinese courts.⁹⁰

However, the opposite can and does happen. Focusing once again on the case under analysis, it is important to analyse the Chinese courts' past stance on the friction between the parties' arbitration clause and institutional power.

In the case **Alstom Technology v Insignia Technology Co Ltd**, the Hangzhou Intermediate Court ruled on 6 February 2013, in a decision later upheld by the SPC, to deny recognition and enforcement of a SIAC award on the grounds that the constitution of the tribunal, with reference to the SIAC rules, was not in accordance with the parties' express agreement in the arbitration clause. Their arbitration clause indeed provided that SIAC administer the arbitral proceedings by applying the ICC Rules.

The underlying dispute related to a technology license agreement. After the arbitral proceedings started and both party-appointed arbitrators were confirmed by SIAC, SIAC invited them to select the tribunal's president, pursuant to Rule 8 of the SIAC Rules. However, Insignia, the respondent, pointed out that because the parties had selected SIAC to administer arbitration pursuant to the ICC Rules, the ICC Court should appoint the president of the tribunal. This objection to jurisdiction was twice dismissed, firstly by the arbitrators and secondly by the Singapore High Court. However, the Hangzhou Court refused to recognise and enforce the arbitral award made against the respondent, reasoning that the arbitral tribunal's composition did not reflect the real intent of the parties.⁹¹

In this case, this Chinese court clearly upheld the arbitration agreement,⁹² and although the facts are slightly different from the case under analysis, both cases relate to the parties' fundamental right to appoint the members of the arbitral tribunal.

Another more recent case that is of interest to our topic is the **Hyundai Glovis Co., Ltd. v Zhejiang Qiyong Energy Chemicals Co., Ltd.** decision by the Ningbo Intermediate People's Court in 13 January 2017.⁹³ In this case, the Ningbo Court recognised and enforced a SIAC award issued by a sole arbitrator, where the parties had agreed in their arbitration agreement that a three-member tribunal should decide their dispute.

The facts of this case merit analysis. Hyundai was to sell Indonesian coal to Qiyong, in return for payment, and the sales contract included an arbitration agreement providing for arbitration under SIAC with three arbitrators. Hyundai started arbitral proceedings after Qiyong refused to pay the agreed price. The respondent did not comment on or participate in the proceedings when the claimant applied for expedited procedures according to the SIAC Rules 2013 or even when the tribunal applied the mentioned rules. Its first intervention in the proceedings was to oppose the arbitrator appointed by claimant and to request that SIAC appoint one instead. Notably, the respondent did not object to the final appointee as notified by SIAC. Following this, the sole arbitrator issued a default award in favour of the claimant. Taking this into account, the Ningbo Court concluded that the respondent had indeed agreed to a sole arbitrator, and thus the constitution of the arbitral tribunal was in accordance with the parties' agreement, there being no evidence that this decision undermined the basic justice of the case.⁹⁴

Unlike the case under analysis, in this case the respondent never unequivocally objected to the determination of the number of arbitrators, but rather opposed the choice of a specific person to be the sole arbitrator in the dispute.

Considering the position of Chinese courts analysed above, it can be said that the Shanghai Court decision regarding Noble Resources and Xintai:

"reflects the general view and approach taken in China that the specific agreement reached between the parties should prevail over any "standard" rules (so long as these are not manda-

China – A Legal and Cultural Analysis, cited, p. 33; Fan Yang, *How Long Have You Got? Towards a More Streamlined System for Enforcing Foreign Arbitral Awards in China*, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2017, Vol. 34, Issue 3, pp. 503-508; and Samantha Jayne Lord, *The Procedure for Enforcement*, cited, pp. 1-47.

89 See Hogan Lovells, August 2017, cited, p. 4; Tao Jingzhou, *Arbitration Law and Practice in China*, cited, pp. 223-229. On a step-by-step practical guide of enforcement of arbitral awards in China, see Wei Sun and Melanie Willems, *Chapter 19, Enforcement of Arbitral Awards*, in *Arbitration in China*, Kluwer Law International, 2015, pp. 293-332.

90 See also regarding the year 2012 (where out of 17 cases, only one was refused enforcement), Lianbin Song, Liming Peng, Stuart Dutson, and Jean-Marc Deschandel, *Annual Review on Commercial Arbitration*, in *Commercial Dispute Resolution in China: An Annual Review and Preview* (2013), Beijing Arbitration Commission Institute of Advanced Legal Studies, June 2013, p. 26; and for data prior to 2012: "According to a survey conducted by the SPC and seventeen Higher People's Courts, from 2002 to 2006, out of seventy-four applications for recognition and enforcement of foreign awards, fifty-eight applications were granted (78.4%), and five awards were refused enforcement (6.8%). (2) From 2000 to September 2011, lower courts sought SPC's approval on non-enforcement of fifty-six foreign awards. SPC decided not to enforce twenty-one awards (37.5%). (3) Between 2010 and 2012, out of twenty-seven foreign awards reported to the SPC, seven were not enforced (25.9%)." – Teresa Cheng and Joe Liu, *Enforcement of Foreign Awards in Mainland China: Current Practices and Future Trends*, in *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, Vol. 31, Issue 5, 2014, pp. 654-655.

91 "China No. 10, *Alstom Technology Ltd v. Insignia Technology Co Ltd*, Hangzhou Intermediate People's Court, Zhejiang, 6 February 2013", Yearbook Commercial Arbitration, in Albert Jan van den Berg (ed.), Kluwer Law International, Vol. 39, 2014, pp. 380-383.

92 "PRC Court refuses to enforce SIAC arbitral award made by one arbitrator under expedited arbitration procedures when arbitration agreement provided for three arbitrators", Hogan Lovells, August 2017, cited, p. 4.

93 *Hyundai Glovis Co. Ltd. v. Zhejiang Qiyong Energy Chemicals Co., Ltd.*, Intermediate People's Court of Ningbo, [2015] Zhe Yong Zhong Que Zi, No. 3, 13 January 2017.

94 See also Arthur X. Dong, "*Hyundai Glovis Co. Ltd. v. Zhejiang Qiyong Energy Chemicals Co., Ltd.*", *Intermediate People's Court of Ningbo*, [2015] Zhe Yong Zhong Que Zi, No. 3, 13 January 2017", A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International.

tory legal rules), regardless of whether they are expressly incorporated or not".⁹⁵

7. Our case: institutional overreach⁹⁶ or reconciliation oversight?

Having reflected on expedited procedures and party autonomy, we now come to analyse several arguments that can be made for and against the Shanghai Court's decision.

Let us again consider the conclusions of the Shanghai Court. The court found that (i) under the SIAC Rules having a sole arbitrator hear the case is not a *conditio sine qua non* of expedited procedures (in contrast with other rules and the current draft of Rule 5.3), and SIAC does not exclude the adoption of an alternative composition of the tribunal in expedited proceedings, and (ii) that the discretion of the President of SIAC, in deciding applicability of expedited procedures, should have considered the parties' express agreement.

Several observations can be made **in support** of the Shanghai's Court decision.

First, the arbitration clause, like any other contractual clause, is subject to interpretation⁹⁷ and arbitrators have the duty to give effect to the parties' intent.⁹⁸ Therefore, the will of the parties, and whether they consider the number of arbitrators a fundamental condition of their will to arbitrate without which an agreement to arbitrate would simply not exist, must be considered.⁹⁹

Pursuant to this approach, a "*tailored and case-specific approach*" has been suggested, where the possibility of arbitration institutions' decisions "*trumping*" the parties' express agreements at all times is seen with reservations. As commercial parties do not always consider in detail all areas of (potential and developing) interplay between in-

stitutional rules and their express agreement, and may even assume that the latter will, in any event, override the former, the proposed approach would allow consideration of these relevant factors, although creating some potential uncertainty.¹⁰⁰ Accordingly, and against the implied consent assumption that we will explore below, it has been flagged that:

*"When the parties refer to arbitration rules which provide for an expedited procedure while expressly agreeing on the number of arbitrators, there is at least some reasonable doubt as to whether the former should prevail".*¹⁰¹

Second, one can argue, as some jurisdictions hold,¹⁰² that in the interplay between the parties' express choice, considered a specific choice, and the reference to institutional rules, considered a general choice, the former will prevail, as the principle "*generalia specialibus non derogant*" applies ("*the specific prevails over the general*").¹⁰³

Third, and as examined previously, the figure of the sole arbitrator is not seen as an essential figure in the expedited procedure mechanism, as it is demonstrated that some rules do not exclude the possibility of expedited proceedings being conducted by a collective panel.¹⁰⁴ The possible appointment of a sole arbitrator instead of three-arbitrator panel is one of many tools available to achieve the intended "*need for speed*".¹⁰⁵ Pursuant to the SIAC 2013 Arbitration Rules, the President of SIAC indeed could have appointed three arbitrators, as the rules did not definitively exclude this option.¹⁰⁶

Fourth, pursuant to the SIAC 2013 Arbitration Rules, it is not arguable that the President of SIAC indeed had discretion to decide that a sole arbitrator would decide the parties' case. However, it is arguable whether this is an absolute discretion or not, and whether, in exercising that power, the President could or should have considered the parties' previous express agreement on the number of arbitrators.¹⁰⁷

95 Paul Teo, "Shanghai Court Refuses Enforcement of SIAC Award Made under 2013 SIAC Expedited Procedure", 15 September 2017, see: <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/09/shanghai-refuses-siac-award/>. The author goes to conclude: "As noted above, the conventional view and approach in China means that there is a wariness towards any attempts made by arbitral institutions to adopt 'standard' wording that overrides parties' bespoke wording agreed upon at the time of contracting. This is especially so in areas which are perceived as being essential to the protection of the parties' rights, including the right to nominate the members of an arbitral tribunal. It remains to be seen whether the new wording in the 2016 SIAC Rules will be accepted by the Chinese courts as providing an adequate basis for overriding parties' express stipulation of three arbitrators in cases where the SIAC Expedited Procedure will apply."

96 See Kah Cheong Lye, *Institutional Overreach? Institutional Arbitration Rules versus Parties' Express Agreement*, cited.

97 Fabian Bonke, *Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators*, cited.

98 See Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 138; Lew, Mistelis and Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, cited, p. 150, § 7.60.

99 Kah Cheong Lye, *Institutional Overreach? Institutional Arbitration Rules versus Parties' Express Agreement*, cited.

100 Kah Cheong Lye, *Institutional Overreach? Institutional Arbitration Rules versus Parties' Express Agreement*, cited.

101 Fabian Bonke, *Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators*, cited. The author goes on to state: "Namely, by expressly agreeing on the number of arbitrators, the parties demonstrate their intention to deviate from the otherwise applicable institutional rules. The priority clause in the ICC Expedited Procedure Rules is unlikely to rebut this interpretation in favour of the express agreement in all cases. In fact, one could argue that the existence of the contrary agreement indicates the parties' ignorance vis-à-vis the priority rule. Therefore, courts might conclude that the parties agreed on a three-arbitrator panel and deviated from the ICC Expedited Procedure Rules."

102 See Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 138, where the author explores two Cairo Court of Appeal decisions, where the court concluded that the ICC rules the parties included in their arbitration agreement were optional and supplementary rules, trumped by any term contained in the parties' arbitration clause derogating from these. See Cairo Court of Appeal, 7th Commercial Circuit, Case No. 70/123 JY, hearing date 9 March 2011, and Case No. 393/132 JY, hearing date 7 December 2015.

103 See Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 141.

104 See above the ICC, HKIAC, SCAI, KCAB, SCC, and DIS.

105 See Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, pp. 133-134.

106 See Jonathan Lim, "Are All Institutions Rules Now Basically the Same?", Kluwer Arbitration Blog, 10 April 2015.

It has been argued that in situations such as these, the risk of setting aside or non-enforcement of arbitral awards in jurisdictions that do not accept a derogation of the parties' express agreement *versus* institutional rules is one of the circumstances institutions should consider when exercising their broad power regarding expedited procedures, in order to safeguard that enforcement.¹⁰⁸

Fifth and finally, the Shanghai Court merely applied the law, following the Chinese courts' decisions of upholding party autonomy, including the parties' arbitration agreement, as analysed above and pursuant to the New York Convention.¹⁰⁹

Conversely, several other arguments may frame the discussion the other way around, **against the decision**.

First, a simplistic but obvious observation: arbitration institutions provide their respective arbitration rules for parties to use, and this dynamic consists of an offer and an acceptance that binds all those involved. Therefore, the parties may not unilaterally vary these rules in their arbitration proceedings when these do not allow it, unless the institutions endorse these inconsistent proceedings.¹¹⁰

Second, if this were the case, cherry picking the applicable rules and the potential multiple variations of the same would result in a misconfiguration of the character and characteristics of the rules, and undermine uniformity in their application.¹¹¹ There is a clear difference in opting between institutional arbitration or *ad hoc* arbitration, and parties should consider which they ultimately prefer.

Third, it is understood that in light of the theory of "*implied consent*", the reference to institutional rules in the parties' arbitration agreement will allow for these rules to have precedence in regulating the arbitral procedure. Therefore, because there is an express agreement to apply certain institutional rules, this agreement should be upheld and thus party autonomy is also given effect (even if they restrain the parties' freedom in some respect and give institutions a high level of discretion).¹¹² The incorporation of institutional rules is a indicator of the parties consent to be bound by them as "*mandatory contractual provisions*".¹¹³

Fourth and lastly, SIAC also followed the previous case law of the seat, as the abovementioned case of **AQZ v ARA** shows.

Even if it could be anticipated that a different decision would have been reached by the Shanghai Court before rules with a "persuasive" approach and affording institutions a lower level of discretion, it is unclear whether this would have been the case if the 2013 SIAC Rules included an overriding provision specifying that a sole arbitrator would be appointed regardless of the parties' contrary agreement, like the current Rule 5.3.¹¹⁴

It should also be noted that in our case, the Shanghai Court did not address two relevant procedural events. On the one hand, when Xintai objected to Noble Resources' expedited procedure application in the letter of 29 January 2015, it mentioned that Noble Resources was in breach of several other contracts between the Parties. This would allow a reasonable inference that it wished to address these contracts jointly, which would render the proceedings more complex and potentially legitimise Xintai's request for a three-member arbitral tribunal. On the other hand, Noble Resources indicated that it would accept a tribunal with three arbitrators if Xintai paid the respective arbitration costs, which it never did.

Be that as it may, the Shanghai Court construed Article V.1.d) of the New York Convention narrowly. Considering that SIAC Rules 2013 did not contain a precedence clause of the institutional rules over the parties' arbitration agreement (as it does now, and as the 2017 ICC Arbitration Rules also provide), it may be said that "*while this recent Shanghai Court judgement may come across as challenging for expedited proceedings, it must be reviewed with care and appreciation*".¹¹⁵

8. Conclusion

In summary, expedited procedure rules have proliferated in international commercial arbitration in recent years, in essence due to the users' demands for efficiency in relation to time and costs of proceedings. Arbitration institutions have adopted different approaches in implementing expedited procedures, but most provide that a sole arbitrator will decide the case. Having an arbitral tribunal composed of one or more arbitrators has its advantages and disadvantages, but notably the determination of the number of arbitrators is a choice contained in the exercise of party autonomy, a principle dear to arbitration. Party autonomy, as expressed in the parties' arbitration agreement, is also pro-

107 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 142

108 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, pp. 150-151.

109 Paul Teo, "*Shanghai Court Refuses Enforcement of SIAC Award Made under 2013 SIAC Expedited Procedure*", cited.

110 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, pp. 138-139. Regarding the contract celebrated between arbitral institution and parties to arbitration, see Armino Ribeiro Mendes, *Contrato entre as Partes e o Centro de Arbitragem*, in *Revista de Direito Comercial*, 2017, pp. 699-706.

111 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 139. See also on this issue, Sachit Joshi, Brijesh Chhatrola, "Expedited Procedure Vis-à-Vis Party Autonomy, Enforceable?", *Kluwer Arbitration Blog*, 12 May 2018: "*If every court interferes with the discretion exercised by the president in appointing the number of arbitrators, it will give rise to subjective interpretations of the same rule. These subjective interpretations of the courts across the globe will cause confusing interpretations on party autonomy, thereby leaving parties in uncertainty*".

112 Fabian Bonke, *Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators*, cited.

113 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 139.

114 Paul Teo, "*Shanghai Court Refuses Enforcement of SIAC Award Made under 2013 SIAC Expedited Procedure*", cited.

115 Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 143.

tected at the stage of recognition and enforcement of arbitral awards, including by the New York Convention. China is signatory of the New York Convention, and Chinese courts have consistently shown deference to the parties' arbitration agreement (prevailing over non-mandatory standard rules) when recognising and enforcing foreign arbitral awards. The Shanghai Court, in the case under analysis, was faced with a peculiar tension in this regard. It decided not to recognise and enforce the SIAC award because it considered that the President of SIAC, when deciding that a sole arbitrator should hear the case, did not respect the parties' express agreement to be heard by three arbitrators, an alternative composition not excluded by the applicable rules at the time. Different arguments can be made for and against this decision, which brings to light a discussion on some core issues pertaining to international arbitration, such as party autonomy, institutional regulation, and the modern phenomenon of expedited procedures.

In light of this, as the arbitration framework evolves, becoming more complex and sophisticated, so should the parties' agreement to arbitrate, guaranteeing that at the end of the day arbitration can live up to its reputation and fulfil its users' demands.

Even though the reality is that parties often will not agree in advance on detailed procedural rules,¹¹⁶ one can no

longer suppose that an express intention manifested in their clause will prevail over the rules the parties selected (or a future version of them). Thus, parties are advised to clarify their intent in the arbitration agreement,¹¹⁷ and to carefully consider the arbitration rules selected. Alternatively, they may also pick *ad hoc* arbitration.

Furthermore, this is also material to permitting the enforceability of awards, a feature identified by stakeholders as "*arbitration's most valuable characteristic*".¹¹⁸

Commentators have already opined that the recognition and enforcement of expedited procedure awards should be conducted no differently than "slow" awards, especially when considering whether the parties' fundamental procedural rights were prejudiced or violated.¹¹⁹ The consequence of avoiding this approach is to prolong arbitral and enforcement proceedings that were elected precisely for being efficient, a paradox in itself.¹²⁰

It is foreseeable that cases analysing expedited procedures and party autonomy may multiply in the coming years, due to their recent introduction in institutional rules. In any case, we can conclude that the tension between party autonomy and institutional regulation, including the provision for expedited procedures, is an overrated one.¹²¹

¹¹⁶ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, cited, p. 437.

¹¹⁷ See also Carolina Pitta e Cunha, *The 2017 ICC Expedited Rules*, cited, p. 22, Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 144, Hogan Lovells, August 2017, cited, p. 4, and Fabian Bonke, *Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators*, cited.

¹¹⁸ 2018 QMUL International Arbitration Survey, cited, p. 9.

¹¹⁹ Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, pp. 136-137. The author submits that "*Courts in different jurisdictions will need to establish their edifice of precedents or decisions to test and assess the enforceability of awards rendered in expedited procedures. However, it is submitted that awards rendered in expedited proceedings ought not to be treated differently or with greater caution than other awards*". The author presents three reasons supporting this statement: first, because the New York Convention does not distinguish expedited procedure awards from others; second, because these awards pertain to valid arbitration agreements with either direct or indirect reference to expedited procedures; and three, because the standard of assessment of breach of fundamental rights of due process is always expected from courts, also in expedited procedures, which *per se* are not perceived as breaching these rights.

¹²⁰ Fabian Bonke, *Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators*, cited.

¹²¹ Mohamed S. Abdel Wahab, *Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation*, cited, p. 150.

„BITTE EIN BIT?“ DIE (UN)VEREINBARKEIT VON SCHIEDSKLAUSELN IN INTRA-EU BITs MIT DEM UNIONSRECHT

VON DEN SCHLUSSANTRÄGEN DES GENERALANWALTS
WATHELET BIS ZUM URTEIL DES EUGHS IN DER RECHTSSACHE
C-284/16 SLOWAKISCHE REPUBLIK / ACHMEA BV

“TO BIT OR NOT TO BIT?” THE (IN)COMPATIBILITY OF ARBITRATION CLAUSES IN INTRA-EU BITs WITH EU LAW

FROM THE OPINION OF ADVOCATE GENERAL WATHELET TO THE
JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE IN CASE C-284/16
SLOVAK REPUBLIC V ACHMEA BV

Joana Schmid Moura¹⁻²

LL.M. EU Recht, Europakolleg in Brügge,
Belgien

LL.M. EU Recht, Universität Leiden,
Niederlande

Associate bei PLMJ in der Abteilung für EU
und Wettbewerbsrecht

LL.M. European Law, College of Europe
in Bruges, Belgium

LL.M. European Law, Leiden University,
The Netherlands

Associate at PLMJ in the EU and Competition
Law Department

¹ Die Autorin bedankt sich bei Sylvia Wittmer, Doktorandin an der Humboldt-Universität zu Berlin, sowohl für die Kommentare zum deutschen Entwurf, als auch für die Vorbereitung der englischen Fassung des Artikels.

² The author would like to thank Sylvia Wittmer, PhD candidate at Humboldt University in Berlin for her comments on the German draft, as well as the preparation of the English version of the article.

Gerichtshof der Europäischen Union

Rechtssache: C-284/16 („Achmea“)
Verfahren: Vorabentscheidungsersuchen
Zusammensetzung des Gerichts: Große Kammer
Generalanwalt: Melchior Wathelet
Schlussanträge des Generalanwalts: 19. September 2017
Urteil des Gerichtshofs: 6. März 2018

Zusammenfassung:

Im Jahr 1991 schlossen die ehemalige Tschechoslowakei und die Niederlande ein Abkommen zur Förderung und zum Schutz von Investitionen,¹ ein sogenanntes bilaterales Investitionsschutzabkommen (*Bilateral Investment Treaty*, im Folgenden „BIT“).

Dieses Abkommen bestimmt in Art. 8, dass die Streitigkeiten zwischen einer Vertragspartei und einem Investor der anderen Vertragspartei gütlich oder, falls dies nicht möglich ist, vor einem Schiedsgericht beizulegen sind.

Nach der Auflösung der Tschechoslowakei im Jahr 1993 trat die Slowakei in deren Rechte und Pflichten aus dem Abkommen ein, die wiederum am 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union (im Folgenden „EU“ oder „Union“) wurde.

Im Zuge einer Reform ihres Gesundheitswesens öffnete die Slowakei im Jahr 2004 ihren Krankenversicherungsmarkt für private Investoren.

Daraufhin gründete Achmea BV (ehemalige Eureko BV) – ein zu einem niederländischen Versicherungskonzern gehörendes Unternehmen – eine Tochtergesellschaft (Union Healthcare) in der Slowakei, über die sie private Krankenversicherungen anbot.

Nach einem Regierungswechsel im Jahr 2006 machte die Slowakei jedoch die Liberalisierung des privaten Krankenversicherungsmarkts teilweise rückgängig. Insbesondere verbot sie die Ausschüttung von Gewinnen aus dem Krankenversicherungsgeschäft.

Daraufhin leitete Achmea im Oktober 2008 ein Schiedsverfahren gegen die Slowakei auf der Grundlage des im Jahr 1991 geschlossenen BIT Abkommens. Achmea begründete das Verfahren darauf, dass die gesetzlichen Maßnahmen der Slowakei gegen das Abkommen verstießen und ihr einen Vermögensschaden zugefügt hätten.

¹ Das Abkommen zwischen dem Königreich der Niederlande und der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen trat am 1. Januar 1992 in Kraft, aufrufbar unter: http://dev.arbitration.org/sites/default/files/bit/netherlands_slovakia_english.pdf.

Court of Justice of the European Union

Case: C-284/16 („Achmea“)
Procedure: Reference for a preliminary ruling
Composition of the Court: Grand Chamber
Advocate General: Melchior Wathelet
Opinion of the Advocate General: 19 September 2017
Judgment of the Court: 6 March 2018

Summary:

In 1991, the former Czechoslovakia and the Netherlands concluded an agreement to encourage and protect investments,¹ a so-called Bilateral Investment Treaty (hereinafter referred to as „BIT“).

This agreement provides in Article 8 that disputes between one Contracting State and an investor from the other Contracting State must be settled amicably or, in default, before an arbitral tribunal.

After the dissolution of Czechoslovakia in 1993, the Slovak Republic succeeded to that country's rights and obligations under the BIT and subsequently became a member of the European Union (hereinafter referred to as „EU“ or „Union“) on 1 May 2004.

In the context of a reform of its healthcare system, the Slovak Republic opened its health insurance market to private investors in 2004.

Achmea BV (former Eureko BV) – an undertaking belonging to a Dutch insurance group – subsequently set up a subsidiary (Union Healthcare) in Slovakia with a view to offering private health insurance services there.

After a change in government in 2006, Slovakia partly reversed the liberalisation of its private health insurance market, notably prohibiting the distribution of profits generated by health insurance activities.

In October 2008, Achmea brought arbitration proceedings against Slovakia under the BIT concluded in 1991. Achmea justified the proceedings on the ground that the legislative measures adopted by Slovakia were contrary to the agreement and had caused it financial damage.

As Frankfurt am Main (Germany) was chosen as the place of arbitration, German law applied to the arbitration proceedings concerned and, accordingly, the German courts had jurisdiction to review the lawfulness of the arbitral award.

¹ The agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic entered into force on 1 January 1992, available online at: http://dev.arbitration.org/sites/default/files/bit/netherlands_slovakia_english.pdf.

Da Frankfurt am Main (Deutschland) als Schiedsort festgelegt wurde, war auf das Schiedsverfahren das deutsche Recht anzuwenden und dementsprechend waren die deutschen Gerichte für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Schiedsspruchs zuständig.

Mit Schiedsspruch vom 7. Dezember 2012 entschied das Schiedsgericht,² dass die Slowakei tatsächlich gegen das BIT verstoßen habe und verurteilte sie an Achmea Schadenersatz in Höhe von ca. 22,1 Mio. Euro zu zahlen.

Da die Slowakei der Auffassung war, dass die Schiedsklausel des BIT gegen mehrere Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden „AEUV“)³ verstieß, erhob sie nach § 1059 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (im Folgenden „ZPO“) beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main Klage auf Aufhebung dieses Schiedsspruchs aufgrund seines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung („*ordre public*“).

Gegen die Zurückweisung ihres Antrags durch Beschluss vom 18. Dezember 2014 des Oberlandesgerichts⁴ richtete sich die Rechtsbeschwerde der Slowakei beim Bundesgerichtshof (im Folgenden „BGH“).

Der BGH stellte mit Beschluss vom 3. März 2016 fest,⁵ dass für seine Entscheidung über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit eine Befassung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden „EuGH“ oder „Gerichtshof“) mit dem Vorabentscheidungsersuchen für erforderlich sei.

Im Wesentlichen, möchte der BGH wissen, ob die von der Slowakei angefochtene Schiedsklausel mit dem AEUV vereinbar ist.

In einer im Rahmen der Vorabentscheidung eher ungewöhnlichen Haltung erwähnt der BGH, dass er zwar nicht die Zweifel der Slowakei an der Vereinbarkeit der Schiedsklausel mit dem Unionsrecht teilt, aber erkennt das der Gerichtshof über diese Fragen bislang nicht entschieden hat und sie wegen der zahlreichen bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen EU-Mitgliedstaaten von erheblichen Bedeutung sind.

Dementsprechend hat der BGH das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH folgende Vorlagefragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

In its arbitral award of 7 December 2012,² the arbitral tribunal found that Slovakia had indeed infringed the BIT, and ordered it to pay Achmea damages in the amount of approximately €22.1 million.

Since Slovakia considered that the arbitration clause contained in the BIT violated several provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as “TFEU”),³ it brought an action before the *Oberlandesgericht Frankfurt am Main* (Higher Regional Court Frankfurt am Main) for the arbitral tribunal’s award to be set aside based on its violation against the public order (“*ordre public*”) pursuant to Paragraph 1059(2) of the German Code of Civil Procedure (hereinafter referred to as “ZPO” – *Zivilprozessordnung*).

As the Higher Regional Court decided to dismiss the action by its decision of 18 December 2014,⁴ Slovakia lodged an appeal on a point of law against that decision before the *Bundesgerichtshof* (Federal Court of Justice, hereinafter referred to as “BGH”).

The BGH held in its ruling of 3 March 2016⁵ that a referral for a preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as “CJUE” or “Court of Justice”) was necessary to decide the case before it.

Essentially, the BGH asks the Court of Justice whether the arbitration clause contested by Slovakia is compatible with the TFEU.

In a rather unusual position for preliminary ruling referrals, the BGH mentioned that it did not share Slovakia’s doubts regarding the compatibility of the arbitration clause with EU law. It nonetheless acknowledged that the Court of Justice had not yet ruled on those questions, which are of considerable importance because of the numerous bilateral investment treaties still in force between Member States.

Accordingly, the BGH decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

1. Does Article 344 TFEU preclude the application of a provision in a bilateral investment protection agreement between Member States of the European Union (a so-called intra-EU BIT) under which an investor of a Contracting State, in the event of a dispute concerning investments in the other Contracting State, may bring proceedings against the latter State before

2 Achmea BV (ehemalige Eureko BV) / Slowakische Republik, Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht (*United Nations Commission on International Trade Law*, im Folgenden „UNCITRAL“) Ständiger Schiedsgerichtshof (*Permanent Court of Arbitration*, im Folgenden „PCA“) Verfahren Nr. 2008-13, Entscheidung vom 26. Oktober 2010 über die Zuständigkeit, die Schiedsfähigkeit und die Aussetzung sowie abschließender Schiedsspruch vom 7. Dezember 2012, aufrufbar unter: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.

3 Es handelt sich um die Art. 18, 267 und 344 AEUV.

4 OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 18. Dezember 2014, 26 Sch 3/13.

5 BGH, Beschluss v. 3. März 2016, I ZB 2/15.

2 Achmea BV (former Eureko BV) v Slovak Republic, United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”) Permanent Court of Arbitration (hereinafter referred to as “PCA”) Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension of 26 October 2010 and Final Award of 7 December 2012, available online at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>.

3 In particular, Articles 18, 267 and 344 TFEU.

4 OLG Frankfurt am Main, Decision of 18 December 2014, 26 Sch 3/13.

5 BGH, Decision of 3 March 2016, I ZB 2/15.

1. Steht Art. 344 AEUV der Anwendung einer Regelung in einem bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten der Union (einem sogenannten unionsinternen BIT) entgegen, nach der ein Investor eines Vertragsstaats bei einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Vertragsstaat gegen Letzteren ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, wenn das Investitionsschutzabkommen vor dem Beitritt eines der Vertragsstaaten zur Union abgeschlossen worden ist, das Schiedsgerichtsverfahren aber erst danach eingeleitet werden soll?

Falls Frage 1 zu verneinen ist:

2. Steht Art. 267 AEUV der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?

Falls Fragen 1 und 2 zu verneinen sind:

3. Steht Art. 18 Abs. 1 AEUV unter den in Frage 1 beschriebenen Umständen der Anwendung einer solchen Regelung entgegen?

an an arbitral tribunal where the investment protection agreement was concluded before one of the Contracting States acceded to the European Union but the arbitral proceedings are not to be brought until after that date?

If Question 1 is to be answered in the negative:

2. Does Article 267 TFEU preclude the application of such a provision?

If Questions 1 and 2 are to be answered in the negative:

3. Does the first paragraph of Article 18 TFEU preclude the application of such a provision under the circumstances described in Question 1?

Kommentar

1. Einleitung

Der vorliegende Artikel beginnt mit einer kurzen Beschreibung der so genannten BIT Abkommen und deren Schnittstellen mit dem Unionsrecht.

Danach werden die Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in der Rechtssache *Achmea* vom 19. September 2017 erläutert in denen er die Ansicht vertritt, dass die in dem Investitionsschutzabkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei enthaltene Schiedsklausel mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Als nächstes wird das EuGH-Urteil vom 6. März 2018 ausgeführt in dem der Gerichtshof eine diametral entgegengesetzte Auffassung vertritt, nämlich dass die im BIT zwischen den Niederlanden und der Slowakei enthaltene Schiedsklausel nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Schließlich wird zu den Schlussanträgen und dem Urteil Stellung genommen und auf die Auswirkungen dieser wichtigen Entscheidung des Gerichtshofs auf die gegenwärtig zwischen den EU-Mitgliedstaaten bestehenden BIT eingegangen.

Case note

1. Introduction

This article begins with a short description of the so-called BITs and their intersections with EU law.

Then the author will discuss the Opinion of Advocate General Wathelet in the *Achmea* case delivered on 19 September 2017, in which he argues that the arbitration clause in the investment protection agreement concluded between the Netherlands and Slovakia is compatible with EU law.

Next, the author will outline the judgment of the CJUE of 6 March 2018, in which the Court of Justice holds a diametrically opposed view, namely that the arbitration clause contained in the BIT concluded between the Netherlands and Slovakia is not compatible with EU law.

Lastly, the author comments on both the Opinion of the Advocate General and the judgment of the Court of Justice, and analyses the implications of this important decision for the existing intra-EU BITs.

2. Die BIT abkommen

BITs sind völkerrechtliche Verträge zwischen Staaten, die zunächst materiell rechtliche Regelungen darüber enthalten, welche Schutzstandards für Investitionen privater Unternehmen aus dem jeweiligen Vertragspartnerstaat gelten sollen, insbesondere was entschädigungslose Enteignungen angeht.⁶ Investitionsschutzabkommen werden häufig als bilaterale Abkommen abgeschlossen, daher ihre Bezeichnung als *Bilateral Investment Treaties*.

Um den Investoren selbst einen effektiven Weg zur Durchsetzung ihrer Interessen zu gewährleisten, wird in BITs regelmäßig durch sogenannte Schiedsklauseln eine eigene Klagemöglichkeit des privaten Investors vor internationalen Schiedsgerichten geschaffen.⁷ Die Schiedssprüche sind für die Streitparteien bindend und in der Regel endgültig.

Die meisten BITs wurden in den 1990er-Jahren zwischen den damaligen Mitgliedstaaten und den später im Zuge der EU-Erweiterungen von 2004, 2007 und 2013 beigetretenen Mitgliedstaaten geschlossen und werden daher heutzutage intra-EU, bzw. unionsinterne, BITs genannt.

Diese sollten privaten Anlegern Sicherheit geben, die in der künftigen EU-13 investieren wollten, aber zum damaligen Zeitpunkt – teilweise aus historisch-politischen Gründen – möglicherweise Bedenken hatten. Es sind gegenwärtig noch 196 solcher Abkommen zwischen Mitgliedstaaten der Union in Kraft.⁸

Laut der Europäischen Kommission (im Folgenden auch „Kommission“) dürften seit den EU-Erweiterungen solche zusätzlichen Absicherungen nicht mehr notwendig sein, da im Binnenmarkt auch in Bezug auf grenzüberschreitende Investitionen für alle Mitgliedstaaten dieselben EU-Vorschriften gelten, insbesondere die Niederlassungsfreiheit und der freie Kapitalverkehr. Alle Investoren in der EU genießen dank der EU-Vorschriften (z. B. des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit) denselben Schutz.⁹

Nach Auffassung der Kommission sind diese Investitionsschutzabkommen unionrechtswidrig und bewirken eine Zersplitterung des Binnenmarktes, indem sie Investoren aus manchen EU-Ländern bestimmte Rechte verleihen, anderen jedoch nicht.¹⁰

2. The BITs

BITs are international treaties entered into between states, which contain substantive legal provisions on the protection standards that should apply to investments by private undertakings from the respective Contracting State, in particular as regards expropriations without compensation.⁶ Such investment protection agreements are often concluded as bilateral agreements, hence their common designation as *Bilateral Investment Treaties*.

BITs regularly contain so-called arbitration clauses to ensure that investors have an effective way of asserting their interests by providing them with an independent remedy before international arbitral tribunals.⁷ The arbitration awards are binding for the parties to the dispute and usually final.

Many of these BITs were agreed in the 1990s, before the EU enlargements of 2004, 2007 and 2013. They were mainly struck between existing members of the EU and those who would become the “EU 13” and are therefore nowadays called intra-EU BITs.

They were aimed at reassuring investors who wanted to invest in the future “EU 13” at a time when private investors – sometimes for historical political reasons – might have felt wary about investing in those countries. There are still 196 BITs currently in force between EU Member States.⁸

According to the European Commission (hereinafter also referred to as “Commission”) since the EU enlargement, such “extra” reassurances should not be necessary, as all Member States are subject to the same EU rules in the single market, including those on cross-border investments (in particular the freedom of establishment and the free movement of capital). All EU investors also benefit from the same protection thanks to EU provisions (e.g. non-discrimination on grounds of nationality).⁹

In the Commission’s view, these investment protection treaties are incompatible with EU law and risk fragmenting the single market due to the fact that, by their very nature, they give rights to investors of certain EU countries and not to others.¹⁰

The use of arbitration proceedings to resolve investment disputes also seems unnecessary, as the protection standards under EU law apply equally to all EU Member States and jurisdiction is ensured by the CJUE.

6 Lind, „Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren in BITs zwischen zwei Mitgliedstaaten: BGH-Vorlage an den EuGH“, Saar Blueprints, 14. Februar 2017, Seite 5.

7 Idem., Seite 6.

8 Das älteste ist das BIT Deutschland/Griechenland (1961) und das jüngste das BIT Litauen/Kroatien (2008).

9 Pressemitteilung der Europäischen Kommission, „Kommission fordert Mitgliedstaaten zur Beendigung ihrer EU-internen bilateralen Investitionsschutzabkommen auf“, 18. Juni 2015.

10 Bank- und Finanzwesen Newsletter der Europäischen Kommission, „Faktencheck: EU-interne bilaterale Investitionsschutzabkommen“, 23. Juli 2015.

6 Lind, „Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsgerichtsverfahren in BITs zwischen zwei Mitgliedstaaten: BGH-Vorlage an den EuGH“, Saar Blueprints, 14 February 2017, page 5.

7 Idem., page 6.

8 The oldest is the Germany/Greece BIT (1961) and the most recent is the Lithuania/Croatia BIT (2008).

9 Press release of the European Commission, “Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties”, 18 June 2015.

10 Banking and finance Newsletter of the European Commission, “Get the facts: Intra-EU bilateral investment treaties”, 23 July 2015.

Die Verwendung von Schiedsverfahren für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten scheint auch nicht mehr nötig zu sein, da die unionsrechtlichen Schutzstandards für alle EU-Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten und die Gerichtbarkeit durch den EuGH gewährleistet ist.

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in 2009 sind nicht mehr die EU-Mitgliedstaaten, sondern die Union für den Abschluss solcher Abkommen über ausländische Direktinvestitionen laut Art. 207 Abs. 1 AEUV zuständig.

Dementsprechend stellt sich die Frage, was soll mit den BIT Verträgen passieren die damals von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden.

Die BITs die mit Drittländern abgeschlossen wurden dürfen aufrechterhalten bleiben, bis ein BIT zwischen Union und demselben Drittland in Kraft tritt.¹¹

Jedoch die heikle Frage der Vereinbarkeit der EU-internen BITs, insbesondere des von diesen Abkommen eingeführten Mechanismus zur Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten (*Investor-State Dispute Settlement*, im Folgenden „ISDS“), mit dem Unionsrecht blieb bis zum Urteil vom EuGH in *Achmea* unbeantwortet.

Wie in den Schlussanträgen des Generalanwalts anerkannt, ist das Ergebnis dieses Falles von „höchster Bedeutung“ und wirkt über den vorliegenden Rechtsstreit angesichts der unsicheren Zukunft der zahlreichen intra-EU BITs, des Umfangs und Bedeutung der derzeitigen unionsinternen Investor-Staat-Streitigkeiten und der komplizierten politischen Auswirkungen des andauernden Konflikts über die Zukunft von Investitionsstreitigkeiten im Allgemeinen und der Europäischen Beteiligung daran hinaus.¹²

3. Die schlussanträge des generalanwalts wathelet

Nach Ansicht des Generalanwalts Wathelet in seinen Schlussanträgen vom 19. September 2017¹³ ist die in dem BIT Abkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei enthaltene Schiedsklausel mit dem Unionsrecht vereinbar.

Diese Klausel begründet nämlich keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, ist mit dem Institut der Vorabentscheidung vereinbar und beeinträchtigt weder die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung noch die Autonomie des Rechtssystems der Union.¹⁴

With the entry into force of the Lisbon Treaty in 2009, the power to enter into such direct investment agreements no longer lies with the Member States, but with the Union pursuant to Article 207(1) TFEU.

Accordingly, the question arises as to what should happen to the BIT agreements that were concluded at the time by Member States.

The BITs concluded with third countries can be upheld until a BIT between the Union and the same third country enters into force.¹¹

However, the delicate question of the compatibility of intra-EU BITs, in particular, the contractually established Investor-State Dispute Settlement (hereinafter referred to as “ISDS”) mechanism, with EU law remained unresolved until the judgment of the Court of Justice in *Achmea*.

As acknowledged in the Opinion of the Advocate General, the outcome of this case is of “fundamental importance” and affects disputes beyond the present dispute due to the uncertain future of the numerous intra-EU BITs, the volume and importance of the current intra-EU investor-state disputes and complicated political implications of the ongoing clash over the future of investment disputes in general and the European participation therein.¹²

3. The opinion of advocate general wathelet

In Advocate General Wathelet’s view, delivered in his Opinion of 19 September 2017,¹³ the arbitration clause in the investment protection agreement concluded between the Netherlands and Slovakia is compatible with EU law.

That clause does not constitute discrimination on grounds of nationality, is compatible with the preliminary ruling mechanism and does not undermine either the allocation of powers fixed by the Treaties or the autonomy of the EU legal system.¹⁴

An important note in this context is that the Opinion of the Advocate General is not binding on the Court of Justice. It is the role of the Advocates General to propose to the Court, in complete independence, a legal solution to the cases for which they are responsible.

11 Siehe Art. 3 von Verordnung (EU) Nr. 1219/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedstaaten und Drittstaaten, ABl. Nr. L 351/40 vom 20. Dezember 2012.

12 Dimitrov, „Digesting the AG Wathelet Opinion in Case C-284/16 Slowakische Republik v Achmea BV. Is it A Trap?“, Kluwer Arbitration Blog, 7. Oktober 2017.

13 Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in der Rechtssache C-284/16 Slowakische Republik / Achmea BV vom 19. September 2017.

11 See Article 3 of Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, OJEU No. L 351/40 of 20 December 2012.

12 Dimitrov, “Digesting the AG Wathelet Opinion in Case C-284/16 Slowakische Republik v Achmea BV. Is it A Trap?”, Kluwer Arbitration Blog, 7 October 2017.

13 Opinion of Advocate General Wathelet in Case C-284/16 Slovak Republic / Achmea BV delivered on 19 September 2017.

14 Press Release No. 101/17 of the Court of Justice regarding the Advocate General’s Opinion in Case C-284/16 Slovak Republic v Achmea BV, 19 September 2017.

Ein wichtiger Hinweis in diesem Kontext ist, dass die Schlussanträge des Generalanwalts für den Gerichtshof nicht bindend sind. Aufgabe des Generalanwalts ist es, dem Gerichtshof in völliger Unabhängigkeit einen Entscheidungsvorschlag für die betreffende Rechtssache zu unterbreiten.

Die Vorlagefragen wurden vom Generalanwalt nicht in der vom BGH vorgelegten Reihenfolge beantwortet, jedoch wird diese in dem vorliegenden Artikel gefolgt.

3.1. Vereinbarkeit mit der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit des Art. 344 AEUV

Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Art. 344 AEUV dahin auszulegen ist, dass er der Anwendung von Bestimmungen unionsinterner BIT entgegensteht, die die Beilegung von Investor-Staat-Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht zulassen.¹⁵

In Art. 344 AEUV heißt es: „Die Mitgliedstaaten verpflichten sich, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln“.

Zweck dieser Vorschrift ist es die von den Verträgen festgelegte ausschließliche Zuständigkeit des EuGHs für unionsrechtliche Fragen und damit die Autonomie des Rechtssystems der Union zu wahren.

Die erste Frage die sich der Generalanwalt stellt ist, ob Art. 344 AEUV überhaupt auf Investor-Staat-Streitigkeiten anwendbar ist.¹⁶

Nach Ansicht des Generalanwalts betrifft die in Art. 344 AEUV vorgesehene Verpflichtung nur Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten oder zwischen Mitgliedstaaten und der Union – da die Adressaten der Norm allein die Mitgliedstaaten sind – und nicht Streitigkeiten zwischen einem Investor und einem Mitgliedstaat.¹⁷

Für den Fall, dass der Gerichtshof diesen Standpunkt nicht teilt, befasst sich der Generalanwalt als nächstes mit der Frage der Auslegung und Anwendbarkeit der EU-Verträge als wesentlicher Bestandteil der Schiedsverfahren.¹⁸

Nach Ansicht des Generalanwalts ist das Unionsrecht zwar Teil des auf die Streitigkeiten zwischen den niederländischen Anlegern und der Slowakei anwendbaren Rechts, doch bedeutet dies nicht, dass diese Streitigkeiten sich auf die Auslegung oder Anwendung der Verträge beziehen.¹⁹

The questions referred were not answered by the Advocate General in the order submitted by the BGH. However, the original order will be followed in this article.

3.1. Compatibility with the exclusive jurisdiction of Article 344 TFEU

By its first question, the referring court seeks to ascertain whether Article 344 TFEU must be interpreted as meaning that it precludes the application of provisions of intra-EU BITs, which permit the settlement by an arbitral tribunal of disputes between investors and States.¹⁵

Article 344 provides that: “Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”.

The purpose of this provision is to safeguard the exclusive jurisdiction of the CJUE as defined by the Treaties for matters of EU law and thus guarantee the autonomy of the Union’s legal system.

The first question raised by the Advocate General is whether a dispute between an investor and a Member State comes under Article 344 TFEU.¹⁶

In the Advocate General’s view, the requirement provided for in Article 344 TFEU only applies to disputes between Member States or between Member States and the Union – since the addressees of the rule are solely the Member States – and it does not apply to disputes between an investor and a Member State.¹⁷

In the event the Court of Justice does not agree with this position, the Advocate General deals next with the question as to whether the arbitral proceedings concern the interpretation and application of the EU Treaties.¹⁸

The Advocate General considers that although EU law is part of the law applicable to disputes between the Dutch investors and Slovakia, that fact does not mean that those disputes concern the interpretation and application of the Treaties.¹⁹

The Advocate General contends that the jurisdiction of the arbitral tribunal is confined to ruling upon alleged breaches of the BIT and that it is not competent to rule on alleged breaches of EU law as such.²⁰

He further argues that the scope of the BIT at issue is wider than that of the EU Treaties, that some of the legal rules in-

14 Pressemitteilung Nr. 101/17 vom Gerichtshof der Europäischen Union über die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-284/16 *Slowakische Republik / Achmea BV*, 19. September 2017.

15 Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in *Achmea*, op. cit., Rn. 132.

16 Idem., Rn. 138 ff.

17 Idem., Rn. 159.

18 Idem., Rn. 160 ff.

19 Idem., Rn. 173.

15 Opinion of Advocate General Wathelet in *Achmea*, op. cit., para. 132.

16 Idem., para. 138 ff.

17 Idem., para. 159.

18 Idem., para. 160 ff.

19 Idem., para. 173.

20 Idem., para. 174.

Generalanwalt Wathelet ist der Auffassung, dass sich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts darauf beschränkt, über Verstöße gegen das BIT zu entscheiden und ist nicht über vermeintliche Verstöße gegen das Unionsrecht als solches zuständig.²⁰

Des Weiteren ist der Generalanwalt der Meinung, dass der Anwendungsbereich des fraglichen BIT Abkommen weiter ist als der der EU-Verträge, dass einige der mit dem BIT eingeführten Rechtsnormen keine Entsprechung mit dem Unionsrecht haben und dass die mit diesem Abkommen eingeführten Garantien zum Investitionsschutz von den unionsrechtlich gewährten Garantien zu unterscheiden sind, ohne jedoch mit dem Unionsrecht unvereinbar zu sein.²¹

Der Generalanwalt kommt zu dem Schluss, dass die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des EU-Rechtssystems durch die angefochtene Schiedsklausel nicht beeinträchtigt wird.²²

3.2. Vereinbarkeit mit dem Institut der Vorabentscheidung des Art. 267 AEUV

Mit der zweiten Vorlagefrage möchte der BGH wissen, ob Art. 267 AEUV als Grundlage für das Gerichtssystem der Union, das die in den EU-Verträge festgelegte Zuständigkeit und die Autonomie des Rechtssystems der Union sichert, der Anwendung einer Bestimmung wie die Schiedsklausel des zwischen den Niederlanden und der Slowakei geschlossene BIT entgegensteht.²³

Nach Art. 267 AEUV entscheidet der EuGH auf Vorlage oder Anrufung eines mitgliedstaatlichen Gerichtes im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der EU-Verträge (Primärrecht) sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union (Sekundärrecht).

Um eine einheitliche Auslegung des Unionsrechts zu gewährleisten, binden die Entscheidungen des Gerichtshofs im Rahmen des Vorabentscheidungsersuchens in gleicher Weise andere nationale Gerichte, die mit einem ähnlichen Problem befasst sind (*erga omnes* Wirkung).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGHs ist, damit es sich bei einer Rechtsprechungseinrichtung um ein „Gericht“ im Sinne von Art. 267 AEUV handelt, auf eine Reihe von Merkmalen abzustellen, nämlich „die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, das streitige Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie deren Unabhängigkeit“. ²⁴ Zudem muss „ein Rechtsstreit [bei ihr] anhängig

introduced by the BIT have no equivalent in EU law and that the guarantees of the protection of investments introduced by that agreement are different from those afforded in EU law, without however being incompatible with that law.²¹

The Advocate General is of the view that the disputed arbitration clause does not undermine the allocation of powers fixed by the Treaties and, thus, the autonomy of the EU legal system.²²

3.2. Compatibility with the preliminary ruling procedure of Article 267 TFEU

By its second question, the BGH seeks to ascertain whether Article 267 TFEU, as the keystone of the EU judicial system which guarantees the allocation of powers fixed by the EU Treaties and the autonomy of the EU legal system, precludes the application of a provision such as the arbitration clause of the BIT concluded between the Netherlands and Slovakia.²³

Pursuant to Article 267 TFEU, the CJUE rules upon referral or request by a court or tribunal of a Member State in a preliminary ruling concerning questions of the interpretation of the Treaties (primary law), as well as on the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union (secondary law).

In order to ensure a consistent interpretation of EU law, the decision of the Court of Justice in a reference for a preliminary ruling is similarly binding on other national courts or tribunals before which a similar issue is raised (*erga omnes* effect).

According to settled case law of the CJUE, in order for a judicial body to be a „court or tribunal“ for the purposes of Article 267 TFEU, it is necessary to take a number of factors into account, such as „whether the body is established by law, whether it is permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is inter partes, whether it applies rules of law and whether it is independent“. ²⁴ In addition there must be „a case pending before it and it must be called upon to give Judgment in proceedings intended to lead to a decision of a judicial nature“. ²⁵

On the basis of these criteria, arbitral tribunals are not automatically excluded from the concept of „court or tribunal of a Member State“ within the meaning of Article 267 TFEU. Although the Court of Justice has on a number of occasions refused to answer a question for a preliminary ruling referred by arbitrators²⁶ it has also declared admissible, on

20 Idem., Rn. 174.

21 Idem., Rn. 181.

22 Idem., Rn. 272.

23 Idem., Rn. 84.

24 Vgl. u.a. Urteil des EuGHs vom 31. Januar 2013 in der Rechtssache C-394/11 *Belov* (2013), Rn. 38 und Urteil des EuGHs vom 12. Juni 2014 in der Rechts-

21 Idem., para. 181.

22 Idem., para. 272.

23 Idem., para. 84.

24 See inter alia Case C-394/11 *Belov* (2013), Judgment of the Court of Justice delivered on 31 January 2013, para. 38 and Case C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (2014), Judgment of the Court of Justice delivered on 12 June 2014, para. 23.

25 See inter alia Case C-394/11 *Belov*, op. cit., para. 39 and Case C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, op. cit., para. 23.

[sein] und [sie] im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt“.²⁵

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien sind die Schiedsgerichte nicht automatisch vom Begriff des „*Gerichts eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 276 AEUV ausgenommen. Der Gerichtshof hat sich zwar mehrfach geweigert, auf eine von Schiedsgerichten zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage zu antworten,²⁶ hat aber auch auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung die Vorlagefragen von Schiedsgerichten in mehreren Rechtssachen für zulässig erklärt,²⁷ zugunsten sowohl der Schiedsgerichtbarkeit zwischen einem Einzelnen und einem Staat²⁸ als auch der internationalen Schiedsgerichtbarkeit.²⁹

Nach Prüfung der genannten Kriterien, kommt Generalanwalt Wathelet in seinen Schlussanträgen zu dem Entschluss, dass das Schiedsgericht, das auf der Grundlage der angefochtenen Schiedsklausel gebildet wurde, ein gemeinsames Gericht der Niederlande und der Slowakei darstellt und befugt ist, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.³⁰

Das Schiedsgericht beruhe nämlich auf einer verbindlichen gesetzlichen Grundlage (u.a. den Bestimmungen des zwischen den Niederlanden und der Tschechoslowakei geschlossenen BIT),³¹ sei Teil eines von den beiden betroffenen Mitgliedstaaten begründeten ständigen Schiedsgerichtssystems,³² verfüge über eine obligatorische Gerichtsbarkeit, um Rechtsstreitigkeiten im Bereich der Investitionen im kontradiktorischen Verfahren zu entscheiden,³³ und treffe seine Entscheidungen völlig unabhängig und unparteilich auf der Grundlage von Rechtsnormen.³⁴

sache C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (2014), Rn. 23.

25 Vgl. u.a. Urteil *Below*, op. cit., Rn. 39 und Urteil *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, op. cit., Rn. 23.

26 Vgl. u.a. Urteil des EuGHs vom 23. März 1982 in der Rechtssache 102/82 *Nordsee* (1982) und Urteil des EuGHs vom 27. Januar 2005 in der Rechtssache C-125/04 *Denuit und Cordenier* (2005).

27 Vgl. Urteil des EuGHs vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark / Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss* (1989).

28 Vgl. Urteil *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, op. cit.

29 Vgl. Beschluss des EuGHs vom 13. Februar 2014 in der Rechtssache C-555/13 *Merck Canada* (2014).

30 Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet in *Achmea*, op. cit., Rn. 85.

31 Idem., Rn. 96 besagt: „Sie [die gesetzliche Grundlage eines nach Art. 8 des BIT gebildeten und befassten Schiedsgerichts] findet sich nicht nur in einem völkerrechtlichen Vertrag, sondern auch in den niederländischen und den tschechoslowakischen Zustimmungsgesetzen zum BIT, mit denen es in die Rechtsordnungen der Vertragsstaaten umgesetzt worden ist“.

32 Idem., Rn. 101 besagt: „[...] das Kriterium des ständigen Charakters [betrifft] nicht die Zusammensetzung des Schiedsgerichts als solche [...], sondern die Institutionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit als Möglichkeit zur Streitbeilegung. Das Kriterium des ständigen Charakters ist, mit anderen Worten, in Bezug auf die Schiedseinrichtung, die das Schiedsverfahren verwaltet, und nicht in Bezug auf das Schiedsgericht, dessen Zusammensetzung von kurzer Dauer ist, zu beurteilen“.

33 Idem., Rn. 118 besagt: „Da die Slowakische Republik [...] der Schiedsgerichtsbarkeit im Voraus zugestimmt hat, hat die Gerichtsbarkeit des gebildeten Schiedsgerichts gemäß Art. 8 Abs. 2 des BIT für diesen Mitgliedstaat und für den Investor obligatorischen Charakter“.

34 Idem., Rn. 125 besagt: „[...] die UNCITRAL-Schiedsordnung [gewährleistet] die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter [...], indem sie ih-

the basis of a case-by-case examination, the questions for a preliminary ruling referred by the arbitral tribunals,²⁷ both in favour of arbitration between an individual and a State,²⁸ as well as international arbitration.²⁹

After examination of the criteria mentioned above, Advocate General Wathelet holds in his Opinion that the arbitral tribunal constituted on the basis of the disputed clause is a court or tribunal common to the Netherlands and Slovakia, permitted to request the Court of Justice to give a preliminary ruling.³⁰

The arbitral tribunal derives from binding legal provisions (in particular those of the BIT concluded between the Netherlands and Czechoslovakia),³¹ is part of a permanent arbitration system established by the two Member States concerned,³² has compulsory jurisdiction to determine investment disputes in the context of *inter partes* proceedings³³ and takes its decisions with complete independence and impartiality, on the basis of rules of law.³⁴

According to the Advocate General, as a “*court or tribunal of a Member State*” the arbitral tribunals “*are required — and if they failed to do so their awards would be null and void on the ground that they would be contrary to public policy — to respect the principles set out in [the Court of Justice’s case-law] including, in particular, the primacy of EU law over the laws of the Member States and over every international commitment given between Member States, the direct effect of a whole range of provisions applicable to their nationals and themselves, mutual trust between them in the recognition of common values on which the Union is based and the full application of and respect for EU law*”.³⁵

26 See inter alia Case 102/82 *Nordsee* (1982), Judgment of the Court of Justice delivered on 23 March 1982 and Case C-125/04 *Denuit and Cordenier* (2005), Judgment of the Court of Justice delivered on 27 January 2005.

27 See Case 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark / Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss* (1989), Judgment of the Court of Justice delivered on 17 October 1989.

28 See Case C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, op. cit.

29 See Case C-555/13 *Merck Canada* (2014), Order of the Court of Justice delivered on 13 February 2014.

30 Opinion of Advocate General Wathelet in *Achmea*, op. cit., para. 85.

31 Idem., para. 96 states: “[The arbitral tribunal] derives its jurisdiction not only from an international treaty but also from the Netherlands and Czechoslovakian statutes ratifying the BIT by virtue of which the BIT became part of the legal orders of those Member States”.

32 Idem., para. 101 states: “[...] that the ‘permanence’ criterion does not relate to the composition of the arbitral tribunal as such but to the institutionalisation of arbitration as a dispute settlement method. In other words, it is by reference to the arbitral institution which administers the arbitral proceedings, and not to the arbitral tribunal, the composition of which is ephemeral, that the ‘permanence’ criterion must be assessed”.

33 Idem., para. 118 states: “As the Slovak Republic gave its prior consent to arbitration [...] the jurisdiction of the arbitral tribunal established is, in accordance with Article 8(2) of the BIT, binding on that Member State and on the investor”.

34 Idem., para. 125 states: “[...] that the UNCITRAL Arbitration Rules guarantee the independence and impartiality of the arbitrators by imposing a clear obligation on them to disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to their impartiality or independence and also by laying down a procedure for challenging arbitrators where such circumstances exist”.

35 Idem., para. 134.

Nach Auffassung des Generalanwalts, als „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ sind „[diese] *Schiedsgerichte* [...] verpflichtet, die vom Gerichtshof in [seiner Rechtsprechung] aufgestellten Grundsätze zu beachten, zu denen insbesondere der Vorrang des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten und allen zwischen Mitgliedstaaten eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen, die unmittelbare Wirkung zahlreicher für ihre Staatsangehörigen und für sie selbst geltender Bestimmungen, das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten in die Anerkennung gemeinsamer Werte, auf die sich die Union gründet, sowie die umfassende Anwendung und Beachtung des Unionsrechts zählen; andernfalls ist ihr Entscheid wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung ungültig“.³⁵

Generalanwalt Wathelet kommt damit zu dem Entschluss, dass das nach Art. 8 des BIT gebildete Schiedsgericht als „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 267 AEUV anzusehen ist und daher nicht aus dem Anwendungsbereich des Instituts der Vorabentscheidung fällt.³⁶

3.3. Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV

Mit seiner dritten Vorlagefrage möchte der BGH wissen, ob Art. 18 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einem ISDS-Mechanismus wie das zwischen den Niederlanden und der Slowakei geschlossene BIT entgegensteht, wonach die niederländischen Investoren das Recht haben, ein internationales Schiedsverfahren gegen die Slowakei einzuleiten, ein Recht, über das die Investoren anderer Mitgliedstaaten nicht verfügen.³⁷

Art. 18 AEUV legt folgendes fest: „*Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten*“.

Generalanwalt Wathelet stellt in seinen Schlussanträgen fest, dass obwohl die fragliche Schiedsklausel nur den niederländischen Investoren die Befugnis verleiht, in einem Rechtsstreit über eine in der Slowakei getätigte Investition das Schiedsgericht anzurufen, es zugunsten der Investoren der meisten anderen Mitgliedstaaten gemäß den BIT, die ihre jeweiligen Herkunftsmitgliedstaaten mit der Slowakei geschlossen hätten, einen gleichwertigen Schutz gibt.³⁸

Der Generalanwalt hebt insoweit hervor, dass auch die Investoren eines Mitgliedstaats, der kein solches BIT mit der Slowakei geschlossen habe, wegen der fraglichen Klausel nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert würden.³⁹

Advocate General Wathelet thus concludes that the arbitral tribunal established under Article 8 of the BIT should be deemed a “*court or tribunal of a Member State*” within the meaning of Article 267 TFEU. Thus, it does not fall outside the scope of the preliminary ruling mechanism.³⁶

3.3. Compatibility with the prohibition on discrimination in Article 18 TFEU

By its third question, the BGH asks, in essence, whether Article 18 TFEU must be interpreted as meaning that it precludes an ISDS mechanism such as that established by the BIT concluded between the Netherlands and Slovakia which confers on Dutch investors the right to have recourse to international arbitration against the Slovak Republic, a right not enjoyed by investors from other Member States.³⁷

Article 18 TFEU provides: “*Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited*”.

Advocate General Wathelet finds in his Opinion that, while only Dutch investors are enabled by that arbitration clause to submit a dispute relating to an investment made in Slovakia to the arbitral tribunal, the investors of most of the other Member States benefit from an equivalent protection on the basis of the BITs which their respective Member States of origin have concluded with Slovakia.³⁸

In that regard, the Advocate General points out that, equally, investors from a Member State which has not concluded such a BIT with Slovakia do not suffer discrimination on grounds of nationality because of the clause in question.³⁹

According to the Advocate General, the TFEU and the case law of the Court of Justice regarding conventions for the avoidance of double taxation require that investors from a Member State other than Slovakia, on Slovak territory in a situation governed by EU law, are treated in the same manner as Slovak investors and not as investors from a third Member State.⁴⁰

The Advocate General thus concludes that the contested arbitration clause does not constitute discrimination on the ground of nationality prohibited by EU law and therefore does not violate Article 18 TFEU.⁴¹

nen eine eindeutige Verpflichtung auferlegt, alle Umstände bekannt zu geben, die geeignet sind, berechnete Zweifel an ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufkommen zu lassen, sowie ein Verfahren zur Ablehnung eines Schiedsrichters einführt, wenn solche Umstände vorhanden sind“.

35 Idem., Rn. 134.

36 Idem., Rn. 131.

37 Idem., Rn. 50.

38 Idem., Rn. 61 und 62.

39 Idem., Rn. 71.

36 Idem., para. 131.

37 Idem., para. 50.

38 Idem., para. 61 and 62.

39 Idem., para. 71.

40 Idem., para. 72 states: “*The fact that the FEU Treaty does not contain an MFN clause is confirmed by the Court’s case-law on Article 18 TFEU, according to which “[Article 18 TFEU] requires that persons in a situation governed by [EU] law be placed on a completely equal footing with nationals of the Member State*”.

Gemäß dem AEU-Vertrag und der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Doppelbesteuerungsabkommen müssten nämlich, wie der Generalanwalt ausführt, die Investoren aus einem anderen Mitgliedstaat als der Slowakei, die sich im slowakischen Hoheitsgebiet in einer unionsrechtlich geregelten Situation befänden, genauso behandelt werden wie die slowakischen Investoren, nicht aber wie die Investoren eines dritten Mitgliedstaats.⁴⁰

Der Generalanwalt kommt also zu dem Schluss, dass die angefochtene Schiedsklausel keine nach dem Unionsrecht verbotene Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt und daher nicht gegen Art. 18 AEUV verstößt.⁴¹

4. Das Urteil des Gerichtshofs

In seinem lang erwarteten Urteil in der Rechtssache *Achmea* vom 6. März 2018,⁴² entschied der EuGH das die im Investitionsschutzabkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei enthaltene Schiedsklausel nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

Diese Klausel entzieht nach Ansicht des EuGHs Rechtsstreitigkeiten, die sich auf die Anwendung oder Auslegung des Unionsrechts beziehen können, dem Mechanismus der gerichtlichen Überprüfung.⁴³

Der EuGH hat die erste und zweite Vorlagefrage des BGHs gemeinsam behandelt wie folgt.

4.1. Unvereinbarkeit mit der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit des Art. 344 AEUV und mit dem Institut der Vorabentscheidung des Art. 267 AEUV

Mit seiner ersten und zweiten Frage möchte der BGH wissen, ob die Art. 267 und 344 AEUV dahin auszulegen sind, dass sie einer Bestimmung in einer internationalen Übereinkunft zwischen den Mitgliedstaaten wie Art. 8 des BIT entgegenstehen, nach der ein Investor eines dieser Mitgliedstaaten im Fall einer Streitigkeit über Investitionen in dem anderen Mitgliedstaat gegen diesen ein Verfahren vor einem Schiedsgericht einleiten darf, dessen Gerichtsbarkeit sich dieser Mitgliedstaat unterworfen hat.⁴⁴

⁴⁰ Idem., Rn. 72 besagt: „Der Umstand, dass der AEU-Vertrag keine Meistbegünstigungsklausel enthält, wird durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 18 AEUV bestätigt, nach der aus „[Art. 18 AEUV] folgt, dass Personen, die sich in einer [unions]rechtlich geregelten Situation befinden, genauso behandelt werden müssen wie Angehörige des betreffenden Mitgliedstaats“, d. h. wie die eigenen Staatsangehörigen“.

⁴¹ Idem., Rn. 82.

⁴² Urteil des EuGHs vom 6. März 2018 in der Rechtssache C-284/16 *Achmea* (2018).

⁴³ Pressemitteilung Nr. 26/18 vom Gerichtshof der Europäischen Union über das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-284/16 *Slowakische Republik / Achmea BV*, 6. März 2018.

⁴⁴ Urteil *Achmea*, op. cit., Rn. 31.

4. The judgment of the Court of Justice

In its long-awaited judgment in *Achmea* delivered on 6 March 2018⁴² the Court of Justice held that the arbitration clause in the investment protection agreement concluded between the Netherlands and Slovakia is not compatible with EU law.

In the Court of Justice's view, that clause removes from the mechanism of judicial review of EU law disputes which may relate to the application or interpretation of that law.⁴³

The CJUE has dealt with the first and second questions referred to it by the BGH jointly as follows.

4.1. Incompatibility with the exclusive jurisdiction of Article 344 TFEU and with the preliminary ruling procedure of Article 267 TFEU

By its first and second questions, the BGH essentially asks whether Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the BIT, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State, bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept.⁴⁴

The Court of Justice notes, first of all, that in view of the characteristics of EU law – such as its autonomy with respect to national laws and international law, its primacy over national laws, and the direct effect of a whole series of its provisions for citizens of the Union and for the Member States – that law both forms part of the law in force in every Member State and derives from an international agreement concluded by those States. According to the CJUE: “*Those characteristics have given rise to a structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations binding the EU and its Member States reciprocally and binding its Member States to each other*”.⁴⁵

Next, the CJUE refers to the common values stated in Article 2 of the Treaty on European Union (hereinafter referred to as “TEU”) on which EU law is based and the principle of sincere cooperation set out in the first subparagraph of Article 4(3) TEU. Pursuant to this principle, the Member States are obliged to ensure in their respective territories the application of and respect for EU law, and

⁴¹ Idem., para. 82.

⁴² Case C-284/16 *Achmea* (2018), Judgment of the Court of Justice delivered on 6 March 2018.

⁴³ Press release No. 26/18 of the Court of Justice regarding the Judgment of the Court in Case C-284/16 *Slovak Republic v Achmea BV*, 6 March 2018.

⁴⁴ Case C-284/16 *Achmea*, op. cit., para. 31.

⁴⁵ Idem., para. 33.

Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass angesichts der Merkmale des Unionsrechts – wie seiner Autonomie gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht, seinem Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten sowie der unmittelbaren Wirkung einer ganzen Reihe seiner Bestimmungen für die Unionsbürger und die Mitgliedstaaten – es zum einen Teil des in allen Mitgliedstaaten geltenden Rechts und zum anderen aus einem internationalen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten hervorgegangen ist. Laut dem EuGH haben: „solche Merkmale [...] zu einem strukturierten Netz von miteinander verflochtenen Grundsätzen, Regeln und Rechtsbeziehungen geführt, dass die Union selbst und ihre Mitgliedstaaten wechselseitig sowie die Mitgliedstaaten untereinander bindet“.⁴⁵

Als nächstes verweist der EuGH auf die gemeinsamen Werte des Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (im Folgenden „EUV“) auf denen das Unionsrecht beruht und auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit des Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV, wonach es den Mitgliedstaaten obliegt in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet insbesondere für die Anwendung und Wahrung des Unionsrechts zu sorgen und zu diesem Zweck alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Unionsorgane ergeben, zu ergreifen.⁴⁶

Das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV wird vom EuGH als „Schlüsselement“ des durch die EU-Verträge geschaffenen Gerichtssystems gekennzeichnet, das durch die Einführung eines Dialogs von Gericht zu Gericht gerade zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten die einheitliche Auslegung des Unionsrechts gewährleisten soll und damit die Sicherstellung seiner Kohärenz, seiner vollen Geltung und seiner Autonomie sowie letztlich des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts ermöglicht.⁴⁷

Die erste Frage die sich der Gerichtshof stellt ist, ob sich die Streitigkeiten, über die das fragliche Schiedsgericht entscheiden muss, auf die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts beziehen können.⁴⁸

Das Unionsrecht ist angesichts seines Wesens und seiner Merkmale sowohl als Teil des in jedem Mitgliedstaat geltenden Rechts als auch als einem internationalen Abkommen zwischen den Mitgliedstaaten entsprungen anzusehen.⁴⁹

Daher kann das fragliche Schiedsgericht unter diesen beiden Aspekten das Unionsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Kapitalverkehr auszulegen oder sogar anzuwenden haben.⁵⁰

to take any appropriate measure for those purposes, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the EU.⁴⁶

The preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU is regarded by the CJUE as the “keystone” of the judicial system established by the Treaties. By setting up a dialogue between one court and another, specifically between the Court of Justice and the courts and tribunals of the Member States, the aim of the procedure seeks to secure uniform interpretation of EU law, thereby serving to ensure its consistency, its full effect and its autonomy, as well as, ultimately, the particular nature of the law established by the Treaties.⁴⁷

The first question that the Court of Justice asks is whether the disputes the arbitral tribunal in question is called on to resolve are liable to relate to the interpretation or application of EU law.⁴⁸

Given the nature and characteristics of EU law, it must be regarded both as forming part of the law in force in every Member State and as deriving from an international agreement between the Member States.⁴⁹

Consequently, the arbitral tribunal in question may, on that twofold basis, be called on to interpret or indeed to apply EU law, particularly the provisions concerning freedom of establishment and free movement of capital.⁵⁰

Secondly, the Court of Justice ascertains whether the arbitral tribunal in question can be regarded as a “court or tribunal of a Member State” within the meaning of Article 267 TFEU.⁵¹

The CJUE points out that the arbitral tribunal in question is an exception to the jurisdiction of the Slovak and Netherlands courts, so that it does not form part of the judicial system of the Netherlands or Slovakia. It follows that the arbitral tribunal cannot be classified as a “court or tribunal of a Member State” within the meaning of Article 267 TFEU concerning references for a preliminary ruling, and therefore has no power to make a reference to the Court of Justice for a preliminary ruling.⁵²

As regards the third question, as to whether an award made by the arbitral tribunal is subject to review by a “court of a Member State” which could refer to the Court questions of EU law linked to a dispute heard by the tribunal, the Court of Justice finds that, under the BIT, the tribunal’s decision is final.⁵³

45 Idem., Rn. 33.

46 Idem., Rn. 34.

47 Idem., Rn. 37.

48 Idem., Rn. 39.

49 Idem., Rn. 41.

50 Idem., Rn. 42.

46 Idem., para. 34.

47 Idem., para. 37.

48 Idem., para. 39.

49 Idem., para. 41.

50 Idem., para. 42.

51 Idem., para. 43.

52 Idem., para. 45 to 49.

Als Zweites prüft der EuGH ob das fragliche Schiedsgericht als ein „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 267 AEUV angesehen werden kann.⁵¹

Der Gerichtshof weist darauf hin, dass die Gerichtsbarkeit des fraglichen Schiedsgerichts im Verhältnis zu der der slowakischen und der niederländischen Gerichte Ausnahmecharakter hat, so dass es nicht Teil des Gerichtssystems der Slowakei oder der Niederlande ist. Folglich kann dieses Schiedsgericht nicht als „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 267 AEUV eingestuft werden und ist daher nicht befugt, den Gerichtshof mit einem Vorabentscheidungsersuchen anzurufen.⁵²

Zur dritten Frage, ob der Schiedsspruch der Überprüfung durch ein „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ unterliegt, das dem Gerichtshof unionsrechtliche Fragen in Verbindung mit einem vom Schiedsgericht behandelten Rechtsstreit vorlegen könnte, stellt der Gerichtshof fest, dass gemäß dem BIT die Entscheidung des Schiedsgerichts endgültig ist.⁵³

Zudem legt das Schiedsgericht seine eigenen Verfahrensregeln fest und wählt insbesondere selbst seinen Sitz und folglich das Recht, das für das Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Gültigkeit des von ihm erlassenen Schiedsspruchs gilt.⁵⁴

Zum letztgenannten Punkt weist der Gerichtshof darauf hin, dass eine solche gerichtliche Überprüfung von dem betreffenden nationalen Gericht nur vorgenommen werden kann, soweit das nationale Recht sie gestattet – eine Bedingung, die im vorliegenden Fall nicht vollständig erfüllt ist, da das deutsche Recht durch § 1059 Abs. 2 ZPO nur eine beschränkte Überprüfung in diesem Bereich vorsieht.⁵⁵

In diesem Zusammenhang hebt der Gerichtshof hervor, dass die Überprüfung von Schiedssprüchen durch die Gerichte der Mitgliedstaaten zwar unter bestimmten Umständen im Rahmen eines Handelsschiedsverfahrens⁵⁶ legitimer Weise beschränkten Charakter aufweisen könnten, doch lassen sich diese Überlegungen nicht auf ein Schiedsverfahren wie das hier Vorliegende übertragen.⁵⁷

Während Ersteres nämlich auf der Parteiautonomie beruht, leitet sich Letzteres aus einem Vertrag her, in dem die Mitgliedstaaten übereingekommen sind, der Zuständigkeit ihrer eigenen Gerichte und damit dem System gerichtlicher Rechtsbehelfe, dessen Schaffung ihnen Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen vorschreibt,⁵⁸ Rechtsstreitigkeiten zu entziehen, in denen dieses Recht anzuwenden oder auszulegen sein kann.⁵⁹

Moreover, the tribunal is to determine its own procedure and, in particular, is itself to choose its seat and consequently the law applicable to the procedure governing judicial review of the validity of the award it makes.⁵⁴

On the latter point, the Court of Justice observes that such judicial review can be done by the national court concerned only to the extent that national law permits, a condition not completely satisfied in the present case, as German law provides in Paragraph 1059(2) ZPO only for limited judicial review in this field.⁵⁵

The Court of Justice points out that, although the review of arbitral awards by the courts of the Member States may under certain conditions legitimately be limited in scope in the context of commercial arbitration proceedings,⁵⁶ that rule cannot, however, be applied to the arbitration proceedings at issue in the present case.⁵⁷

While the former proceedings originate in the freely expressed wishes of the parties, the latter derive from a treaty by which Member States agree to remove from the jurisdiction of their own courts, and hence from the system of judicial remedies which the second subparagraph of Article 19(1) TEU requires them to establish in the fields covered by EU law,⁵⁸ disputes which may concern the application or interpretation of EU law.⁵⁹

On those grounds, the Court of Justice finds that, by concluding the BIT, Slovakia and the Netherlands established a mechanism for settling disputes which is not capable of ensuring that those disputes will be decided by a court within the judicial system of the EU, with only such a court being able to ensure the full effectiveness of EU law.⁶⁰

Article 8 of the BIT is such as to call into question not only the principle of mutual trust between the Member States, but also the preservation of the particular nature of the law established by the Treaties, ensured by the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU. Therefore, it is not compatible with the principle of sincere cooperation.⁶¹

In those circumstances, the Court of Justice concludes that the arbitration clause in the BIT has an adverse effect on the autonomy of EU law, and is therefore incompatible with EU law.⁶²

51 Idem., Rn. 43.

52 Idem., Rn. 45 bis 49.

53 Idem., Rn. 50 und 51.

54 Idem., Rn. 51.

55 Idem., Rn. 53.

56 Vgl. in diesem Sinne Urteil des EuGHs vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-126/97 *Eco Swiss* (1999), Rn. 35, 36 und 40 und Urteil des EuGHs vom 26. Oktober 2006 in der Rechtssache C-168/05 *Mostaza Claro* (2006), Rn. 34 bis 39.

57 Urteil *Achmea*, op. cit., Rn. 54.

58 Vgl. in diesem Sinne Urteil des EuGHs vom 27. Februar 2018 in der Rechtssache C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (2016), Rn. 34.

53 Idem., para. 50 and 51.

54 Idem., para. 51.

55 Idem., para. 53.

56 See in this regard Case C-126/97 *Eco Swiss* (1999), Judgment of the Court of Justice delivered on 1 June 1999, para. 35, 36 and 40 and Case C-168/05 *Mostaza Claro* (2006), Judgment of the Court of Justice delivered on 26 October 2006, para. 34 to 39.

57 Case C-284/16 *Achmea*, op. cit., para. 54.

58 See in this regard Case C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (2016), Judgment of the Court of Justice delivered on 27 February 2018, para. 34.

59 Case C-284/16 *Achmea*, op. cit., para. 55.

60 Idem., para. 56.

61 Idem., para. 58.

62 Idem., para. 59.

Aus diesen Gründen kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Slowakei und die Niederlande mit dem Abschluss des BIT einen Mechanismus zur Beilegung von Streitigkeiten geschaffen haben, der nicht sicherzustellen vermag, dass über diese Streitigkeiten ein zum Gerichtssystem der Union gehörendes Gericht befindet, wobei nur ein solches Gericht in der Lage ist, die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten.⁶⁰

Art. 8 des BIT ist jedoch geeignet, neben dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten die Erhaltung des eigenen Charakters des durch die Verträge geschaffenen Rechts, die durch das in Art. 267 AEUV vorgesehene Vorabentscheidungsverfahren gewährleistet wird, in Frage zu stellen, und ist daher nicht mit der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit vereinbar.⁶¹

Unter diesen Umständen beeinträchtigt die im BIT enthaltene Schiedsklausel die Autonomie des Unionsrechts und ist daher nicht mit ihm vereinbar.⁶²

Angeichts der Beantwortung der ersten und der zweiten Frage braucht die dritte Frage nicht vom Gerichtshof beantwortet zu werden.⁶³

Es ist nun Aufgabe des BGHs den bei ihm anhängigen Rechtsstreit im Einklang mit der Entscheidung des EuGHs zu entscheiden. Obwohl der BGH während des gesamten Verfahrens davon ausging, dass die im BIT Abkommen enthaltene Schiedsklausel mit dem Unionsrecht vereinbar ist, wird ihm wohl nichts anderes übrig bleiben, als den Schiedsspruch aufzuheben.

5. Auswirkungen des Eugh-Urteils

Nachdem sowohl die Schlussanträge des Generalanwalts Wathelet als auch die Entscheidung des EuGHs erörtert wurden, ist es wichtig zu den beiden Standpunkten kurz Stellung zu nehmen, da die vorgelegten Begründungen klare Schwachstellen enthalten.

Obwohl die Schlussanträge des Generalanwalts in *Achmea* im Allgemeinen Unterstützung verdienen, gibt es einige Schlussfolgerungen die aus der Sicht des Völkerrechts und des Unionsrechts sich widersprechen oder einfach unzutreffend sind.

Erstens, behauptet der Generalanwalt das Investitionsschutzgerichte als Gerichte der Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 267 AEUV zu behandeln sind. Dies kann angesichts des unabhängigen internationalen Status der Investor-Staat-Schiedsgerichte keineswegs unterstützt werden. Die den Schiedsgerichten übertragenen Befugnisse stammen ausschließlich aus dem von den Parteien geschaffenen Vertragsregime.⁶⁴

In view of the answer to the first two questions the CJUE saw no need to answer the third question.⁶⁵

It is now the task of the BGH to rule on the pending lawsuit in accordance with the judgment of the CJUE. Although the BGH assumed throughout the proceedings that the arbitration clause contained in the BIT was compatible with EU law, it will most likely have no choice but to set aside the arbitral award.

5. Implications of the judgment of the Court of Justice

After discussing the Opinion of Advocate General Wathelet, as well as the judgment of the Court of Justice, it is important to comment briefly on both positions since the reasoning provided for in each contains clear weaknesses.

Although the Opinion of the Advocate General in *Achmea* generally deserves support, there are some conclusions which, from the point of view of international and EU law, are contradictory or simply incorrect.

Firstly, the Advocate General claims that investment protection tribunals are to be regarded as courts or tribunals of a Member State in the sense of Article 267 TFEU. This can be by no means supported, due to the independent international status of the ISDS mechanism. Their jurisdiction results exclusively from the contractual regime established by the respective parties.⁶⁴

Secondly, if investor-state arbitral tribunals could in fact submit questions for a preliminary ruling to the CJUE, they would be subject to judicial review of the Court of Justice. However, conflicts between international legal provisions of the same hierarchical order and governing the same subject matter, cannot *ab initio* be resolved in favour of EU law based on the internal supremacy alleged by the Advocate General.⁶⁵

Thirdly, Advocate General Wathelet claims that arbitral tribunals participate in the dialogue between courts and, where necessary, are required to request preliminary rulings. This is incompatible with his statement that disputes settled by arbitral tribunals established under the BIT do not themselves concern questions of interpretation or application of the EU Treaties.⁶⁶

The clear rejection of the Opinion of Advocate General Wathelet by the CJUE becomes particularly apparent since it does not refer to or mention the Opinion anywhere in its judgment.

⁶³ Idem., para. 61.

⁶⁴ See *inter alia* *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability of 30 November 2012.

⁶⁵ *Dimitrov*, "Digesting the AG Wathelet Opinion in Case C-284/16 Slowakische Republik v Achmea BV. Is it A Trap?", op cit.

⁶⁶ Idem.

⁵⁹ Urteil *Achmea*, op. cit., Rn. 55.

⁶⁰ Idem., Rn. 56.

⁶¹ Idem., Rn. 58.

⁶² Idem., Rn. 59.

⁶³ Idem., Rn. 61.

Zweitens, falls Investor-Staat-Schiedsgerichte tatsächlich Vorabentscheidungsfragen an den EuGH richten dürften, würden sie der juristischen Kontrolle des Gerichtshofs unterworfen werden. Konflikte zwischen internationalen Rechtsvorschriften, die sich auf demselben hierarchischen Rang befinden und denselben Gegenstand regeln, können nicht *ab initio* zugunsten des Unionsrechts auf der Grundlage der vom Generalanwalt behaupteten internen Überlegenheit entschieden werden.⁶⁵

Drittens, die Behauptung des Generalanwalts Wathelet, dass die Schiedsgerichte am Dialog zwischen den Gerichten teilnehmen und gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren bei dem EuGH beantragen müssen ist nicht vereinbar mit seiner Aussage, dass Streitigkeiten, die von den im Rahmen des BIT gebildeten Schiedsgerichten entschieden wurden, sich nicht auf die Auslegung oder Anwendung der EU-Verträge beziehen.⁶⁶

Die deutliche Ablehnung des EuGHs bezüglich der Schlussanträgen des Generalanwalts Wathelet wird vor allem dadurch klar, dass er an keiner Stelle seines Urteils auf die Schlussanträge Bezug nimmt oder sie überhaupt erwähnt.

Was das EuGH-Urteil angeht ist es wichtig die Entscheidung in ihrem politischen Kontext zu lesen und die Rolle des Gerichtshofs in der Gestaltung des Unionsrechts und der europäischen Integration nicht zu vergessen.

Die Europäische Kommission hatte sich seit Jahren gegen Investor-Staat-Streitbeilegung im Rahmen bestehenden intra-EU BITs geäußert⁶⁷ und sich bemüht die EU-Mitgliedstaaten zur Kündigung dieser Verträge zu bewegen durch die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren gegen mehrere Mitgliedstaaten der Union.⁶⁸

Wie auch in anderen Verfahren, haben sich in *Achmea* zwei klare Lager gebildet: das investitionsschutzfreundliche Lager bestehend aus BGH, Generalanwalt Wathelet, Deutschland, Frankreich, die Niederlande, Österreich und Finnland und das unionszentrierte Lager welches den EuGH, die Kommission, die Tschechische Republik, Estland, Griechenland, Spanien, Italien, Zypern, Lettland, Ungarn, Polen und Rumänien umfasst.⁶⁹

As far as the ruling of the CJUE is concerned, it is important to read the decision in its political context and to remember the role of the Court of Justice in shaping EU law and European integration.

The European Commission has expressed its opposition to the investor-state dispute settlement under the existing intra-EU BITs for years.⁶⁷ It has also attempted to move EU Member States to terminate these treaties by initiating infringement proceedings against several Member States.⁶⁸

As in other proceedings, two clearly separate camps were formed in *Achmea*: the investment protection friendly camp consisting of the BGH, Advocate General Wathelet, Germany, France, the Netherlands, Austria and Finland and the Union-centred camp comprising the CJUE, the Commission, the Czech Republic, Estonia, Greece, Spain, Italy, Cyprus, Latvia, Hungary, Poland and Romania.⁶⁹

For the EU, the law is not merely an instrument to enforce political goals but the basis for its existence and an essential prerequisite for its success. It is therefore not surprising that the CJUE traditionally attributes a central role to the effectiveness of EU law. This may always stem from a self-interest, since it allows the Court of Justice to keep judicial competition low, but the defence of the autonomy of EU law is not merely judicial egoism: by protecting EU law, it protects the EU itself.⁷⁰

In a rather short ruling, in which the CJUE relies on constitutional features of EU law and deliberately keeps its statements broad to allow for a more general application of the Judgment, the Court of Justice calls into question the future of investor-state arbitration in Europe, without even reflecting on the current form of international investment protection.⁷¹

In *Achmea*, the Court of Justice defends "autonomy above all". Autonomy of EU law above a quasi-judicial competition of international law, above the intent and purpose of investment protection under international law that establishes a review mechanism independent of national or EU law, above the obligation under international law of *pacta sunt*

64 Vgl. u.a. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Verfahren Nr. ARB/07/19), Entscheidung über die Zuständigkeit, anwendbares Recht und Haftung vom 30. November 2012.

65 *Dimitrov*, „Digesting the AG Wathelet Opinion in Case C-284/16 Slowakische Republik v Achmea BV. Is it A Trap?“, op cit.

66 Idem.

67 In Schiedsverfahren zwischen Investoren und EU-Mitgliedstaaten trat die Europäische Kommission meistens als *amicus curiae* auf, um ihre These von einer Unvereinbarkeit der unionsinternen BIT mit dem AEUV geltend zu machen, die von den Schiedsgerichten systematisch als unbegründet zurückgewiesen wurde. Vgl. u.a. *WNC Factoring Ltd (WNC)/Die tschechische Republik, UNCITRAL, PCA Verfahren Nr. 2014-34*, Schiedsspruch vom 22. Februar 2017 und *Eiser Infrastructure Limited und Energía Solar Luxembourg Sàrl/Königreich Spanien* (ICSID Verfahren Nr. ARB/13/36), Schiedsspruch vom 4. Mai 2017.

68 Am 18. Juni 2015 hat die Europäische Kommission Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, die Niederlande, Rumänien, die Slowakei und Schweden eingeleitet. Parallel dazu forderte sie die anderen 21 EU-Mitgliedstaaten, die noch Vertragspartei derartiger Abkommen sind, zu Stellungnahmen auf.

69 *Lang*, „Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH“, *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht*, 16. März 2018.

67 In arbitration proceedings between investors and Member States, the European Commission has often intervened as *amicus curiae* in order to support its argument that intra-EU BITs are incompatible with the TFEU; an argument which the arbitral tribunals have systematically rejected as unfounded. See inter alia *WNC Factoring Ltd (WNC)/Czech Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2014-34*, Award of 22 February 2017 and *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg Sàrl/Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/13/36), Award of 4 May 2017.

68 On 18 June 2015 the European Commission initiated infringement proceedings against Austria, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden. In parallel, it wrote to the other 21 Member States that still have such treaties in place, to seek their views on the issue.

69 *Lang*, „Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH“, *Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht*, 16 March 2018.

70 *Thym*, „Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte“, *Verfassungsblog*, 8 March 2018.

71 *Lang*, „Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH“, op. cit.

Für die EU ist das Recht nicht nur ein Instrument, um politische Ziele durchzusetzen, sondern die Grundlage ihrer Existenz und eine wesentliche Erfolgsvoraussetzung. Es überrascht also nicht, dass der EuGH traditionell der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts eine zentrale Rolle beimisst. Dies mag immer einem Eigeninteresse entspringen, weil der EuGH richterliche Konkurrenz klein hält, aber die Verteidigung der Autonomie ist mehr als richterlicher Egoismus: Sie schützt mit der Rechtsgemeinschaft die EU selbst.⁷⁰

In einem recht kurzem Urteil, in dem der EuGH sich auf verfassungsrechtliche Merkmale des Unionsrechts stützt und seine Aussagen bewusst allgemein hält um eine breitere Anwendung des Urteils zu ermöglichen, stellt der Gerichtshof die Zukunft der Investor-Staat-Schiedsgerichtbarkeit in Europa in Frage, ohne dass über die gegenwärtige Gestalt des internationalen Investitionsschutzes überhaupt reflektiert wird.⁷¹

In *Achmea* heißt es also „Autonomie über alles“. Autonomie des Unionsrechts über eine quasi-gerichtliche Konkurrenz des Völkerrechts, über den Sinn und Zweck des völkerrechtlichen Investitionsschutzes durch eine vom nationalen- bzw. Unionsrecht unabhängige Kontrolle, über die völkerrechtliche Verpflichtung des *pacta sunt servanda* und über die Vertragsfreiheit und bestehende Rechte der Investoren.

Das Urteil beruht auf der Auffassung, dass diese Investor-Staat-Schiedsgerichte das Unionsrecht ohne jegliche gerichtliche Kontrolle interpretieren und anwenden, obwohl dies in der überwiegenden Mehrheit dieser Fälle tatsächlich nicht der Fall war. Daher hat der Gerichtshof diese Entscheidung auf der Grundlage eines rein hypothetischen Risikos⁷² der Einmischung in das Unionsrecht getroffen, wenn in der Realität recht unterschiedliche Standards des Völkergewohnheitsrechts die meisten Investitionsstreitigkeiten bestimmen.

Der Gerichtshof stellt also fest, dass der in den BITs enthaltene ISDS-Mechanismus es ihm nicht ermöglicht die Autonomie des Unionsrechts zu wahren, weil er aus einem solchen Verfahren ausgeschlossen wird. Diese Schlussfolgerung des EuGHs ist nicht leicht nachvollziehbar, da die Entscheidung in *Achmea* genau im Zusammenhang mit einem solchen Fall getroffen wird.

Der Generalanwalt Wathelet hat ausführlich dargelegt, dass die Interpretationshoheit des EuGHs über die in investitionsschiedsgerichtlichen Verfahren auftretenden unionsrechtlichen Fragen in der großen Mehrheit der Fälle dadurch gewährleistet werden kann, dass entweder Schiedsgerichte als nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt eingestuft werden oder nationale Gerichte den EuGH mit der Auslegung des Unionsrechts im Zuge der Überprüfung

servanda and above the freedom of contract and existing rights of investors.

The judgment is based on the understanding that investor-state arbitral tribunals interpret and apply EU law without any judicial review, although in the vast majority of these cases this was effectively not the case. Therefore, the Court of Justice came to this decision based on a purely hypothetical risk of interference⁷² with EU law, when in reality rather different standards of customary international law determine most investment disputes.

The CJUE thus finds that the ISDS mechanism contained in the BITs does not enable it to preserve the autonomy of EU law, because it is excluded from such proceedings. This conclusion of the Court of Justice is not easy to understand since the decision in *Achmea* is made precisely in the context of such a case.

Advocate General Wathelet has set out in detail that the prerogative of interpretation by the CJUE regarding questions of EU law arising in investment dispute settlement procedures can be guaranteed in the majority of cases. This can be done by either classifying arbitral tribunals as entitled to request preliminary rulings pursuant to Article 267 TFEU, or by having national courts referring questions on the interpretation of EU law to the CJUE while reviewing the compatibility of an arbitration award with the public order.⁷³

In this context, it is important to note that most civil procedure codes of the Member States contain a provision which guarantees that the enforcement of arbitral awards does not infringe the public order.

It follows, therefore, that the CJUE in *Achmea* requests maximum legal protection of its prerogative of interpretation for a minimal threat to the uniform interpretation and application of EU law.

5.1. Arbitral tribunals as courts or tribunals entitled to request preliminary rulings?

A central concern of the CJUE in *Achmea* is to keep investment protection under EU jurisdiction. To ensure this, it explicitly excludes arbitral tribunals constituted under BITs from the EU legal system. However, the Court of Justice points out that domestic and international arbitral tribunals remain perfectly permissible.⁷⁴

This applies, firstly, to the decision based on private autonomy of individual companies to settle their disputes by private or contractual arbitral tribunals rather than by state courts,

⁷⁰ Thym, „Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte“, Verfassungsblog, 8. März 2018.

⁷¹ Lang, „Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH“, op. cit.

⁷² Urteil *Achmea*, op. cit., Rn. 39 besagt dass es ausreichend ist, dass sich die Streitigkeiten „[...] auf die Auslegung oder Anwendung des Unionsrechts beziehen können“.

⁷³ Case C-284/16 *Achmea*, op. cit., para. 39 states that it is sufficient that the disputes may “[...] relate to the interpretation or application of EU law”.

⁷⁴ Lang, „Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH“, op. cit.

⁷⁵ Thym, „Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte“, op. cit.

der Vereinbarkeit des Schiedsspruchs mit der öffentlichen Ordnung befassen.⁷³

In diesem Kontext ist es wichtig zu erwähnen, dass die meisten Zivilprozessordnungen der Mitgliedstaaten eine Norm enthalten die sicherstellt das die Vollstreckung von Schiedssprüchen nicht gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

Es folgt also das für eine minimale Gefährdung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts der EuGH in *Achmea* eine maximale rechtliche Absicherung seiner Interpretationshoheit fordert.

5.1. Schiedsgerichte als vorlageberechtigte Gerichte?

Zentrales Anliegen des EuGHs in *Achmea* ist es, den Investitionsschutz weiterhin der EU-Gerichtsbarkeit zu unterstellen. Um dies zu gewährleisten, werden die nach den BIT entstandenen Schiedsgerichte vom Gerichtshof ganz klar aus dem EU-Rechtssystem ausgeschlossen. Der Gerichtshof betont jedoch das inner- und zwischenstaatliche Schiedsgerichte sehr wohl zulässig bleiben.⁷⁴

Dies gilt zum einen für die privatautonome Entscheidung einzelner Unternehmen ihre Streitigkeiten anstatt durch staatliche Gerichte durch private Schiedsgerichte, bzw. vertragliche Schiedsgerichte, beilegen zu lassen, was in gewissen Grenzen möglich bleibt. Zum anderen bekräftigt der Gerichtshof erneut, dass er internationale Schiedsgerichte zu akzeptieren bereit ist, solange deren Struktur die Autonomie des Unionsrechts achtet.⁷⁵

Laut der ständigen Rechtsprechung des EuGHs ist ein vertragliches Schiedsgericht nicht als „*Gericht eines Mitgliedstaats*“ im Sinne von Art. 267 AEUV anzusehen, „*da für die Vertragsparteien weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Verpflichtung besteht, ihre Streitigkeiten vor ein Schiedsgericht zu bringen und die öffentliche Gewalt des betroffenen Mitgliedstaats weder in die Entscheidung, den Weg der Schiedsgerichtsbarkeit zu wählen, einbezogen ist noch von Amts wegen in den Ablauf des Verfahrens vor dem Schiedsrichter eingreifen kann*“.⁷⁶

In diesem Zusammenhang ist die Grundsatzentscheidung vom EuGH in *Eco Swiss* von erheblicher Bedeutung. In diesem Urteil, in dem es um die Kündigung eines Lizenzvertrags zwischen Unternehmen ging, weist der Gerichtshof darauf hin, dass: „*die Erfordernisse der Effizienz des Schiedsverfahrens es rechtfertigen, Schiedssprüche nur in beschränktem Umfang zu überprüfen und die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Versagung seiner Anerkennung nur in außergewöhnlichen Fällen vorzusehen*“.⁷⁷

which remains possible. Secondly, the CJUE reinforces that it is willing to accept international arbitral tribunals as long as their structure respects the autonomy of EU law.⁷⁵

According to settled case law of the Court of Justice, an arbitration tribunal constituted pursuant to an agreement between private parties must not be regarded as a “*court or tribunal of a Member State*” in the sense of Article 267 TFEU “*since the parties are under no obligation, in law or in fact, to refer their disputes to arbitration and the public authorities of the Member State concerned are not involved in the decision to opt for arbitration nor required to intervene of their own accord in the proceedings before the arbitrator*”.⁷⁶

In this context, the landmark decision of the CJUE in *Eco Swiss* is of significant importance. In this judgment, which related to the termination of a licensing agreement entered into between companies, the CJUE points out that: “*it is in the interest of efficient arbitration proceedings that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognise an award should be possible only in exceptional circumstances*”.⁷⁷

In the light of this case law of the Court of Justice, the jurisdiction of national courts to review an arbitral award on a dispute between private parties is limited to violations against fundamental provisions of EU law, which according to the CJUE are part of the *ordre public*.⁷⁸ Therefore, a referral for a preliminary ruling is conceivable.⁷⁹

Accordingly, it follows from the judgment in *Eco Swiss* “*that a national court to which application is made for annulment of an arbitration award must grant that application if it considers that the award in question is in fact contrary [to a fundamental provision of EU law], where its domestic rules of procedure require it to grant an application for annulment founded on failure to observe national rules of public policy*”.⁸⁰

In contrast to its position regarding contractual arbitration, recent rulings of the CJUE reveal signs of widening the eligibility criteria in favour of international arbitration, as well as domestic arbitration between a company and a state.⁸¹

In *Merck Canada*, the CJUE held that an arbitral tribunal such as the Portuguese “Tribunal Arbitral necessário” (mandatory arbitral tribunal for questions of pharmaceutical legislation) may refer questions to the Court of Justice for a preliminary ruling.

73 Lang, „Autonomie „über alles“: Eine Kritik des Achmea-Urteils des EuGH“, op. cit.

74 Thym, „Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte“, op. cit.

75 Idem.

76 Vgl. u.a. Urteil *Nordsee*, op. cit., Rn. 10 bis 12, Urteil *Eco Swiss*, op. cit., Rn. 34 und Urteil *Denuit und Cordenier*, op. cit. Rn. 13.

75 Idem.

76 See inter alia Case 102/82 *Nordsee* (1982), op. cit., para. 10 to 12, Case C-126/97 *Eco Swiss* (1999), op. cit., para. 34 and C-125/04 *Denuit und Cordenier* (2005), op. cit. para. 13.

77 Case C-126/97 *Eco Swiss* (1999), op. cit., para. 35.

78 Idem., para. 37 to 39.

79 Idem., para. 40.

80 Idem., para. 41.

81 *Paschalidis*, “Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice”, *Arbitration International*, 2017, page 663.

Im Licht dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Kontrollbefugnis der nationalen Gerichte über einen Schiedsspruch zu einer Rechtsstreitigkeit zwischen Privaten auf Verstöße gegen grundlegende Bestimmungen des Unionsrechts beschränkt, die laut dem EuGH Teil des *ordre public* sind.⁷⁸ Ein Vorabentscheidungsverfahren ist daher denkbar.⁷⁹

Es folgt also aus dem *Eco Swiss* Urteil, „dass ein nationales Gericht, das mit einer Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs befasst ist, dieser Klage stattgeben muss, wenn es der Auffassung ist, dass der Schiedsspruch [grundlegende Bestimmungen des Unionsrechts] widerspricht, sofern es nach seinem nationalen Verfahrensrecht im Fall der Verletzung nationaler Rechtsvorschriften, die der öffentlichen Ordnung zuzurechnen sind, einer Aufhebungsklage stattzugeben hätte.“⁸⁰

Im Gegensatz zu der Handelsschiedsgerichtsbarkeit lässt der EuGH in jüngeren Urteilen Anzeichen einer Öffnung der Zulässigkeitskriterien zugunsten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit als auch der innerstaatlichen Schiedsgerichtsbarkeit zwischen einem Unternehmen und einem Staat erkennen.⁸¹

Der EuGH hat nämlich in *Merck Canada* entschieden das ein Schiedsgericht wie das portugiesische „Tribunal Arbitral necessário“ (obligatorisches Schiedsgericht für Fragen des Arzneimittelrechts) dem Gerichtshof Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen kann.

In *Merck Canada* sah der Gerichtshof, im Falle des „Tribunal Arbitral necessário“ alle Voraussetzungen, um als Gericht angesehen werden zu können, als erfüllt. Seine Zuständigkeit beruht nämlich nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf einem portugiesischen Gesetz,⁸² wonach dieses Gericht zwingend dafür zuständig ist, im ersten Rechtszug Rechtsstreitigkeiten über gewerbliche Schutzrechte in Bezug auf Referenzarzneimittel und Generika zu entscheiden.⁸³

Andererseits weist der Gerichtshof darauf hin, dass Form, Zusammensetzung und Verfahrensvorschriften des „Tribunal Arbitral necessário“ je nach dem Willen der Parteien unterschiedlich sein können und dass es, sobald es seine Entscheidung erlassen hat, aufgelöst wird. Diese Gesichtspunkte könnten demnach Zweifel hinsichtlich seines ständigen Charakters aufkommen lassen. Da es jedoch auf einer gesetzlichen Grundlage errichtet wurde, über eine dauerhafte zwingende Zuständigkeit verfügt und die anzuwendenden Verfahrensvorschriften durch die nationale Gesetzgebung festgelegt und in einen Rahmen

In this case, the Court of Justice considered that the “Tribunal Arbitral necessário” fulfilled all the requirements to be considered a court or tribunal. Its jurisdiction stems not from the will of the parties, but from Portuguese legislation.⁸² This confers compulsory jurisdiction upon the tribunal to determine, at first instance, disputes involving industrial property rights pertaining to reference medicinal products and generic drugs.⁸³

On the other hand, the Court of Justice notes that the “Tribunal Arbitral necessário” may vary in form, composition and rules of procedure, according to the choice of the parties, and that it is dissolved after making its decision. These factors may thus raise doubts as to its permanence. However, given that the tribunal was established on a legislative basis, that it has permanent compulsory jurisdiction and that national legislation defines and frames the applicable procedural rules, the CJUE considers the requirement of permanence also to be met.⁸⁴

In *Ascendi*, the CJUE also held that the Portuguese “Tribunal Arbitral Tributário” (arbitration tribunal dealing with taxation) fulfilled all the criteria to request a preliminary ruling from the Court of Justice.

The “Tribunal Arbitral Tributário”, which made a reference for a preliminary ruling to the Court of Justice, was established by law since the Portuguese law governing tax arbitration⁸⁵ provides that tax arbitration constitutes an alternative means of judicial resolution of tax disputes and confers general jurisdiction on arbitral tribunals dealing with taxation for assessing the legality of the payment of any tax.⁸⁶

As regards the requirement of permanence, the “Tribunal Arbitral Tributário” is deemed permanent in nature since, as a whole, it is an element of the system referred to “even though the composition of the trial formations [...] is ephemeral and their activity ends once they have made their ruling.”⁸⁷ The system to which the Court of Justice refers is the “Centro de Arbitragem Administrativa” (CAAD) (Centre of Administrative Arbitration).

The judgment in *Achmea* only affects investor-state arbitration and thus will not influence the aforementioned case law of the CJUE. In other words, the Court of Justice can continue to answer questions referred to it by arbitral tribunals which are entitled to request preliminary rulings pursuant to Article 267 TFEU or by national courts dealing

77 Urteil *Eco Swiss*, op. cit., Rn. 35.

78 Idem., Rn. 37 bis 39.

79 Idem., Rn. 40.

80 Idem., Rn. 41.

81 *Paschalidis*, „Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice“, Arbitration International, 2017, Seite 663.

82 Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que cria um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos (Gesetz Nr. 62/2011 vom 12. Dezember 2011).

83 Vgl. u.a. Beschluss *Merck Canada*, op. cit. Rn. 19.

82 Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, que cria um regime de composição dos litígios emergentes de direitos de propriedade industrial quando estejam em causa medicamentos de referência e medicamentos genéricos (Law No. 62/2011 of 12 December 2011).

83 See inter alia Case C-555/13 *Merck Canada* (2014), op. cit. para. 19.

84 Idem., para. 24.

85 Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária (Decree-Law No. 10/2011 of 20 January 2011).

86 See Case C-377/13 *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (2014), op. cit., para. 24.

87 Idem., para. 26.

gefasst werden, sieht der Gerichtshof auch die Voraussetzung des ständigen Charakters als erfüllt an.⁸⁴

In *Ascendi* entschied der EuGH ebenfalls, dass das portugiesische „Tribunal Arbitral Tributário“ (Schiedsgericht in Steuersachen) alle Voraussetzungen erfüllte um den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.

Das „Tribunal Arbitral Tributário“, das den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht hatte, erfüllte das Kriterium der gesetzlichen Grundlage, da ein portugiesisches Gesetz⁸⁵ die Schiedsgerichtsbarkeit als Form der gerichtlichen Streitentscheidung in Steuerangelegenheiten vorsah und den Schiedsgerichten für Steuerangelegenheiten eine allgemeine Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit jeglicher Steuerfestsetzung zuwies.⁸⁶

Bezüglich des Kriteriums des ständigen Charakters, weist das „Tribunal Arbitral Tributário“, *„obwohl die Zusammensetzung seiner Spruchkörper von kurzer Dauer ist und deren Tätigkeit jeweils mit ihrer Entscheidung endet, insgesamt als Teil des genannten Systems ständigen Charakter auf“*.⁸⁷ Das System, auf das sich der Gerichtshof bezieht, ist das „Centro de Arbitragem Administrativa“ (CAAD) (Zentrum der Verwaltungsschiedsgerichtsbarkeit).

Das *Achmea* Urteil hat nur Auswirkungen auf Investor-Staat-Schiedsgerichtsbarkeit und wird damit die oben genannte Rechtsprechung des EuGHs nicht beeinflussen. Mit anderen Worten, der EuGH kann weiterhin auf Vorlagefragen von Schiedsgerichte die nach Art. 267 als vorlageberechtigt eingestuft werden oder von nationalen Gerichten, die sich mit der Vereinbarkeit eines Schiedsspruchs mit der öffentlichen Ordnung befassen, antworten.

5.2. Welche Zukunft für intra-EU BITs?

Da das *Achmea* Urteil sich auf Investor-Staat-Schiedsverfahren im Rahmen von intra-EU BITs beschränkt, werden die unionsinternen BITs nach dem EuGH-Urteil weiterhin in Kraft bleiben. Die Investoren sollten sich weiterhin auf die in diesen Verträgen enthaltenen wesentlichen Schutzstandards verlassen können, jedoch können sie den ISDS-Mechanismus nicht mehr in Anspruch nehmen und sind gezwungen Streitigkeiten an die Gerichtsbarkeit des jeweiligen Staates zu richten.

Was mit den gegenwärtig anhängigen Investitionsschutzverfahren passieren wird – in denen die Streitparteien noch keinen rechtskräftigen Schiedsspruch erhalten haben – wird im EuGH-Urteil nicht erwähnt.

with the compatibility of an arbitration award with public policy.

5.2. What does the future hold for intra-EU BITs?

Since the *Achmea* judgment is limited to investor-state arbitration proceedings in the context of intra-EU BITs, these treaties will most likely remain in force after the judgment of the CJUE. The investors should be able to keep relying on the protection standards contained in those treaties. They cannot, however, use the ISDS mechanism and are forced to refer disputes to the jurisdiction of the respective state.

What will happen with the currently pending investment protection proceedings – in which the conflicting parties have not yet received a final arbitral award – is not mentioned in the judgment of the CJUE.

On the one hand, EU law is mostly not the governing law for arbitral tribunals, but rather international law. Therefore, their jurisdiction would initially not be affected.⁸⁸ On the other hand, arbitral tribunals may, however, wish to avoid a conflict and decline jurisdiction.

The incompatibility of arbitration clauses in intra-EU BITs with EU law means that the Union citizens concerned are deprived of their rights and their legal position is weakened. This appears to be a gross contradiction with the objectives of the Union, in particular to strengthen the internal market and attract investors, which has already been criticized with respect to the efforts of the Commission to end intra-EU BITs.⁸⁹ Equally, the legitimate expectations of the existing investors, which rely on the existing protection of the BITs, should have been taken into account.⁹⁰

According to the Court of Justice's decision in *Achmea*, an investor seated outside the EU is better protected against an EU Member State than is an EU investor. Furthermore, an EU investor is better protected outside the EU than within. It is hard to reconcile this with the general EU policy to promote the free movement of capital within the Union.⁹¹

In view of the decision in *Achmea*, if the arbitration clauses in intra-EU BITs are in fact incompatible with EU law, one wonders why the agreements did not foresee that these clauses would be considered void after the accession to the EU of the non-EU Member State.

⁸⁴ Idem., Rn. 24.

⁸⁵ Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, que regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária (gesetzesvertretenden Verordnung Nr. 10/2011 vom 20. Januar 2011).

⁸⁶ Vgl. Urteil *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, op. cit., Rn. 24.

⁸⁷ Idem., Rn. 26.

⁸⁸ Bücheler, „Bitte kein Bit? Investitionsschutzverträge auf dem Prüfstand des Unionsrechts“, *SchiedsVZ*, 2016, pages 328 and 336.

⁸⁹ Tietje, „Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts“, *KSzW*, 2011, page 128.

⁹⁰ Schäfer/Gaffney, „Intra-EU BIT's: Toothless Tigers or Do They Still Bite? The OLG Frankfurt Considers the Impact of EU Law on the Investor-State Dispute Resolution Mechanism“, *SchiedsVZ*, 2013, page 68.

⁹¹ Perry, „CJUE rules against intra-EU BITs“, *Global Arbitration Review*, 6 March 2018.

Einerseits ist Unionsrecht für Schiedsgerichte zumeist nicht maßgebendes Recht, sondern Völkerrecht. Daher würde sich an deren Zuständigkeit zunächst nichts ändern.⁸⁸ Andererseits könnten Schiedsgerichte jedoch einen Konflikt vermeiden wollen und ihre Zuständigkeit ablehnen.

Die Unvereinbarkeit von Schiedsklauseln in intra-EU BITs mit dem Unionsrecht bedeutet, dass den betroffenen Unionsbürgern Rechte genommen werden und somit ihre Rechtsposition geschwächt wird. Dies scheint angesichts der Ziele der Union, insbesondere den Binnenmarkt zu stärken und Investoren anzusiedeln, ein grober Wertungswiderspruch zu sein, der bereits heute der Kommission im Hinblick auf ihre Bemühungen zur Auflösung der intra-EU-BITs vorgeworfen wird.⁸⁹ Auch die berechtigten Erwartungen der bereits existierenden Investoren, die sich auf den bestehenden Schutz der BITs verlassen, hätten berücksichtigt werden sollen.⁹⁰

Nach der Entscheidung des Gerichtshofs in *Achmea* ist ein Investor mit Sitz außerhalb der EU besser gegen einen EU-Mitgliedstaat geschützt als ein EU-Investor und ein EU-Investor außerhalb der EU ist wiederum besser geschützt als innerhalb der EU. Es fällt schwer, dies mit der allgemeinen EU-Politik zur Förderung des freien Kapitalverkehrs innerhalb der EU in Einklang zu bringen.⁹¹

Angesichts der Entscheidung in *Achmea* fragt man sich, sofern die Schiedsklauseln in den unionsinternen BITs tatsächlich mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, warum es in den Abkommen nicht vorausgesehen wurde, dass diese Klauseln nach dem Beitritt des bis dahin Nicht-EU-Mitgliedsstaats als ungültig zu betrachten sind.

Im Licht all dieser Überlegungen scheint der EuGH in *Achmea* der Kommission den notwendigen politischen Rückenwind zu geben der ihr bislang fehlte um die existierenden intra-EU BITs zu beenden.

Wie bereits erwähnt, bemüht sich die Kommission seit 2015 die unionsinternen BITs zu kündigen. Die anhängigen Vertragsverletzungsverfahren müssten gemäß dem *Achmea* Urteil wohl mit einer Verurteilung der Mitgliedstaaten enden, wenn die Staaten nicht zuvor ihre bestehenden BITs unionsrechtskonform kündigen.⁹²

Es ist jedoch auch denkbar, dass die Kommission die laufenden Vertragsverletzungsverfahren zurückzieht und sich

In light of all of these considerations, the CJUE in *Achmea* seems to have provided the Commission with the necessary political tailwind that it was lacking to terminate the existing intra-EU BITs.

As previously mentioned, the Commission has been attempting to terminate the intra-EU BITs since 2015. In accordance with the *Achmea* judgment, the pending infringement proceedings would probably have to end with a condemnation of the Member States, unless they terminate their BITs in the meantime.⁹²

However, it is also conceivable that the Commission may withdraw the current infringement proceedings to seek to reach a multilateral agreement with the Member States.

In this context, there are two main options: Either to replace the existing intra-EU BITs with an EU-wide investment protection agreement or to set up a multilateral investment court.

As far as the first possibility is concerned, in April 2016 several Member States suggested in a "Non-Paper" inter alia to replace the existing intra-EU BITs with a legal act of the Union according to the division of powers between the Union and the Member States applicable to investors of all Member States. It would allow referral to the CJUE in any case of dispute resolution.⁹³

Regarding the second option, the Council of the European Union adopted negotiation directives in 20 March 2018, shortly after the judgment of the Court of Justice in *Achmea*, which entitle the European Commission to negotiate a convention regarding the establishment of a multilateral court for the settlement of investment disputes.⁹⁴ For the first time, the Council published the negotiating mandate for the Commission.⁹⁵

This would mean a departure from the current ad hoc investor-state dispute settlement, which is presently embedded in around 3200 existing investment treaties – out of which 1400 were concluded by EU Member States.⁹⁶

88 Bücheler, „Bitte kein Bit? Investitionsschutzverträge auf dem Prüfstand des Unionsrechts“, *SchiedsVZ*, 2016, Seite 328 und 336.

89 Tietje, „Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts“, *KSzW*, 2011, Seite 128.

90 Schäfer/Gaffney, „Intra-EU BIT's: Toothless Tigers or Do They Still Bite? The OLG Frankfurt Considers the Impact of EU Law on the Investor-State Dispute Resolution Mechanism“, *SchiedsVZ*, 2013, Seite 68.

91 Perry, „ECJ rules against intra-EU BITs“, *Global Arbitration Review*, 6. März 2018.

92 Im April 2018 beschlossen die Niederlande, alle bestehenden intra-EU BITs zu kündigen. Das Schreiben des Ministers für Außenhandel und Entwicklung der Niederlande an das niederländische Parlament ist aufrufbar unter: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/04/26/kamerbrief-over-investeringsakkoorden-met-andere-eu-lidstaten>.

92 In April 2018, the Netherlands decided to terminate all intra-EU BITs currently in force. The letter sent by the Minister for External Trade and Development of the Netherlands to the Dutch Parliament is available online at: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/04/26/kamerbrief-over-investeringsakkoorden-met-andere-eu-lidstaten>.

93 „Intra-EU Investment Treaties – Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands“, 7 April 2016, available online at: https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/1/intra-eu-investment-treaties.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

94 Press release of the European Commission (permanent representation in Germany), „Multilateraler Investitionsgerichtshof: Kommission erhält grünes Licht zur Aufnahme von Verhandlungen“, 20 March 2018.

95 „Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes“, Mandate for negotiations by the Council of the European Union, 20 March 2018, available online at: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>.

96 Press release of the European Commission (permanent representation in Germany), „Multilateraler Investitionsgerichtshof: Kommission erhält grünes Licht zur Aufnahme von Verhandlungen“, op. cit.

auf multilateralem Wege versucht mit den Mitgliedstaaten der Union zu einigen.

In diesem Zusammenhang gibt es vor allen Dingen zwei Möglichkeiten und zwar die bestehenden intra-EU BITs durch ein EU-weites Investitionsschutzabkommen zu ersetzen oder einen multilateralen Investitionsgerichtshof zu errichten.

Was die erste Möglichkeit angeht, haben einige Mitgliedstaaten der Union im April 2016 in einem „Non-Paper“ u.a. vorgeschlagen die unionsinternen BITs durch einen auf die Investoren aller Mitgliedstaaten anwendbaren Rechtsakt der Union nach Maßgabe der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten zu ersetzen und eine Vorlage an den EuGH in jedem Falle der Streitbeilegung zu ermöglichen.⁹³

In Bezug auf die zweite Möglichkeit, hat der Rat der Europäischen Union am 20. März 2018, d.h. kurz nach der Entscheidung des EuGHs in *Achmea*, Verhandlungsrichtlinien angenommen, die die Europäische Kommission ermächtigen, ein Übereinkommen zur Errichtung eines multilateralen Gerichts zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten auszuhandeln.⁹⁴ Zum ersten Mal veröffentlichte der Rat das Verhandlungsmandat für die Kommission.⁹⁵

Damit würde eine Abkehr von der derzeitigen *ad hoc* Investor-Staat-Streitbeilegung vollzogen, die gegenwärtig in rund 3200 geltenden Investitionsabkommen – von denen 1400 von EU-Mitgliedstaaten geschlossen wurden – verankert ist.⁹⁶

Der künftige Investitionsgerichtshof könnte von allen interessierten Ländern in Anspruch genommen werden und würde in Streitigkeiten im Zusammenhang mit künftigen und bestehenden Investitionsabkommen entscheiden.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass das *Achmea* Urteil im Augenblick mehr Fragen als Antworten aufwirft und für viele Investoren in Europa vor allem für Unsicherheit sorgt.

Die jüngsten Entwicklungen zur Einrichtung eines multilateralen Investitionsgerichtshofs geben Anlass zur Hoffnung und können als positive Entwicklung in dem Sinne gesehen werden, dass ein effizientes Investitionsschutzsystem ein zentrales Anliegen der Entscheidungsträger sein sollte.

The future investment court could be used by all interested states and would settle disputes in relation to future and existing investment agreements.

It follows from the above that the *Achmea* judgment raises more questions than it answers and, above all, it creates uncertainty for many investors in Europe.

The most recent developments with regard to the establishment of a multilateral investment court give cause for hope and can be seen as a positive development in the sense that an efficient investment protection system should be a key concern for decision-makers.

93 „Intra-EU Investment Treaties – Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands“, 7. April 2016, aufrufbar unter: https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/I/intra-eu-investment-treaties.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

94 Pressemitteilung der Europäischen Kommission (Vertretung in Deutschland), „Multilateraler Investitionsgerichtshof: Kommission erhält grünes Licht zur Aufnahme von Verhandlungen“, 20. März 2018.

95 „Negotiating directives for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes“, Verhandlungsmandat des Rates der Europäischen Union, 20. März 2018, aufrufbar unter: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/en/pdf>.

96 Pressemitteilung der Europäischen Kommission (Vertretung in Deutschland), „Multilateraler Investitionsgerichtshof: Kommission erhält grünes Licht zur Aufnahme von Verhandlungen“, op. cit.

A CONDENAÇÃO GENÉRICA EM PROCESSO ARBITRAL

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO
DE LISBOA DE 09 DE NOVEMBRO DE 2017

CARLA GÓIS COELHO

Mestre em Direito (Mestrado Científico
em Ciências Jurídicas - FDUL)
Pós-graduação em Arbitragem (FDUNL)
Advogada, Associada Coordenadora PLMJ

LEONOR CALDEIRA

LL.M. (Queen Mary University of London)
Advogada, Associada PLMJ

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo n.º: 598/17.4YRLSB-6¹

Relator: Nuno Sampaio

Resumo:

A. Factos Relevantes:

A decisão judicial ora em análise versa sobre a relação contratual entre duas partes que, em 18 de janeiro de 2007, celebraram entre si um contrato de empreitada, o qual continha uma convenção de arbitragem para resolução de eventuais litígios.

Durante a execução desse contrato de empreitada as partes divergiram quanto a defeitos nos trabalhos realizados pelo Empreiteiro, bem como quanto a faturas alegadamente em dívida por parte do Dono da Obra.

Em 2 de novembro de 2009 e antes de recorrerem à via arbitral ou judicial, resolveram as partes celebrar um acordo extrajudicial, através do qual as partes assumiram que iriam “*envidar esforços para chegarem a acordo para fecho da empreitada até ao dia 30.11.2009*”, sendo certo que, caso as partes não chegassem a tal entendimento, seria “*constituída arbitragem técnica nos termos de acordo anexo ao auto de recepção provisória, sendo nomeado um árbitro por ambas as Partes e o Presidente por acordo entre os árbitros nomeados, ou na falta de acordo, pelo Tribunal da Comarca de Lisboa*”.

Contudo, tendo-se frustrado as tentativas de conciliação extrajudicial (e aparentemente fazendo desconsiderando o convencionado em 2 de novembro de 2009), foi subsequentemente iniciado um processo arbitral, ao abrigo da convenção de arbitragem constante do contrato de empreitada celebrado a 18 de janeiro de 2007. Foram formulados pedidos e contra-pedidos indemnizatórios.

Assim, em 6 de outubro de 2015 foi proferida pelo tribunal arbitral constituído para o efeito uma sentença arbitral que “*resolveu*” o caso da seguinte forma:

“Sendo inválida a declaração de resolução do contrato de empreitada declarada pelo Demandado, por carta datada de 6 de Setembro de 2010 dirigida à demandante e por esta recebida, e encontrando-se assim em vigor o mesmo contrato, com a configuração que lhe foi dada pelo acordo celebrado entre as Partes em 2 de Novembro de 2009, com o “Aditamento” datado de 20 de Janeiro de 2010 – conferir as considerações supra, feitas em VIII “MULTA” – ao abrigo da autorização dos árbitros para julgar de acordo com a equidade, condenam-se as partes, em condenação a liquidar em execução de sentença, no cumprimento

das obrigações por ambas assumidas nesse acordo, dando-se por reproduzida a acta de reunião referida no n.º 34 dos factos provados, e que se encontrarem com actualidade e em mora». (sublinhados nossos)

Posteriormente, em resposta a um pedido de esclarecimento de decisão arbitral, declarou o mesmo tribunal arbitral, em 6 de novembro de 2015 que: “*será no âmbito da liquidação em execução de sentença que se determinará se os custos das eventuais reparações de defeitos assinalados nos autos de vitória, que tenham já sido realizados por conta do Demandado e que sejam considerados da responsabilidade da Demandante, são correctos e razoáveis, de acordo com cada obra correspondente, fixando o seu justo valor.*” (sublinhados nossos)

A Demandada intentou subsequentemente ação de anulação dessa sentença arbitral.

Paralelamente, a Demandante iniciou novo processo arbitral a 28 de janeiro de 2016, tendo agora por base o acordo de 02 de novembro de 2009, que previa a realização de uma “*arbitragem técnica*”.

Nesta segunda instância arbitral por um lado requereu a liquidação da Sentença Arbitral de 6 de outubro de 2015 num valor de aproximadamente 5 milhões de euros e, por outro, formulou cinco pedidos de condenação da Demandada no pagamento de quantias relativas à reparação de vícios e defeitos identificados, bem como à correção de trabalhos de reparação e respetivos juros legais.

Ora, este segundo tribunal arbitral, uma vez constituído para o efeito, deliberou, ao abrigo do artigo 18.º da Lei da Arbitragem Voluntária (doravante, “LAV”), o seguinte: “*Julgar-se competente para conhecer do presente litígio, tal como o mesmo decorre das peças processuais apresentadas pelas partes (...)*”

É precisamente esta decisão interlocutória do tribunal arbitral no sentido do reconhecimento da sua própria competência para decidir o litígio que foi objeto de impugnação por parte da ali Demandada, nos termos dos artigos 18.º, n.º 9 e 46.º da LAV, por considerar, nomeadamente, que:

- (i) a Sentença Arbitral de 6 de outubro de 2015, na parte em que condena genericamente as partes ao cumprimento das obrigações reciprocamente assumidas, não determina a realização de uma segunda “*arbitragem técnica*”, uma vez que não contém qualquer remissão nesse sentido.
- (ii) As várias questões litigiosas em aberto entre as partes (que não foram objeto da Sentença Arbitral já proferida) excedem o objeto da “*arbitragem técnica*” convencionada pelas partes no acordo de 02 de novembro de 2009, pelo que o tribunal arbitral não tem competência para analisar e julgar essas questões.

1 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 598/17.4YRLSB-6, 9 de novembro de 2017, disponível www.dgsi.pt

Por estas razões e com vista a procurar obter uma decisão no sentido da incompetência do tribunal arbitral, a Demandada apresentou, junto do Tribunal da Relação de Lisboa, a respetiva impugnação da prévia decisão do tribunal arbitral no sentido do reconhecimento da sua competência.

Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

O Tribunal da Relação de Lisboa decidiu julgar improcedente a impugnação apresentada quanto à decisão do tribunal arbitral no sentido do reconhecimento da sua competência para a decisão do litígio, por considerar, relativamente a cada uma das conclusões da Recorrente, o seguinte:

- (i) Nada obsta a que as partes, ao abrigo do artigo 1.º da LAV, convençionem que a liquidação de uma sentença genérica seja realizada por um tribunal arbitral distinto

daquele que proferiu a sentença; o artigo 47.º, n.º 2, da LAV, apesar de fazer alusão à circunstância de a liquidação por via de processo arbitral ser efetuada pelo tribunal arbitral que decretou a condenação genérica, não é uma norma imperativa e, portanto, essa possibilidade está, ou deve estar, na disponibilidade das partes.

- (ii) O tribunal arbitral tem o seu âmbito de intervenção definido e delimitado pela condenação genérica já anteriormente decretada (no âmbito do primeiro processo arbitral pendente entre as partes). De outro modo, o conteúdo da sentença arbitral seria sancionado por via do artigo 46.º, n.º 3, alínea a), subalínea iii) da LAV. Assim, as questões litigiosas que eventualmente subsistam (por não terem sido decididas no âmbito do primeiro processo arbitral pendente entre as partes), não poderão ser sujeitas à apreciação e decisão do tribunal arbitral.

Anotação

1. Análise crítica do acórdão da Relação de Lisboa em apreço

O acórdão que motivou a presente análise sobre o estado das condenações genéricas no nosso ordenamento jurídico padece, salvo melhor opinião, de vários vícios.

Desde logo, é algo confuso o relato da factualidade subjacente, tornando injustificadamente árdua e arriscada a tarefa do leitor que pretende avaliar da bondade da solução jurídica encontrada. No mais, e tal como demonstrado no resumo da decisão, o tribunal proferiu duas principais conclusões: (i) nada obsta a que as partes, ao abrigo do artigo 1.º da LAV, convençionem que a liquidação de uma sentença genérica seja realizada por um tribunal arbitral distinto daquele que proferiu a sentença e (ii) o segundo tribunal arbitral tem o seu âmbito de intervenção definido pela condenação genérica e pelos pedidos formulados, no estrito âmbito da liquidação prevista, i.e., limitado à previsão do artigo 46.º da LAV, designadamente à subalínea iii) da alínea d) do n.º 3² daquele artigo.

De acordo com uma apreciação geral e teórica de ambas conclusões, não temos fundamento para contestá-las.

No caso concreto, e sem prejuízo do parco e desalinhado conhecimento que conseguimos obter quanto aos factos em apreço no processo, é patente que a decisão não julgou com o devido cuidado as questões que lhe foram submetidas.

Em primeiro lugar, face aos elementos de facto que constam da dita decisão, resulta claro que as partes não acordaram que a liquidação devesse ser conduzida por um segundo tribunal arbitral (como o acórdão *sub judice* admite como possível na sua primeira conclusão). Muito menos fundamentam as partes a instauração deste segundo processo arbitral (como equacionamos ser possível) na convenção de arbitragem originalmente celebrada e acionada para iniciar o primeiro processo arbitral.

Ao invés, essa segunda instância arbitral resulta do acionamento de uma segunda convenção de arbitragem, que parece ter por objeto um litígio de conteúdo essencialmente técnico, estando relacionada com a lista de defeitos da empreitada e não necessariamente com quaisquer direitos indemnizatórios³; trata-se também de uma convenção de arbitragem que foi celebrada em momento prévio ao da instauração do primeiro processo arbitral. Como tal, dificilmente tal segunda convenção de arbitragem poderia

² Artigo 46.º, n.º 3, alínea iii) da LAV: "A sentença arbitral só pode ser anulada pelo tribunal estadual competente se: (...) iii) A sentença se pronunciou sobre um litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou contém decisões que ultrapassam o âmbito desta."

³ De acordo com a fundamentação do acórdão em análise, as partes convençionaram que caso não chegassem a um acordo, seria "constituída arbitragem técnica nos termos de acordo anexo ao auto de recepção provisória, sendo nomeado um árbitro por ambas as Partes e o Presidente por acordo entre os árbitros nomeados, ou na falta de acordo, pelo Tribunal da Comarca de Lisboa".

justificar a instauração de um segundo processo arbitral com a missão de liquidar a condenação arbitral genérica previamente decretada no âmbito do primeiro processo arbitral.

Por fim, identificamos uma aparente contradição entre o sentido decisório final do acórdão e a sua segunda conclusão. Segundo consta do próprio texto da decisão, o segundo tribunal arbitral considerou-se competente para, paralelamente à tarefa de liquidação da prévia condenação genérica, decidir sobre a existência de vários defeitos e direitos de crédito a ser apurados. Ainda que o acórdão em análise termine por concluir que o tribunal arbitral está vinculado aos termos da condenação genérica previamente decretada e também aos condicionalismos impostos pelo artigo 46.º, n.º 3, alínea iii) da LAV, a verdade é que julga improcedente a impugnação apresentada quanto à competência declarada pelo tribunal arbitral para julgar a causa naqueles termos. Fica, portanto, por desvendar qual o efeito prático e conteúdo útil de tais decisão e conclusão.

No mais, concluímos que o desafino da decisão *sub judice* corrobora a insensibilidade que a problemática das condenações genéricas tem merecido na sua apreciação judicial e doutrinária e, bem assim, a importância de este instituto ser acionado com parcimónia e de forma devidamente delimitada e fundamentada. É também elucidativo da necessidade de se debater o instituto da condenação genérica judicial e arbitral, repensando-o quer em termos de tramitação, quer inclusivamente em termos de pressupostos de admissibilidade.

2. Apresentação da problemática em análise

O instituto da condenação genérica tem, no Direito Processual Português, evoluído pouco a nível legislativo⁴, mas a

falta de evolução não significa que o regime em vigor esteja perto da perfeição – muito pelo contrário.

Na presente anotação iremos abordar, sobretudo, a problemática da condenação genérica no âmbito do processo arbitral.

Contudo, não poderemos deixar de analisar a aplicação e o fundamento da aplicação, nos processos judiciais cíveis, do instituto em causa, na medida em que a conceção deste instituto nestes processos é transposta, *mutadis mutandis*, para os processos arbitrais e também na medida em que a origem deste instituto nasce no direito substantivo português, em particular na previsão do artigo 569.º do Código Civil, de sobremaneira relevante com vista a determinar os casos em que é possível formular um pedido genérico⁵.

É certo que os problemas que resultam da decretação de condenações genéricas poderão agudizar-se (e agudizam-se certamente) em cenário arbitral, mas, na sua génese, são os mesmos que se colocam em cenário judicial.

E, de facto, não se tem dado a devida importância a este tema, até porque o instituto da condenação genérica, em si mesmo, não tem sido alvo de relevante controvérsia ao nível doutrinal e jurisprudencial.

A divergência mais significativa registada prende-se com a aplicação deste instituto e com o decretamento de condenações genéricas em processos nos quais foram formulados pedidos líquidos e concretamente quantificados, sendo nessa medida discutida a articulação de tal condenação genérica com o princípio do dispositivo e as regras do ónus de prova. Contudo, a doutrina e jurisprudência recentes têm considerado, de forma relativamente pacífica⁶ e através de um juízo *a fortiori*, que se o autor que formula (por decisão discricionária) um pedido genérico pode beneficiar de uma condena-

4 No que respeita ao Código de Processo Civil ("CPC"), a atual redação dos artigos 358.º a 360.º corresponde exatamente à dos artigos 378.º a 380.º do anterior CPC, revogado pela Lei 41/2013, de 26 de junho.

Antes da reforma da ação executiva de 2003, a liquidação de uma sentença que vincule uma das partes ao cumprimento de uma obrigação genérica, seria exclusivamente feita em sede de ação executiva. Por oposição, na ação declarativa era apenas possível deduzir um incidente de liquidação na pendência da instância e até ao início da discussão da causa.

Após a entrada em vigor do DL 38/2003, de 8 de março, passou a ser possível deduzir tal incidente de liquidação mesmo depois de proferida a "sentença genérica" e até depois do seu trânsito em julgado, mediante renovação da instância declarativa extinta, tal como prevê o artigo 358.º, n.º 2, do CPC.

Por outro lado, também o atual artigo 716.º corresponde, em grande parte, à redação do anterior 805.º, com exceção do facto de o CPC atualmente em vigor ter introduzido uma referência expressa às decisões arbitrais no seu n.º 5, clarificando que a sua execução, caso passe por um incidente de liquidação, será sujeita ao regime do n.º 4 do artigo 360.º. Veremos este regime em particular adiante.

Já no que respeita ao processo arbitral, o panorama legislativo sofreu alterações mais significativas quanto a este tema. A Lei 31/86 de 29 de agosto, anterior à atual LAV, previa, no seu artigo 30.º (execução da decisão) que: "A execução da decisão arbitral corre no tribunal de 1.ª instância, nos termos da lei de processo civil".

Após um longo debate na doutrina e jurisprudência, sobre qual deveria ser o tribunal competente para proceder a liquidação de sentenças arbitrais decretando condenações genéricas, a Lei 63/2011 de 14 de Dezembro, que revogou o diploma supra citado e aprovou a atual LAV, veio estabelecer especificamente no artigo 47.º (execução da sentença arbitral), n.º 2, o seguinte: "No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, a sua liquidação faz-se nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código de Processo Civil [716.º CPC atualmente em vigor], podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral nos termos do n.º 5 do artigo 45.º, caso em que o tribunal arbitral, ouvida a outra parte, e produzida prova, profere decisão complementar, julgando equitativamente, dentro dos limites que tiver por provados", criando assim o regime de alternatividade hoje em vigor, e que desenvolveremos mais detalhadamente infra.

5 O artigo 556.º, n.º 1, alínea b) do CPC, elencando as hipóteses em que é possível a formulação de um pedido genérico, remete expressamente para o artigo 569.º do Código Civil, o que autoriza, portanto, a formulação de um pedido genérico nos casos em que, por mero discricionariedade do autor, não é formulado um pedido quantitativamente líquido, mas sim um pedido genérico.

6 Neste sentido, e apenas a título de exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.03.2017 (FERREIRA PINTO): "O disposto no artigo 609º, n.º 2, do Código de Processo Civil, tanto se aplica ao caso de se ter formulado, inicialmente, pedido genérico, como ao de se ter formulado pedido específico, não se tendo, porém, chegado a coligir dados suficientes para se fixar, com segurança e precisão, o objeto ou a quantidade da condenação. De harmonia com o estabelecido nos artigos 609º, n.º 2, do Código de Processo Civil, e 565.º do Código Civil, se o tribunal verificar a existência de um crédito, mas não tiver elementos para fixar o seu montante exato, quer se tenha pedido uma quantia certa ou formulado um pedido genérico, pode e deve relegar-se a fixação desse montante para incidente de liquidação, podendo, no entanto, e desde logo fixar a parte que considera provada.", disponível em www.dgsi.pt

ção genérica, também o autor que formula um pedido líquido poderá beneficiar de tal condenação genérica, desde que seja provado o seu direito de crédito (e isto sob pena de, decidindo-se em sentido contrário, se incorrer numa situação de negação de justiça, por se negar a possibilidade de indemnização uma vez provado o direito de crédito em causa).

Assim, de acordo com este entendimento, o ónus de prova do autor, nos termos gerais previstos no artigo 343.º, n.º 1, do Código Civil, envolve tão-somente a prova do direito de crédito e já não a prova do *quantum* deste direito⁷. Argumenta-se ainda que não distinguindo o artigo 609.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (doravante apenas “CPC”), entre os casos em que é formulado um pedido genérico e os casos em que é formulado um pedido líquido, não cabe ao intérprete provocar tal distinção e, com isso, delimitar sem mais a previsão de tal artigo.⁸

No mais, tem havido insensibilidade para com o facto de as sentenças genéricas obrigarem a um duplo julgamento pelo tribunal (incluindo uma dupla produção e apreciação da prova) e não poucas vezes à renovação de um processo já extinto, o que por sua vez introduz um impacto significativo no tempo de pendência dos processos (tema tão relevante para o sistema jurisdicional português) e, inevitavelmente, na decisão eficiente dos mesmos. Simultaneamente, cria-se um encargo porventura injustificado para a parte vencida na sentença genérica, que terá que defender-se repetidamente quanto a uma mesma contingência e quanto ao duplo julgamento de um mesmo e único litígio, conferindo inversamente ao autor a (sedutora) possibilidade de *re-litigar* e de *re-provar* um mesmo e único litígio (ainda que, naturalmente, de forma circunscrita ao âmbito da condenação genérica). Por outro lado, a parte vencida terá, por exemplo, que considerar como pendente a contingência prevista na condenação genérica durante todo o período de espera até à concretizar da liquidação, sendo que o prazo prescricional, reiniciado nos termos gerais a partir do trânsito da condenação genérica, é o prazo supletivo de 20 anos!

Como antecipado, no âmbito do processo arbitral estas preocupações agravam-se.

Por forma a definir, desde já, a premissa base que está na origem da posição que mais adiante sufragaremos, veja-se o que escreve MENEZES CORDEIRO a respeito desta temática: “*Em arbitragem, é altamente desejável que não haja condenações genéricas ou ilíquidas. Os árbitros prestam, às partes, um serviço da mais elevada qualidade. Deixar o trabalho a meio implica mais custos, mais tempo e mais indecisão. Às partes cabe, naturalmente, munir o tribunal*

com todos os elementos necessários para uma adequada e completa decisão.”⁹

Naturalmente que, no caso da jurisdição arbitral, a temática das condenações genéricas terá que respeitar o enquadramento legal *supra* relatado – i.e., para que um tribunal arbitral possa legitimamente proferir uma condenação genérica terá que se verificar a inexistência de elementos para fixar o objeto ou a quantidade do direito de crédito concretamente apurado, tal como consta no n.º 2 do artigo 609.º do CPC para o caso da condenação genérica em processo judicial.

Sendo os pressupostos os mesmos (quer os da decretação da condenação genérica, quer aliás, previamente, os da formulação de um pedido genérico), verifica-se de igual modo, quanto às condenações genéricas arbitrais, a mesma problemática e suscitam-se as mesmas questões, com a agravante de, em arbitragem, as partes expectarem uma solução célere e definitiva do litígio e terem conferido ao tribunal arbitral um mandato decisório claro.

Certo é também que nos processos arbitrais se suscitam, na grande maioria dos casos, questões de grande complexidade técnica, nomeadamente em matérias financeiras e de engenharia. A circunstância de os árbitros não estarem, frequentemente, munidos das competências necessárias para tratar destes temas, torna a tarefa de apreciar a matéria de facto constante no processo bastante mais árdua. Temos assistido a que, na prática, este tem sido igualmente ser um dos fatores que contribui para o decretamento de uma condenação genérica desnecessária – existindo mesmo, por vezes, prova cabal no processo, que os árbitros não conseguem apreciar por falta de conhecimentos técnicos.

É, portanto, necessária uma mudança de mentalidades da parte de quem aceita um mandato para servir como árbitro num processo arbitral, na medida em que deve existir disponibilidade para um eventual esforço de preparação técnica que seja necessário a uma decisão fundamentada sobre o quantum da condenação – assim evitando o recurso ao instituto da condenação genérica como forma de delegar injustificadamente a tarefa de decidir para um juiz ou árbitro diferente de si próprio, por falta das competências necessárias.

Outra agravante poderá ser a circunstância de o tribunal arbitral perder a sua jurisdição e extinguir-se com o cumprimento do seu encargo decisório (e será que o encargo decisório se considera cumprido com a prolação de uma sentença arbitral não líquida? Ou terá que ser constituído

7 A questão subjacente a esta discussão é a de saber se o *quantum* do dano deverá ser configurado como uma parte do núcleo do conceito de dano ou, ao invés, como algo externo ao conceito de dano. Por outras palavras, o ónus da prova bastar-se-á com a prova de existência de dano, mesmo que sem o seu *quantum*? Ou, para existir convenção do dano, terá que existir, correlativamente, uma definição mínima do seu *quantum*? Ainda que, teoricamente, seja fácil separar os dois conceitos, será difícil, na prática, existir uma real convicção quanto à existência de dano e de direito de crédito, porém destituída de uma noção mínima quanto à medida de tal dano.

8 SALVADOR DA COSTA, *Os Incidentes da Instância*, 5.ª Edição, Atualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, pág. 292.

9 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Arbitragem*, Reimpressão da edição de 2015, 2016, Almedina, Coimbra, pág. 167.

um novo tribunal arbitral, com todos os inconvenientes daí resultantes?), o que também determinará a extinção da convenção de arbitragem (e será que a mesma se extingue com a prolação de uma sentença não líquida?), o que por sua vez maximiza a problemática inerente à concretização da liquidação da condenação arbitral genérica.

Assim, e também em face das considerações que deixaremos expostas de seguida, é em nosso entender importante debater a necessidade de uma revisão do atual regime legal aplicável às condenações genéricas e ao processo de liquidação destas.

3. A sentença arbitral genérica

3.1. Os dois caminhos com vista à liquidação

Tal como já referido, a LAV prevê hoje um regime que coloca à disposição das partes uma escolha entre os tribunais judiciais e arbitrais para levar a cabo a concretização quantitativa de um dano reconhecido por sentença de condenação genérica.

O ponto de partida da análise da temática das condenações genéricas no processo arbitral terá que ser o artigo 47.º, n.º 2, da LAV (execução da sentença arbitral), que prevê que a sua liquidação se faz nos termos do anterior artigo 805.º, atual artigo 716.º do CPC, podendo igualmente ser feita por tribunal arbitral, se requerida nos termos do artigo 45.º, n.º 5 da LAV.

Ora, torna-se desde já possível identificar a principal diferença prática entre as sentenças judiciais e arbitrais no que respeita ao processo de liquidações de condenações genéricas: ao passo que no primeiro caso a decisão será, invariavelmente, liquidada por via de um incidente de liquidação deduzido nos termos do artigo 360.º, n.º 3 do CPC¹⁰ – incidente que, como vimos, corre termos na própria ação declarativa através da renovação da instância extinta –, a sentença arbitral poderá ser sujeita a uma de duas formas de liquidação:

- (i) pela via judicial, nos termos da primeira parte do artigo 47.º, n.º 2, da LAV, com recurso ao artigo 716.º, n.º 4 do CPC, aplicável *ex vi* do n.º 5 *in fine* do mesmo artigo; ou
- (ii) por recurso aos tribunais arbitrais, nos termos da segunda parte do artigo 47.º, n.º 2 da LAV, com recurso ao artigo 45.º, n.º 5, que por sua vez prevê a possibilidade de qualquer uma das partes poder requerer, ao tribunal arbitral que proferiu a sentença de condenação genérica, dentro dos 30 dias seguintes à notificação da sentença, a prolação de uma “sentença adicional sobre

partes do pedido ou dos pedidos apresentados no decurso do processo arbitral, que não hajam sido decididas na sentença”.

3.2. A liquidação de Sentença Arbitral Genérica por Tribunais Judiciais

Como vimos, o artigo 47.º n.º 2 da LAV remete para o regime da liquidação de quantias em dívida em sede de ação executiva, concretamente para o artigo 805.º, n.º 4, do antigo CPC, que corresponde ao atual 716.º, n.º 4. De notar que LAV não está ainda atualizada de forma a conter a referência correta ao atual artigo 716.º, n.º 4, do CPC.

Com a nova redação do artigo 716.º, n.º 4, do CPC, é possível descortinar que o legislador teve preocupações de coerência sistemática, ao incluir a referência expressa às decisões arbitrais na parte final do n.º 5 do artigo 716.º do CPC¹¹, clarificando a questão sobre a aplicabilidade do regime previsto no n.º 4 do mesmo artigo, em caso de liquidação de sentenças arbitrais pelos tribunais judiciais.

O artigo 705.º, n.º 2 do CPC, sobre exequibilidade das decisões arbitrais, estabelece que: “*As decisões proferidas pelo tribunal arbitral são exequíveis nos mesmos termos em que o são as decisões dos tribunais comuns.*”

Assim, qualquer uma das partes de uma ação arbitral que resulte numa sentença de condenação genérica pode recorrer aos tribunais judiciais para a liquidação do direito genérico reconhecido. Nesse cenário, será aplicável, tal como já referimos, a regra do 716.º, n.º 4 do CPC, a qual dispõe que “*Quando a execução se funde em título extrajudicial e a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético, o executado é citado para a contestar, em oposição à execução, mediante embargos, com a advertência de que, na falta de contestação, a obrigação se considera fixada nos termos do requerimento executivo, sal o disposto no artigo 568.º; havendo contestação ou sendo a revelia inoperante, aplicam-se os n.ºs 3 e 4 do artigo 360.º.*”

Ou seja, ainda que o regime da LAV remeta para as regras relativas à instância executiva da ação judicial cível, o artigo 716.º, n.º 4 do CPC por sua vez remete para as regras do incidente de liquidação, tal como tramitado em processo declarativo e após a prolação da sentença judicial (é o que dispõe o n.º 3 do artigo 360.º do CPC).

Já o n.º 4 do artigo 360.º CPC prevê que, “*quando a prova produzida pelos litigantes for insuficiente para fixar a quantia devida, incumbe ao juiz completá-la mediante indagação oficiosa, ordenando, designadamente, a produção de prova pericial.*”

¹⁰ A menos que as partes acordem a liquidação por árbitros, tal como previsto no artigo 361.º do CPC.

¹¹ Artigo 716.º, n.º 5: “*O disposto no número anterior é aplicável às execuções de decisões judiciais ou equiparadas, quando não vigore o ónus do proceder à liquidação no âmbito do processo de declarações, bem como às execuções de decisões arbitrais.*” (sublinhados nossos).

Por isto, vemos com perplexidade a escolha do legislador, que optou por dar primazia à via judicial para a liquidação das condenações genéricas na arbitragem.

De facto, analisando a letra da norma constante do artigo 47.º, n.º 2, da LAV, e ainda que a alternatividade seja a regra aí estabelecida, parece existir, pela forma como a letra da lei está redigida, uma assumida predisposição para que sejam os tribunais judiciais os responsáveis pela liquidação: “No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, a sua liquidação faz-se nos termos do n.º 4 do artigo 805.º do Código de Processo Civil, podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral (...)”¹².

Por outro lado, a primazia concedida aos tribunais judiciais resulta igualmente (ainda que de forma implícita) do prazo diminuto que as partes dispõem para recorrer aos tribunais arbitrais – apenas 30 dias após a notificação da sentença –, pelo que não existe, na prática, uma verdadeira “alternatividade” na escolha das partes. Ao autor que não conseguiu, em tempo (antes da instauração do processo ou durante a pendência do mesmo), preparar a alegação e/ou a produção de prova suficiente quanto ao *quantum* do seu direito, será praticamente impossível exigir que o faça no referido prazo de 30 dias.

Neste sentido, são vários os autores que defendem que os tribunais judiciais devem ser – e são, inevitavelmente – o fórum privilegiado para esta fase. Veja-se, por exemplo, a posição defendida por MANUEL BARROCAS¹³, que encara com alguma hesitação a atribuição de competência ao tribunal arbitral para a tarefa da liquidação, argumentando que o facto de o tribunal que profere a sentença se encontrar numa situação de conhecimento privilegiado do litígio não chega para fazer frente às desvantagens enfrentadas no cenário em que seriam os tribunais arbitrais a liquidar as suas próprias sentenças.

Tais desvantagens prendem-se, de acordo com o mesmo autor, com o facto de não ser possível criar uma ação executiva no processo arbitral e, sobretudo, com o risco de se considerar que o tribunal arbitral, após proferida a sentença – ainda que esta contenha apenas uma condenação genérica – perdeu o seu poder jurisdicional.

No espectro oposto quanto a esta questão, LUÍS CORTES MARTINS¹⁴ defendeu, antes ainda da entrada em vigor da atual LAV, que para uma verdadeira equiparação entre as sentenças arbitrais e as sentenças judiciais, seria necessário dotar a LAV de mecanismos que permitam, na medida do possível, autonomizar e maximizar a eficiência do fórum arbitral. Assim, defende que a LAV deveria dar primazia ao tribunal arbitral que conheceu e julgou o litígio para proceder à liquidação da obrigação.

A nossa posição coincide tendencialmente com a deste último autor.

Analisando esta opção de liquidação da sentença arbitral genérica por via judicial, não podemos deixar de atender na circunstância de, por estar em causa um processo arbitral, a tónica dever estar no respeito pela vontade e intenção das partes. Nessa medida, a liquidação de sentenças arbitrais por tribunais judiciais traz várias desvantagens que julgamos serem difíceis de ultrapassar e que deverão, por isso, contribuir para o debate que propomos: a mera existência de uma convenção de arbitragem celebrada entre as partes permite deduzir, *a contrario*, que as partes escolheram excluir a apreciação dos seus litígios dos tribunais judiciais.

Assim, ao dar primazia à transferência para os tribunais judiciais de uma parte fulcral da apreciação e decisão do litígio (a quantificação da condenação), essa vontade legitimamente manifestada e acordada pelas partes fica, pelo menos de alguma forma, comprometida.

Por outro lado, separar entre tribunais diferentes (e de jurisdições distintas) as diferentes tarefas de condenar (tribunal arbitral) e liquidar (tribunal judicial) obriga a uma distinção artificial e, no limite, prejudicial. De facto, ao contrário do que se possa pensar num primeiro momento, a liquidação não constitui uma pequena e última fase do julgamento. Uma condenação que tem, à partida, conotação negativa poderá ser, na prática, uma vitória, se o seu *quantum* for diminuto ou meramente simbólico. E vice-versa. A liquidação é, na maior parte dos casos, a parte mais importante da decisão, uma vez que com ela se dá a resolução cabal e efetiva do litígio.

Dada a relevância que a liquidação assume no julgamento da causa e na composição definitiva do litígio, consideramos ser censurável a atribuição da tarefa decisória de liquidação do *quantum* de uma anterior decisão a um segundo tribunal (e aqui, tenha este segundo tribunal natureza judicial ou arbitral), que não acompanhou o processo de início e não presenciou a fase de produção de prova nem poderá saber o que esteve subjacente ao processo mental do julgador que proferiu a condenação genérica. Esta posição contraria inclusivamente um dos princípios fundamentais de um qualquer processo justo – o princípio da concentração da apreciação e decisão do processo ou do recurso no mesmo juiz.

Cumprido, contudo, salientar que esta desvantagem é específica da liquidação de sentenças arbitrais genéricas em resultado da forma como a LAV prevê a liquidação de sentenças arbitrais genéricas (ao admitir a liquidação da sentença arbitral genérica por via judicial e, aliás, ao

12 Destaque da nossa responsabilidade.

13 MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Lei da Arbitragem Comentada*, 2.ª Edição, 2018, Almedina, Coimbra, pág. 187.

14 LUÍS CORTES MARTINS, *III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções, Central de Arbitragem Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 130 e seguintes.

dar primazia a esta hipótese), e já não se verifica na problemática da liquidação da sentença judicial genérica.

Acresce que a sobredita separação de fases decisórias assume consequências ainda mais gravosas se considerarmos que os tribunais judiciais funcionam com regras e trâmites muitas das vezes diametralmente distintos dos tribunais arbitrais.

Por todos os motivos expostos entendemos que a liquidação de uma sentença arbitral genérica por via judicial acarreta dificuldades sérias e que, por definição, a liquidação por via arbitral – e, em particular, por via do mesmo tribunal arbitral que decretou a condenação genérica – será a forma preferencial para a liquidação de uma sentença arbitral genérica. Veremos, de seguida, esta hipótese.

3.3. A liquidação de Sentença Arbitral Genérica por Tribunais Arbitrais

Se as partes entenderem recorrer aos tribunais arbitrais, terão que se fazer valer da segunda parte do artigo 47.º, n.º 2 da LAV: *“No caso de o tribunal arbitral ter proferido sentença de condenação genérica, (...), podendo no entanto ser requerida a liquidação ao tribunal arbitral nos termos do n.º 5 do artigo 45.º, caso em que o tribunal arbitral, ouvida a outra parte, e produzida prova, profere decisão complementar, julgando equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.”*

Assim, de acordo com este artigo da LAV, o recurso à via arbitral para a liquidação de uma condenação genérica impõe que a decisão de liquidação corresponda a um com-

plemento da sentença arbitral genérica. Impõe também que a liquidação seja requerida no prazo de 30 dias após a notificação da sentença, nos termos do artigo 45.º, n.º 5, da LAV.

É nessa medida que o artigo 44.º, n.º 1 e 3, da LAV ressalva a hipótese de o tribunal arbitral proferir uma sentença arbitral complementar enquanto exceção à regra geral da dissolução do tribunal arbitral com a prolação da sentença arbitral *final*.

Assim, a remissão do artigo 47.º, n.º 2, para o artigo 45.º, n.º 5 da LAV – artigo manifestamente inspirado no artigo 33 da UNCITRAL Model Law¹⁵ – a fim de, nessa sede, permitir que o tribunal arbitral proceda à liquidação da sentença genérica, vem criar um regime inovador, ao permitir que, nestas situações, a instância arbitral não se extinga (ou como que se renove, à semelhança do que acontece nos processos judiciais).

Na verdade, esta norma remissiva visa colmatar uma lacuna lógica: é que, sem esta possibilidade, as partes estariam forçadas a submeter à decisão de um novo tribunal (discutir-se-ia se arbitral ou judicial) uma parte importante (em alguns casos decisiva) do seu litígio – o *quantum* do dano e da indemnização que visa reparar esse dano¹⁶.

Tendo a LAV consagrado a opção de renovação da instância no processo arbitral, contudo não dotou esta opção de renovação do regime jurídico necessário para que tal renovação seja eficaz e represente uma verdadeira alternativa para as partes: tal como antecipado no capítulo anterior, na redação vigente da LAV será todavia difícil ultrapassar a limitação imposta pelo artigo 45.º, n.º 5, da LAV e pelo prazo de 30 dias aí previsto¹⁷.

15 UNCITRAL Model Law, Article 33. Correction and interpretation of award; additional award

(1) Within thirty days of receipt of the award, unless another period of time has been agreed upon by the parties

(a) a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to correct in the award any errors in computation, any clerical or typographical errors or any errors of similar nature;

(b) if so agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request the arbitral tribunal to give an interpretation of a specific point or part of the award
If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the correction or give the interpretation within thirty days of receipt of the request. The interpretation shall form part of the award.

(2) The arbitral tribunal may correct any error of the type referred to in paragraph (1)(a) of this article on its own initiative within thirty days of the date of the award.

(3) Unless otherwise agreed by the parties, a party, with notice to the other party, may request, within thirty days of receipt of the award, the arbitral tribunal to make an additional award as to claims presented in the arbitral proceedings but omitted from the award. If the arbitral tribunal considers the request to be justified, it shall make the additional award within sixty days.

(4) The arbitral tribunal may extend, if necessary, the period of time within which it shall make a correction, interpretation or an additional award under paragraph (1) or (3) of this article.

(5) The provisions of article 31 shall apply to a correction or interpretation of the award or to an additional award.

16 Neste sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS *Competência do Tribunal de Execução para a liquidação de obrigação no caso de sentença genérica arbitral*, ROA, 2006, Ano 66, Vol. I, Janeiro de 2006 e PAULA COSTA E SILVA *A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras*, ROA, 2007, Ano 67, Vol. II, Setembro de 2007 – defendendo, antes da entrada em vigor da actual redação da LAV, que a lógica e a coerência sistemática impõem um sistema que privilegie a liquidação pelos tribunais arbitrais, através da renovação da instância que julgou em causa, embora concluindo a *final* pela sua impossibilidade face ao regime naquele tempo em vigor – a extinção do poder dos árbitros após a sentença (anterior 25.º da LAV) e pela caducidade da convenção de arbitragem (artigo 4.º do mesmo diploma). Na versão hoje em vigor, a LAV já não comporta nenhuma destas normas, pelo que, e seguindo de perto o pensamento destes dois Autores, estão reunidas as condições para que se reforce o papel dos tribunais arbitrais nesta questão.

17 A *ratio* desta norma serve as situações em que a decisão final não contenha, por qualquer razão, a pronúncia do tribunal quanto à totalidade ou parte de um pedido que devesse ter sido objeto da decisão. Dado que nestas situações um pedido de anulação de sentença seria um remédio demasiado extremo, e até contrário aos interesses da eficácia e celeridade subjacentes à arbitragem, o legislador concedeu às partes a faculdade de requerer ao tribunal uma decisão que complemente a primeira naqueles termos. Por outras palavras, este mecanismo está pensado para responder a situações em que o tribunal tem, à sua disposição, todos os elementos necessários para decidir uma questão que esteja em falta na decisão proferida. Assim se compreende os prazos definidos na lei para o recurso a este mecanismo: as partes dispõem de 30 dias após a notificação da sentença para apresentar o requerimento de sentença adicional e por sua vez, o tribunal, se julgar justificado o requerimento, deve proferir tal decisão complementar nos 60 dias subsequentes.

Ora, com a aprovação da atual versão da LAV o legislador, ao prever, sem mais, no artigo 47.º, n.º 2, da LAV a remissão para a possibilidade de os tribunais arbitrais procederem à liquidação de condenações genéricas nos termos do artigo 45.º, n.º 5, criou, na verdade, uma solução deficiente e desadequada ao problema que pre-

No mais, também não previu expressamente a LAV, por outro lado, a possibilidade de a liquidação da sentença arbitral genérica ser efetivada através da criação de um novo / segundo tribunal arbitral, nem regulou expressamente em que medida as partes podem convencionar que assim seja.

Sobre esta matéria, entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa na decisão ora em comentário que, apesar de da norma do artigo 47.º, n.º 2, da LAV decorrer “*que o tribunal a que se refere é o mesmo que proferiu a sentença*”, aquela não é uma norma imperativa e, portanto, ao abrigo do artigo 1.º da LAV, as partes podem convencionar diversamente.

Em qualquer caso, nada é clarificado (na LAV ou na decisão objeto de comentário) a respeito da manutenção da eficácia da convenção de arbitragem original, que justificou a constituição do tribunal arbitral que proferiu a sentença genérica, após a prolação daquela decisão. Se se entender que uma sentença arbitral genérica esgota definitivamente o objeto de uma convenção de arbitragem – entendimento que consideramos ser duvidoso –, será necessário que as partes celebrem uma segunda convenção arbitral, que permita a criação de um segundo tribunal arbitral para a tarefa da liquidação da sentença.

Ora, embora a LAV não esclareça expressamente a questão, parece-nos que a letra do artigo 44.º, n.º 1, da LAV oferece uma pista importante ao afirmar que o processo arbitral só termina quando for proferida “*a sentença final*” – e isto por oposição a sentenças que, por qualquer razão, não estejam aptas a resolver definitivamente a causa *sub judice*, como é defensável que seja, precisamente, o caso das sentenças de condenação genérica.

Assim sendo, deve entender-se que o objeto de uma qualquer convenção de arbitragem – tal como o poder-dever jurisdicional dos árbitros – apenas se esgota e extingue com a resolução cabal do litígio, o que, perante uma primeira condenação arbitral genérica, implica necessariamente a prolação de uma segunda decisão que proceda à liquidação daquela. As partes terão, portanto, a faculdade de exigir ao tribunal que proferiu a sentença que proceda, em momento posterior, à sua liquidação.

Como tal, poderá admitir-se que ao abrigo da convenção de arbitragem originalmente celebrada entre as partes e acionada para a constituição do tribunal arbitral que de-

cretou a sentença arbitral genérica será ainda possível a constituição de um novo e segundo tribunal arbitral para proceder à liquidação de tal sentença. Em qualquer caso (e como admite o acórdão objeto de análise), poderá sempre admitir-se que as partes convencionem (através de uma nova convenção de arbitragem) que a liquidação de uma sentença genérica seja realizada por um tribunal arbitral distinto daquele que proferiu a sentença (caso em que a convenção de arbitragem originária deverá considerar-se expressa ou tacitamente revogada pela nova convenção de arbitragem).

Outro tema pertinente quanto à renovação da instância do tribunal arbitral que proferiu a sentença prende-se, concretamente, com os honorários devidos pelas partes aos árbitros. A LAV, nos termos do artigo 17.º, n.º 1, privilegia o acordo entre partes e árbitros. Contudo, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, na ausência de tal acordo, serão os árbitros a fixar o montante devido.

De acordo com a posição que temos vindo a defender, é nosso entender que não se justifica cobrar às partes uma segunda tranche de honorários na fase de liquidação da sentença de condenação genérica: se todo o sistema está pensado no sentido de conferir aos árbitros uma missão concreta – a da resolução cabal do litígio entre as partes, por via de uma decisão definitiva, líquida e exequível – então o montante originalmente fixado para os honorários deverá compreender tudo o que seja necessário para atingir – cabalmente – esse fim.

Não sendo a LAV clara, seria, todavia, importante que o legislador limitasse as situações em que o tribunal que profere sentença de condenação genérica possa reclamar das partes qualquer acréscimo a título de honorários.

4. Análise crítica do regime das condenações genéricas

4.1. O instituto da condenação genérica em geral

Tal como vimos, são inúmeras as razões pelas quais o instituto da condenação genérica deve ser acionado com parcimónia.

Essas mesmas razões justificam, do nosso ponto de vista, um debate sobre a necessidade de delimitar a aplicação do referido instituto aos casos de impossibilidade objetiva de liquidação (i.e. quando, à data da formulação do

tendeu resolver. O legislador limitou-se a adaptar uma solução pré-existente e pensada (pela doutrina e pela jurisprudencial em momento prévio ao da aprovação da LAV atualmente em vigor) para outros casos específicos à liquidação da sentença arbitral genérica

Desde logo, coloca-se o problema mais óbvio: ao formular uma condenação genérica, o tribunal arbitral teve de forçosamente concluir que não dispunha, naquela data, de elementos suficientes no processo para quantificar a obrigação cuja existência ficou, apesar disso, definida na sua convicção.

Ora, se não foi possível às partes, nem ao tribunal, reunir elementos capazes de quantificar a obrigação em causa, é evidente que as probabilidades realísticas de esses elementos existirem e serem recolhidos nos 30 dias após a notificação da sentença são bastante reduzidas, ou mesmo inexistentes.

Acresce que estes prazos, profundamente desadequados à questão ora em análise, contrastam com a aplicabilidade do prazo geral de prescrição dos direitos reconhecidos por uma sentença de condenação genérica.

Este regime, da forma como está atualmente configurado por via da previsão do referido prazo de 30 dias, conduz, como antecipado, a que a liquidação da sentença arbitral genérica por parte do tribunal arbitral que julgou a causa não passe de uma hipótese meramente académica.

pedido ou, pelo menos, à data da prolação de sentença, não seja ainda possível determinar, de modo definitivo, a extensão e/ou o *quantum* do dano), passando por outro lado a excluir-se a aplicação do instituto da condenação genérica nos casos em que tal liquidação não é feita por discricionariedade ou inércia do lesado ou mesmo do Tribunal.

Seria então necessário rever, no sentido de garantir a inadmissibilidade da formulação de um pedido genérico por mera discricionariedade do lesado ou do Tribunal.

Para o efeito seria necessário ponderar rever o artigo 569.º do Código Civil, que é a norma de direito substantivo que tem justificado a solução processual (judicial e arbitral) de formulação de pedidos genéricos e de decretamento de condenações genéricas.

Em linha com o exposto, estamos em crer que a configuração do *quantum* como parte integrante do próprio conceito de dano é a solução mais coerente e aquela que traz, também ao julgador, mais benefícios.

Assim, salvo nos casos de impossibilidade objetiva de liquidação, quando o lesado não lograsse provar o *quantum* do seu dano, concluir-se-ia que teria também falhando na prova do próprio dano. Funcionariam então as regras ónus de prova e o princípio geral constante do artigo 342.º do Código Civil, que impede que a *inopia probationum* gere uma situação *non liquet*.

Nesse caso, far-se-ia funcionar o julgamento por equidade, que é uma possibilidade já prevista no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil) ou, no limite, determinar-se-ia a improcedência da ação.

Adicionalmente, seria também fundamental prever um prazo processual para, sob pena de preclusão, ser requerida, pelo lesado, a liquidação da condenação genérica, ao invés de continuar a sujeitar-se o exercício de tal direito ao prazo geral prescricional de 20 anos

4.2. Em particular: a sentença judicial genérica

No que especificamente se reporta às condenações genéricas judiciais e sem prejuízo do que se deixou exposto no capítulo antecedente, entendemos que seria importante debater e desejavelmente constranger a possibilidade de ser decretada uma condenação genérica na hipótese de ter sido formulado um pedido líquido.

Ao continuar a admitir-se o decretamento de uma condenação genérica na hipótese de falha de prova, pelo autor, do *quantum* do pedido, pedido esse que o autor entendeu formular de forma líquida e quantificada, premeia-se a incúria e/ou inércia do lesado ou do Tribunal e provocando um desnecessário protelamento no tempo de um determinado litígio, com o inconveniente sério resultante da transição do processo entre julgadores que se sucedem no tempo¹⁸.

Cremos que o princípio do dispositivo, as regras do ónus da prova e o regime previsto no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil justificam uma interpretação do artigo 609.º, n.º 2, do CPC no sentido de a condenação genérica não ser possível nos casos em que foi formulado um pedido líquido do processo. Ademais, se o autor decidiu estruturar o seu processo nesse sentido, deverá responsabilizar-se por essa sua opção e pelo sucesso do seu exercício probatório.

4.3. Em particular: a sentença arbitral genérica

4.3.1. A decisão complementar de liquidação da sentença arbitral genérica com recurso à equidade

Quanto à questão de saber, concretamente, em que termos é que a liquidação por via arbitral de uma sentença arbitral genérica deverá ser feita, cabe regressar à norma do artigo 47.º, n.º 2 da LAV *in fine*. Aí pode ler-se que o tribunal deverá ouvir a outra parte e conduzir a produção de prova relevante, “*julgando equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*”¹⁹.

18 De forma residual mas que cremos ser relevante para o debate que propomos, o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão datado de 15.03.2013 (Processo n.º 925/08.5TBSJM.P1.S1, disponível em www.dgsi.pt) julgou o seguinte: “A possibilidade de condenação “no que vier a ser liquidado”, prevista no n.º 2 do artigo 661.º do Código de Processo Civil, não tem cabimento quando não foram oportunamente alegados factos que sustentem a condenação, ou quando se não conseguiu fazer prova de tais factos. Destina-se a permitir a quantificação de danos que não seja viável no momento da sentença, seja por estar dependente de cálculos a efectuar, seja por não terem ainda cessado os danos a ressarcir. [...] No entanto, a possibilidade de condenação “no que vier a ser liquidado”, ali prevista, não tem cabimento quando não foram oportunamente alegados factos que sustentem a condenação, ou quando se não conseguiu fazer prova de tais factos, como sucedeu no caso presente. Como se disse por exemplo no acórdão deste Supremo Tribunal de 28 de Abril de 2009 (www.dgsi.pt, proc. n.º 08B0782) “A possibilidade de se remeter para liquidação posterior o montante da condenação, constante do n.º 2 do artigo 661.º do Código de Processo Civil (...), numa sentença que condene no pagamento de uma indemnização, não se destina a ultrapassar a falta de prova de factos oportunamente alegados para demonstrar os prejuízos. Antes se destina a permitir a quantificação de danos que não seja viável no momento da sentença, seja por estar dependente de cálculos a efectuar, seja por não terem ainda cessado os danos a ressarcir (artigo 378.º do Código de Processo Civil). A ré, no caso, não efectuou nenhum pedido genérico, susceptível de ser tornado líquido. Pede montantes determinados, até porque se referia a prejuízos já ocorridos quando contestou; apenas não logrou fazer a respectiva prova, assim inviabilizando a procedência do pedido de indemnização correspondente. Remeter para liquidação a determinação desses montantes significaria, no caso, permitir à ré, seja a alegação de factos concretos que haveriam de ter sido alegados na contestação (cfr. artigo 489.º do Código de Processo Civil), seja a repetição da possibilidade de fazer a prova que não conseguiu alcançar no momento de que dispôs para o efeito”.

Também o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão datado de 17.01.1995, pugnou que “A carência de elementos não se refere à inexistência de prova dos factos já produzidos e que foram alegados e submetidos a prova, embora se não tivessem provado, mas sim à inexistência de factos provados, porque estes ainda não eram conhecidos ou estavam em evolução aquando da propositura da acção ou que, como tais se apresentavam no momento da decisão de facto” (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.01.1995, in *BMJ*, 443.º, p. 404).

19 Para o efeito, será necessário interpretar esta norma como uma exceção legal à regra prevista no artigo 39.º, n.º 1, da LAV, que prevê que “Os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes determinem, por acordo, que julguem segundo a equidade”. Esta exceção ao disposto no sobredito artigo 39.º, n.º 1, circunscrever-se-á, apenas e em exclusivo, ao julgamento destinado à liquidação da condenação arbitral genérica.

Sobre este tema, veja-se a posição defendida por MENEZES CORDEIRO, ao distinguir entre “*liquidação pelos árbitros*” e “*liquidação equitativa*”:

“(c) *Liquidação pelos árbitros. Em alternativa, pode a parte interessada optar por, nos termos do 45.º/5, requer ao próprio tribunal arbitral a liquidação. Nessa eventualidade: (1) é ouvida a outra parte; (2) produz-se prova; (3) toma-se a competente decisão.*

(d) *Liquidação equitativa: prevista no final do 47.º/2, ela poderia parecer oportuna sempre que se tratasse de uma liquidação pelos árbitros. Não é assim: a liquidação obedece ao Direito estrito, só sendo equitativa quando este não conduza a operações aritméticas simples. “Equitativa” deve ser aproximada do 566/3 do CC, relativa ao cálculo de indemnização, quando não existam elementos precisos. Trata-se, naturalmente, de uma “equidade fraca”, a apelar para a proporcionalidade e a razoabilidade e dentro dos limites permitidos pela prova feita.”²⁰*

Seguindo de perto a dicotomia apresentada por MENEZES CORDEIRO, entendemos que há um aspeto em particular que merece maior reflexão: a liquidação com recurso à equidade.

Estabelece o já citado artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil, com a epígrafe “*indemnização em dinheiro*” – precisamente o que está em causa na esmagadora maioria dos casos em que os tribunais arbitrais são chamados a intervir: “*Se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.*”

Tratando-se de uma norma de direito substantivo, esta regra aplicar-se-á sempre que o tribunal se depare com uma impossibilidade definitiva em apurar o valor dos danos. Poderá inclusivamente ponderar-se (como equacionado já) a aplicação desta mesma norma no âmbito do primeiro juízo decisório – judicial ou arbitral – de modo, a assim, evitar o decretamento da condenação genérica.

Também tendo em consideração o disposto no artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil, não se compreende o porquê de a LAV permitir (no aludido artigo 47.º, n.º 2) que seja possível ao tribunal arbitral proceder à liquidação de uma condenação genérica com mero recurso à equidade, sem que tenha imposto ao mesmo tribunal arbitral a prolação de uma sentença arbitral líquida (ainda que eventualmente por via do recurso à equidade no que se refere à liquidação do *quantum* indemnizatório), assim evitando o decretamento de uma condenação genérica.

O julgamento equitativo da medida do dano será feito exatamente nos mesmos termos, quer seja no momento de prolação do primeiro juízo decisório da causa, quer no da liquidação *a posteriori* de uma condenação genérica. A única diferença entre os dois momentos será, pois, a possibilidade conferida à parte que sofreu o dano de submeter mais prova à apreciação do tribunal. Precisamente por isto, são necessárias as maiores cautelas para garantir que uma liquidação posterior à prolação da sentença, com recurso à equidade, não se materializa, no fundo, em uma fraude à regra do ónus da prova e em uma renovação da instância decisória em injustificado benefício do autor.

Não restam quaisquer dúvidas de que uma primeira e única condenação num valor líquido, valor esse – no limite – encontrado pelo tribunal “*equitativamente dentro dos limites que tiver por provados*”, representa uma alternativa manifestamente mais benéfica, tanto para as partes, como para o próprio tribunal e, bem assim, para o bom funcionamento da arbitragem e da justiça.

Desta forma, e também com base no disposto no artigo 556.º, n.º 3, do Código Civil, entendemos que poderá ser importante debater a revisão da LAV no sentido de alargar o poder de decisão com recurso a juízos de equidade previsto no seu artigo 47.º, n.º 2, *in fine* ao primeiro (e desejavelmente único) julgamento da demanda pelo tribunal arbitral:

Confrontado com uma situação de inexistência de elementos para fixar o objeto ou a quantidade do direito de crédito concretamente apurado, o tribunal arbitral poderia então, ao abrigo do artigo 566.º, n.º 3, do Código Civil e de uma redação revista do artigo 47.º, n.º 2, *in fine* da LAV, proferir uma sentença condenatória líquida com recurso a juízos de equidade. Assim, o recurso pelos árbitros às condenações genéricas passaria a estar reservado apenas aos casos em que tal julgamento equitativo não se mostrasse, por qualquer razão, adequado ao caso concreto (ou seja, aos casos de impossibilidade objetiva de liquidação, i.e. quando não seja ainda possível determinar, de modo definitivo, a extensão e/ou o *quantum* do dano); por outro lado, nos casos em que tal liquidação não é conseguida por discricionariedade ou inércia do lesado, o tribunal arbitral decidiria o *quantum* do direito em causa com recurso à equidade.

4.3.2. O regime da condenação arbitral genérica na LAV

A análise desenvolvida até aqui permite concluir que o regime das condenações genéricas em vigor em Portugal carece, nos dias de hoje, de algumas alterações importantes – sobretudo no que à arbitragem diz respeito²¹.

²⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ob. cit., página 168.

²¹ Na ordem jurídica brasileira, após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o estado da discussão das “*sentenças ilíquidas*” está muito próximo do debate em Portugal.

A Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem), no seu artigo 23.º, prevê que os árbitros podem proferir sentenças parciais, sendo possível que o árbitro profira uma sentença, com a definição da responsabilidade e do *an debeatur*, complementando-a, posteriormente, com outra, em que definirá o *quantum debeatur*. Discute-se, igualmente, se deverá ser o tribunal judicial ou o arbitral a determinar a liquidação do dano.

Vejamos o entendimento de PEDRO METELLO DE NÁPOLES, relativamente à norma do artigo 45.º, n.º 5, a propósito da sua anotação da norma do artigo 47.º, n.º 2: “Conforme resulta do artigo 45.º n.º 5, foi preocupação da LAV evitar o recurso indiscriminado a sentenças arbitrais com condenações genéricas a liquidar em momento posterior, uma vez que em muitos casos mais não eram do que uma forma de o Tribunal se escusar ao trabalho envolvido na liquidação. A LAV não foi ao ponto de exigir que a liquidação seja sempre feita pelo tribunal arbitral (como em regra acontece nas arbitragens internacionais), mas atribui a qualquer das partes o direito de obter liquidação desse tribunal arbitral.”

Apesar de seguirmos de perto as suas considerações, nomeadamente quando à circunstância de o instituto da condenação genérica ser usado com parcimónia, a verdade é que não estamos em crer que esta norma seja solução eficaz para evitar o recurso indiscriminado às sentenças genéricas – na medida em que não existe, nos termos da lei, um real desincentivo ao recurso às sentenças decisórias, do ponto de vista do julgador –, mas antes eficaz a criar um sistema contraditório, com pouca coerência sistemática e muito menos prática.

Nos termos da LAV, é possível que um tribunal arbitral escolha – sem um especial ónus de fundamentação relevante – proferir uma sentença que, apesar de refletir a convicção da existência de um dano e de um direito de crédito, convicção que resulta numa condenação efetiva, não quantifica o seu montante, decretando assim uma obrigação ilíquida.

Como vimos, na prática, a operação de liquidação da sentença de condenação genérica será feita, na maioria dos casos, pelos tribunais judiciais. Este cenário agrava ainda mais as preocupações que temos vindo a identificar.

De facto, o regime constante da nossa LAV, ao não oferecer às partes uma verdadeira alternatividade entre a via judicial e a via arbitral, privilegiando a primeira em detrimento da segunda, e ao não regular com precisão a tramitação de tal liquidação em sede arbitragem, mais não faz do que

expor tais partes a um risco real de eternização ineficiente dos seus litígios.

Tal como tivemos oportunidade de expor no capítulo 4.1. *supra*, o instituto da condenação genérica deverá ser revisto no sentido de apenas ser acionado perante uma verdadeira e objetiva impossibilidade prática de quantificar o dano em causa²² – não devendo servir para situações em que a parte a quem cabia o ónus da prova foi incompetente ou inerte na sua tarefa de trazer elementos alegatórios e probatórios suficientes ao processo²³.

É unânime entre profissionais da Arbitragem que ser notificado de uma condenação genérica é, provavelmente, um dos maiores pesadelos a que os tribunais podem sujeitar as partes. E, de facto, ao remeter o procedimento a seguir para a liquidação de condenações genéricas por tribunais arbitrais para o mecanismo previsto no artigo 45.º, n.º 5, o legislador da LAV configurou a decisão de liquidação como uma “*decisão complementar*”, o que faz sentido uma vez que uma condenação genérica é, por definição, uma condenação incompleta²⁴. O tribunal arbitral, ao condenar uma das partes ao cumprimento de uma obrigação ilíquida, não cumpriu cabalmente a função jurisdicional que lhe foi cometida pelas partes.

No mais, naturalmente que, no momento em que as partes celebram validamente uma convenção de arbitragem, com os motivos clássicos pelas quais se costuma recorrer a este meio alternativo de resolução de litígios – como seja, a título principal, o desejo de obter uma resolução definitiva, célere e eficaz –, dificilmente se poderá defender que a possibilidade de vir a esperar 20 anos (o prazo de prescrição ordinária aplicável ao direito genérico reconhecido pela sentença arbitral genérica), não pela execução, mas antes ainda pela liquidação de uma condenação, seja por elas sequer equacionada, quanto mais aceite.

Por estas razões, afigura-se-nos incontornável concluir que os árbitros estão, por lei, compelidos a cumprir o mandato

A doutrina predominante aponta no sentido de atribuir tal competência ao árbitro, a não ser que a própria convenção de arbitragem tenha afastado essa sua competência. Neste sentido, vide FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *Curso de arbitragem*, São Paulo: RT, 2011, n. 11.7, p. 263-266; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 71, p. 186-187; CLÁUDIO DE MELO VALENÇA FILHO, “Sentença arbitral e juízo de execuções”. *Estudos de arbitragem*, Cláudio de Melo Valença Filho; João Bosco Lee (coords.). Curitiba: Juruá, 2008, p. 208-209.

Por outro lado, tanto no direito inglês como no direito americano, existe a possibilidade de o tribunal recorrer à técnica de “*bifurcation*”: “*to try issues separately a procedure commonly known as bifurcation*”, sendo que neste caso a grande diferença reside no facto desta separação ser feita no início do processo de resolução do litígio. Se o tribunal julgar adequado aplicar a “*bifurcação*” irá, num primeiro momento, determinar o sujeito a quem deverá ser atribuída a responsabilidade (“*liability*”) e, posteriormente, determinar os danos.

Em geral, são vários os autores que identificam a problemática do abuso da prerrogativa de prova através da “*bifurcação*”: “*However, this bifurcation statute has created a problem in cases where a plaintiff seeks to introduce evidence of prior accidents, which may be extremely prejudicial to the jury’s decision about liability for compensatory damages but relevant to liability for punitive damages.*” v. WEBSTER v. BOYETT, 496 S.E. 2d 459, 461 (Ga. 1998); GERALDINE ALEXIS; ANDREA DESHAZO, *Punitive Damages: Is Bifurcation Right for your Case*, 16 Antitrust 82 (2002).

Na Arbitragem em particular, são também vários autores chamam a atenção para o tema sensível dos limites temporais de que o tribunal arbitral deverá dispor para proferir as suas decisões: v. ROBERT H. GORSKE, *An Arbitrator Looks at Expediting the Large, Complex Case*, 5 Ohio St. J. on Disp. Resol. 381 (1990).

22 Em especial no que diz respeito à arbitragem, é preciso ter em conta que o tipo de obrigações que surgem, em larga medida, nessa sede – i.e. obrigações pecuniárias, oriundas de contratos comerciais, que envolvem na grande maioria das vezes partes sofisticadas, habituadas, por força da sua atividade, a quantificar (ainda que aproximadamente) as contingências dos seus negócios – cria, na realidade, um panorama em que não existem justificações razoáveis para que os agentes participantes não consigam quantificar o dano que peticionam ou que condenam.

23 Veja-se a jurisprudência citada na nota de rodapé n.º 18.

24 Neste sentido, JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *Lei da Arbitragem Voluntária Anotada*, ob. cit., pág. 143, criticando o recurso às decisões genéricas, parece aplaudir esta opção legislativa: “*O legislador aproveitou este regime para resolver a questão da sentença genérica, quando o processo contenha elementos para ser proferida uma decisão líquida. De facto, no artigo 47.º, remete-se a liquidação da sentença genérica para o regime do artigo 45.º, n.º 5, o que faz sentido, já que se trata também de um caso em que o tribunal arbitral não julgou “uma parte do pedido” quando poderia e deveria ter feito.*”

que as partes lhes conferiram e a resolver definitivamente o litígio que têm em mãos – sendo certo que uma sentença de condenação genérica, por definição, não está apta a concretizar esse fim.

Assim, para além da revisão do instituto da condenação genérica no sentido de este apenas ser acionado perante uma verdadeira e objetiva impossibilidade prática de quantificar o dano em causa (capítulo 4.1. *supra*) e para além da revisão da LAV no sentido de alargar o poder de decisão com recurso a juízos de equidade previsto no seu artigo 47.º, n.º 2, *in fine* ao primeiro (e desejavelmente único) julgamento da demanda pelo tribunal arbitral (capítulo 4.3.1. *supra*), a solução que pugna pela manutenção do tribunal arbitral para a decisão de liquidação deverá ser a via privilegiada para a liquidação de uma condenação arbitral genérica, sendo criadas condições práticas que tornem o acionamento de tal via possível no caso concreto.

A liquidação de uma sentença arbitral genérica por via arbitral – e, em particular, por via do mesmo tribunal arbitral que decretou a condenação genérica – será a solução mais ajustada, desde que para o efeito se preveja um prazo razoável para o autor requerer tal liquidação e que também se assegure por que modo e em que condições o tribunal arbitral originalmente constituído poderá manter-se em funções e capaz de concluir, derradeira e definitivamente, o seu encargo decisório, por via da liquidação do *quantum* do direito de crédito.

Mais do que a mera afirmação e repetição, na doutrina e jurisprudência, de que as condenações genéricas deverão ser aplicadas como última *ratio*, e mais dos que os esforços interpretativos que envidámos, a LAV deverá ser revista de forma a – reitera-se – legitimar os árbitros a, nos termos da lei, apenas recorrer a uma sentença genérica quando a impossibilidade de quantificação resulte de uma circunstância objetiva e comprovada, e não em resultado do incumprimento dos ónus probatórios que se impõem ao lesado ou de uma decisão discricionária ou postura inerte deste.

Desta feita e em suma, julgamos que o debate em torno do tema das condenações genéricas na arbitragem poderá beneficiar das seguintes sugestões:

- i) Os árbitros e os advogados portugueses devem estar mais disponíveis para investirem tempo na sua formação nos temas referentes à matéria de facto subjacente aos litígios que trabalham, de forma a estarem mais capacitados para lidar com as especificidades concretas que subjazem à grande parte dos processos de arbitragem comercial e que são essenciais à determinação do *quantum* das condenações. Ademais, deverá ser boa prática do Tribunal a iniciativa de chamar um técnico especializado, sempre que necessário, para que seja possível chegar com rigor a um valor concreto. Estas serão, *a priori*, medidas eficazes ao combate do decretamento de condenação genéricas desnecessárias.
- ii) O instituto da condenação genérica deverá ser revisto no sentido de ser apenas acionado perante uma verdadeira e objetiva impossibilidade prática de quantificar o dano em causa, passando por outro lado a excluir-se a aplicação do instituto da condenação genérica nos casos em que tal liquidação não é feita por discricionariedade ou inércia do lesado; para o efeito poderá ser necessário ponderar rever o artigo 569.º do Código Civil;
- iii) A LAV deverá ser revista no sentido de alargar o poder de decisão com recurso a juízos de equidade previsto no seu artigo 47.º, n.º 2, *in fine* ao primeiro (e desejavelmente único) julgamento da demanda pelo tribunal arbitral; também com base no disposto no artigo 556.º, n.º 3, do Código Civil, confrontado com uma situação de inexistência de elementos para fixar o objeto ou a quantidade do direito de crédito concretamente apurado, o tribunal arbitral poderia então proferir uma sentença condenatória líquida com recurso a juízos de equidade. No limite, em função da aplicação conjugada das normas do ónus da prova, o tribunal deverá determinar a improcedência da ação.
- iv) No que respeita ao fórum competente para a liquidação, devem ser privilegiados não só os tribunais arbitrais em detrimento dos tribunais judiciais, mas em especial o tribunal que proferiu a sentença arbitral genérica, através da renovação da instância, sendo criadas condições práticas (designadamente, o alargamento do prazo de 30 dias à data previsto na LAV para o requerimento da liquidação da condenação genérica por via arbitral) que tornem o acionamento de tal via possível no caso concreto.
- v) Renovada a instância arbitral, deve ser desencorajada a hipótese de o tribunal poder reclamar das partes honorários acrescidos em caso de necessidade de segunda decisão de liquidação de uma sentença de condenação genérica;
- vi) Como boa prática processual (e naturalmente que sempre em respeito do princípio do processo contraditório), o tribunal arbitral, no âmbito dos seus poderes de condução do processo arbitral, e num último momento antes da prolação da sentença, sempre que for evidente a falta de elementos que permitam liquidar o dano, deverá convidar as partes a pronunciarem-se e/ou a produzir prova sobre o tema.
- vii) Por fim, a LAV deverá ser alterada no sentido de prever um prazo específico – mais curto que prazo de prescrição ordinário de 20 anos mas mais longo que o prazo processual de 30 dias previsto no artigo 45.º da LAV – para a parte requerer a liquidação da sentença arbitral genérica.

Sobre a PLMJ

Somos uma sociedade de advogados com sede em Portugal que combina a oferta de um escritório *full-service* com a maestria e competência de uma relojoaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de impossibilidades que nos leva a lugares “menos comuns” que transformam velhas certezas em novas disrupções. Há mais de 50 anos que nos pautamos por abordagens arrojadas e transformadoras que se traduzem em soluções concretas que tanto respeitam as exigências da lei como promovem uma defesa eficaz dos interesses dos nossos clientes.

Apostamos na especialização. Reunimos a experiência profissional e académica necessárias para continuarmos a ser parceiros essenciais na vida e negócios dos nossos clientes e parceiros.

Conhecermos os clientes, partilharmos os seus riscos e apoiarmos as suas decisões através da emissão de opiniões e da proposta de soluções estratégicas que lhes acrescentam valor, foi e será sempre o nosso maior compromisso.

Sobre a equipa de Arbitragem

A área de Arbitragem é uma das fortes apostas da PLMJ. Mais de 20 Advogados (9 dos quais Sócios), de 6 nacionalidades distintas e presentes em Portugal e em África, atuam como advogados ou árbitros.

A nossa equipa está preparada para representar clientes em arbitragens em cinco idiomas (português, inglês, espanhol, francês e alemão) e tem atuado não só em Portugal, como em vários outros países.

A PLMJ é a única sociedade portuguesa em que a equipa de arbitragem está autonomizada da equipa de litigation. A nossa equipa tem uma vasta experiência como counsel e como árbitros em arbitragens nacionais ou internacionais, de direito público ou privado, comerciais ou de proteção de investimento. Em parte substancial dos casos da equipa não há partes portuguesas, a língua e a lei portuguesa não são aplicáveis.

Esta prática verdadeiramente internacional permitiu que a PLMJ tivesse sido incluída, desde 2013, na lista das 100 melhores sociedades mundiais de advogados em arbitragem, pela reputada Global Arbitration Review. Ainda em 2016, a equipa foi nomeada para o prémio do GAR «Mediterranean or North African law firm that impressed».

A equipa é coordenada pelo sócio Pedro Metello de Nápoles, integrando, entre outros, os sócios Mariana França Gouveia, Manuel Cavaleiro Brandão, Nuno Morais Sarmento, Tomás Timbane, Tiago Duarte, Diogo Duarte Campos e Carmen Baptista Rosa.

“Excellent technical knowledge and ability to anticipate all the problems that might arise.”

CLIENT REFERENCE FROM
CHAMBERS AND PARTNERS

Recommended area TIER 1

Chambers Europe
Chambers Global
The Legal 500

**Top 100 Best Firms in Arbitration in the World
Shortlisted for Best Mediterranean and North Africa Arbitration Practice**

Global Arbitration Review

26

Prémios internacionais

TOP 50

Sociedade de advogados mais inovadoras da Europa

Financial Times – Innovative Lawyers Awards

KEY CONTACT



Pedro Metello de Nápoles

Sócio coordenador da área de Arbitragem

(+351) 213 197 560
pedro.metellodenapoles@plmj.pt



Mariana França Gouveia

Sócia na área de Arbitragem

(+351) 211 592 507
mariana.francagouveia@plmj.pt

P

L

M

J

PLMJ ARBITRATION REVIEW

Transformative Legal Experts

A PLMJ Arbitration Review é uma publicação periódica de arbitragem exclusivamente dedicada à jurisprudência. Tem como missão dar à jurisprudência o devido destaque e atenção que ela merece, assim contribuindo para uma maior perceção dos principais problemas e questões de arbitragem que se encontram a ser discutidos nos tribunais estaduais e arbitrais.

Com uma periodicidade anual, a Revista centra-se na anotação – em diversas línguas – dos principais acórdãos de arbitragem do ano transato, nacionais e internacionais.

Coordenação:

António Pedro Pinto Monteiro
Iñaki Carrera



AAEDL
EDITORA

www.plmj.com